

# INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL

4ª EDICIÓN 2003

**Víctor Moreno Catena**

CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID  
ABOGADO

**Valentín Cortés Domínguez**

CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID  
ABOGADO

**Vicente Gimeno Sendra**

CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL DE LA UNED  
ABOGADO

# ÍNDICE

## PARTE PRIMERA LA JURISDICCIÓN

### **LECCIÓN 1 EL FUNDAMENTO DE LA JURISDICCIÓN 17**

1. EL PRESUPUESTO MATERIAL: EL CONFLICTO Y SUS MEDIOS DE SOLUCIÓN: A) Autotutela. B) Autocomposición. C) Heterocomposición. 2. LA JURISDICCIÓN COMO PODER Y SU LEGITIMACIÓN HISTÓRICA: A) La justicia popular. B) La designación ministerial. C) La legitimación a través del proceso. 3. LA LEGITIMACIÓN DE LA JURISDICCIÓN EN NUESTRO SISTEMA DEMOCRÁTICO: A) La independencia. B) La sumisión a la ley.

### **LECCIÓN 2 LA JURISDICCIÓN: CONCEPTO Y FUNCIONES 29**

1. CONCEPTO Y NOTAS ESENCIALES: A) La Jurisdicción como Poder. B) La potestad jurisdiccional. C) Los juzgados y Tribunales. D) La independencia, unidad y exclusividad jurisdiccional. E) La función genérica de la Jurisdicción. 2. FUNCIONES ESPECÍFICAS DE LA JURISDICCIÓN: A) Protección de los derechos subjetivos. B) Control judicial normativo. C) Complementación del ordenamiento.

### **LECCIÓN 3 EL PODER JUDICIAL .43**

1. EL PODER JUDICIAL. APUNTE HISTÓRICO. 2. LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL. EL AUTOGOBIERNO. 3. LA ORGANIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL: A) Concepto. B) Tribunales no integrados en el Poder Judicial. C) Poder Judicial y Administración de Justicia. D) La administración del Poder judicial. 4. EL PODER JUDICIAL EN EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS. 5. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL FUNCIONAMIENTO DE LA JUSTICIA. 6. EL PODER JUDICIAL Y LOS OTROS PODERES DEL ESTADO: A) Diferencias con el Poder Legislativo. B) Diferencias con el Poder Ejecutivo. C) Los conflictos jurisdiccionales.

### **LECCIÓN 4 LA UNIDAD JURISDICCIONAL .57**

1. EL PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL: A) Concepto y fundamento. B) Evolución histórica. C) Régimen jurídico vigente. 2. LA JURISDICCIÓN MILITAR: A) Concepto y fundamento. B) Naturaleza y régimen vigente.

### **LECCIÓN 5 LA EXCLUSIVIDAD DE LA JURISDICCIÓN .69**

1. EL MONOPOLIO ESTATAL DE LA JURISDICCIÓN: A) Concepto. B) El arbitraje. 2. LA ATRIBUCIÓN DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL A JUZGADOS Y TRIBUNALES: A) La exclusividad en sentido positivo. B) La autotutela ejecutiva de la Administración y la potestad sancionadora. C) Los Tribunales eclesiásticos. 3. LAS FUNCIONES EXCLUSIVAS DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES: A) La exclusividad en sentido negativo. B) El Registro Civil. C) La jurisdicción voluntaria. D) La investigación penal. E) Otras funciones.

### **LECCIÓN 6 LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL JUEZ .79**

1. CONCEPTO. 2. LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS. 3. INDEPENDENCIA RESPECTO DE LAS PARTES PROCESALES Y DEL OBJETO LITIGIOSO: A) Abstención. B) Recusación. 4. INDEPENDENCIA RESPECTO DE LOS SUPERIORES Y DE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO. 5. INDEPENDENCIA DE LOS OTROS PODERES DEL ESTADO Y DE PRESIONES SOCIALES. 6. LA INAMOVILIDAD: A) Concepto. B) Los supuestos de inamovilidad temporal. 7. LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DE JUECES Y MAGISTRADOS: A) Responsabilidad civil. B) Responsabilidad penal. C) Responsabilidad disciplinaria. 8. LA SUMISIÓN DEL JUEZ A LA LEY.

### **LECCIÓN 7 EL DERECHO AL JUEZ LEGAL . 93**

1. CONCEPTO Y REGULACIÓN. 2. NOTAS ESENCIALES: A) Reserva de ley orgánica. B) Juez legal y Poder Judicial. C) Igualdad. D) Independencia. E) Juez ordinario y sumisión al Derecho. F) Juez legal y competencia.

### **LECCIÓN 8 LA PARTICIPACIÓN POPULAR EN LA JUSTICIA . 101**

1. EL JURADO: FUNDAMENTO Y NATURALEZA. 2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA: A) El jurado español. B) El jurado europeo. 3. REGULACIÓN LEGAL: A) Modelo de jurado. B) Competencia y funciones. El veredicto. C) Capacidad, incompatibilidad, prohibiciones y excusa. D) Procedimiento de selección y constitución del jurado.

### **LECCIÓN 9 LOS ÓRGANOS JUDICIALES . 111**

1. NORMATIVA APLICABLE. 2. MULTIPLICIDAD DE ÓRGANOS JUDICIALES. CRITERIOS PARA LA CREACIÓN DE ÓRGANOS JUDICIALES. 3. CRITERIO MATERIAL DE CREACIÓN DE ÓRGANOS JUDICIALES. 4. CRITERIO TERRITORIAL DE CREACIÓN DE ÓRGANOS JUDICIALES. 5. LA DIVISIÓN DE LOS TRIBUNALES EN SALAS Y SECCIONES. 6. LA CONSTITUCIÓN EN LOS ÓRGANOS COLEGIADOS DEL TRIBUNAL DEL JURADO. 7. EL TRIBUNAL SUPREMO. 8. LA AUDIENCIA NACIONAL. 9. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA. 10. AUDIENCIAS PROVINCIALES. 11. ÓRGANOS UNIPERSONALES: A) Enumeración. B) Juzgado de Primera Instancia e Instrucción. C) Juzgados de lo Penal. D) Juzgados de lo Contencioso-administrativo. E) Juzgados de lo Social. F) Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. G) Juzgados de Menores. H) Juzgados de Paz.

### **LECCIÓN 10 EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL . 133**

1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA. 2. ORGANIZACIÓN: A) Los Magistrados del Tribunal Constitucional. B) Funciones del Tribunal. C) Los secretarios de justicia y personal auxiliar. D) El secretario general. E) Los letrados. 3. FUNCIONES: A) La protección de los derechos fundamentales. B) Control constitucional de la legalidad. C) Complementación Tentación del ordenamiento.

### **LECCIÓN 11 LOS LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA . 147**

1. EL PRINCIPIO GENERAL ESTABLECIDO EN LA LOPJ. 2. LOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL INTERNACIONAL: LOS FUEROS EXCLUSIVOS. 3. LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL ESPAÑOLA EN EL ORDEN CIVIL: A) Atribución con carácter general. B) Atribución con carácter exclusivo. 4. LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL ESPAÑOLA EN EL ORDEN PENAL. 5. LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL ESPAÑOLA EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. 6. LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL ESPAÑOLA EN EL ORDEN SOCIAL.

### **LECCIÓN 12 EL AUXILIO JUDICIAL . 155**

1. CONCEPTO. 2. EL AUXILIO JUDICIAL INTERNO: EL EXHORTO: A) Contenido y remisión. B) Cumplimiento. 3. EL AUXILIO JUDICIAL INTERNACIONAL. 4. LA COOPERACIÓN CON LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES: A) Los mandamientos, oficios y exposiciones. B) Los requerimientos.

## **PARTE SEGUNDA EL PERSONAL JURISDICCIONAL Y COLABORADOR**

### **LECCIÓN 13 EL ESTATUTO DE JUECES Y MAGISTRADOS . 163**

1. CONCEPTO Y REGULACIÓN. 2. APLICACIÓN: A) La carrera judicial. B) Suplencias,

sustituciones y provisión temporal. C) Los jueces de paz. 3. EL INGRESO EN LA CARRERA JUDICIAL: A) Requisitos generales. B) Las distintas modalidades de ingreso. 4. INCAPACIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES. 5. TRASLADOS Y ASCENSOS. 6. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. 7. EL ASOCIACIONISMO JUDICIAL.

#### **LECCIÓN 14 EL GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL . 173**

1. INTRODUCCIÓN. 2. - CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: A) Concepto. B) Composición, designación y estatuto de sus miembros. C) Organización y atribuciones. 3. LAS SALAS DE GOBIERNO. 4. LOS PRESIDENTES DE LOS TRIBUNALES Y DE LAS AUDIENCIAS. 5. LOS PRESIDENTES DE LAS SALAS DE JUSTICIA Y LOS JUECES. 6. LOS DECANOS Y LAS JUNTAS DE JUECES Y DE MAGISTRADOS. 7. LA INSPECCIÓN DE LOS TRIBUNALES.

#### **LECCIÓN 15 LOS SECRETARIOS JUDICIALES Y EL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA . 183**

1. LOS SECRETARIOS JUDICIALES: A) Funciones. B) Estatuto. 2. LOS OFICIALES, AUXILIARES Y AGENTES: A) Oficiales de la Administración de Justicia. B) Auxiliares de la Administración de Justicia. C) Agentes judiciales. 3. LOS MÉDICOS FORENSES. 4. OTRAS INSTITUCIONES PERICIALES: A) El Instituto de Toxicología. B) Los Institutos de Medicina Legal. C) Otros organismos. 5. LA POLICÍA JUDICIAL: A) Concepto. B) Las Unidades orgánicas y adscritas. C) Actuaciones.

#### **LECCIÓN 16 EL MINISTERIO FISCAL 191**

1. CONCEPTO Y NATURALEZA. 2. FUNCIONES. 3. PRINCIPIOS DE ORGANIZACIÓN: A) Unidad. B) Dependencia. 4. PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN: A) Legalidad. La oportunidad reglada. B) Imparcialidad. 5. ORGANIZACIÓN Y ESTATUTO DE LOS MIEMBROS DEL MINISTERIO FISCAL: A) Organización del Ministerio Fiscal. B) Estatuto de los miembros del Ministerio Fiscal.

#### **LECCIÓN 17 LOS ABOGADOS Y PROCURADORES . 201**

1. LA POSTULACIÓN. 2. EL SISTEMA DUAL DE LA POSTULACIÓN: REPRESENTACIÓN Y DEFENSA. PROCURADOR Y ABOGADO. 3. SUPUESTOS EXCEPCIONALES DE CAPACIDAD DE POSTULACIÓN. 4. LA DELEGACIÓN DE LA POSTULACIÓN. A) Delegación de la representación. B) Delegación de la defensa. 5. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA POSTULACIÓN. 6. LA RELACIÓN JURÍDICA EXISTENTE ENTRE ABOGADOS Y PROCURADORES Y LAS PARTES. 7. LOS COLEGIOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES. 8. LOS ABOGADOS DEL ESTADO.

## **PARTE TERCERA LA ACCIÓN**

#### **LECCIÓN 18 EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA . 215**

1. LA ACCIÓN. ACCIÓN Y JURISDICCIÓN. 2. DE LA ACCIÓN AL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. 3. CONTENIDO ESENCIAL: A) Derecho de acceso a la justicia. B) Derecho a una sentencia de fondo. C) Derecho a la ejecución. D) El derecho a la tutela y el derecho a un proceso con todas las garantías. 4. LA ACCIÓN POPULAR. 5. LA DEFENSA DE INTERESES COLECTIVOS O INTERESES DIFUSOS.

#### **LECCIÓN 19 EL DERECHO DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUÍTA. 225**

1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. 2. ÁMBITO SUBJETIVO. 3. REQUISITOS

OBJETIVOS. 4. CONTENIDO MATERIAL DEL DERECHO. 5. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA. 6. EL SERVICIO DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA.

## **PARTE CUARTA EL PROCESO**

### **LECCIÓN 20 EL PROCESO . 235**

1. CONCEPTO. 2. NOTAS ESENCIALES: A) La acción y demás derechos constitucionales de incidencia procesal. B) Las obligaciones procesales. C) Las posibilidades y cargas procesales. 3. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES. 4. EL OBJETO DEL PROCESO: A) Elementos. B) Clases de pretensiones. C) Requisitos formales. 5. LA FUNCIÓN DEL PROCESO: A) Jurídica. B) Razonada. C) Completa. D) Estable. E) Práctica.

### **LECCIÓN 21 LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO . 247**

1. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO. 2. PRINCIPIOS INHERENTES A LA ESTRUCTURA DEL PROCESO: A) Contradicción. B) Igualdad de armas. 3. PRINCIPIOS REFERENTES AL OBJETO PROCESAL: A) El principio dispositivo. B) El principio acusatorio.

### **LECCIÓN 22 LA ESTRUCTURA DEL PROCESO . 257**

1. PROCESO INICIADO A INSTANCIA DE PARTE. 2. LAS GRANDES LÍNEAS ESTRUCTURALES PROCESALES DERIVADAS DE LA CONSTITUCIÓN: A) El artículo 24 y el 117 de la Constitución. B) La estructura del proceso de declaración y del proceso de ejecución. C) La necesidad del sistema de recursos. D) La importancia del derecho de defensa en la determinación de la estructura del proceso. E) Conclusión. 3. LA ESTRUCTURA DEL PROCESO DE DECLARACIÓN: A) La intervención del órgano judicial y de las partes en los actos alegatorios y probatorios en el proceso penal. B) La intervención del órgano judicial y de las partes en los actos alegatorios y probatorios en los demás procesos. C) Los poderes del órgano judicial en materia de interpretación y valoración de los actos probatorios. Los criterios de valoración libre y legal. 4. LA ESTRUCTURA DEL PROCESO DE EJECUCIÓN. LA INTERVENCIÓN DEL ÓRGANO JUDICIAL Y DE LAS PARTES EN LOS ACTOS EJECUTIVOS. 5. EL SISTEMA DE RECURSOS EN EL PROCESO ESPAÑOL.

### **LECCIÓN 23 LOS ACTOS PROCESALES . 273**

1. CONCEPTO. 2. CLASES DE ACTOS PROCESALES. 3. ACTOS DEL ÓRGANO JUDICIAL: A) Actos del juez. B) Actos del secretario. C) Actos judiciales de los agentes. 4. LOS ACTOS DE PARTE. 5. CARACTERÍSTICAS DE LOS ACTOS PROCESALES. 6. LUGAR DE REALIZACIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES. 7. TIEMPO DE LOS ACTOS PROCESALES. 8. LA FORMA DE LOS ACTOS PROCESALES: A) La oralidad o la escritura. B) La lengua. C) La publicidad interna y externa. 9. LA NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES.

### **LECCIÓN 24 ACTOS DE COMUNICACIÓN . 293**

1. LAS COMUNICACIONES PROCESALES EN GENERAL. 2. PRÁCTICA DE LAS COMUNICACIONES: A) Por medio de Procurador. B) La remisión por correo, telegrama o medios semejantes. C) La entrega directa al destinatario. D) Los edictos. 3. TIPOS DE COMUNICACIONES: A) Notificaciones en sentido estricto. B) Citaciones. C) Emplazamientos. D) Requerimientos. 4. NULIDAD Y SUBSANACIÓN DE LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN.

### **LECCIÓN 25 TIPOLOGÍA DE PROCESOS . 307**

1. LOS PROCESOS DECLARATIVOS: SISTEMATIZACIÓN. 2. PROCESOS ORDINARIOS, ESPECIALES Y SUMARIOS: A) Los procesos ordinarios. B) Procesos especiales. C) Procesos sumarios. 3. TIPOLOGÍA MATERIAL DE PROCESOS: A) El proceso penal. B) El proceso administrativo. C) El proceso constitucional. D) El proceso laboral. E) El proceso civil.

### **LECCIÓN 26 EL DERECHO PROCESAL . 317**

1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS AS DEL DERECHO PROCESAL. 2. LA EFICACIA DE LAS NORMAS PROCESALES: A) Eficacia temporal de las normas procesales. B) Eficacia de la norma procesal en el espacio. 3. LAS FUENTES DEL DERECHO PROCESAL. 4. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO PROCESAL. 5. LEYES PROCESALES BÁSICAS: A) Ley Orgánica del Poder Judicial. B) La Ley de Enjuiciamiento Civil. C) La Ley de Enjuiciamiento Criminal. D) Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. E) Ley de Procedimiento Laboral. F) Otras leyes.

## ABREVIATURAS UTILIZADAS

AAP	Auto Audiencia Provincial
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
ATC	Auto Tribunal Constitucional
BOE	Boletín Oficial del Estado
CA	Comunidad Autónoma
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CJM	Código de justicia Militar
CP	Código Penal
CPM	Código Penal Militar
D	Decreto
DL	Decreto-Ley
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
LAJG	Ley de Asistencia Jurídica Gratuita
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LDYPJ	Ley de Demarcación y Planta Judicial
LO	Ley Orgánica
LOCJ	Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales
LOCOJM	Ley Orgánica sobre Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LOTJ	Ley Orgánica del Tribunal del Jurado
LOPM	Ley Orgánica Procesal Militar
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LPL	Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral
LRC	Ley del Registro Civil
LJCA	Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
MF	Ministerio Fiscal
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RAAAJ	Reglamento del CGPJ 5/1995, de aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.
RCJ	Reglamento del CGPJ 1/1995, de la carrera judicial
RD	Real Decreto
RJP	Reglamento del CGPJ 3/1995, de los Jueces de Paz
ROFCGPJ	Reglamento del CGPJ 1/1986, de organización y financiamiento del mismo
ROGT	Reglamento del CGPJ 4/1995, de los órganos de gobierno de

AAP	Auto Audiencia Provincial
AN	Audiencia Nacional
	Tribunales
S	Sentencia
SAN	Sentencia Audiencia Nacional
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STS	Sentencia Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TOP	Tribunal de Orden Público
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de justicia
ZPO	Zivilprozessordnung

**PARTE PRIMERA**

**LA JURISDICCIÓN**

# LECCIÓN 1. EL FUNDAMENTO DE LA JURISDICCIÓN

## 1. EL PRESUPUESTO MATERIAL: EL CONFLICTO Y SUS MEDIOS DE SOLUCIÓN

La función primordial de los juzgados y Tribunales consiste en resolver, definitivamente y mediante la aplicación del Derecho, los conflictos que ante ellos se plantean.

El presupuesto material de la jurisdicción lo constituye, pues, el conflicto, el cual, atendiendo a su naturaleza, puede ser «intersubjetivo» o «social». Los conflictos intersubjetivos surgen como consecuencia de la vulneración de algún derecho subjetivo, perteneciente al ámbito del Derecho privado (v.gr., el derecho de propiedad o cualquier derecho real) y poseen naturaleza disponible; los conflictos sociales, por el contrario, se caracterizan por la transgresión de algún bien o interés que la sociedad ha estimado digno de protección (v.gr., los delitos e infracciones administrativas) y se rigen por normas del Derecho público, por lo que suelen ostentar naturaleza «indisponible».

La Jurisdicción o, lo que es lo mismo, los juzgados y Tribunales que la integran, sirve, por consiguiente, para solucionar los conflictos mediante la aplicación del derecho material (civil, mercantil, penal o administrativo) que pueda corresponder a su naturaleza.

Pero esta función, a lo largo de la historia, ni siempre la han acometido los juzgados y Tribunales, ni en la actualidad puede afirmarse que la asumen con absoluta exclusividad, pues, al menos, en todo lo referente a los conflictos intersubjetivos, o litigios, coexisten los métodos autocompositivos y equivalentes jurisdiccionales, a los que nos vamos a referir a continuación.

### **A)Autotutela**

De todas las fórmulas de solución de los conflictos, la «autotutela», autodefensa o autoayuda constituye, sin lugar a dudas, la más primitiva, injusta y peligrosa. Se caracteriza por la solución coactiva del conflicto por la parte más fuerte o que ocupa en él una situación hegemónica.

Gráficamente la autotutela se caracteriza mediante una relación vertical o inclinada, en la que la parte más fuerte (A) impone «su» solución a la más débil (B), tal y como se refleja en el siguiente gráfico:

A

B

La autotutela es, pues, propia de sociedades primitivas en las que la organización estatal era muy débil, por lo que los particulares se veían obligados a tomarse la justicia por su mano (así, en la Edad Media, mediante los «duelos»). En el momento actual, a nivel internacional y debido a la inexistencia de un Estado mundial o supranacional, desgraciadamente todavía se recurre a este injusto medio de solución de los conflictos entre Estados, a través de la guerra.

Como consecuencia, pues, de los peligros que para la sociedad entraña este método de solución de los conflictos, todos los ordenamientos internos suelen erradicarla, de un lado, prohibiendo la realización arbitraria del propio derecho (art. 455 CP) o tipificando el delito de coacciones (art. 172 CP) y, de otro, garantizando el derecho de tutela o de libre acceso de los ciudadanos a sus tribunales (art. 24 CE).

Sin embargo, todavía subsisten algunas manifestaciones lícitas de la autodefensa en el ámbito del Derecho civil (v.gr., los arts. 612 y 592 CC) o en el laboral (la huelga y el cierre patronal).

## **B) Autocomposición**

La autocomposición representa un medio más civilizado de solución de los conflictos. Al igual que en la autodefensa, son las propias partes las que ponen fin al conflicto intersubjetivo, pero se diferencia de ella en que dicha solución no se impone por la fuerza, sino a través del acuerdo de voluntades o del voluntario sacrificio o resignación de una de ellas.

Por tal razón, la autocomposición se representa gráficamente mediante una línea horizontal:

A

B

La autocomposición constituye un método lícito para la solución por las partes de los conflictos intersubjetivos, en los que, dada su naturaleza disponible y la vigencia del principio dispositivo, a nadie se le obliga a acudir a los tribunales para la defensa de su derecho. Tales métodos autocompositivos, vienen integrados por la renuncia del actor a su derecho subjetivo (vgr. la condonación de un derecho de crédito) o el desistimiento del proceso, el allanamiento del demandado a la pretensión del actor (por ej., porque reconoce la validez de la deuda y decide pagar al acreedor), la *transacción* (art. 1809 CC) entre ambos y la *mediación o conciliación* de un tercero a fin de que solucionen las partes el conflicto a través de un acuerdo o de la resignación de una de ellas.



litis contestatio, en virtud del cual se comprometían a someterse a la autoridad del Tribunal y a cumplir con la ulterior sentencia; pero en la medida en que el Estado romano se fortaleció, con el advenimiento del Imperio, la ejecución de las sentencias ya no se efectuaba como consecuencia de la suscripción de aquel contrato, o de la auctoritas o autoridad moral del Pretor, sino por obra de la potestas o imperium del aparato coactivo del Estado que las respaldaba.

De lo dicho se infiere que el proceso, en tanto que instrumento de la jurisdicción para la resolución de los conflictos, está indisolublemente unido a la existencia del Estado. Sin una mínima organización estatal no puede existir ni la jurisdicción ni el proceso, habiendo de acudir las partes a soluciones autodefensivas, autocompositivas o, a lo sumo, arbitrales (por ejemplo, la de los «patriarcas» en determinadas etnias), pero nunca al proceso.

Sin embargo, arbitraje y proceso no constituyen, en el ámbito del Derecho privado, fórmulas excluyentes sino que, al contrario, son complementarias. Es más, la existencia de factores tales como la lentitud y carestía de la justicia civil, unidos a la sobrecarga de trabajo de los tribunales, aconseja al Estado a potenciar este «equivalente jurisdiccional», como se ha denominado al arbitraje, pues los laudos arbitrales gozan de los mismos efectos que las sentencias y suelen emitirse en un período más corto de tiempo.

## **2. LA JURISDICCIÓN COMO PODER Y SU LEGITIMACIÓN HISTÓRICA**

Debido a los peligros que para toda organización social encierra la autodefensa como medio de solución de los conflictos, desde que surgió el Estado se apresuró en asumir el monopolio *de la Justicia*, prohibiéndose expresamente a los ciudadanos tomarse la justicia por su mano.

Pero el Estado y, por tanto, la jurisdicción, no han sido los mismos a lo largo de todas las sociedades y tiempos, lo que permitió a algunos autores suscribir la tesis de CALAMANDREI en tomo a la *relatividad* de la jurisdicción, que en la actualidad carece de toda virtualidad (no en vano la tesis de CALAMANDREI fue lanzada en el año 1940, esto es, en plena Italia fascista), pues el Estado moderno no puede ser otro sino el democrático, nacido de las grandes revoluciones liberales europeas.

Por esta razón, hoy no puede encontrarse el fundamento o legitimación de la Jurisdicción en ideas teocráticas o autocráticas, propias del Antiguo Régimen o de los Estados totalitarios.

En el Estado feudal y en el absoluto, los jueces eran funcionarios («alcaldes») dependientes del poder real («estas cuatro cosas -decían Las Partidas- son del Rey, que no las puede delegar en ningún ome: justicia, moneda, fonsadera e suos yantares» y «sobre todo que mis jueces sean mansos e obedientes con Dios e con el Señor que los pone»). En la Alemania nazi, en la que la Constitución de Weimar fue sustituida por el programa del partido nacionalsocialista y la Ley por los «*Führerprinzip*», el juez dejó de ser un aplicador del derecho para ser un «*Rechtsfinder*», o buscador del derecho que había de encontrar en las directrices u órdenes emanadas del «*Führer*». También en el régimen franquista, la Jurisdicción dejó de ser un Poder del Estado para convertirse en una mera función, de acuerdo con el principio de «unidad de poder y coordinación de

funciones» (art. 2 Ley Orgánica del Estado), bien entendido que dicha unidad residía en la jefatura del Estado que concentraba tanto la función ejecutiva, como la legislativa e incluso la judicial.

Antes al contrario, afirmado el principio de la «división de poderes» como uno de los dogmas esenciales del sistema democrático, la Jurisdicción ha pasado a convertirse en un auténtico Poder del Estado: el denominado «tercer Poder» o el más alto Poder de decisión dentro del Estado. Así lo configura el Título VI de nuestra Constitución.

Si la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado (art. 1.2 CE) y si la justicia emana del pueblo (art. 117.1), hemos de preguntarnos nosotros por qué el pueblo español ha otorgado a los juzgados y Tribunales el monopolio de la justicia o, dicho en otras palabras, hemos de indagar cuál sea la legitimación de la potestad jurisdiccional que la soberanía popular ha otorgado en exclusiva a la Jurisdicción.

A este respecto han surgido distintas tesis, que pueden sintetizarse en las siguientes:

### **A) La justicia popular**

Cronológicamente, en el Estado liberal los sistemas de designación popular fueron los primeros que intentaron dotar de legitimidad al oficio judicial. Y así, frente a la justicia de funcionarios dependientes del Poder real o «justicia de gabinete», secreta e inhumana, el pensamiento liberal opuso la participación popular directa o a través de representantes en el Poder Judicial. Esta idea, unida a la de evitar la venalidad de los «Senados permanentes» o Tribunales (MONTESQUIEU) y al anhelo de los ciudadanos de ser juzgados por sus iguales, fue la que impulsó la implantación de la participación del pueblo en la justicia durante los siglos XVIII y XIX en toda Europa.

En este sentido pronto se implantaron, y coexisten en determinados países, los dos sistemas conocidos de participación popular: el jurado y la justicia popular.

a) El jurado. Desde el punto de vista de la estricta legitimación democrática no cabe duda alguna de que el jurado constituye la fórmula más perfecta de participación popular en la justicia, pues a través de él, los ciudadanos asumen directamente la función jurisdiccional.

Por otra parte, la instauración del jurado en el proceso penal moderno supuso una auténtica revolución en la sustitución del sistema inquisitivo del Antiguo Régimen por el sistema acusatorio formal o mixto, ya que cambió el injusto régimen de la prueba tasada por el de la libre valoración, incrementando los principios de inmediación, publicidad y concentración de las alegaciones y prueba en el juicio oral.

Sobre la evolución del jurado europeo y su más detenido estudio, volveremos después (infra, Lección 8). Tan sólo hemos de recordar ahora que

la instauración del jurado se encuentra prevista en el art. 125 de la CE, precepto que, tras más de quince años de espera, fue desarrollado por la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del jurado.

b) La justicia popular. La justicia popular representa una fórmula más imperfecta de participación popular, puesto que la entrada del pueblo en la justicia se efectúa a través del instituto de la «representación». Su fundamento teórico descansa, pues, sobre el mismo principio que informa al Poder Legislativo: los integrantes del Poder Judicial han de ser elegidos por el único ente que en una democracia ostenta la soberanía, esto es, el pueblo.

De este modo, en USA, en determinados cantones suizos e incluso, con otros perfiles, en la extinta URSS, la judicatura se recluta al igual que los cargos políticos del Ejecutivo y los miembros del Parlamento; es decir, a través de elecciones periódicas.

En España tuvimos una lamentable experiencia con la actuación de los Tribunales populares que, instaurados en la España republicana, durante la Guerra Civil, eran nombrados por los partidos y centrales sindicales que componían el «Frente Popular», predominando en sus veredictos un claro interés partidista.

En general, el enjuiciamiento que en Europa se efectúa de la justicia popular origina un saldo manifiestamente negativo. Ciertamente dicho sistema de designación otorga una gran legitimación democrática en el momento inicial del desempeño del oficio judicial, pero es insuficiente para demostrar dicha legitimación en su continuidad, ya que se le reprocha la falta de independencia del juez electo frente al partido o máquina electoral que lo situó en el poder (KAYSER); todo ello sin olvidar que, al menos en USA, en la designación de los miembros del más alto órgano de decisión, como lo es la Corte Suprema, tiene una gran relevancia el Presidente de la República, con lo que el funcionamiento práctico del sistema supone una cierta merma del principio de división de poderes.

## **B) La designación ministerial**

Puesto que a través de los sistemas de participación popular no se garantiza necesariamente el acceso al oficio judicial de los más capaces, se podría conseguir también una cierta legitimación democrática confiando al Ministro de Justicia la selección y promoción de los jueces, toda vez que, en un sistema democrático el Ministro es responsable de sus actos ante el Parlamento (KERN-WOLF).

En realidad esta tesis no constituye novedad alguna, sino antes al contrario fue inaugurada por la Ley francesa de 20 de abril de 1810 y secundada por la tota de las Leyes Orgánicas de la Magistratura europeas del S. XIX (entre ellas, nuestra LOPJ de 1870), dando lugar al denominado modelo «napoleónico», confirme al cual el ingreso, la promoción o ascenso, y el

régimen disciplinario de la Magistratura era confiado al «grand-juge M. le Ministre de la Justice».

En nuestro país este modelo permaneció vigente hasta la promulgación de la Constitución de 1978. De este modo, para el ingreso en la judicatura era preceptivo estar en posesión del famoso «certificado de buena conducta», que expedía el entonces Ministerio de la Gobernación, y para acceder a los denominados puestos de confianza (esto es, los superiores a Presidente de Sala) se requería la «declaración de aptitud» que emitía el Consejo judicial, dependiente del Ministerio de justicia, y naturalmente el nombramiento por el Gobierno (o por el propio jefe del Estado en el caso del Presidente del TS). Asimismo, la Inspección de los Tribunales dependía del Ministerio de justicia y, en general, todo el sistema disciplinario lo ejercía el Ejecutivo, quien podía ordenar el traslado de los jueces por «consideraciones de orden público», disponer la «comisión de servicio forzosa» e incluso trasladar a Magistrados de una a otra Sala, o a Presidentes de una a otra Audiencia.

Pero como consecuencia de la presión que el Ejecutivo ejerció sobre la Magistratura con la implantación de los Estados totalitarios, a la salida de la Segunda Guerra Mundial surgió un movimiento asociativo de la Magistratura (en Italia, Francia y en España con el grupo «Justicia Democrática» antecesora de la asociación «Jueces para la Democracia» antecesora de la Asociación «Jueces para la Democracia»), una de cuyas aspiraciones fundamentales consistió en la instauración del *autogobierno* de la Magistratura, sistema que, con la excepción de la RFA, ha acabado implantándose en la práctica totalidad de los países europeos. En el nuestro, la proclamación de dicho sistema la efectúa el art. 122 de la CE.

Por tal razón, la referida tesis, más que una teoría, en realidad pretende encubrir la justificación de un privilegio del Poder Ejecutivo, pues, como se verá en el lugar correspondiente (*vide* Lección 6), la independencia del juez no sólo ha de ser predicable frente a la sociedad y las partes, sino también respecto de los demás Poderes del Estado, incluido el Ejecutivo.

### **C) La legitimación a través del proceso**

Con el título «Legitimación durch Verfahren» (1969), la obra de LUHMANN pretendió justificar la actividad jurisdiccional por la sola existencia del proceso. En síntesis, la tesis es la siguiente: cuando surge un conflicto, el particular no puede generalizar su problema porque la sociedad no se movilizaría por el mismo, viéndose obligado a acudir a donde ella confía, es decir, al proceso; si dentro de él su pretensión no triunfa, queda el individuo aislado y no puede seguir manteniendo sus expectativas jurídicas originarias; el proceso le ha quitado la razón y su opinión no puede ser tenida en cuenta por la sociedad, de tal suerte que el proceso cumple con una función de desmembración social y de absorción de las protestas y, puesto que tal función es necesaria en toda sociedad, el proceso constituye la institución mediante la cual la jurisdicción misma se legitima.

La crítica a la tesis de LUHMANN pronto se dejó sentir en la doctrina alemana (HABERMAS, ESSER) y, así, se preguntaba ZIPPELIUS «cabría admitir, como aconteció en el nacionalsocialismo, que la decisión de

exterminar a todo el pueblo judío pueda justificarse en sí misma por el solo hecho de haber emanado del proceso preestablecido?»

Ciertamente concurren en el proceso determinados elementos legitimadores, tales como la imparcialidad del juzgador, los principios de contradicción y de audiencia y, en general, todas las garantías que integran el derecho al «proceso debido»; pero la asunción de la tesis de LUHMANN conllevaría justificar todo tipo de decisión material, por el solo hecho de haberse dictado mediante el proceso preestablecido. El proceso no constituye, pues, la causa o fin en sí mismo de la Jurisdicción, sino el instrumento para la correcta aplicación del Derecho objetivo a los conflictos concretos.

### **3. LA LEGITIMACIÓN DE LA JURISDICCIÓN EN NUESTRO SISTEMA DEMOCRÁTICO**

Si, como ya se ha señalado, la soberanía reside en el pueblo español y la justicia emana del pueblo (arts. 1.2 y 117.1 CE), queda claro que en nuestra Ley Fundamental existen dos fuentes legitimadoras de la jurisdicción: la una, directa e inmediata, es la del jurado, en tanto que institución de participación popular en la que los ciudadanos ejercitan directamente y por sí mismos la función jurisdiccional (art. 125); la otra, habida cuenta de que la Constitución otorga en exclusiva a los juzgados y Tribunales (esto es, a jueces técnicos) el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3), ha de determinarse de una manera indirecta o mediata, esto es, preguntándose por la causa de la entrega por el pueblo a la jurisdicción del monopolio de la justicia.

Descartada la idea de la «representación» como instrumento a través del cual el pueblo podría haber confiado dicho monopolio a la jurisdicción (puesto que la Constitución no ha consagrado suerte alguna de «justicia popular»), la contestación a la enunciada pregunta se nos manifiesta evidente: lo que una sociedad democrática reclama de los juzgados y Tribunales es la solución de los conflictos mediante la imparcial aplicación del Derecho objetivo.

Por esta razón, el propio art. 117.1, después de afirmar que «la justicia emana del pueblo», establece a continuación que se administra «por jueces y magistrados, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley».

Una lectura precipitada del precepto, que literalmente expresa que «se administra en nombre del Rey...» podría llevar a la conclusión de que la justicia emana del pueblo y del poder del Monarca (haciendo resurgir caducas teorías teocráticas). Pero esta pretendida tesis sería errónea, pues en nuestra Constitución la soberanía no aparece compartida entre el Rey y el pueblo (a diferencia, por ejemplo, de la Constitución de Cánovas), sino que la ostenta exclusivamente el pueblo español. La única fuente legitimadora de la justicia reside en el pueblo, de quien emana, y, por lo tanto, ni el Rey constituye el juez supremo, ni los tribunales son una delegación suya. Lo que sucede es que, en las monarquías constitucionales limitadas, debido a esa función del Rey, consistente en erigirse en el símbolo de la unidad nacional y en lazo formal de coordinación de los poderes constitucionales (art. 56), debe la justicia en su nombre ser administrada.

Del enunciado del precepto se desprende que la nota de la «inamovilidad» es, como veremos, consustancial a la de independencia judicial y la de «responsabilidad» constituye su lógico corolario (ya que todo poder independiente ha de ser responsable en un Estado de Derecho), por lo que, sintetizando el contenido de la norma fundamental, se hace obligado concluir en que la causa que legitima la atribución del monopolio de la potestad jurisdiccional por parte del pueblo a sus juzgados y Tribunales reside en su independencia y sumisión a la ley.

## **A) La independencia**

En efecto, los jueces, en primer lugar, han de ser independientes, porque si ese tercero, situado «supra partes», adoleciera de falta de independencia, nos encontraríamos ante un procedimiento que, en realidad, encubriría una fórmula autocompositiva, pero nunca ante un verdadero proceso. Dicha independencia, como veremos, ha de ser total, no sólo frente a la sociedad y las partes, sino también con respecto al Gobierno y a los órganos jurisdiccionales superiores, nota ésta que distingue al juez de cualquier otro funcionario y a la actuación jurisdiccional de la administrativa pues, aun cuando la Administración actúe también con objetividad y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE), la simultánea condición de juez y de parte que asume la Administración en el procedimiento administrativo no permite configurar a su actuación como «procesal», sino autocompositiva.

La independencia judicial constituye, por consiguiente, una nota esencial de la jurisdicción, sin la cual no podrían los juzgados y Tribunales aplicar correctamente el Derecho a los casos concretos, ya que la ley, en tanto que manifestación de la voluntad general, precisa que la actividad judicial de individualización normativa no pueda efectuarse tomando en consideración situaciones hegemónicas de las partes o privilegio material alguno.

Por esta razón la actividad judicial es, ante todo, una actuación «desinteresada», pudiendo afirmarse que la legitimación judicial se encuentra antitéticamente opuesta a la de las partes: en tanto que la legitimación activa y pasiva de éstas se determina por la titularidad de un derecho o la existencia de un interés en el proceso, la del juez proviene precisamente de esa ausencia de interés en el objeto procesal, ya que, en cualquier otro caso, y a fin de garantizar su independencia, se impone su abstención o recusación.

## **B) La sumisión a la Ley**

En segundo lugar, lo que la sociedad reclama del oficio judicial es que juzgados y Tribunales limiten su actuación a aplicar a los casos concretos la ley emanada de las Cortes Generales, a quienes les corresponde el ejercicio de la potestad legislativa (art. 66 CE). Por esta razón, el art. 117.1, como se ha dicho, establece la necesidad de que los órganos jurisdiccionales estén «sometidos únicamente al imperio de la ley».

Ahora bien, aquí por ley no cabe entender exclusivamente las promulgadas por el Parlamento de la Nación, sino también, en sus respectivas competencias, las emanadas de las Asambleas legislativas autonómicas (arts. 150 y 152.1 CE), así como las disposiciones con rango de ley y las normas dimanantes de la potestad reglamentaria de la Administración estatal (art. 97) o autonómica, (art. 152.1), e incluso el denominado «derecho judicial», del que nos ocuparemos en la lección siguiente.

De aquí que una mayor precisión alcanza el art. 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn, conforme al cual «la Jurisdicción está subordinada a la Ley y al Derecho», cuyo tenor se plasmó en el último inciso del art. 103.1 de la CE sin que inexplicablemente se incluyese en el art. 117.1.

En realidad, pues, a lo que los Tribunales están expresamente sometidos es «a la ley y al Derecho», sumisión al Derecho objetivo que ostenta, además, carácter excluyente, toda vez que no pueden efectuar otras funciones (arts. 117.4 CE, 2.2 LOPJ), estándoles en particular vedada la asunción de funciones políticas o ejecutivas (art. 127.1 CE).

La anterior prohibición, ello no obstante, no impide que la Jurisdicción pueda ejercitar funciones que, sin ser estrictamente jurisdiccionales, la ley les puede confiar «en garantía del algún derecho» (art. 117.4 CE). De este modo, el art. 2.2. de la LOPJ le otorga «el Registro civil», la LEC les confiere toda la denominada «jurisdicción voluntaria» (arts. 2.109 y ss.) y la LECrim le encomienda los actos de investigación sumarial (cfr. art. 299).

Pero nótese que tales funciones, al no ser estrictamente jurisdiccionales, ningún obstáculo constitucional existirá en punto a que puedan ser encomendadas a otros funcionarios (vgr. los actos de la jurisdicción voluntaria a los notarios) u órganos colaboradores de la jurisdicción (los actos instructorios de pura investigación al Ministerio Público, tal y como acontece en la LO 5/2000, penal y procesal del menor). Así pues, corresponde a la política legislativa o, lo que es lo mismo, a la potestad del Poder Legislativo, determinar si tales funciones deben o no seguir siendo residenciadas en la jurisdicción.

Ahora bien, dicha sumisión de los órganos jurisdiccionales a la ley y al Derecho no es indiferenciada, sino que, antes al contrario, está sometida también al principio de jerarquía normativa. De este modo, jueces y Magistrados están sometidos, en primer lugar, a la Constitución (art. 5 LOPJ), que es la primera Ley que han de cumplir todos los poderes públicos; en segundo lugar, a las leyes emanadas de los Parlamentos, nacional o autonómicos, así como a las disposiciones con fuerza de ley (Decretos leyes y legislativos), y, finalmente, a los Reglamentos del Poder Ejecutivo y del órgano de gobierno del Poder Judicial, el CGPJ (art. 6 LOPJ). El control de la vigencia de dicho principio queda encomendado al Tribunal Constitucional en todo lo referente a las disposiciones normativas con rango de ley que infrinjan la Ley Fundamental (art. 161.11 CE) y a los Tribunales de lo Contencioso-administrativo el de los Reglamentos, actos o disposiciones normativas con rango inferior a la ley, emanadas del Ejecutivo que pudieran vulnerar las leyes (art. 106.1 CE).

La constitucionalización de los principios de seguridad jurídica y de jerarquía normativa, efectuada por los arts. 9.3, 106 y 161 de la CE, han de imponer al órgano jurisdiccional, con carácter previo a la aplicación de la norma, como apuntan KERN y WoLF, un doble examen de su legitimidad: a) jurídico formal, conforme al cual ha de obtener la certeza de que la norma ha sido promulgada conforme al procedimiento y por el órgano competente o constitucionalmente preestablecido, y b) jurídico material, a través del cual debe constatar la legitimidad de la norma, es decir, si se conforma o contradice otras de rango superior. Si observara la quiebra de alguno de estos dos exámenes, habrá de determinar su naturaleza, bien para dejarla inaplicada (caso de los reglamentos ilegales o de leyes inconstitucionales anteriores a la Constitución: *vide* art. 6 LOPJ) o para promover de oficio la «cuestión de inconstitucionalidad» (cuando se trate de disposiciones con rango de ley contrarias a la Constitución: *vide* art. 5.2 y 3 LOPJ).

Lo que en modo alguno le está permitido al juez es aplicar una norma anticonstitucional o manifiestamente ilegal (por ejemplo, una ley que infringe la Constitución o una Orden Ministerial que vulnera una ley), o dejar de aplicar leyes por estimarlas inconstitucionales, sin promover la oportuna cuestión de inconstitucionalidad ante el TC.

La primera solución fue la que consagró la jurisprudencia del TS alemán, a partir del año 1933, como consecuencia de la doctrina de *los Führerprinzip*, afirmándose en aquel entonces que «el juez no está fundamentalmente facultado a rechazar la aplicación de una norma debidamente promulgada a causa de su contenido» (ECHTERHÖLTER), aun cuando dicha norma vulnerara flagrantemente la Constitución; algo parecido ocurría en nuestro país con la afirmación por el TS español del carácter meramente «programático» de las normas del Fuero de los Españoles (especialmente con la inaplicación de los principios de legalidad y seguridad del art. 19). La segunda tesis es la propia de la doctrina del «uso alternativo del Derecho», en cuya virtud se establecería un «control difuso» de la constitucionalidad de las normas, de tal suerte que todo juez ordinario estaría facultado para inaplicar normas que pudiera reputar como inconstitucionales; esta doctrina, si bien estuvo democráticamente legitimada durante la Dictadura y hasta la fecha de la instauración del Tribunal Constitucional, hoy está expresamente desterrada por el art. 5 de la LOPJ: lo que debe efectuar el juez es promover la cuestión de inconstitucionalidad a fin de que el TC declare la nulidad o validez de la norma.

## **LECCIÓN 2. LA JURISDICCIÓN: CONCEPTO Y FUNCIONES**

### **1. CONCEPTO Y NOTAS ESENCIALES**

La jurisdicción puede ser definida como el Poder judicial, integrado por jueces y magistrados, a quienes, por su independencia y sumisión a la Ley y al Derecho, ejercen en exclusiva la potestad jurisdiccional y, en consecuencia, expresamente están legitimados para la resolución jurídica, motivada, definitiva e irrevocable de los conflictos intersubjetivos y sociales, para la protección de los derechos subjetivos, el control de la legalidad y la complementación del ordenamiento jurídico.

Del referido concepto se infieren las siguientes notas esenciales:

#### **A) La Jurisdicción como Poder**

A diferencia, como se ha dicho, del viejo Estado franquista en el que la jurisdicción era conceptuada como una «función», producto de la mera división del trabajo, la vigente Constitución Española es rotunda al rotular su Título VI «del Poder Judicial» y al prever en su art. 122 la promulgación de una Ley Orgánica del Poder Judicial a la que ha de confiarse la constitución, funcionamiento y autogobierno de los juzgados y Tribunales (dicha LOPJ fue promulgada mediante la LO 6/1985, de 1 de julio, modificada por las LLOO 9/2000, 13/1999, 6/1998 y 2/2001 y pendiente de reforma por el PLO de 25 de abril de 2003).

Ciertamente esta cualidad de la actual Jurisdicción no ha constituido una absoluta novedad de nuestra Ley Fundamental, pues con anterioridad a ella y con la única salvedad del referido Estado autocrático, la antigua Ley «Provisional» Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 (que, no obstante su denominación, permaneció vigente hasta la LOPJ de 1985 ), ya configuró a la Jurisdicción, de acuerdo con el principio de división de poderes, como un poder del Estado. Cualidad ésta última que no permitía ser calificada como retórica, pues con la supresión, de un lado, de las jurisdicciones especiales (mediante el «Decreto de unificación de fueros» de 6 de diciembre de 1868) el Poder Judicial asumió el monopolio de la justicia, y con la creación, de otro, de las Salas de lo Contencioso del TS los actos del Poder Ejecutivo pudieron ser ya revisados ante los Tribunales.

Todo lo cual permitió a GÓMEZ DE LA SERNA afirmar que «...a estas importantes consideraciones se agrega otra que por sí sola sería decisiva, la inviolabilidad, la autoridad santa de la cosa juzgada; ante ella callan todos los poderes, la última palabra ha de ser pronunciada por el Judicial; ni los Parlamentos, ni el Poder Ejecutivo alcanzan a alterarla».

Pero la vigente Constitución no se ha limitado exclusivamente a restablecer la división de poderes, sino que ha potenciado notablemente al Poder Judicial

subjetiva y objetivamente. Desde un punto de vista subjetivo, la instauración, por vez primera en nuestra historia, de un régimen de autogobierno de la Magistratura -a diferencia del «napoleónico» de la LOPJ de 1870 y la revisión del estatuto jurídico de los jueces y Magistrados contribuyeron a fortalecer la independencia judicial, tanto a nivel individual (hasta el punto de haber hecho desaparecer la adulación o el temor del juez hacia el ministro de Justicia de turno, característica del anterior régimen), como colectivo, configurando a la Jurisdicción como un Poder independiente de los demás poderes del Estado.

Desde una dimensión objetiva, los principios de unidad y de exclusividad jurisdiccional son, desde entonces, una realidad (a diferencia del anterior Régimen en el que se llegaron a contabilizar, en opinión de LATOUR BROTONS, veinticinco jurisdicciones especiales); los actos administrativos exentos de control judicial (v.gr., los actos políticos) quedaron prácticamente relegados a la historia, y al Poder Judicial, en materia de derechos fundamentales (V.gr. 1 la libertad a través del «*habeas corpus*»), la CE les confió su inmediata y rápida protección (art. 53.2), a la vez que sometió a todos los actos y disposiciones emanadas de los demás poderes del Estado a un control de constitucionalidad por el TC, todo lo cual ha producido una judicialización de la vida social e incluso política.

Así pues, en nuestro actual Estado de Derecho, cabe configurar a la Jurisdicción como el más alto Poder de decisión, al que se encuentran sometidos y ante cuyas sentencias, como decía GÓMEZ DE LA SERNA, «callan todos los poderes del Estado».

## **B) La potestad jurisdiccional**

Del mismo modo que al Poder Legislativo le asiste la potestad legislativa (art. 66.2) y al Ejecutivo la reglamentaria y ejecutiva (art. 97), la CE, consecuente con la naturaleza de Poder de la Jurisdicción, le ha otorgado a los juzgados y Tribunales «el ejercicio de la *potestad jurisdiccional* en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado» (art. 117.3).

Constituye la potestad jurisdiccional la capacidad de actuación de la personalidad del Estado en la manifestación de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que, por expreso encargo del pueblo español (art. 117.1), queda residenciada exclusivamente en los juzgados y Tribunales.

Dicha potestad, en cuanto tal, posee determinadas notas que la diferencian de las demás facultades y derechos subjetivos, públicos y privados. La primera de ellas es su *generalidad*: la potestad se ejercita «*erga omnes*» (CARNELUTI). Si el derecho subjetivo crea obligaciones específicas con respecto a sus destinatarios, con los que viene a establecerse la relación jurídico-material, la potestad jurisdiccional no siempre hace surgir prestación alguna determinada, sino que, con independencia de ella, crea un estado de deber general de *sujeción* por parte de todos los justiciables, que se resume en la exigencia establecida por los arts. 118 CE y 17 LOPJ, de colaboración y

de obediencia de todos los ciudadanos y poderes públicos a las resoluciones judiciales.

La referida norma constitucional, al establecer la obligación de cumplir con las resoluciones judiciales y de colaborar con los jueces y Tribunales en el proceso, ha posibilitado el surgimiento, como veremos (vide infra, Lección 20) de las obligaciones procesales.

En segundo lugar, al constituir la potestad jurisdiccional una emanación de la soberanía nacional, puede afirmarse, como criterio general, que los límites de su actuación vienen determinados por los de la soberanía misma, esto es, por el territorio y las personas a ella sometidas (arts. 4, 21 y ss. LOPJ; 8.2 CC; 51 LEC).

El contenido de la mencionada potestad se concreta en una fuerza de mando jurídicamente vinculante para con las partes y terceros, la cual se encuentra respaldada no sólo por la policía judicial, sino por todo el aparato coactivo del Estado. Es, pues, ese «imperio», fuerza ética e incluso física, la que diferencia al juez del árbitro y la que otorga, en definitiva, la supremacía del órgano jurisdiccional a fin de obtener el efectivo cumplimiento de sus resoluciones (FAIRÉN).

El objeto de la potestad jurisdiccional se resume en la frase utilizada por el art. 117.3 de la CE y reiterada por el art. 2.1 de la LOPJ: «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado».

Pero un estudio más detenido de dicha potestad, nos revela que se concreta en todo un haz de facultades que se proyectan desde el juez hacia las partes e incluso a los terceros. De este modo, con anterioridad al juicio jurisdiccional por excelencia, que es la sentencia, existe una *potestad ordenatoria* que tiene por objeto llamar a las partes y terceros al proceso (a través de las citaciones y emplazamientos), obtener la efectiva sujeción de aquellas a los fines del proceso (mediante una serie de actos limitativos de derechos e incluso coercitivos: adopción de medidas cautelares, requerimientos...) o simplemente impulsar el curso del procedimiento (sobre todo a través de las «providencias», que suelen ser actos de mera tramitación).

Asimismo, ostenta también el juez, con la intervención del secretario, la *potestad de instrumentación o documentación*, cuya finalidad estriba en otorgar a determinados actos de conocimiento (v.gr., una inspección ocular) el carácter de prueba, siempre y cuando se garantice la vigencia del principio de contradicción. De este modo, las «actas» en las que quedarán plasmadas las oportunas declaraciones de ciencia o representaciones de la realidad externa gozarán de una fehaciencia indiscutible.

Pero la potestad jurisdiccional es, ante todo, una *potestad decisora*, en la que el juez o tribunal resuelve interina (v.gr., un auto de archivo o de sobreseimiento provisional) o definitivamente, el conflicto, satisfaciendo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Esta última resolución se

denomina *sentencia*, decisión que constituye la más genuina expresión de la potestad jurisdiccional, pues tan sólo estas resoluciones suelen gozar de la totalidad de los efectos de la cosa juzgada.

Uno de los tales efectos consiste en su «ejecutoriedad». Para hacer efectivo el cumplimiento de la sentencia ostentan, finalmente, los jueces la *potestad de ejecución*, la cual se ejercita a través de los diversos procedimientos de ejecución de sentencias, cuya finalidad consiste en realizar o llevar a cabo en sus propios términos lo dispuesto en el «fallo» de la sentencia.

### **C) Los juzgados y Tribunales**

Los juzgados y Tribunales, independientes y sometidos al imperio de la ley, integran en su totalidad el Poder judicial y ostentan en exclusividad la titularidad de la potestad jurisdiccional.

Fuera del Poder Judicial (o, lo que es lo mismo, fuera del Título VI de la CE), subsisten algunos tribunales especiales, como es el caso del Tribunal Constitucional (arts. 159 y ss.) o del Tribunal de Cuentas (art. 136) que, aun cuando formalmente la Constitución no los considera incluidos dentro del Poder judicial, constituyen auténticos órganos jurisdiccionales, pues gozan de independencia y resuelven definitiva e irrevocablemente los conflictos especiales que ante ellos se les planteen. Por lo tanto, forman parte también de la Jurisdicción, la cual puede resumirse en la siguiente fórmula: Jurisdicción = Poder Judicial + tribunales especiales.

a) Tradicionalmente se vienen denominando *Juzgados* a los órganos jurisdiccionales unipersonales, si bien la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, ha complicado un tanto las cosas al utilizar el término «Tribunal» para designar indistintamente a los órganos judiciales unipersonales y colegiados. Están integrados por un juez, asistido por un secretario y el personal auxiliar. Tradicionalmente los *Jueces* acceden al Poder Judicial mediante concurso-oposición entre Licenciados en Derecho y pasan a convertirse en los titulares de los juzgados (a diferencia de los Magistrados que integran los Tribunales; pero esta distinción se vio enturbiada con la creación de la categoría del magistrado-juez en las principales capitales de provincia y, así, de conformidad con el art. 21.2 de la Ley 38/1988, de Demarcación y Planta, en aquellos partidos judiciales con una población superior a los 150.000 habitantes los juzgados de 1ª Instancia dición. De este modo, las «actas» en las que quedarán plasmadas las oportunas declaraciones de ciencia o representaciones de la realidad externa gozarán de una fehaciencia indiscutible.

Pero la potestad jurisdiccional es, ante todo, una *potestad decisora*, en la que el juez o tribunal resuelve interina (v.gr., un auto de archivo o de sobreseimiento provisional) o definitivamente, el conflicto, satisfaciendo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Esta última resolución se denomina *sentencia*, decisión que constituye la más genuina expresión de la potestad jurisdiccional, pues tan sólo estas resoluciones suelen gozar de la totalidad de los efectos de la cosa juzgada.

Uno de los tales efectos consiste en su «ejecutoriedad». Para hacer efectivo el cumplimiento de la sentencia ostentan, finalmente, los jueces la *potestad de ejecución*, la cual se ejercita a través de los diversos procedimientos de ejecución de sentencias, cuya finalidad consiste en realizar o llevar a cabo en sus propios términos lo dispuesto en el «fallo» de la sentencia.

### **C) Los juzgados y Tribunales**

Los juzgados y Tribunales, independientes y sometidos al imperio de la ley, integran en su totalidad el Poder judicial y ostentan en exclusividad la titularidad de la potestad jurisdiccional.

Fuera del Poder Judicial (o, lo que es lo mismo, fuera del Título VI de la CE), subsisten algunos tribunales especiales, como es el caso del Tribunal Constitucional (arts. 159 y SS.) o del Tribunal de Cuentas (art. 136) que, aun cuando formalmente la Constitución no los considera incluidos dentro del Poder judicial, constituyen auténticos órganos jurisdiccionales, pues gozan de independencia y resuelven definitiva e irrevocablemente los conflictos especiales que ante ellos se les planteen. Por lo tanto, forman parte también de la jurisdicción, la cual puede resumirse en la siguiente fórmula: Jurisdicción = Poder Judicial + tribunales especiales.

a) Tradicionalmente se vienen denominando *Juzgados* a los órganos jurisdiccionales unipersonales, si bien la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, ha complicado un tanto las cosas al utilizar el término «Tribunal» para designar indistintamente a los órganos judiciales unipersonales y colegiados. Están integrados por un juez, asistido por un secretario y el personal auxiliar. Tradicionalmente *los Jueces* acceden al Poder Judicial mediante concurso-oposición entre Licenciados en Derecho y pasan a convertirse en los titulares de los juzgados (a diferencia de los Magistrados que integran los Tribunales; pero esta distinción se vio enturbiada con la creación de la categoría del magistrado-juez en las principales capitales de provincia y, así, de conformidad con el art. 21.2 de la Ley 38/1988, de Demarcación y Planta, en aquellos partidos judiciales con una población superior a los 150.000 habitantes los juzgados de 1ª Instancia y/o Instrucción pueden estar servidos por Magistrados), a quienes les corresponde conocer de los procesos en primera instancia. El juzgado es, pues, un órgano jurisdiccional unipersonal y de instancia que conoce de las fases *declaradsea* y *ejecutiva* del proceso: de las alegaciones o aportación de los hechos al proCeso, de su prueba, de la sentencia y del proceso de ejecución.

Dicha regla tan sólo conoce la excepción del orden jurisdiccional penal. En dicha manifestación de la jurisdicción y, como exigencia del principio acusatorio, existen, de un lado, los juzgados de Instrucción (cuya función primordial consiste en realizar la fase instructora) y juzgados de lo Penal (a quienes les corresponde el conocimiento del juicio oral de los delitos leves) y, de otro lado, las Audiencias Provinciales (que conocen del juicio oral en los restantes delitos). En el orden contencioso-administrativo, que tradicionalmente estaba integrado exclusivamente por Tribunales (las Salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ), la Ley 29/1998 instauró los «Juzgados de lo ContenciosoAdministrativo que conocen en primera instancia de asuntos de escasa relevancia o cuantía (impugnaciones relativas a personal, licencias, tributos locales, sanciones...).

Los juzgados españoles están hoy regidos por el principio de la especialización. Su descripción y competencia objetiva puede examinarse en los arts. 26, y ss. de la LOPJ (ver, *infra*, Lección 9).

b) Los *Tribunales*, por el contrario (y salvedad hecha de la denominación de la nueva LEC que, como se ha dicho utiliza el término «Tribunal» como sinónimo de todo órgano judicial), son órganos jurisdiccionales colegiados. A los miembros de tales colegios se les denomina *Magistrados*, quienes normalmente son reclutados, a través de concurso, desde la propia judicatura.

Excepción hecha de los tribunales administrativos, de la fase del juicio oral penal y de los aforamientos (es decir, de la sumisión en el proceso penal de ciertas autoridades a determinados órganos colegiados), en los que tales órganos colegiados asumen funciones declarativas o de primera instancia, el cometido de los Tribunales consiste en revisar el enjuiciamiento efectuado por los jueces en su sentencia, dictada en la primera instancia; de lo que se desprende que los Tribunales constituyen órganos de segundo o tercer grado que conocen de la fase de *impugnación* de los procesos, por lo que su justificación obedece a la propia existencia de los recursos o medios de impugnación contra las sentencias.

Atendiendo a la naturaleza de los recursos de los que conocen tales órganos pluripersonales, los Tribunales se clasifican en Tribunales de *apelación* y de *casación*. Los de apelación o de segunda instancia en sentido estricto, efectúan una revisión, más o menos amplia, tanto del material de hecho (esto es, la fijación de los hechos en la sentencia y la valoración de la prueba), como de la aplicación del derecho. Son Tribunales típicos de apelación en nuestro ordenamiento las Audiencias Provinciales (véanse su competencia y funciones en los arts. 80 y ss. LOPJ).

Los Tribunales de casación tienen por misión esencial asegurar la aplicación uniforme de las leyes promulgadas por el Parlamento, unificando su interpretación mediante la creación de la «doctrina legal» (o criterios interpretativos homogéneos de las normas; así, por ejemplo, la doctrina del daño moral o de la responsabilidad objetiva en el derecho civil, o del delito continuado en el proceso penal). La finalidad esencial de la casación, en último término, estriba en garantizar la igualdad en la aplicación de la ley en todo el territorio nacional (principio consagrado en el art. 14 CE), asegurando su interpretación uniforme, de tal suerte que las Audiencias Provinciales y juzgados no mantengan criterios dispares en la aplicación de la ley.

El Tribunal Supremo, situado en la cúspide del Poder Judicial (art. 123.1 CE), es el órgano de casación por excelencia, si bien nuestra Constitución, (aun cuando no haya consagrado modelo federal alguno), como consecuencia de la instauración del «Estado de las autonomías», ha posibilitado que los Tribunales Superiores de justicia asuman funciones casacionales dentro de su demarcación judicial (art. 152). Dichas funciones fueron concretadas por el art. 73.1º-.á) de la LOPJ, que confirió a la «Sala de lo Civil y Penal» de los TSJ el

conocimiento de los recursos de casación por «infracción de normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad Autónoma».

## **D) La independencia, unidad y exclusividad jurisdiccional**

En los juzgados y Tribunales han de concurrir, por imperativo del tantas veces citado art. 117 de la CE, las notas esenciales de independencia, unidad y exclusividad jurisdiccional.

A la independencia judicial ya nos hemos referido en la lección anterior y la estudiaremos más detenidamente en las lecciones 3 y 6, destinadas a tratar respectivamente la independencia individual y colectiva de la Magistratura. Sea suficiente recordar aquí que, al erigirse en causa legitimadora a través de la cual la jurisdicción misma se justifica, la independencia judicial conforma una nota subjetiva esencial de todo órgano jurisdiccional, hasta el punto de que la infracción de la independencia judicial supondrá la violación del derecho fundamental al juez legal «imparcial» del art. 24.2 de la CE y abrirá las puertas al recurso constitucional de amparo.

Porque los jueces y Magistrados, integrantes del Poder Judicial, son independientes y sometidos a la Ley y al Derecho, tan sólo a ellos se les otorga la potestad jurisdiccional. Surge así desde esta visión negativa de la independencia el principio de «unidad jurisdiccional», sancionado por el art 117.5, cuya utilidad primordial consiste en declarar ilegítimas las denominadas «jurisdicciones especiales», que tanto proliferaron en el anterior régimen autocrático, pues de nada serviría proclamar aquellos principios constitucionales si el Poder Ejecutivo pudiera crear los órdenes de funcionarios más sumisos para el enjuiciamiento de determinadas materias; aunque las jurisdicciones especiales pudieran detentar la nota objetiva de la Jurisdicción (la cosa juzgada), su falta de independencia y la infracción del principio constitucional de «unidad» supondría también la infracción del «juez legal».

Similar tratamiento ha de tener la vulneración del principio de «exclusividad jurisdiccional», proclamado por el art. 117.3 de la CE, en cuya virtud, el ejercicio de la potestad jurisdiccional constituye un auténtico monopolio de los integrantes del Poder Judicial. También este principio, al igual que el de unidad, será objeto de un estudio más detenido en la lección correspondiente (infra, Lección 5). Adelantemos tan sólo aquí que al referido principio se puede atentar mediante la exclusión (normalmente por parte de la Administración) de determinadas materias (e incluso de personas, si se establecieran «in- p munitades» injustificadas) de la potestad jurisdiccional, tanto en su fase declarativa (por ejemplo, los actos exentos del control judicial administrativo o los hoy prácticamente inexistentes «desahucios administrativos»), como en la de ejecución (v.gr., los privilegios de la Administración de «suspensión» de las sentencias administrativas, e incluso la «expropiación» de los fallos de los Tribunales administrativos, desafortunadamente permitido por el art. 18.2 LOPJ).

## E) La función genérica de la Jurisdicción

La función genérica de la Jurisdicción estriba en la resolución de los conflictos, intersubjetivos y sociales, mediante la aplicación del Derecho objetivo, si bien dicha función, como veremos en el epígrafe siguiente, se concreta en la protección de los derechos subjetivos, en el control de la legalidad y en la complementación del ordenamiento.

Es cierto que dicha genérica función de aplicación del Derecho, que se cohonesta con el sentido etimológico del concepto de Jurisdicción («*ius dicere*»), no es privativa del Poder Judicial, toda vez que también en el arbitraje pueden resolverse las controversias a través de la aplicación del Derecho, pero las diferencias entre ambos métodos heterocompositivos son notables, pues si bien son perfectamente lícitos los laudos «en equidad», esta posibilidad ha de ser desterrada en la Jurisdicción ya que, como consecuencia de la sumisión del juez a la ley y al Derecho, todos los conflictos necesariamente han de ser resueltos por la Jurisdicción mediante la aplicación del Derecho.

De aquí que cabe hoy mantener serias dudas acerca de la constitucionalidad de los «juicios en equidad», del art. 17 de la Ley 49/1960, de Propiedad Horizontal de conformidad con la redacción operada por el art. 13º.3 de la Ley 8/1999.

Por tal razón, la primera nota que ha de revestir la sentencia, que ha de poner fin al conflicto, es la de ser una resolución *jurídica*. En la sentencia, junto a la declaración de hechos probados, deben siempre reflejarse, en la premisa mayor del silogismo judicial, los «fundamentos de derecho», procesales y materiales, aplicables al caso, tal y como disponen los arts. 248.3 de la LOPJ y 209.3 CE.

De la necesaria individualización jurídica se deriva también la exigencia de que la sentencia sea motivada puesto que, a diferencia de lo que acontecía en el Antiguo Régimen en el que existía la prohibición de motivar las sentencias, en el Estado de Derecho las partes y la sociedad, en general, tienen el derecho a obtener del órgano jurisdiccional una resolución *motivada y razonada*, en virtud de la cual, se estime o desestime una pretensión determinada. La necesidad de motivar las sentencias constituye hoy una auténtica exigencia constitucional, derivada de la doctrina del TC nacida con ocasión de la interpretación del «derecho a la tutela» del art. 24.1 CE (SSTC 46/1996, 32/1996, 153/1995, 28/1994, 22/1994, 109/1992, 131/1990, 159/1989, 55/1987, entre otras).

Finalmente, las sentencias son resoluciones definitivas y generalmente *irrevocables* (art. 245.1º. b) y 3º- LOPJ). Conformada esta última característica de la sentencia uno de los efectos esenciales de la *cosa juzgada* que, como se ha reiterado, se erige en la principal nota objetiva, patrimonio exclusivo de la jurisdicción. A diferencia, pues, de los actos administrativos o de las soluciones autocompositivas, que poseen un carácter meramente interino ya que pueden ser impugnados ante los Tribunales, las sentencias que de ellos dimanar y que

gocen de todos los efectos materiales de la cosa juzgada, producen los efectos preclusivos y excluyentes, que impiden que el conflicto pueda volverse a plantear ante cualquier otro juzgado o ser sometido a arbitraje, siempre y cuando el objeto procesal sea idéntico (art. 222 LEC).

Pero no siempre todas las sentencias producen con plenitud la totalidad de los efectos materiales de la cosa juzgada. En particular, no ostentan tales efectos las «sentencias absolutorias en la instancia», ni las recaídas en los procesos «sumarios». Las primeras de ellas suceden cuando en un proceso determinado, el órgano jurisdiccional constata la ausencia de algún presupuesto procesal que le impide conocer de la relación jurídico material debatida o de fondo (v.gr., el demandante interpuso su demanda ante un juez falto de competencia); las segundas tampoco producen tales efectos materiales debido a la circunstancia de que los procesos sumarios, al tener una cognición limitada, no se impide a las partes acudir, con posterioridad a la sentencia recaída en un proceso sumario, al proceso declarativo correspondiente (v.gr., una sentencia condenatoria dictada en un proceso sumario ejecutivo por impago de una letra de cambio, no impide al deudor condenado a acudir a un proceso declarativo para solicitar la rescisión de la compraventa, por ejemplo, por vicios ocultos en la cosa vendida).

## **2. FUNCIONES ESPECÍFICAS DE LA JURISDICCIÓN**

Tal como se ha reiterado, la función genérica de la jurisdicción consiste en la resolución definitiva de los conflictos mediante la aplicación del Derecho. Pero dicha función se realiza y se concreta, bien en la protección de los derechos subjetivos bien en el control normativo de los actos y disposiciones emanadas de la Administración y demás poderes del Estado; junto a ellas, y con ocasión del cumplimiento de todas estas funciones, también los Tribunales ejercen el Derecho o complementan el ordenamiento jurídico.

### **A) Protección de los derechos subjetivos**

Dispone el art. 24.1 de la CE que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos».

Lo que viene a consagrar el precepto es el derecho al «libre acceso a la Jurisdicción» que a todo ciudadano asiste para obtener la protección jurisdiccional de su derecho subjetivo o interés jurídico material vulnerado, por la actuación de un particular o de la Administración pública.

Ciertamente, ni es ésta la única misión de la Jurisdicción ni siempre es exclusivamente ejercida por ella, puesto que también la Administración Pública resuelve conflictos (así, por ejemplo, cuando a un estudiante se le vulnera un derecho relacionado con dicha cualidad, puede suscitarse el correspondiente procedimiento administrativo y obtener su protección de la autoridad académica competente), pero si las fórmulas autocompositivas no tutelan su derecho, siempre tiene abierto el camino (*die Rechtswege*) ante los Tribunales (de este modo, en el ejemplo anterior, puede interponerse el correspondiente recurso contencioso-administrativo). Tal y como reconoce el art. 5.1 LEC, «se

podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación y la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas... ».

En la actualidad, el derecho al libre acceso a la jurisdicción constituye un auténtico derecho fundamental mediante cuyo ejercicio surge la obligación del juez de resolver acerca de la pretensión de tutela del derecho subjetivo pre.suntamente vulnerado. De este derecho fundamental, técnicamente denominado «derecho de acción», nos ocuparemos en la lección correspondiente (18). Ahora tan sólo interesa constatar aquí que, tal y como se encarga de establecer el art. 7.3 de la LOPJ, corresponde a la jurisdicción «proteger los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos», tanto privados cuanto públicos.

De la tutela de los derechos privados se ocupan fundamentalmente los Juzgados de Primera Instancia y demás órganos jurisdiccionales civiles (así, por ejemplo, de la protección de todos los derechos reales, como el de propiedad, de los arrendamientos, etc.), aunque también asumen dicha función los juzgados de lo Social para la protección de los derechos de los trabajadores y empresarios, y los juzgados y Tribunales de lo Contencioso-Administrativo en las de nominadas «pretensiones de plena jurisdicción», en las que el acto administrativo ha podido vulnerar un derecho subjetivo privado (por ejemplo, el derecho de propiedad en una expropiación forzosa).

Mucho más expeditiva es la labor de la jurisdicción en la tutela de los derechos subjetivos públicos y libertades públicas. Debido a la circunstancia de que la «libertad es un valor superior del ordenamiento» (art. 1.1 CE) y a la de que los derechos fundamentales constituyen el fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1), por lo que vinculan a todos los jueces y Tribunales (art. 7.1 LOPJ), la protección de tales derechos ocupa un lugar preferente por parte de los Tribunales ordinarios (art. 53.2 CE). De este modo, subsisten en el momento presente dos procedimientos sustancialmente acelerados, administrativo (arts. 114-122 LJCA) y laboral (arts. 175-182 del RD Leg 2/1995 sobre tutela de la libertad sindical) para obtener el rápido restablecimiento del derecho fundamental vulnerado, todo ello sin olvidar otros procedimientos especiales más expeditivos, como el *habeas corpus* o el control judicial de las entradas administrativas.

Pero en el supuesto de que los Tribunales ordinarios no restablecieran el derecho o libertad pública vulnerada, todavía puede el particular acudir al Tribunal Constitucional y obtener dicha protección a través del recurso de amparo (art. 161.11 CE).

Como puede observarse, y como se desprende de la dicción de no pocos derechos fundamentales, cuya limitación queda condicionada a la preceptiva autorización judicial (arts. 18.2 y 3, 20.5, 22.4 CE) o forman parte del monopolio jurisdiccional (la prohibición a la Administración de imposición de penas privativas de libertad que efectúa el art. 25.3 ), en nuestro ordenamiento procesal puede afirmarse que, en materia de restricción de los derechos fundamentales, la jurisdicción ostenta, no sólo la última, sino

también la primera palabra.

## **B) Control judicial normativo**

La misión de la Jurisdicción no se reconduce exclusivamente a la labor de protección de los derechos subjetivos, sino que, debido también a que su propia legitimación descansa en la sumisión a la ley, o necesidad de que las leyes se cumplan, también le corresponde velar por la realización y efectividad del ordenamiento jurídico.

Dicha función de control normativo, o de vigencia de la legalidad, se realiza en un doble nivel: con respecto a los particulares, y frente a la Administración y demás poderes del Estado.

Una manifestación típica del primero de los enunciados niveles sucede con la actividad de los órganos jurisdiccionales *penales*, aun cuando aquí la función es mixta, pues en un sistema democrático que proclama la libertad como valor superior del ordenamiento, los Tribunales Penales han de estar tan interesados en actuar el *ius puniendi* del Estado contra el culpable de la comisión de un delito, como el derecho a la *libertad* del inocente, razón por la cual también asumen la protección de este derecho fundamental.

En cualquier caso, como se ha indicado, a la jurisdicción penal le corresponde el más absoluto monopolio de imposición de penas privativas de libertad (arts. 25.3 y 117.3 CE), con lo que la potestad sancionadora de la Administración ha de quedar relegada a la limitación de otros derechos (v.gr., el de propiedad a través de la imposición de multas). Pero, incluso en este último supuesto, la «potestad» de la Administración no es omnímoda, pues el acto administrativo, que irroga la sanción, puede ser revisado por los Tribunales Administrativos, previa la interposición del pertinente recurso.

Tal y como dispone el art. 106 de la CE, «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican».

Asume así la jurisdicción, frente a la Administración, una labor de control normativo de sus actos y reglamentos en orden a asegurar que sus decisiones se adopten conforme al procedimiento preestablecido y a que sus disposiciones normativas se adecuen con las de rango superior; en definitiva, tendente a garantizar la actuación de la Administración pública, estatal y autonómica, bajo el imperio del Derecho.

Manifestaciones específicas de dicha función pueden encontrarse en la obligación de todos los juzgados y Tribunales de inaplicar los Reglamentos ilegales (art. 6 LOPJ), o en los recursos de «anulación» contra actos y en los recursos directos contra Reglamentos ilegales que se pueden deducir ante los Tribunales administrativos (arts. 25-26 LJCA) o en la «cuestión de ilegalidad» creada por los arts. 123-126 de la LJCA de 1998.

Como ya se ha adelantado, esta función de vigilancia del cumplimiento del principio de jerarquía normativa no se limita exclusivamente al control de la legalidad ordinaria. También le corresponde al Tribunal Constitucional, a través de los procedimientos abstractos de declaración de inconstitucionalidad, controlar y, en su caso, anular aquellas disposiciones normativas con rango de ley que infrinjan la Constitución (art. 164.1 CE).

### **C) Complementación del ordenamiento**

Sabido es que el principio de división de poderes exige que al Poder Judicial no le sea autorizado dictar normas. A esta prohibición se refiere implícitamente el art. 2.2 de la LOPJ al establecer que los juzgados y Tribunales no ejercerán otras funciones distintas a la que comporta la potestad jurisdiccional.

Pero, con independencia de esta exigencia, tampoco es menos cierto que, como ha puesto de relieve la doctrina (WIEACKER, ESSER, DE LA VEGA), junto al Derecho legislado coexiste también el Derecho *judicial* que suele plasmarse en la «doctrina legal», creada por los Tribunales con ocasión de la aplicación e interpretación de las normas jurídicas.

A ella se refiere expresamente el art. 1.6 del CC, en cuya virtud «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho».

La sanción procesal a la infracción de este mandato material, la efectúa el art. 477.3 de la LEC que prevé como motivo del recurso de casación el «interés casacional» el cual sucede cuando la sentencia recurrida infringe la «doctrina jurisprudencial» del TS.

Esta función de creación judicial del Derecho no reviste, sin embargo, un carácter indiscriminado. Admitir lo contrario significaría compartir los postulados de la Escuela libre del Derecho, del «Richter-Kónig»; fomentar, en definitiva, el arbitrio judicial con olvido del principio de sumisión del juez a la ley, establecido por el art. 117.1 de la CE.

Por esta razón conviene determinar los límites de la función de complementación normativa, porque el derecho judicial y el legislado no se diferencian exclusivamente por el procedimiento (inductivo el primero y deductivo el segundo) de elaboración, sino también materialmente. Y así, de la lectura del art. 6.1 del CC, claramente se desprende que el techo de creación del derecho judicial es mucho más bajo que el del legislado: en tanto que la potestad legislativa no tiene otro límite más que el de la Constitución, la doctrina legal ha de surgir con ocasión de la «interpretación y aplicación de la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho», lo que significa que la doctrina legal no es una fuente directa, formal o inmediata de creación del

Derecho, sino una fuente subordinada a la ley o, dicho en otras palabras, la doctrina legal tan sólo se legitima «*secundum*» o «*praeter legem*», nunca «*contra legem*».

Lo que sucede es que el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico, tal y como lo concibió el positivismo jurídico, se ha revelado en el transcurso de la historia como una mera ficción, pues en muchas ocasiones la sociedad va por delante del legislador, y los Tribunales, que han de resolver con prontitud los conflictos, se ven obligados a colmar las lagunas a través de la creación judicial del Derecho.

Es más, para algún autor (LUHMANN), las decisiones políticas recorren todos los poderes del Estado; pero la Jurisdicción, debido a que es el único Poder independiente y neutral que puede dar una respuesta relativamente rápida a las nuevas necesidades o conflictos sociales, se ve obligada a jugar, en ocasiones, un papel de corrector de los errores de los poderes normativos del Estado cuando debido a cualquier anquilosamiento de los mismos, no han sabido dar una respuesta adecuada a una nueva realidad social. Todo ello le ha permitido al citado autor subrayar la existencia de una *función política* de la Jurisdicción, tesis ésta que, si bien podría predicarse de determinadas decisiones, sobre todo del TC, no autoriza a reputar a dicho Tribunal como «órgano político», pues sus resoluciones siempre han de ser «traducidas en términos jurídicos» con ocasión de la aplicación e interpretación de la Constitución.

Ahora bien, esta actividad de «colmar lagunas» que efectúa la jurisprudencia siempre ha de realizarse con ocasión de la interpretación de la Constitución o de la Ley, sin que pueda en ningún caso el juez o Tribunal sustituir la voluntad del legislador por la suya propia, violentando el espíritu y el texto de norma.

En segundo lugar, dicha actividad, consistente en *complementar* (y no .completar») el ordenamiento, la reserva el art. 1.6 del CC a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Lo que no significa que los demás órganos jurisdiccionales en ningún caso puedan crear Derecho, pues necesariamente han de hacerlo en la integración de los «estándares» (por ejemplo, el concepto de «orden público» o los de «temeridad» y «abuso del derecho») y de las «cláusulas generales abiertas» (por ejemplo, la de «*rebus sic stantibus*», la diligencia de un buen padre de familia», etc.), así como en todas aquellas materias no susceptibles de recurso de casación, en las que las Audiencias Provinciales se ven obligadas a dictar su «pequeña jurisprudencia» (v.gr., en el ámbito del «juicio verbal» contemplado en el art. 250 LEC) que, debido a la imperfección de nuestro sistema de recursos, no responde a dicha denominación, pues tiene, en la práctica, una extraordinaria importancia, a la vez que su disparidad entre las Audiencias Provinciales o incluso dentro de las Secciones de una misma Audiencia atenta los principios de igualdad y de seguridad jurídica.

La ausencia de recurso de casación en los pequeños litigios o infracciones penales puede originar una violación del principio de «igualdad en la aplicación de la ley» en todo el territorio nacional o incluso en la misma demarcación judicial de un TSJ al poder coexistir doctrinas legales distintas entre dos Secciones de una misma Audiencia. De aquí la conveniencia de reflexionar sobre la política legislativa, observada en estos últimos años, consistente en descongestionar al TS por la vía de elevar la «suma de gravamen» del recurso de casación; aunque dicha descongestión

sea necesaria, deben arbitrarse los mecanismos para que el TS pueda crear su doctrina legal en aquellas materias no susceptibles actualmente de recurso de casación (por ejemplo, a través de un recurso superextraordinario para la «unificación de doctrina» la instauración de una casación *per saltum*, o la posibilidad de instaurar una cuestión prejudicial, a plantear ante el TS, entre las Secciones o audiencias que deseen modificar su jurisprudencia).

Pero dicha función es genuina del TS, en tanto que Tribunal de casación. aunque no puede olvidarse la competencia casacional de los TSJ respecto del Derecho civil, foral o especial, propio de las CC.AA, al TS le corresponde la importante misión de unificar los criterios de interpretación de las normas, a través de su doctrina legal, a fin de que la norma sea aplicada «por igual» en todo el territorio nacional o, lo que es lo mismo, en punto a garantizar el derecho fundamental que a todos los ciudadanos asiste a la «igualdad en la aplicación de la ley» (art. 14 CE).

En tercer lugar, el carácter jurídico vinculante de la jurisprudencia del TS, tan sólo es reclamable cuando se efectúa (como dispone el art. 1.6 CC) «de modo reiterado»; es decir, una sola sentencia no produce doctrina *legal*, sino que se exige la publicación de dos o más sentencias que mantengan el mismo criterio interpretativo.

Sin embargo, esta nota esencial de la doctrina legal no puede ser reclamada en todo tiempo y lugar. Si así fuera, se produciría la «petrificación» o anquilosamiento de la jurisprudencia del TS, la cual no podría adaptarse a las nuevas exigencias sociales; por esta razón, también al TS le es dado modificar su doctrina legal, con una importante limitación derivada de la doctrina del TC surgida con ocasión de la aplicación del art. 14 de la CE, esto es, la exigencia formal de motivar expresamente en la nueva sentencia el abandono de la doctrina legal hasta el momento sustentada y de explicitar en dicha sentencia los nuevos criterios interpretativos, susceptibles de generar la nueva doctrina legal (SS TC 46/1996, 192/1994, 140/1992, 58/1992, 200/1990, 146/1990, 120/1987, entre otras).

Finalmente, dicha función de complementación normativa es reclamable sobre todo en el proceso civil y demás manifestaciones de la jurisdicción distintas a la penal, pero no en el proceso penal, porque en el Derecho penal ha de regir, en su más estricto sentido, el principio constitucional de *Legalidad* (arts. 25 CE, 1 CP y 1 LECrim). De aquí que no pueda reputarse como meramente casual la inexistencia de un motivo específico en la LECrim, a diferencia de la LEC, de casación por «infracción de jurisprudencia» o de doctrina legal.

Lo que tampoco equivale a proclamar rotundamente la ilegitimidad de toda doctrina legal penal, pues dicha doctrina también ha de surgir con ocasión de la interpretación de las normas sustantivas o procesales penales (y así ha ocurrido con la doctrina del «error», el delito continuado, los delitos masa, la responsabilidad de las personas jurídicas, el concepto de «delito flagrante», el principio acusatorio, etc.).

## **LECCIÓN 3. EL PODER JUDICIAL**

### **1 EL PODER JUDICIAL. APUNTE HISTÓRICO**

La actual estructura política de los Estados democráticos de Derecho se forma, como es bien sabido, a base del reconocimiento de un poder legislativo<sup>5</sup>, de un poder ejecutivo, junto con un poder judicial. Este esquema Mítico suele mostrarse, y así parece asumido, como algo inmanente desde siempre a la cultura occidental europea; sin embargo, dicha formulación tiene poco más de doscientos años, y resulta ser en realidad un fruto directo de Revolución Francesa.

En efecto, la Revolución liberal burguesa de 1789, poniendo en práctica ideas de la Ilustración y del Iluminismo, consigue romper, entre otras con los esquemas de poder propios de la monarquía absoluta.

Hasta ese momento histórico el poder se venía concentrando en manos del Rey, como depositario y detentador de todas y cada una de sus formas, en la medida en que todo el poder le había sido atribuido por Dios: el Rey podía ugar o hacer juzgar por quien quisiera, en el tiempo que quisiera y en el lugar que tuviera por conveniente.

El Rey es el principio y el referente de toda actividad que suponga ejercicio de poder, y quien ostentara algún género de poder lo tendría porque del Rey le viene. Este puede, sin embargo, delegar la jurisdicción caso a caso, o bien de forma estable, pero teniendo muy presente que la delegación es esencialmente revocable (TOMÁS Y VALIENTE). Se crearon de este modo las categorías de la justicia retenida y la justicia delegada que sólo más adelante, con la Revolución Francesa, consiguen quebrarse.

Por consiguiente, desde el medievo hasta la Revolución, los jueces aparecen sometidos al servicio del Rey. Como se dice en Las Partidas, deben obedecer «todos los mandamientos que el Rey les hiciere, por palabra, o por su carta, o por su mensajero cierto» (Partida 111). Han de subordinarse al soberano porque ellos representan a la persona del soberano, y su sentencia es sentencia suya, del mismo modo que toda la jurisdicción está esencialmente conexas con la soberanía y los jueces no son más que ministros de quien tiene el poder soberano (HOBBS).

Superada la proliferación de las jurisdicciones feudales, con la aparición de los Estados modernos se va conformando un complejo entramado de tribunales que asumen, además de una función de gobierno y de administración, la función estable de impartir la justicia del Rey. Sin embargo, aquellos Corregidores, los jueces de residencia, las Chancillerías y las Audiencias, o los Consejos, no estaban mínimamente organizados ni jerárquicamente estructurados.

Con esta situación se enfrenta decididamente la Revolución Francesa, partiendo del postulado de la división de poderes, que había sido enunciado por MONTESQUIEU en «El espíritu de las leyes». Así, en la Declaración de 1789 se dirá que ninguna nación que no tenga una declaración de derechos individuales y que no tenga separación de poderes tiene verdadera Constitución (art. 16).

La Revolución se asienta a este respecto en la idea de que la soberanía reside en la nación y de ella emanan todos los poderes, de donde habían de desaparecer todas las múltiples y variopintas jurisdicciones entonces existentes, cediendo ante un único Poder Judicial.

Al propio tiempo era preciso acabar con la compra de los oficios judiciales; los jueces deberían ser elegidos por el pueblo para un período determinado de tiempo.

En otro orden de cosas, se reconocía la primacía de la ley como expresión de la voluntad general; por tal motivo los jueces tenían que limitar su función a ser una mera boca que pronunciara las palabras de la ley, un poder de alguna manera nulo (MONTESQUIEU).

Así pues, el juez venía obligado a aplicar la norma al caso concreto de un modo puramente mecánico; a diferencia de la arbitrariedad de los jueces del Antiguo Régimen, al juez de la Revolución ni siquiera le es dada la posibilidad de interpretar la ley, porque la facultad de interpretación se entendía como propia del Poder Legislativo e inherente al mismo, en la medida en que con ella se completa o se aclara el sentido de la norma. Esta consideración da lugar al llamado *référé legislatif*, a la decisión interpretativa de la Asamblea.

Sin embargo, el sometimiento a la ley lleva aparejada en el moderno Estado constitucional la independencia del juzgador, luego de un trabajoso encaje a todo lo largo del siglo XIX. El fundamento de la independencia se encuentra en la necesidad de asegurar la sumisión del juez a la norma, y para lograr este objetivo era preciso asegurar que el juez no estuviera sometido a orden o indicación de clase alguna que le pudiera apartar de la estricta aplicación de la ley.

De aquí que se haya podido decir (DE OTTO) que independencia y sumisión a la ley son términos estrictamente correlativos y complementarios: el juez es independiente porque está sometido sólo a la ley; y está sometido sólo a la ley porque es independiente.

Sin embargo, la independencia del juez es una característica específica del Estado constitucional, no esencial al concepto de juez ni de jurisdicción, y desconocida en otros sistemas jurídicos. Si se mantuviera lo contrario habría que convenir en que prácticamente en ninguna época histórica ha habido jueces o jurisdicción dignos de tal nombre.

La independencia de todos y cada uno de los jueces, y su exclusivo sometimiento a la ley, no permiten sin más hablar de la independencia del

Poder judicial, porque cabalmente se trata de dos realidades absolutamente diferentes. La primera impide toda injerencia en el ejercicio de la jurisdicción; la segunda, sin embargo, supone el reconocimiento en clave política de un verdadero Poder del Estado, rodeado de suficientes garantías para ser considerado como tal y, especialmente, de una esfera de autogobierno que ha de ser respetada tanto por el Poder Ejecutivo como por el Poder Legislativo.

## **2. LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL. EL AUTOGOBIERNO**

La Constitución Española de 1978, acogió sin ningún género de vacilación el principio de la independencia del Poder judicial y de su completa autonomía funcional y orgánica dentro de la estructura de los Poderes del Estado.

Con alguna oposición en los debates constitucionales, el Título VI de nuestra Norma Fundamental se aprobó con la rúbrica «Del Poder Judicial», poniéndose en ello un especial énfasis por parte de los constituyentes. A diferencia de lo que ocurre con el Legislativo (De las Cortes Generales), y el Ejecutivo (Del Gobierno y de la Administración), el Poder Judicial es el único al que se ha designado con ese calificativo.

Esto supone, sin duda alguna, la separación sustancial del Poder Judicial de los otros dos poderes que, a su vez, se encuentran estrechamente vinculados entre sí; pero al propio tiempo expresa el reconocimiento de una situación concreta en la evolución del constitucionalismo, en la que el judicial ha pasado de ser un poder casi nulo a convertirse en el baluarte esencial de la libertad de los ciudadanos.

El Poder judicial aparece en la Constitución Española caracterizado por una serie de principios esenciales, entre los que debe destacarse su independencia y autonomía respecto de los restantes poderes del Estado.

Como ha señalado el TC, la independencia del Poder judicial constituye una pieza fundamental en nuestro ordenamiento como en el de todo Estado de Derecho, y la misma Constitución lo pone gráficamente de relieve al hablar expresamente de «Poder» Judicial, mientras que tal calificativo no aparece al tratar de los demás poderes tradicionales del Estado, como son el Legislativo y el Ejecutivo (S TC 108/1986).

La autonomía y la independencia del Poder Judicial vienen garantizadas precisamente por dos mecanismos: por una parte, a través de la creación constitucional de un órgano de gobierno propio, el Consejo General del Poder Judicial; por otra parte, mediante la atribución en exclusiva del ejercicio de la potestad jurisdiccional.

El Consejo General del Poder Judicial asume, por imperativo constitucional, las funciones que la ley le pueda encomendar, en particular, en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario (art. 122 CE). De este modo, se pretende desapoderar al Ejecutivo de unas parcelas que tradicionalmente detentaba, a través de las cuales podía ejercer y vino

ejerciendo una indudable influencia sobre los jueces y Magistrados.

El núcleo esencial del Poder Judicial, lo que lo eleva a la categoría de poder y lo diferencia de los restantes poderes, es, junto con el autogobierno, la atribución en exclusiva a sus órganos propios de la potestad jurisdiccional, que consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE). Así pues, los juzgados y Tribunales detentan el monopolio estatal de la resolución de conflictos de toda especie de un modo irrevocable, salvo el sometimiento a arbitraje, así como la ejecución coactiva de las decisiones (más extensamente, ver Lección 5 ).

Naturalmente, los procesos sometidos a la resolución judicial pueden tener por objeto la tutela de cualesquiera de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, o bien tratarse del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, o referirse al control de la potestad reglamentaria de la Administración, o de la legalidad de la actuación administrativa.

### **3. LA ORGANIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL**

#### **A) Concepto**

El Poder Judicial, como los demás poderes, emana de la soberanía popular -aunque es forzoso reconocer su inveterado alejamiento del pueblo- y se ejerce por los jueces y Magistrados que administran justicia. Estos jueces y Magistrados, en cuanto estén desempeñando la titularidad de los distintos órganos jurisdiccionales, son los exclusivos depositarios de la jurisdicción, de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Es preciso convenir en que la actual litigiosidad trasciende del tradicional ámbito en el que se movió el legislador de la codificación decimonónica, tanto en España como en los demás países europeos. Se someten hoy a la decisión judicial asuntos que presentan una enorme importancia y trascendencia social y política, que amplían el clásico campo de la intervención de los tribunales (v.gr., enjuiciamiento de supuestos de criminalidad organizada, macroprocesos por grandes catástrofes o calamidades públicas -colza, sangre contaminada-, financiación de partidos políticos, etc.). Por consiguiente, los jueces y Magistrados se ven obligados en algunas ocasiones a suplir con su actividad, diseñada con otras claves de respuesta, las inhibiciones de otros poderes del Estado.

De lo expuesto hasta ahora puede extraerse una primera conclusión: existe en España una pluralidad de jueces y Magistrados que integran el Poder judicial, y existe al propio tiempo una pluralidad de juzgados y Tribunales, órganos a los que la Constitución atribuye la potestad jurisdiccional (art. 117.1 y 3 CE). Es decir, que el Poder Judicial se presenta como una organización compleja, compuesta por personas y órganos propios encargados de impartir justicia, de ejercer la jurisdicción, que van desde los juzgados de Paz a las Salas de Justicia del Tribunal Supremo.

Por más que esta potestad venga atribuida *uti singuli* a cada juzgado o Tribunal a través del proceso, es evidente que todos ellos se integran en una organización jerarquizada que, entre otras cosas, permite la revisión de las actuaciones de los órganos inferiores por los superiores mediante la interposición de los recursos previstos por las leyes procesales.

## **B) Tribunales no integrados en el Poder Judicial**

Fuera del Poder judicial quedan, sin embargo, órganos que tienen atribuida potestad jurisdiccional en ciertos ámbitos o para discernir ciertas cuestiones, como el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas o los tribunales supranacionales.

El *Tribunal Constitucional*, intérprete supremo de la Constitución y órgano jurisdiccional, ostenta una posición singular en nuestro sistema jurídico y político. No resulta posible encuadrarlo en ninguno de los poderes del Estado pues, entre otras cosas, tiene encomendada la función de resolver los conflictos que pudieran surgir entre ellos (art. 59.3 LOTC). Además de ésta, ejerce las competencias que le atribuye expresamente la Constitución: el control de la constitucionalidad de las leyes, la resolución de los recursos de amparo y la resolución de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas (art. 161). Se trata de un verdadero y propio tribunal jurisdiccional no integrado en el Poder Judicial, en cuyos magistrados se cumplen las notas de independencia, inamovilidad, responsabilidad y sumisión a la Constitución (ver *infra*, Lección 13).

Por su parte, la naturaleza jurídica del *Tribunal de Cuentas*, supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público (art. 136 CE), resulta algo más difícil de precisar, en especial por tener atribuidas funciones muy diversas, la mayoría de las cuales no pueden considerarse jurisdiccionales. Sin embargo, la Ley de funcionamiento de este Tribunal, y la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, al regular un recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo contra ciertas resoluciones del Tribunal de Cuentas, parecen abonar su carácter jurisdiccional, en tanto que sus miembros gozan de la misma independencia e inamovilidad y están sometidos a las mismas incompatibilidades que los jueces (art. 136.3 CE).

Finalmente, algunos tribunales supranacionales tienen atribuida competencia para el enjuiciamiento de ciertos asuntos, lo que supone una cierta cesión de soberanía del Estado español realizada en virtud de instrumentos internacionales. Sin embargo, no puede decirse por el momento que tales tribunales ostenten potestad jurisdiccional en toda su extensión, por cuanto la ejecución de lo juzgado sigue residenciada en todo caso ante órganos del Poder Judicial del Estado.

No se integran en el Poder judicial español ni el Tribunal de Justicia ni el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, que son órganos propios de la estructura institucional de las Comunidades Europeas.

De la misma forma, tampoco se integra en el Poder judicial español el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano surgido con el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos de 4 de noviembre de

1950, que radica en el Consejo de Europa, cuyas resoluciones no pueden considerarse directamente ejecutivas en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar del sentido de la STC 245/1991 (con acertado voto particular de Gimeno); doctrina que, sin embargo, ha sido parcialmente corregida por los AA TC 2291/1993 y 2292/1993 (asunto Ruiz Mateos), según luego se expresa en la Lección 10.

### **C) Poder judicial y Administración de Justicia**

La utilización en España del nomen iuris de Poder Judicial ha tenido históricamente considerables vaivenes.

La Constitución de 1812, aunque realmente vino a consagrar la separación de poderes, rubricó su título V «De los tribunales y de la Administración de Justicia en lo civil y criminal». La Constitución de 1837 tituló «Del Poder Judicial». La de 1845 acogió la rúbrica « De la Administración de Justicia». En la Constitución de 1869 reaparecía la expresión Poder judicial. Sin embargo, la Constitución de la Restauración monárquica de 1876 volvió a utilizar «De la Administración de Justicia». Por último, en la Constitución de 1931 se empleó la rúbrica «De la Justicia», al igual que en la Ley Orgánica del Estado de 1967.

A la vista de lo expuesto puede resultar conveniente clarificar el significado de las expresiones «Poder judicial» y «Administración de Justicia», con el objeto de intentar hallar las diferencias entre ambas, ya que se han empleado de forma indistinta para aludir y regular una sola realidad en los sucesivos textos constitucionales.

Sin embargo, refiriéndose a lo mismo, la utilización de una u otra expresión no es neutral, por cuanto la elección pone de relieve una diferente concepción política acerca del juego y las relaciones entre los poderes del Estado, e incluso acerca de la existencia misma del Poder Judicial.

La locución «Poder Judicial» alude al tercer poder del Estado, emanado de la soberanía popular, independiente y autónomo de los otros dos y, muy especialmente, del Ejecutivo.

Sin embargo, con la expresión «Administración de Justicia» se pone el énfasis en el aspecto de servicio administrativo, haciendo referencia más bien a una organización subordinada al Ejecutivo; es decir, al modo de lo que -ucedía en el sistema napoleónico, en el que la Administración de justicia era una parte más de la Administración Pública, en plano de igualdad con otros servicios públicos, que sólo tras gran esfuerzo ha ido logrando la emancipación.

Esta última idea fue decididamente rechazada por los legisladores constituyentes de 1978, que quisieron evitar todo riesgo de administrativización o :omisión de la justicia al Poder Ejecutivo, a cuyo fin se creó precisamente el Consejo General del Poder Judicial. Por tanto, desde la óptica política sobre el papel que debe desempeñar el Poder Judicial en la estructura del Estado español, resulta más acorde utilizar la expresión «Poder

judicial» que la de «Administración de Justicia».

Ello no obstante, el propio texto constitucional resulta poco preciso y llega a confundir ambas locuciones (v.gr., en el art. 125, cuando habla de participación popular en la Administración de justicia).

## **D) La administración del Poder Judicial**

Por otra parte, las preferencias semánticas también han de analizarse teniendo en cuenta que junto a los juzgados y Tribunales existe un aparato y una organización para la justicia, es decir, que hay una infraestructura y un conjunto de medios personales y materiales que constituyen el soporte de la Jurisdicción. Todo ello encuentra cobijo y regulación en el Título VI de la CE, bajo la rúbrica «Del Poder Judicial».

Se comprenden, pues, tanto los órganos que ejercen la jurisdicción como otros que, sin ser jurisdiccionales, resultan imprescindibles para el normal funcionamiento del Poder Judicial. Asimismo, quedan englobados aquí no sólo los jueces y magistrados, sino también los secretarios y el personal al servicio de la Administración de justicia, así como el restante personal auxiliar y colaborador.

Todo este conjunto de órganos, de funcionarios y de medios materiales, han de ser gobernados y administrados adecuadamente, por lo que resulta necesaria una estructura propia y unos recursos administrativos específicos para el adecuado funcionamiento de los tribunales. Es lo que el TC ha llamado «administración de la Administración de Justicia», algo sin duda diferente de la Administración de Justicia en sentido estricto, del Poder Judicial, que comprendería solamente la función jurisdiccional y el autogobierno (S. TC 56/1990).

Las competencias gubernativas sobre el aparato judicial no se residen, cian sólo en el Consejo General del Poder judicial, órgano de gobierno del mismo según dice la CE. Al contrario, algunos de los principales instrumentos de aquella administración de la Jurisdicción continúan en manos del Ejecutivo.

En la actualidad, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 16/1994, que ha potenciado las competencias del Consejo General del Poder judicial, queda reservada al Ejecutivo toda la política sobre el personal no judicial y la gestión del mismo, así como de los medios materiales que se utilizan para el funcionamiento de los tribunales.

Es preciso tomar conciencia de que resulta enormemente difícil realizar una seria y rigurosa labor de gobierno del Poder Judicial si el órgano constitucionalmente creado a tal fin carece de toda capacidad de decisión en aspectos claves. Por tanto, parece de todo punto necesario permitir la intervención del Consejo, probablemente modificando su actual estructura y su sistema de funcionamiento, en los asuntos esenciales para el gobierno del Poder Judicial, sin limitarse a las atribuciones que a título meramente enunciativo se señalan en el art. 122 de la CE. En realidad este órgano constitucional está llamado a desapoderar al Poder Ejecutivo de todas las

competencias que éste sigue reteniendo en relación con el Poder Judicial; en otro caso su creación carecería de sentido y habría que abogar sencillamente por su supresión.

#### **4. EL PODER JUDICIAL EN EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS**

a) La Constitución de 1978 ha introducido un novedoso sistema de organización territorial de España, creando el Estado de las Autonomías, a caballo entre el modelo de Estado unitario centralizado y el modelo federal.

La organización institucional de las Comunidades Autónomas se ha diseñado en todas ellas, a partir de la inicial exigencia contenida en el art. 152 de la CE para algunas, con una Asamblea legislativa, un Consejo de Gobierno y un Tribunal Superior de justicia, reflejando de forma casi mimética la organización del Estado.

Pareciera con ello que los distintos poderes han quedado fragmentados, atribuyéndose a órganos propios de las CCAA el ejercicio de las potestades legislativa, ejecutiva y judicial en relación con las materias que estatutariamente hubieran asumido. Junto a los órganos autonómicos se situarían los correspondientes del Estado que, respecto de las restantes materias, habrán de ejercer las potestades propias en todo el territorio nacional.

Sin embargo, este esquema, que se ajusta a la situación de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, es de todo punto diferente en lo que se refiere al Poder judicial.

En efecto, el Poder Judicial se articula funcionalmente en una multiplicidad de órganos jurisdiccionales, que han de tener su sede en el territorio de alguna de las Comunidades Autónomas en que se organiza la totalidad del Estado. Pero es claro que tal distribución territorial no significa que exista o pueda existir un Poder judicial propio de las Comunidades Autónomas, como tienen Asamblea legislativa y Consejo de Gobierno.

Tal vez esta circunstancia pueda también explicar por qué el constituyente llamó Poder al judicial, y se abstuvo de calificar de igual modo a las Cortes Generales y al Gobierno, órganos del Estado que comparten cuotas de la misma potestad legislativa y ejecutiva con los correspondientes de las CCAA.

La referencia constitucional a los Tribunales Superiores de justicia es únicamente disponiendo que culminan la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad. Se trata, pues, de unos Tribunales estatales situados en la cúspide de la pirámide jurisdiccional en cada Comunidad Autónoma, creados por la LOPJ (art. 152.1 CE); todo ello sin perder de vista que el Tribunal Supremo tiene la consideración de órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE).

Los Tribunales Superiores de justicia, lo mismo que las Audiencias y los diferentes juzgados, no integran ni constituyen un orden de tribunales propio de la Comunidad Autónoma, ni del Municipio, donde radican. Forman parte del Poder Judicial del Estado y están llamados a tutelar los derechos de los ciudadanos resolviendo el caso concreto de acuerdo con la norma jurídica que resulte aplicable, sea ésta estatal, autonómica o local.

b) Con todo, no cabe ocultar que las Comunidades Autónomas desempeñan un papel relevante en relación con la administración del Poder Judicial, además de participar en la organización de la demarcación judicial de su territorio (arts. 152.1 CE y 35 LOPJ).

La totalidad de los Estatutos de Autonomía, salvo el de Cantabria, contienen una cláusula general subrogatoria, que atribuye a sus correspondientes órganos todas aquellas competencias que la LOPJ atribuya o reconozca al Gobierno del Estado.

Este peculiar mecanismo de asunción de competencias supone aceptar en los Estatutos, como razona el TC, el deslinde que el Estado decidiera realizar entre la Administración de justicia en sentido estricto y la administración de la Administración de justicia, con lo que las CCAA asumen una competencia por remisión a ese deslinde y respetando como núcleo inaccesible el art. 149.1.5º de la CE (STC 56/1990, de 29 de marzo).

## **5. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL FUNCIONAMIENTO DE LA JUSTICIA**

La plena independencia del Poder Judicial le hace participar precisamente del carácter de poder público y, por eso mismo, queda sometido a responsabilidad. Tal responsabilidad opera sin perjuicio de la que pueda exigirse a título personal a los jueces y magistrados, así como a otro personal, en el ejercicio de sus funciones (*infra*, Lección 6).

La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la justicia se debe considerar desde una doble óptica: para el ciudadano, como la garantía de lograr un pleno resarcimiento de los daños que sufra; para el juzgador, como el mecanismo que preserva su autonomía e independencia, poniéndole al amparo de indiscriminadas o abusivas acciones de responsabilidad dirigidas contra él.

El art. 121 de la CE, diseña un específico y propio sistema de responsabilidad directa y objetiva del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia. Se comprenden en este sistema el resarcimiento por los daños causados por los actos y omisiones del personal jurisdicente, salvo lo estrictamente relacionado con el gobierno interno de los tribunales, la materia electoral y el Registro civil, cuestiones que se rigen por las disposiciones de la responsabilidad de la Administración en general.

Asimismo se ha de aplicar el sistema del art. 121 de la CE a los actos u

omisiones de los secretarios judiciales y del personal auxiliar, así como de la Policía Judicial en sentido propio. Sin embargo, se excluyen el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, los abogados y procuradores, y los particulares que intervengan en el proceso como partes, testigos o peritos.

Los títulos constitucionales que dan derecho a indemnización son dos: el error judicial y el funcionamiento anormal de la Administración de justicia, que pueden operar en cualquier tipo de proceso seguido ante cualquier órgano del Poder Judicial. Junto a ellos, la LOPJ ha creado otro título de resarcimiento, la prisión provisional indebida (art. 294), que naturalmente opera sólo en el proceso penal. Finalmente, la LOPJ reconoce la responsabilidad directa del Estado cuando el daño se causa por dolo o culpa grave de jueces y magistrados (art. 296).

El error judicial puede afectar a cualquier resolución judicial firme, es decir, contra la que no cabe recurso alguno. Consiste en una equivocación objetiva, que se ha de apreciar con independencia de la causa que provocó el error y debe ser especialmente intensa.

El funcionamiento anormal de la Administración de justicia puede darse en cualquier actividad procesal. Puede consistir en una ausencia de funcionamiento o en un funcionamiento irregular por no ajustarse a las normas que rigen los procedimientos (GUZMÁN). Sin embargo, es de hacer notar que por una parte, cuando el anormal funcionamiento supone una mera irregularidad no resulta indemnizable; por otra parte, debemos señalar que dentro de este título de imputación destacan los retrasos, siendo las dilaciones indebidas los casos más graves de retraso.

## **6. EL PODER JUDICIAL Y LOS OTROS PODERES DEL ESTADO**

Según se ha dicho, el Estado constitucional se asienta en el principio de separación de poderes, atribuyendo potestades distintas a cada uno de ellos: al Legislativo la potestad de elaborar las leyes; al Ejecutivo la potestad de realizar los mandatos contenidos en ellas, y al judicial la potestad jurisdiccional.

Sin embargo, tal atribución no supone establecer unos compartimentos estancos, sino que se aprecian inevitables interferencias recíprocas entre los cometidos que primariamente tienen cada uno de ellos.

### **A) Diferencias con el Poder Legislativo**

A primera vista las diferencias del Poder Judicial con el Legislativo son evidentes: el Poder Judicial está sometido al imperio de la ley y llamado a aplicarla para la resolución de los conflictos que se le plantean. El Poder Legislativo prima así sobre el Judicial, por cuanto las Cortes Generales son, además, las representantes del pueblo español (art. 66.1 CE).

a) No obstante, en España durante el pasado siglo y en la actualidad en algunos países de nuestro entorno, el Parlamento ha cumplido funciones jurisdiccionales, atribuyéndose al Senado competencia para el enjuiciamiento penal de algunos Altos Cargos.

La Constitución de 1978 (art. 117.3), ha establecido el principio de la exclusividad jurisdiccional en favor de los juzgados y Tribunales (infra, Lección 5). De aquí que cuando regula las Comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público dispone que sus conclusiones no serán vinculantes para los tribunales ni afectarán a las resoluciones judiciales (art. 76.1 CE).

b) En la dirección contraria, es obvio que los juzgados y Tribunales, o sus órganos de gobierno, no podrán dictar disposiciones de carácter general (art. 12.3 LOPJ). Sin embargo, en su función de complementación del ordenamiento jurídico los órganos jurisdiccionales habrán de llenar las lagunas del ordenamiento jurídico y, en esa medida, puede decirse que crean derecho en sentido positivo (supra, Lección 2). Asimismo, en la función de control normativo, podrán plantear la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes cuando consideren que la norma aplicable al caso, y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución (arts. 35 a 37 LOTC y 5.2 LOPJ).

## **B) Diferencias con el Poder Ejecutivo**

En teoría, las diferencias entre los poderes judicial y Ejecutivo son también nítidas; pero los numerosos extremos secantes entre ellos exigen cierta clarificación, por más que las funciones que ambos tienen encomendadas aparezcan perfectamente delimitadas.

Aun cuando ambos poderes subordinan su actividad a la ley, la posición que ocupan respecto de las normas es sustancialmente distinta. El Poder Judicial resuelve los conflictos concretos que se le presenten por las partes y no puede constitucionalmente adoptar resoluciones o medidas de carácter general, teniendo como función específica la protección de los derechos subjetivos de los ciudadanos. El Poder Ejecutivo, por su parte, siguiendo el procedimiento legalmente establecido, dirige su actividad a la satisfacción de los intereses generales a impulsos del Gobierno, que tiene encomendada la dirección de la política interior y exterior, de la Administración civil y militar y de la defensa del Estado, ejerciendo la función ejecutiva y la potestad reglamentaria (art. 97 CE).

a) Para el análisis de estas cuestiones, es preciso partir del principio constitucional del control de la Administración por parte de los órganos jurisdiccionales. Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (arts. 106.1 CE y 8 LOPJ). De aquí que, por vía singular, los órganos del Poder Judicial intervienen y pueden afectar la

actividad del Ejecutivo, determinando por vía negativa el ordenamiento jurídico, ya que los tribunales no van a aplicar los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la CE, a la ley o al principio de jerarquía normativa (art. 6 LOPJ).

Por otra parte, el Ejecutivo ha perdido por virtud de la Constitución las funciones de gobierno del Poder judicial que tradicionalmente ostentaba, ya que van pasando del Ministerio de justicia al Consejo General del Poder Judicial. Con todo, se aprecia una notable resistencia del Ejecutivo a hacer delación de un buen número de parcelas que todavía siguen bajo su gestión.

b) En el otro sentido, también el Ejecutivo realiza funciones fronterizas con el cometido propio del Poder judicial. Por una parte, establecido el autogobierno de éste, debe ponerse en cuestión la competencia del Ejecutivo :obre todo el personal al servicio de la Administración de Justicia fuera de los jueces y magistrados, así como la competencia para administrar todos los medios materiales de la justicia.

Por otra parte, la Administración tuvo atribuidas en el pasado funciones de enjuiciamiento ejercidas por tribunales que, excediendo con mucho del ámbito de una lógica exigencia de disciplina administrativa interna, llegaron a sustituir a los órganos del Poder Judicial en la resolución de determinados asuntos (v.gr., los tribunales de contrabando).

Sin perjuicio de que en la actualidad está siempre abierta la vía jurisdiccional para controlar y revisar el enjuiciamiento que hubiera efectuado de la Administración, es lo cierto que la importancia tanto cuantitativa como cualitativa sobre todo del derecho sancionador se ha disparado, ocupando *de facto* la Administración las parcelas que corresponden a los órganos jurisdiccionales del orden penal. Sin que pueda dudarse de la constitucionalidad de las sanciones administrativas (art. 25 CE), debería limitarse su crecimiento para ir devolviendo en el futuro estos cometidos a los órganos del Poder Judicial.

### **C) Los conflictos jurisdiccionales**

Precisamente los diversos factores de confusión entre la Administración y el Poder Judicial, ausentes en relación con el legislativo, dan lugar a los llamados conflictos de jurisdicción, cuando un órgano administrativo y otro jurisdiccional pretenden al tiempo conocer del mismo asunto o ambos se abstienen de hacerlo. Surgen así, respectivamente, los llamados conflictos de jurisdicción positivos y negativos, regulados en la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo.

Para el planteamiento de un conflicto positivo de jurisdicción está legitimado cualquier juzgado o tribunal, salvo los juzgados de Paz (art. 2 LOCJ); por parte de la Administración sólo se legitima a órganos superiores (art. 3 LOCJ). No podrán plantearse conflictos frente a los procedimientos de «*habeas corpus*» ni en los asuntos terminados por resolución firme; tampoco

podrán los jueces y Tribunales plantear conflictos en los asuntos resueltos por acto que haya agotado la vía administrativa (arts. 6 a 8 LOCJ). Una vez queda establecido el conflicto a través de recíprocas comunicaciones entre los órganos judicial y administrativo, ambos habrán de remitir las actuaciones al Presidente del Tribunal de Conflictos (arts. 9 a 12 LOCJ).

En lo que se refiere a los conflictos negativos, una vez que tanto el juez o tribunal como el órgano administrativo se hubieran declarado incompetentes para conocer de un asunto, el particular puede plantear directamente el conflicto ante el Tribunal de Conflictos de jurisdicción, mediante escrito que presentará ante el órgano jurisdiccional que se hubiera declarado incompetente (art. 13 LOCJ).

El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (art. 1 LOCJ) es un órgano colegiado, constituido por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo preside con voto de calidad, dos magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del mismo Tribunal, y tres Consejeros Permanentes de Estado, actuando como Secretario el de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo (art. 38 LOPJ).

El procedimiento para declarar a quién corresponde la jurisdicción controvertida (art. 17 LOCJ) es muy simple, bastando la audiencia del Ministerio Fiscal y de la Administración (art. 14.1 LOCJ). Contra estas sentencias no cabrá recurso alguno, salvo el de amparo constitucional (art. 20 LOCJ).

De los conflictos de jurisdicción aludidos es preciso diferenciar dos supuestos: por una parte, los conflictos, tanto positivos como negativos, que puedan surgir entre los juzgados y Tribunales ordinarios y los órganos de la jurisdicción militar, que habrán de resolverse por la Sala de Conflictos de jurisdicción compuesta sólo por magistrados (art. 39 LOPJ y arts. 22 a 29 LOCJ).

Por otra parte, hay que distinguir de los conflictos a que se viene haciendo referencia aquellos otros que se puedan suscitar entre el Gobierno, el Congreso de los Diputados o el Senado, y el Consejo General del Poder Judicial (art. 59.3 LOTC). Los conflictos entre los aludidos órganos constitucionales -y sólo entre éstos deben sustanciarse ante el Tribunal Constitucional y pueden plantearse cuando uno de ellos entienda que otro adopta decisiones asumiendo atribuciones que son propias del promovente. El Tribunal decidirá entonces a qué órgano corresponden las atribuciones constitucionales controvertidas, declarando nulos los actos ejecutados con invasión de competencias (arts. 73 a 75 LOTC).

## LECCIÓN 4. LA UNIDAD JURISDICCIONAL

### 1. EL PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL

#### A) Concepto y fundamento

Dispone el primer apartado del art. 117.5 de la CE que «el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales».

a) Mediante dicha declaración vino a restablecer la norma fundamental el principio de la «unidad jurisdiccional», al cual se opone la creación de las *jurisdicciones especiales*, característica esencial de las sociedades estamentales o corporativas, que sustentaban el Antiguo Régimen y el anterior Estado autocrático.

Una Jurisdicción está informada por el susodicho principio de unidad cuando la potestad jurisdiccional es encomendada exclusivamente a los jueces y magistrados, integrantes del Poder judicial, estándoles expresamente vedado a cualesquiera otros órdenes de funcionarios el ejercicio de aquella potestad.

La instauración de tales órdenes de funcionarios con funciones juzgadoras conformaría un supuesto de «jurisdicción especial». Las jurisdicciones especiales se caracterizan y diferencian de los tribunales ordinarios por la concurrencia en ellas de dos notas esenciales: desde un punto de vista formal no se rigen por las disposiciones de la LOPJ, ni forman parte del Poder Judicial y, sobre todo, desde el material, *carecen de independencia* frente a los demás poderes del Estado y, de modo especial, frente al Ejecutivo. Dicho en otras palabras, aun cuando en una jurisdicción especial concorra la nota objetiva de la jurisdicción, es decir, la «cosa juzgada», le viene a faltar la subjetiva, «la independencia y sumisión a la ley». Por tal razón (porque el tercero, que ha de dirimir el conflicto, carece de independencia), las actuaciones que ante ellas transcurren no pueden merecer la denominación de proceso, sino la de un mero procedimiento, expresión formal de una solución autocompositiva.

b) El fundamento del principio de unidad, por consiguiente, es el mismo que el de la propia legitimación del oficio judicial: «la independencia y la sumisión a la Ley» de los juzgados y Tribunales.

En la medida en que los jueces y magistrados, integrantes del Poder Judicial, son los únicos «funcionarios» independientes y sin que ningún superior pueda dictarles órdenes sobre el contenido de sus decisiones) y exclusivamente sometidos a la ley y al Derecho, tan sólo a ellos la sociedad les otorga la potestad jurisdiccional, excluyéndose, de este modo, la posibilidad de que el Poder Ejecutivo pueda conferir a otros cuerpos de funcionarios el ejercicio de funciones juzgadoras con fuerza de cosa juzgada, pues de nada

serviría la proclamación de la sumisión del Estado al imperio del Derecho, y la exigencia democrática de que las leyes promulgadas por el Parlamento hayan de ser imparcialmente aplicadas a los casos concretos, si aquella potestad pudiera ser sustraída del Poder judicial y encomendada a los funcionarios más sumisos del Poder Ejecutivo.

De lo dicho se desprende que el principio de «unidad jurisdiccional» es, en general, consustancial a todo sistema democrático y que, por el contrario, su principio antitético, el de «dispersión jurisdiccional» o de proliferación de las «jurisdicciones especiales» constituye, como se ha dicho, una característica de los Estados autocráticos.

Pero la indisolubilidad del principio con el Estado de Derecho, lo es en la medida en que la Constitución otorgue la independencia judicial exclusivamente a un determinado orden de jueces y Magistrados.

De aquí que el principio de unidad jurisdiccional pudo permanecer (previa la revisión del postulado de la independencia y el sometimiento a la ley, y su sustitución por la doctrina de los «Führerprinzip»), en determinados Estados totalitarios, tales como el nazi o el italiano fascista. Por el contrario, el principio de unidad jurisdiccional no rige en Estados democráticos como Alemania, cuya organización judicial incluye nada menos que cinco órdenes jurisdiccionales (civil y penal, laboral, social, fiscal y contencioso-administrativo), si bien los jueces de todos ellos, aunque funcionalmente dependientes de distintos Ministerios, son independientes y sometidos a la ley y al Derecho.

Ahora bien, si la independencia judicial es potenciada en un sistema democrático determinado a través de la instauración del sistema de *autogobierno*, el principio de «unidad jurisdiccional» pasa a convertirse, con carácter absoluto, en consustancial de dicho sistema, ya que la instauración de otros Tribunales, no encuadrables en el Poder judicial, produciría también la exclusión de aquel régimen de gobierno y la coexistencia de Tribunales absolutamente independientes con otros dependientes, funcionalmente al menos, del Poder Ejecutivo.

## **B) Evolución histórica**

La evolución histórica del principio de unidad jurisdiccional, al igual que el de otras instituciones inherentes al sistema democrático (v.gr., el jurado), sufrió los mismos avatares que los de la propia revolución liberal.

a) De este modo, previsto ya en el art. 248 de la Constitución de Cádiz, no fue, sin embargo, instaurado hasta la publicación del DL de 6 de diciembre de 1868, comúnmente conocido por «Decreto de unificación de fueros», en virtud del cual se suprimieron las múltiples jurisdicciones del Antiguo Régimen, dejando tan sólo subsistentes, pero ceñidas a sus justos límites, la eclesiástica, la militar (GUERRA Y MARINA) y la del Senado.

Pero, con el devenir de la historia, el referido principio experimentó sus primeras grietas como consecuencia de la expansión de jurisdicciones especiales más emprendedoras, tales como la «militar», que, tras la

promulgación de las Leyes de 8 de enero de 1877, RD de 27 de septiembre de 1890, de promulgación del Código de Justicia Militar y, principalmente, tras la publicación de la Ley de Jurisdicciones, de 23 de marzo de 1906, extralimita su competencia para el conocimiento de los delitos de terrorismo. La Dictadura de Primo de Rivera potencia todavía más dicha competencia (v.gr., mediante el D de 18 de septiembre de 1923 sobre represión del separatismo; el de 13 de abril de 1924 sobre delitos de robo a mano armada, y el de terrorismo, de 25 de diciembre de 1925 ), siendo necesario, durante la 11 República, la expresa promulgación de tres Decretos (los de 17 y 29 de abril y 11 de mayo de 1931) para que el principio de unidad volviera a la misma situación que inauguró el «Decreto de unificación de fueros».

b) Con todo cuando el principio de unidad sufrió las mayores agresiones fue con el «nuevo» Estado, surgido tras la sublevación militar del 18 de julio de 1936, en el que no sólo se potenció a la jurisdicción castrense más allá de los más insospechados límites (cfr. las «Leyes» de represión de la masonería y del comunismo, y de seguridad del Estado, de 1 y 29 de marzo de 1940; Ley de rebelión militar, de 2 de marzo de 1943; Decretos Leyes de bandidaje y de terrorismo, de 18 de abril de 1947; 21 de septiembre de 1961 y 27 de agosto de 1975 ), sino que también la política legislativa de dicho Estado se caracterizó por su carácter prolijo en la creación de nuevas jurisdicciones especiales.

De entre las más significativas de aquella época cabían señalar: a) la del «Tribunal de Orden Público» (1963-1977) que, junto con la militar, compartió la función de represión de los delitos políticos; b) la jurisdicción eclesiástica, a quien, debido a la confesionalidad del Estado, se le encomendó todo lo relacionado con el derecho de familia (matrimonio y disolución, separación y patria potestad entre cónyuges católicos); c) los tribunales de contrabando, delitos monetarios, menores, peligrosidad social, juntas de detasas, el Tribunal de Defensa de la Competencia, los Tribunales Sindicales de Amparo, los juzgados especiales de emigración, etc.

A diferencia, pues, de otros regímenes de similar corte totalitario, en los que, como se ha adelantado, previo el cambio de función del juez, se mantuvo e incluso se potenció el principio de unidad (en la Italia fascista los tribunales de trabajo se convirtieron en tribunales ordinarios), en el Estado franquista se optó por la vía de extraer de la jurisdicción determinadas materias, con respecto a las cuales el Ejecutivo desconfiaba de la actuación imparcial de los Tribunales, otorgando su conocimiento a la oportuna jurisdicción especial, a la que dotó con sus funcionarios más sumisos.

Fruto de esta política legislativa, que contribuyó a preservar la independencia judicial de los Tribunales ordinarios, al descongestionarlos del «trabajo sucio» (lo que permitió, de otro lado, imponer la ideología del «apoliticismo» de la Magistratura), fue la coexistencia de la «Jurisdicción Ordinaria» con innumerables jurisdicciones especiales, con respecto a las cuales no existía siquiera unanimidad doctrinal en cuanto a su simple enumeración (MATTES contabilizó 10; la Comisión General de Codificación 21;

22 TOHARIA y 25 LATOUR BROTONS).

c) Con el advenimiento de la Monarquía parlamentaria afortunadamente se produce una política legislativa de signo inverso, tendente a la abolición de las jurisdicciones especiales. Y, así, ya en plena transición política, dos Decretos-leyes de 4 de enero de 1977 abolieron las jurisdicciones de «orden público» y de delitos monetarios; los Decretos de 10 de febrero y 2 de junio de 1978 hicieron lo propio con los Tribunales Sindicales de Amparo y juntas de detasas; los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede hicieron otro tanto con la «jurisdicción eclesiástica» (cuyas decisiones hoy carecen de cosa juzgada o han de ser homologadas de conformidad con el Derecho del Estado). Posteriormente, una vez instaurado el Tribunal Constitucional, dicho órgano jurisdiccional se encargaría de abolir determinadas jurisdicciones (v.gr., la del Tribunal de Defensa de la Competencia, al declarar que sus decisiones son revisables ante los Tribunales de lo Contencioso-administrativo), o de ceñir la militar a sus justos límites (permitiendo, asimismo, que los actos de la Administración militar, por ejemplo, en materia de ascensos; pudieran ser revisados ante tales Tribunales o admitiendo, en cualquier caso, la procedencia del recurso contencioso de protección jurisdiccional y el de amparo).

### **C) Régimen jurídico vigente**

El principio de unidad jurisdiccional, establecido en el art. 117.5 de la CE, ha sido reiterado por el art. 3 de la LOPJ, en cuya virtud «la jurisdicción es única y se ejerce por los juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos».

De la lectura de ambos preceptos («el principio de unidad es la base», sin perjuicio de las potestades reconocidas por la Constitución a otros órganos», señala el art. 117.5 CE) es claro que no se ha querido efectuar en nuestro ordenamiento una consagración rotunda y radical del referido principio de unidad, toda vez que la propia Constitución anunció la instauración de nuevos órganos jurisdiccionales, no encuadrables formalmente en el Poder -Judicial.

La existencia, pues, de estos órganos jurisdiccionales, cuya constitución y funcionamiento no se rige por las disposiciones de la LOPJ, es la que ha motivado esta declaración flexible del principio de unidad, cuya eventual derogación, tal y como señala el art. 3.1 de la LOPJ, goza de una importante limitación, que es la de «reserva constitucional», ya que los únicos órganos judiciales que pueden instaurarse fuera del Poder Judicial son los expresamente previstos en nuestra propia Ley Fundamental, a saber: los «tribunales consuetudinarios y tradicionales» (art. 125), el Tribunal de Cuentas (art. 136) y el Tribunal Constitucional (arts. 159 y ss.).

La existencia de tales Tribunales, ello no obstante, no permite configurarlos como «jurisdicciones especiales», puesto que, como hemos tenido ocasión de

examinar, en tales jurisdicciones habría de estar ausente no sólo la nota formal (su regulación en la LOPJ), sino fundamentalmente la subjetiva e todo órgano jurisdiccional: la «independencia judicial».

En efecto, los referidos órganos jurisdiccionales, el requisito de la independencia judicial concurre en su plenitud, aunque a través de una distinta regulación (V.gr., la de los Magistrados del TC a través de su propia LOTC, la del Tribunal de las Aguas de Valencia mediante su «auctoritas», etc.), razón por la cual deben ser conceptuados como *Tribunales especiales*, esto es, órganos judiciales que, si bien no están integrados en la jurisdicción ordinaria o Poder Judicial, poseen la totalidad de las notas que adoman la jurisdicción, pues solucionan con independencia e imparcialidad y de una manera definitiva e irrevocable los especiales conflictos, cuyo conocimiento les ha sido atribuido por la propia Constitución.

## **2. LA JURISDICCIÓN MILITAR**

La Jurisdicción Militar es, sin duda alguna, la única jurisdicción especial constitucionalmente legítima su subsistencia por posibilitarlo así el siendo apartado del art. 117.5 de la CE: «la ley regulará -dispone el precepto el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución

### **A) Concepto y fundamento**

La jurisdicción militar, en un sistema democrático, tiene por finalidad asegurar la *disciplina* en una organización fuertemente jerarquizada, en la que la disciplina castrense constituye un valor esencial para su buen funcionamiento, por lo que cualquier acto de insubordinación ha de ser rápidamente reprimido por quienes se han formado en dicho valor, esto es, los propios militares, esto es, los propios militares. De aquí que tan sólo pueda, en principio, extender su ámbito de aplicación a quienes voluntariamente decidieron formar parte de esa relación funcional especial de sujeción y nunca a los «paisanos».

Pero la jurisdicción militar, en tiempos de paz, no es absolutamente necesaria en un Estado democrático. Así lo confirma la experiencia de distintos Estados europeos (Alemania, Austria, o países nórdicos; en Francia, tras la reforma de 1980, dicha jurisdicción tan sólo permanece vigente en los «territorios de ultramar» y en el estado de guerra), en los que son los propios órganos de la jurisdicción ordinaria los que aplican la legislación especial militar.

Una solución intermedia fue mantenida en nuestro país por MENÉNDEZ PIDAL en el año 1931, quien propugnó la supresión de dicha jurisdicción y su sustitución por un «jurado militar», que habría de auxiliar a las Audiencias Provinciales en el conocimiento de los delitos castrenses y marítimos.

Nuestra Constitución, aun cuando no haya prohibido la instauración del anterior modelo, permite en el citado art. 117.5 la subsistencia de la jurisdicción militar, siempre y cuando en tiempos de paz, de un lado, se ciña al «ámbito estrictamente castrense» y, de otro, sea respetuosa con los «principios de la Constitución».

*a) El «ámbito estrictamente castrense»*

Por consiguiente, a diferencia del anterior régimen autocrático (que en el art. 32 de la Ley Orgánica del Estado excepcionaba también del principio de unidad a la jurisdicción eclesiástica), la jurisdicción militar es la única especial que legitima su subsistencia, siempre que, como se ha dicho, limite su actuación al «ámbito estrictamente castrense»; ámbito o fuero militar que desde siempre se ha configurado mediante la simultánea concurrencia de estos tres criterios: a) por razón de la *materia*, la jurisdicción castrense ha de ceñirse a los delitos que atenten a la disciplina castrense; b) por razón del *lugar*, a los cometidos dentro de los cuarteles y en actos de servicio, y c) por razón de las *personas*, tan sólo a los militares y nunca a los civiles (CORTINA, 1571, GONZÁLEZ DE ALBA, 1906).

*b) Su adecuación a los «principios de la Constitución»*

Junto a esta exigencia constitucional, de inexcusable observancia, incorpora el art. 117.5 de la CE un segundo requisito: el de que el ejercicio de la jurisdicción militar se efectúe «de acuerdo con los principios de la Constitución». ¿A qué principios se remite la norma constitucional? La respuesta genérica no puede ser otra, sino los que se erigen en la causa legitimadora (véase Lección 1) de todo órgano que se precie de *jurisdiccional*: «la independencia y sumisión a la ley y al Derecho» de conformidad con la jerarquía normativa (la CE ha de ser la primera Ley) y el sistema de fuentes preestablecido.

Por lo tanto, también el proceso militar ha de ser respetuoso con tales principios constitucionales; esta es la razón por la cual el TC pudo «autocuestionarse» los arts. 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, y 127, párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, por su contradicción con la Constitución, ya que tales preceptos prohibían a los militares inferiores comparecer como acusadores contra sus superiores, y ello por supuesta violación de los arts. 14 y 24.1 CE, en relación con el inciso final del art. 117.5 de la Constitución.

Cuando la jurisdicción castrense se extralimite, podrá el interesado interponer recurso de amparo por infracción del derecho al «Juez ordinario preterminado por la Ley del art. 24.2 (STC 75/1982) y si infringiera los «principios constitucionales» consustanciales a todo proceso, dicho amparo puede fundarse en los derechos a la tutela judicial, de defensa o a un proceso con todas las garantías del art. 24 CE.

## **B) Naturaleza y régimen vigente**

En la actual Monarquía parlamentaria cabe distinguir, en punto a dilucidar la naturaleza jurídica de la jurisdicción castrense, dos etapas diferenciadas: a) desde la promulgación de la Constitución al día 1 de junio de 1986, fecha de la entrada simultánea en vigor del nuevo Código Penal Militar (LO 13/1985, de 9 de diciembre) y de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (LO 12/1985, de 27 de noviembre), y b) desde la promulgación de tales Leyes de 1985 hasta el momento presente.

a) La Jurisdicción militar como «Jurisdicción especial». En la primera etapa los Tribunales militares conformaban un auténtica *jurisdicción especial*, por cuanto carecían de toda independencia, a la vez que extralimitaban manifiestamente su competencia como consecuencia de las reformas al Código de Justicia Militar sucedidas principalmente durante el anterior Estado autocrático.

Aun cuando los tres «fueros» (materia, lugar y personas) fueron ya proclamados por el primitivo CJM, de 27 de septiembre de 1890, que se mantuvo vigente hasta la promulgación de las nuevas Leyes Penales y Disciplinarias de 1985, lo cierto es que la concurrencia de dichos criterios no era simultánea, sino alternativa (v.gr., bastaba que el delito fuera de naturaleza militar, aunque fuera cometido por un civil, para que la jurisdicción militar reclamara el conocimiento del asunto).

Por otra parte, existían delitos, como las injurias al Ejército o a la bandera, que motivaron el Consejo de Guerra de «Els Joglars», de dudosa naturaleza castrense, por lo que la jurisdicción militar extralimitaba su competencia, aplicándose, en ocasiones, a personas distintas de los militares.

Por esta razón, el TC se vio obligado, «a golpe de sentencia» (cfr. SS. TC 16/1981, 22/1982, 75/1982, 54/1983, 111/1984, 105/1985...) a intentar ceñir la jurisdicción militar, a su propio ámbito, fundamentalmente por la vía de entender que todo acto emanado de la Administración Militar era susceptible de ser revisado ante los Tribunales Contencioso-Administrativos (prescripción que hoy consagra, tanto el art. 159.2 de la Ley 17/1999, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas, como el art. 98.2 de la Ley 42/1999, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil). De este modo, todo lo relacionado con el estatuto de los militares (promoción o ascenso y régimen disciplinario) podía ser residenciado, en última instancia, ante los tribunales ordinarios y no ante la jurisdicción militar, llegando a afirmar el TC que, no sólo la Constitución, sino incluso el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos (no obstante la cláusula de exención de este Tratado de la jurisdicción militar que el Estado español efectuó en el correspondiente protocolo de adhesión) eran de aplicación inmediata y directa en todos los Ejércitos.

b) La Jurisdicción militar como Jurisdicción «mixta». Tras la promulgación de las enunciadas Leyes Penal y Disciplinaria, así como las LO 4/1987, de 15

de julio, sobre Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCOJM) y LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (LOPM), los tribunales militares aparecen configurados como órganos jurisdiccionales mixtos, situados a mitad de camino entre lo que es una jurisdicción militar y lo que debe ser, con toda su plenitud, un tribunal ordinario, perteneciente, formal y materialmente, al Poder Judicial.

Esta aproximación de la jurisdicción militar a los tribunales ordinarios, en virtud de tales textos normativos, responde al cumplimiento por el Poder Legislativo de las exigencias constitucionales, trazadas por el art. 117. 5 CE y a las que nos hemos referido más arriba. En síntesis, tales reformas han estado orientadas a reducir fuertemente la competencia de dicha jurisdicción y a potenciar la independencia judicial dentro de la misma:

a) Mayor reducción del «ámbito estrictamente castrense». Las LOCPM y LOCOJM ocasionaron una drástica reducción de los delitos militares y, por ende, de la jurisdicción militar. Y así, como no podía ser menos, la práctica totalidad de los delitos, que podríamos denominar «comunes» (v.gr., contra la vida humana, integridad física, propiedad, seguridad del tráfico, etc.), cometidos por militares, son, en la actualidad, juzgados por los tribunales ordinarios, integrantes del Poder Judicial. Lo mismo ocurrió con determinados delitos tradicionalmente considerados como de naturaleza militar, pero cometidos, en ocasiones, por civiles (por ejemplo, las injurias al Ejército o los ultrajes a la bandera), que también fueron transferidos del CPM al CP

En definitiva, aun cuando no se produjo técnicamente una «despenalización» (es decir, una abolición de la conducta típica o delictiva), sí que ocasionó una relevante transformación de los ilícitos penales militares en tipos penales previstos en el CP, con el consiguiente incremento del conocimiento de tales delitos por la jurisdicción ordinaria, así como una no menos importante «descriminalización» o conversión de ilícitos penales militares en ilícitos administrativos militares (por ejemplo, realizar actos homosexuales con subordinados, que en el antiguo CJM era considerado como delito contra el honor militar, pasó a constituir, en la LO 12/1985, una falta administrativa grave, subsumible en el art. 9.19º- y 20º- Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. En la actualidad, esta conducta se encuentra despenalizada, pues el art. 8.24 de la LO 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, sólo contempla como infracción grave, la de «mantener relaciones sexuales en cuarteles, bases, buques, aeronaves y demás establecimientos militares cuando, por la forma y circunstancias en que se lleven a cabo, o por su trascendencia, atenten contra la dignidad militar».

Con todo, y sin negar la importantísima autorrestricción de la Jurisdicción militar, la reforma sustantiva adolece de un defecto importante y es el de considerar que la competencia de la Jurisdicción militar ha de efectuarse exclusivamente *ratione materiae* o, lo que es lo mismo, atendiendo exclusivamente a la naturaleza militar del delito cometido, tal y como, con notable desacierto, anunció el art. 3.2 de la LOPJ («la competencia de la jurisdicción militar quedará limitada al ámbito estrictamente castrense *respecto de los hechos tipificados como delitos militares* por el Código Penal Militar») y secundó el art. 12.1º-LOCOJM. A1 haber ignorado el criterio espacial (los

delitos cometidos en establecimientos militares y en actos de servicio) y el subjetivo (exclusivamente cometidos por militares), no sólo no se cohonestan con el enunciado criterio determinados delitos militares que, desde siempre, han permanecido en el CP (por ej., la rebelión militar o las autolesiones para eximirse del servicio militar), sino, lo que es más grave, subsisten todavía en la nueva Ley Penal militar determinados tipos que, de ser cometidos por «paisanos», pueden ocasionar una extralimitación de la jurisdicción castrense y, por consiguiente, su eventual declaración de inconstitucionalidad (por ej., los delitos cometidos por paisanos «contra centinela»).

b) Potenciación de la «independencia judicial». Como consecuencia de la declaración contenida en el art. 117.5 de la CE, conforme a la cual la jurisdicción militar ha de organizarse «de acuerdo con los principios de la Constitución», el legislador ordinario procedió a aproximarla a la ordinaria, formal y subjetivamente.

Desde un punto de vista formal, ya la LO 6/1980, sobre Criterios Básicos de la Defensa Nacional y de Organización Militar, dispuso que dicha jurisdicción había de salvaguardar «debidamente la unidad del Poder Judicial del Estado» (art. 40.2) y más tardíamente la LOCOJM de 1987 calificó a la jurisdicción militar como «integrante del Poder Judicial del Estado» (art. 1.1).

De secundar esta configuración «legal» de la jurisdicción militar, habría que reputar a sus juzgados y Tribunales como órganos judiciales ordinarios «especializados».

Ahora bien, como es sabido, no es suficiente con una definición legal sobre la naturaleza jurídica de una institución determinada para tenerla como válida, sino que se hace necesario una labor de interpretación de las normas, en nuestro caso orgánicas de los Tribunales castrenses en orden a determinar si cumplen con la totalidad de las notas esenciales de los órganos del Poder Judicial o si, por el contrario, participan de la naturaleza de las jurisdicciones especiales.

Tal y como se ha reiterado, dos son los caracteres cuya concurrencia determina la aparición de una jurisdicción especial: de un lado, la regulación del estatuto de sus miembros por un texto normativo distinto a la LOPJ y, de otro, su *falta de independencia*, requisito este último que, en última instancia, se convierte en definitivo, ya que la falta de concurrencia del criterio formal podría hacer surgir la aparición de un «Tribunal especial», siempre y cuando esté previsto en la CE y aparezca dotado de plena independencia.

Un examen de la LOCOJM nos revela que ambos requisitos tan sólo se cumplen parcialmente en la Jurisdicción militar; desde un punto de vista formal, se constata que la constitución y funcionamiento de los juzgados y Tribunales Militares, así como el estatuto jurídico de sus jueces y magistrados no se rige por la LOPJ, sino por las disposiciones de la LOCOJM y demás legislación especial militar complementaria.

Pero, como se ha indicado, el criterio formal no es el decisivo para reputar, por sí solo, a dicha jurisdicción como especial, sino que se hace necesario descender al estudio de todo el conjunto de las garantías que conforman la *independencia judicial*, en orden a poder dilucidar si nos encontramos ante una Jurisdicción o ante unos Tribunales especiales.

Pues bien, de una lectura de las normas tuteladoras de este requisito subjetivo de la Jurisdicción, puede avanzarse la conclusión de que, con la sola excepción de la Sala de lo Militar del TS, los demás órganos judiciales militares, si bien gozan de una independencia individual y funcional, no ostentan la necesaria independencia judicial frente al Poder Ejecutivo, para ser configurados plenamente como órganos jurisdiccionales «ordinarios».

En efecto, de la Sala de lo Militar del TS se destaca la clara procedencia judicial (y, por tanto, su régimen de «autogobierno») de su Presidente y de los cuatro miembros de la carrera judicial; en cuanto a los otros cuatro Magistrados de los Cuerpos jurídicos Militares, aun cuando sean nombrados por Real Decreto, refrendado por el Ministro de Justicia, lo son a propuesta del CGPJ (previa, a su vez propuesta de terna del Ministro

de Defensa) (arts. 24-27). En cualquier caso, su estatuto personal es el de «Magistrado del TS» (art. 28), por lo que les son de aplicación plenamente las disposiciones de la LOPJ sobre independencia y estatuto funcional, lo que permite configurar a dicha Sala como un auténtico órgano jurisdiccional integrante del Poder Judicial.

A idéntica conclusión, sin embargo, no es posible llegar con respecto a la naturaleza de los demás órganos judiciales militares. Es cierto que, como declara el art. 8, sus miembros son «independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley» y es cierto también que la LOCOJM garantiza su inamovilidad (naturalmente, la de los jueces técnicos, pues los órganos colegiados conforman una suerte de «escabinado») y la LO 2/1989, Procesal Militar, su «imparcialidad» a través de la abstención y recusación (arts. 51 y ss.); pero tampoco lo es menos que tanto los magistrados del Tribunal Militar Central, como los de los Tribunales Militares Territoriales y los titulares de los juzgados Togados Militares son todos ellos nombrados por el Ministro de Defensa, estando, en particular, excluidos del régimen de «autogobierno». Asimismo, aunque los servicios de inspección y la potestad disciplinaria aparezca compartida entre el CGPJ y la Administración Militar, y aun cuando la reforma operada por la LO 16/1994 ha supuesto que el régimen disciplinario de la jurisdicción militar se exija conforme a lo dispuesto en los arts. 414 y siguientes de la LOPJ para jueces y magistrados, con las adecuaciones pertinentes y las salvedades que establece la disposición adicional primera de la citada LO de reforma, este evidente paso adelante queda empañado por cuanto se deja vigente el artículo 135 LOCOJM, según el cual es el propio Ministerio de Defensa el órgano competente para ordenar la ejecución de las sanciones impuestas por faltas muy graves.

Si la «huella del Poder Ejecutivo» está, pues, presente en el nombramiento, promoción y estatuto disciplinario de los órganos judiciales, inferiores a la Sala de lo Militar del TS, la conclusión se nos manifiesta evidente: tales órganos, pese a la declaración del art. 1 LOCOJM, no están integrados plenamente en el Poder judicial, por lo que, al no ostentar la necesaria independencia frente a los demás poderes del Estado, han de merecer la consideración de partícipes de una Jurisdicción especial, configuración que, en modo alguno, conculca la Constitución, ya que, como se ha dicho, la jurisdicción militar constituye la única jurisdicción especial que se legitima por mandato expreso del art. 117.5.

Ahora bien, dicha configuración alcanza una relevante proyección en materia de protección de los derechos fundamentales, pues el art. 53.2 de la CE tan sólo confía su tutela a los Tribunales Ordinarios, lo que no significa en modo alguno que los Tribunales Militares no puedan restringir los derechos fundamentales «de los militares», sino que, fuera de tal «relación especial de sujeción» de las Fuerzas Armadas (extensible también a los «Institutos armados de naturaleza militar», como la Guardia Civil), en modo alguno se puede autorizar a la Jurisdicción militar dicha limitación o, lo que es lo mismo, los ciudadanos no militares no pueden ver sus derechos fundamentales restringidos por órganos judiciales castrenses integrantes de dicha jurisdicción especial. Sin embargo, en la Sentencia 113/1995 (de Pleno) y el ATC 68/1996, el Tribunal Constitucional ha considerado a los Tribunales Militares como Tribunales Ordinarios, aptos, además, para entender del recurso de amparo ordinario.

## LECCIÓN 5. LA EXCLUSIVIDAD DE LA JURISDICCIÓN

### 1. EL MONOPOLIO ESTATAL DE LA JURISDICCIÓN

#### A) Concepto

El ejercicio de la potestad jurisdiccional, que consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, se atribuye en nuestra Constitución de un modo exclusivo a los juzgados y Tribunales establecidos por las leyes (art. 117.3). Con tal proclamación se pone énfasis en la asunción de esta potestad por el Estado, ya que las mejores leyes serían estériles sin un poder público que las hiciese observar, y sin un sistema bien ordenado que asegurase su justa aplicación (ORTIZ DE ZUÑIGA).

a) Así pues, el Estado se apodera en régimen de monopolio del enjuiciamiento de los conflictos que puedan producirse en el seno de la sociedad y de la ejecución de lo resuelto, en virtud del principio de preservación de la paz pública.

Por esta razón fueron desapareciendo progresivamente las jurisdicciones privadas que, tanto en España como en toda Europa, habían alcanzado un gran auge hasta el pasado siglo. En nuestro país se logra hasta cierto punto este objetivo con el Decreto de Unidad de Fueros de 1868, aunque subsiste la jurisdicción eclesiástica y se potencia la jurisdicción militar (sobre este particular, ver supra, Lección 4).

Durante el siglo XIX fueron abolidos en España, primero, los dictados de vasallo y vasallaje; luego, el Tribunal de la Inquisición, la jurisdicción de la Mesta y los tribunales privilegiados de varias Hermandades, declarándose en vigor la abolición de los señoríos jurisdiccionales; más tarde se suprimió el fuero de Maestranteras.

La Constitución de 1978 marca un hito importante en esta materia, pues con ella se logra asentar definitivamente el monopolio estatal de la jurisdicción, no sin algunas excepciones como vamos a ver.

Con este fin se prohíben en nuestra Norma Fundamental los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración Civil y de las organizaciones profesionales (art. 26 CE); con anterioridad estos tribunales, al margen de la organización judicial, venían desempeñando un papel esencial de depuración de funcionarios y profesionales, sobre todo por razones políticas.

b) El monopolio estatal de la jurisdicción, supone que la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado se ha de encomendar solamente a órganos estatales, con exclusión de cualesquiera órganos o personas privadas.

Muy excepcionalmente y en supuestos hoy anecdóticos, se admite la licitud de actos de autodefensa o autotutela, como cortar las ramas del árbol de la finca colindante que se introduzcan en una propiedad (art. 592 CC), o perseguir por fundo ajeno un enjambre de abejas (art. 612 CC). Por su parte, con carácter general, se establece la legítima defensa como causa de justificación de actos delictivos (art. 20.4° CP).

#### B) El arbitraje

Desde la Revolución Francesa, y precisamente como consecuencia de que supuso el triunfo de la burguesía liberal, se ha venido potenciando el arbitraje junto con la proclamada unidad y monopolio de la potestad jurisdiccional, como un mecanismo más a

la medida de quienes opten por solventar sus conflictos al margen del aparato del Estado.

El arbitraje, al igual que la jurisdicción, proporciona a los litigantes la solución del conflicto de un modo definitivo e irrevocable, si bien la decisión proviene allí de un particular (árbitro). Ambas resoluciones gozan de los plenos efectos de cosa juzgada sin necesidad de homologación o reconocimiento por parte de ningún órgano del Estado.

No pueden confundirse, con todo, el arbitraje y la jurisdicción; la tutela que se logra a través de la intervención arbitral se agota en el laudo, o sentencia del árbitro, en tanto que la tutela jurisdiccional alcanza a la ejecución coactiva por el órgano que la dicta.

Desde luego, tanto el árbitro como el juez han de ser terceros imparciales que resuelven definitivamente un conflicto. Sin embargo, el árbitro viene investido como tal por la voluntad de las partes, que lo designan teniendo presente de modo fundamental su *auctoritas*, careciendo de la *potestas*, del *imperium* para hacer cumplir coactivamente su decisión. El juez, por su parte, es instituido como tal por el Estado, que lo hace depositario de la potestad jurisdiccional y goza de la nota de la independencia; viene llamado a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE). Por consiguiente, ambos pueden juzgar con igual eficacia, pero la ejecución forzosa de lo juzgado, al requerir la coacción, el *imperium*, queda reservada exclusivamente al órgano jurisdiccional.

En otro orden de cosas, la solución arbitral sólo puede lograrse cuando medie un acuerdo de las partes para someterse a la decisión del árbitro, pues son ellas quienes lo invisten como tal (carácter voluntario). Si el concierto de voluntades no se logra *ab initio*, el tercero no podrá actuar propiamente como árbitro sino, todo lo más, como mediador, limitándose a proponer una solución, pero no a imponerla. Faltando el acuerdo inicial de las partes en conflicto, el Estado no presta la protección de la ejecutoriedad de la solución dada por un particular. La STC 75/1996 declara que «la autonomía de la voluntad de las partes -1e todas las partes- constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial, y por tanto resulta contrario a la CE que la ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje».

Tampoco coincide el marco de relaciones jurídicas en que pueden actuar el juez y el árbitro: los órganos jurisdiccionales están llamados a resolver todo tipo de conflicto derivado de cualesquiera relaciones jurídicas; por el contrario, el árbitro sólo puede actuar en el campo más reducido de las materias que sean de libre disposición de las partes (art. 1 Ley 36/1988, de 5 diciembre, de Arbitraje).

## 2. LA ATRIBUCIÓN DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL A JUZGADOS Y TRIBUNALES

### A) La exclusividad en sentido positivo

La exclusividad de la jurisdicción, además de requerir que el ejercicio de la potestad jurisdiccional se residencie sólo en órganos estatales, exige que se atribuya únicamente a una categoría de órganos: los juzgados y Tribunales determinados por las leyes, con exclusión de cualquier otro.

Por tanto, el principio de exclusividad de la jurisdicción supone que no pueden ejercer

la potestad jurisdiccional ni los órganos del Poder Legislativo ni los del Poder Ejecutivo.

Respecto del primero debe hacerse notar que las Cámaras pueden nombrar Comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público; pero sus conclusiones no podrán afectar a las resoluciones judiciales (art. 76 CE). De otro lado, continúa olvidada en España la función jurisdiccional que tuvo encomendada el Senado durante el siglo XIX para el enjuiciamiento penal de Altas Magistraturas de la Nación, como sucede en la actualidad en otros ordenamientos europeos.

La cuestión no es, en la práctica, tan pacífica respecto del Poder Ejecutivo y la prohibición de que ejerza cualquier género de potestad jurisdiccional.

Con frecuencia, nuestro ordenamiento jurídico conoce determinados órganos de la más variada índole y composición, que vienen a denominarse Tribunales, como los encargados de la calificación de oposiciones o concursos, los Tribunales Económico-Administrativos, o el Tribunal de Defensa de la Competencia. Se trata en todos estos casos de órganos estrictamente administrativos, aun cuando su denominación pueda conducir a equívoco; son unos órganos insertos en la Administración, que realizan funciones propias de ésta y que, como cualquier otro, están sometidos al control de los juzgados y Tribunales en los términos del art. 106 de la CE.

## **B) La autotutela ejecutiva de la Administración y la potestad sancionadora**

a) Pueden encontrarse algunas excepciones al principio de exclusividad, que resulta necesario constreñir dentro de sus precisos límites.

En efecto, perduran en nuestro ordenamiento supuestos de autotutela ejecutiva de la Administración frente a los administrados sin necesidad de acudir a los tribunales, como en el caso de la utilización de la vía de apremio administrativa para realizar obligaciones dinerarias establecidas en un acto de esta naturaleza; en el supuesto de la recuperación de la posesión perdida (art. 8 Ley del Patrimonio del Estado), o en los casos de los llamados desahucios administrativos.

Pero, tal vez, donde esta autotutela ejecutiva por parte de la Administración aflora con mayor nitidez, sea en la ejecución de las sentencias de los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo, que corresponde al órgano que hubiere dictado el acto o la resolución objeto de recurso (art. 103 LJCA). De este modo se sustrae a los juzgados y Tribunales uno de los pilares fundamentales de la potestad jurisdiccional, la ejecución de lo juzgado.

Precisamente tal consideración ha llevado al TC a sostener que, por tratarse de la exigencia de la tutela judicial, es a los Tribunales a quienes corresponde velar por el cumplimiento de la ejecución de sentencias, aunque la resolución judicial haya de ser cumplida por un ente público (STC 155/1985), siendo exigible, por tanto, un fortalecimiento de la supremacía del órgano judicial (GIMENO).

Por su parte, la LOPJ dispone que las sentencias se ejecuten en sus propios términos, permitiendo, sin embargo, que por causa de utilidad pública o de interés social se expropien los derechos declarados frente a una Administración Pública en una sentencia firme antes de su ejecución (art. 18.2), lo cual ha merecido severas críticas.

b) Junto con estas manifestaciones de autotutela o autodefensa, la Administración tiene atribuido el ejercicio de potestad sancionadora, que en muchos casos se justifica en

la defensa de la propia organización y actuación administrativas, como sucede con las sanciones disciplinarias en relaciones de sujeción especial (funcionarios públicos, internos en establecimientos penitenciarios, etc.), o con las sanciones tributarias.

Pero hay también un campo de actuación de la potestad administrativa sancionadora que el ordenamiento jurídico ha configurado de un nodo perfectamente equivalente al ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden penal: las sanciones que la Administración puede imponer, son materialmente idénticas a las que se contienen en el Derecho penal y, fuera del ámbito de protección estricta de la esfera de actuación administrativa, sólo pueden justificarse como respuesta de carácter general ante conductas ilícitas (seguridad ciudadana, tráfico, urbanismo, publicidad, medio ambiente, etc.).

Por consiguiente, en todos estos casos, la Administración actúa en el papel de tercero imparcial al conflicto (de hecho, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, concibe el procedimiento sancionador de este modo), y se estaría produciendo una quiebra del principio de exclusividad de la jurisdicción.

De todos modos, es preciso convenir en que la potestad sancionadora de la Administración halla reconocimiento en el propio texto constitucional (el art. 45.3 se refiere a sanciones penales o administrativas para quienes cometan infracciones contra el medio ambiente). La CE contiene dos exigencias para las sanciones administrativas: su establecimiento mediante norma con rango de ley y la prohibición de que estas sanciones puedan implicar, directa o subsidiariamente, una privación de libertad (art. 25 CE).

Con independencia de todo esto, la potestad sancionadora de la Administración debe evitar los solapamientos con la actividad jurisdiccional penal, arbitrándose por la norma administrativa los mecanismos que den prevalencia al proceso penal e impidan la vulneración del *ne bis in idem*, es decir, que un ilícito contra el orden general pueda ser sancionado en un proceso penal y en un procedimiento administrativo.

Asimismo, esta potestad sancionadora no puede concebirse como un instrumento que llegue a sustituir a la actividad judicial en los procesos penales. Ha de tratarse de una actividad represiva por actos u omisiones de carácter leve, que permita agilizar la respuesta estatal frente a conductas merecedoras de un menor reproche social, de tal forma que en virtud del principio de intervención mínima del Derecho penal, se consiga alejar de los Tribunales hechos que, siendo ilícitos, resultan penalmente irrelevantes.

Por último, es evidente que las sanciones impuestas por la Administración constituyen actos administrativos sometidos al control de los Tribunales y, desde la perspectiva del ciudadano, ha de establecerse un mecanismo rápido y eficaz para obtener la tutela judicial efectiva frente a estas sanciones, máxime cuando se trate de aquellas que se establecen para preservar el orden general.

### **C) Los Tribunales Eclesiásticos**

Con anterioridad a la Constitución de 1978, la Jurisdicción eclesiástica, de rancia tradición en nuestro sistema procesal, se había visto potenciada en el Concordato de 1953 entre el Estado español y la Santa Sede, de acuerdo con la confesionalidad católica del franquismo. Se reconocía la jurisdicción eclesiástica con todas sus consecuencias, y las

decisiones en materia matrimonial tenían plena validez y eficacia en España, aceptándose por el Estado como propias, hasta el punto de que para facilitar su ejecución se preveía en el Concordato que los Tribunales Eclesiásticos comunicaran de oficio la sentencia a los Tribunales civiles.

La CE introduce un cambio sustancial al proclamar la aconfesionalidad del Estado (art. 16), con lo que la posición de la jurisdicción eclesiástica se hace insostenible. Por tal motivo, se suscribe el Acuerdo jurídico de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, donde se establece un nuevo régimen para los Tribunales Eclesiásticos.

La norma acordada se desarrolló a través de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modificó el Código Civil en materia matrimonial y estableció el procedimiento a seguir para el reconocimiento de resoluciones canónicas, incorporado ahora en la nueva LEC de 2000 (art. 778). En la actualidad el Estado reconoce la existencia de los Tribunales Eclesiásticos y otorga eficacia civil a las resoluciones canónicas en ciertos casos y bajo ciertas condiciones; con lo que puede decirse que, al tratarse de una jurisdicción extraestatal, la consideración jurídica se asimila a la que es propia de los Tribunales extranjeros, y ceñida a las resoluciones sobre ciertos procesos matrimoniales.

### **3. LAS FUNCIONES EXCLUSIVAS DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES**

#### **A) La exclusividad en sentido negativo**

junto a la vertiente positiva de la exclusividad -sólo los juzgados y Tribunales tienen atribuido el ejercicio de la potestad jurisdiccional- debe analizarse la exclusividad desde una vertiente obstativa, o en un sentido negativo: los órganos del Poder Judicial sólo podrán ejercer precisamente la potestad jurisdiccional, estándole vedado el cumplimiento de cualesquiera otras misiones, salvo si le son encomendadas por la ley en garantía de derechos (art. 117.4 CE).

Esta perspectiva de la exclusividad, impide que los demás poderes del Estado impongan a los juzgados y Tribunales el ejercicio de funciones que pudieran poner en peligro su posición institucional, haciéndoles jugar papeles ajenos a los que constitucionalmente se fijan al Poder judicial, garante de los derechos de los ciudadanos y de una justicia que no se subordine a intereses políticos contingentes, sino a la estricta aplicación de la ley emanada de la soberanía popular.

La referencia constitucional a la garantía judicial de los derechos, ha sido en épocas pretéritas precisamente para encomendar a los órganos Jurisdiccionales funciones muy diversas, y en ocasiones espurias, que han operado incluso como factor de legitimación de la actividad administrativa en detrimento de la Jurisdicción.

Sin duda alguna, la alusión a *cualquier derecho*, contenida en el art. 117.4 de la CE, puede interpretarse en términos amplios, pero se correría entonces el riesgo evidente de judicializar toda la vida social. Por tanto, dicha expresión únicamente adquiere verdadero sentido constitucional, si se pone en relación con la garantía debida a los derechos fundamentales; respecto de tales derechos es cuando la restricción o la injerencia de los poderes públicos en su ámbito reclama la intervención judicial por imperativo de la propia Constitución (arts. 18.2; 18.3; 20.5, ó 22.5)

Así las cosas, la estricta interpretación de la exclusividad en sentido negativo exige

acometer, con mayor o menor vehemencia y rapidez según los casos, la ardua tarea de ir progresivamente descargando a los juzgados y Tribunales de las tareas no jurisdiccionales que la tradición les ha ido encomendando, dando así también cumplimiento a la Recomendación R (86)12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

## **B) El Registro Civil**

La única función que específicamente la LOPJ atribuye a los juzgados y Tribunales, junto a la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, es la llevanza del Registro Civil (art. 2.2).

El Registro Civil, que se crea en España hace poco más de un siglo (1870), es institucionalmente único; depende del Ministerio de Justicia y, dentro de él, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (art. 9 de la Ley del Registro Civil).

Se trata, por tanto, de un Registro de naturaleza administrativa, y se divide en cuatro Secciones: Nacimientos y General (modificaciones judiciales de la capacidad y declaraciones de concurso de acreedores, quiebra o suspensión de pagos; declaración de ausencia o fallecimiento, y hechos relativos a la nacionalidad o vecindad civil); Matrimonios; Defunciones, y Tutelas y Representaciones Legales (art. 33 LRC).

El Registro Civil está territorialmente organizado e integrado (art. 10 LRC) por los Registros Municipales; junto a ellos, los Registros Consulares -que recogen las inscripciones de españoles residentes en el extranjero y están a cargo de funcionarios consulares-, y el Registro Civil Central -que centraliza estas inscripciones y acoge todos aquellos hechos que no puedan inscribirse en otro Registro-.

## **D) La investigación penal**

Una de las características esenciales del proceso penal inquisitivo, que rigió en España y en toda Europa continental hasta el siglo XIX, era la confusión en una misma persona de las funciones de investigación, acusación y decisión.

Por influencia de la codificación napoleónica se asume finalmente en nuestro país el proceso penal de tipo acusatorio formal o mixto, en el que se reparten los tres papeles y se atribuye su ejercicio a distintos órganos: la acusación pública al Ministerio Fiscal, aun cuando en España se reconoce la acción popular; la investigación al juez de Instrucción, y la decisión a la Audiencia.

Sin embargo, la investigación de los delitos no es tarea que deba entenderse como función propia de los jueces y magistrados. Es evidente, por una parte, que la instrucción de los procesos penales no es una actividad contenida en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, del juicio y de la ejecución; por otra parte, tampoco es posible sostener que se trate de una actividad realizada en garantía de derecho alguno.

Esto no quita para que, con el fin de salvaguardar el ejercicio de los distintos derechos fundamentales, deba encomendarse a los jueces y Tribunales la autorización de cualquier injerencia que se pueda producir en este ámbito, entre otras cosas porque así lo exigen diversos preceptos constitucionales (art. 17 para la privación de libertad; art. 18.2 para la entrada y registro en domicilio; art. 18.3 para la intervención de comunicaciones; art. 20.5 para el secuestro de publicaciones, o art. 22.5 para la suspensión de las actividades de asociaciones).

Por consiguiente, la investigación de las infracciones penales, es decir, la instrucción para preparar el juicio oral, debe sustraerse de las atribuciones de los juzgados y Tribunales en razón del principio constitucional de exclusividad negativa, y dado que dicha atribución no se corresponde con la función de garantía de derechos que pueda ser ordenada por la ley, según previene la CE. Por consiguiente, la investigación de los delitos y faltas debería encomendarse, con ventaja para todo el sistema, al Ministerio Fiscal como órgano público llamado a sostener la acusación en el juicio oral que debe obtener los elementos probatorios a tal fin para practicarlos en el juicio oral y lograr el convencimiento del juzgador.

Esto es lo que ha hecho la LO 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores, que atribuye la investigación de los hechos delictivos realizados por menores de 18 años y mayores de 14 (en ciertos casos también por menores de 21 años) al MF (arts. 6 y 16 y ss.), encomendándole la incoación del expediente, el desistimiento de la incoación, el sobreseimiento y, en general, la práctica de todas las diligencias de instrucción, salvo las que afecten a derechos fundamentales.

### **E) Otras funciones**

Además de las funciones extrajurisdiccionales atribuidas a los juzgados y Tribunales al margen del principio de exclusividad según se ha referido, el ordenamiento jurídico español hace intervenir también a los jueces y magistrados, en cuanto tales, en otras tareas ajenas al ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Entre ellas, junto a la participación en los jurados provinciales de expropiación (art. 32 de la Ley de Expropiación Forzosa), cabe destacar la intervención de jueces y magistrados en los procesos electorales.

La Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, establece y regula las Juntas Electorales, que integran la Administración Electoral con la finalidad de garantizar la transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad (art. 8). Las Juntas Electorales, Central, Provinciales y de Zona, están compuestas por vocales de distinta procedencia; entre ellos se encuentran, respectivamente, Magistrados del Tribunal Supremo, magistrados y jueces, asumiendo la presidencia de tales juntas un vocal del orden judicial (arts. 9 a 11).

## LECCIÓN 6. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL JUEZ

### 1. CONCEPTO

Desde el principio, dentro de los caracteres del estatuto jurídico de los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, la Constitución destaca una serie de garantías que representan las notas esenciales con que el texto fundamental ha querido identificar al juez frente a los demás servidores públicos.

El art. 117.1 de la CE, establece un conjunto de requisitos básicos que atribuye como propios a los jueces y magistrados. Son los de la independencia, la inamovilidad, la responsabilidad y la sumisión a la ley, que permiten conformar al juez constitucional.

Se trata de los pilares esenciales del estatuto judicial, que deben seguir a los jueces y magistrados en todo momento en que estén desempeñando funciones o cometidos judiciales, es decir, ejerciendo la potestad jurisdiccional.

Con ello se significa que cuando ejercen otras funciones, como las de Registro Civil, o se hallan en la situación administrativa de comisión de servicio (salvo que lo sea para otro juzgado o Tribunal), o de servicios especiales en órganos no jurisdiccionales (arts. 350 a 352 LOPJ), no les alcanzan las exigencias del art. 117.1 CE. Tales notas se han de predicar de todos los que ejercen funciones jurisdiccionales, y sólo de ellos, incluso aunque no sean jueces o magistrados de carrera (*infra*, Lección 13).

### 2. LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS

Fuera de los principios políticos que en un concreto momento histórico conformen y rijan la estructura y organización de los órganos jurisdiccionales de un Estado, el primero de los requisitos estructurales que ha de cumplir necesariamente cualquier juez o Tribunal, para poder ser considerado como tal, es el carácter o condición de tercero ajeno al conflicto que ante él planteen las partes procesales demandando su resolución.

La imparcialidad es exigencia ineludible para desempeñar un papel *super partes*, como corresponde al juez en esta fórmula heterocompositiva de resolución de conflictos (*supra*, Lección 1).

Sin embargo, junto a la imparcialidad de cada juzgador respecto del objeto litigioso y de las partes procesales, en el moderno Estado constitucional se ha implantado la garantía de la independencia del juez respecto de los otros poderes del Estado, en particular del Ejecutivo, con el fin de asegurar su plena sumisión al ordenamiento jurídico. El juez tiene ahora garantizada también la independencia, como conquista irrenunciable y exigencia política del modelo de Estado implantado en las sociedades occidentales, aunque no sea esencial al concepto de juez ni de jurisdicción.

La decisión política de la Revolución Francesa condujo en otro plano a la creación del Poder Judicial, añadiendo a la independencia de cada juez la independencia del Poder Judicial en su conjunto, del aparato que tiene encomendado el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Dicha opción produjo en Francia una separación tan rígida entre los poderes Ejecutivo y judicial que llegó a negarse toda posibilidad de control de aquel por los tribunales ordinarios; sólo muy lentamente, andando el tiempo, se consiguió establecer un verdadero mecanismo de control de la

actividad administrativa.

Sin embargo, desde el mero enunciado de la independencia en los textos constitucionales, conservando una jerarquización judicial poderosa, hasta lograr que se proporcionen al juez los medios suficientes para hacerla realidad, el camino recorrido ha sido largo.

La independencia es, por encima de cualquier otra, la nota definidora de los jueces y magistrados frente a todos los demás cuerpos de funcionarios y servidores públicos, que se encuadran en una organización administrativa regida precisamente por el principio de dependencia jerárquica.

La garantía de la independencia permite al juzgador actuar con libertad de criterio en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, sustrayéndose a toda posible intromisión en su quehacer. El juez ha de estar a resguardo de las presiones que se pudieran ejercer sobre él, de cualquier forma en que éstas se produzcan (sea a través de instrucciones u órdenes, sea a través de sugerencias o influencias de cualquier género), y de dondequiera que provengan (sea de las partes procesales, de los órganos de gobierno o sus superiores jerárquicos, de los otros poderes del Estado, o de la propia sociedad).

La necesaria ausencia de intromisiones en el ejercicio de la jurisdicción no significa, sin embargo, que la Constitución haya pretendido crear un juez sin criterio propio, atemporal y desideologizado, encerrado y aislado en una suerte de fanal. La independencia del juez no es más, pero tampoco menos, que libertad para el enjuiciamiento, teniendo como único referente el sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Por estos motivos, la garantía de la independencia de los jueces y magistrados ha de ser cuidadosamente respetada por todos (art. 13 LOPJ), y se ha de garantizar frente a todos: frente a las partes procesales; frente a los superiores en la jerarquía judicial y a los órganos de gobierno, y frente a los otros poderes del Estado y a las presiones sociales, esencialmente las que pudieran provenir de los medios de comunicación.

A tal fin, nuestro ordenamiento jurídico atribuye específicamente al Ministerio Fiscal la función de velar por ella, promoviendo las acciones pertinentes (arts. 124.1 CE y 14.2 y 435 LOPJ).

Junto a esta previsión normativa, cuando los jueces o magistrados se consideren inquietados o perturbados en su independencia, habrán de dar cuenta de los hechos al órgano jurisdiccional competente para seguir el procedimiento adecuado según la causa de la perturbación (art. 14.1 LOPJ). En tales casos, deberán también poner en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial la perturbación (art. 14.1 LOPJ).

La actuación del CGPJ a este propósito, que normalmente tiene como presunto perturbador a órganos administrativos, no aparece suficientemente perfilada en la LOPJ, al no establecer pautas precisas para la respuesta de este órgano de gobierno. El Consejo se ha limitado a recibir las quejas de los jueces y magistrados y remitirlas, sin investigación alguna, a la Administración de donde, según el órgano jurisdiccional, procedió la perturbación tras alguna declaración pública.

### **3. INDEPENDENCIA RESPECTO DE LAS PARTES PROCESALES Y DEL OBJETO LITIGIOSO**

El primer momento para el análisis de la independencia de los jueces y magistrados ha de situarse en el caso concreto, a partir de los sujetos y del objeto procesal que se llevan

ante el órgano jurisdiccional. La independencia respecto de las partes procesales y del objeto litigioso significa imparcialidad, es decir, ausencia de todo interés para la resolución del litigio que no sea la estricta aplicación del ordenamiento jurídico.

El juez ha de situarse en una posición alejada del conflicto para colocarse precisamente *super partes*, porque no puede entenderse la jurisdicción cuando el juzgador se encuentra concernido o implicado en el litigio. Sin duda alguna, su imparcialidad se vería amenazada si, en razón de los sujetos procesales y del *thema decidendi*, el juzgador estuviera influenciado en su decisión.

Tradicionalmente el legislador, evitando las genéricas formulaciones, ha establecido una relación exhaustiva de las causas que pueden influir en la decisión, que traslucen objetivamente una regla de la experiencia de posible parcialidad, de forma tal que pueden hacer dudar de la posición exigible al juzgador. Cuando concorra alguna causa legal se exige al juez que se abstenga de conocer del asunto sin esperar a que se le recuse (art. 100.1 LEC de 2000).

En segundo grado, y para el caso de que el juzgador no lo hiciera motu proprio, se legitima para plantear la recusación, por un lado, a las partes procesales y a quienes, en el proceso penal, aún no han adquirido formalmente tal posición (inculcado, querrellado, denunciado y tercero responsable civil); por otro lado, se legitima al Ministerio Fiscal, como garante que es de la independencia judicial, para plantear la recusación en todo tipo de proceso (arts. 217 y 218 LOPJ).

Las causas tanto de abstención como, en su caso, de recusación, son únicas y vienen fijadas en la LOPJ (arts. 219 y 220), debiendo entenderse derogados los preceptos que regulan esta materia en las distintas leyes procesales.

Estas doce causas pueden agruparse en tres grandes conceptos. Por un lado, cabe hablar de razones de parentesco o de situaciones asimiladas: vínculo matrimonial del juez o magistrado, o parentesco hasta el cuarto grado, con las partes o con sus procuradores o abogados; tener alguna de estas relaciones con el funcionario que hubiere intervenido cuando se trate de procesos en que sea parte la Administración Pública; haber sido defensor judicial o integrante de organismos tutelares respecto de alguna de las partes o haber estado bajo la custodia de ellas (arts. 219.1° a 3°- y 220 LOPJ). Puede hacerse un segundo grupo basado en razones de amistad o enemistad: estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes; ser denunciante o acusador de cualquiera de ellas; tener pleito pendiente con éstas, o tener amistad íntima o enemistad manifiesta con ellas (art. 219.4°, 6-°, 7°- y 8°- LOPJ). Finalmente, cabe hacer referencia a razones de interés, de incompatibilidad o de supremacía: tener interés directo o indirecto en el asunto; haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el asunto o intervenido en él como Fiscal, perito o testigo; haber actuado como instructor de la causa o haber resuelto el proceso en anterior instancia, o hallarse alguna de las partes subordinada al juzgador (art. 219.5°-, 9°-, 10° y 11° LOPJ).

El acuerdo de abstención o el planteamiento de la recusación, produce el efecto inmediato de apartar al juez del conocimiento del concreto asunto a que se contraiga. Este apartamiento no prejuzga ni presume que se hubiera dictado una decisión arbitraria, interesada o torcida, sino que opera aunque en el caso concreto se llegara a asegurar la absoluta libertad de criterio del juzgador. Dado que la persona del juez es fungible, resulta absolutamente necesario despejar cualquier sombra de duda acerca de su imparcialidad, sin llegar siquiera a determinar si las circunstancias previstas por el legislador habrían tenido alguna influencia en la resolución judicial.

## A) Abstención

Siempre que en cualquier proceso concurra una de las causas de abstención, el juez o magistrado, de oficio, habrá de separarse del conocimiento del asunto mediante resolución motivada, que se habrá de comunicar a las partes y a la Sala de Gobierno del Tribunal respectivo.

Cuando la Sala no estime justificada la abstención ordenará al juez o magistrado, dentro de los cinco días siguientes, que continúe en el conocimiento del asunto, lo que habrá de hacer sin perjuicio de que las partes puedan instar la recusación y de la responsabilidad disciplinaria en que el juez o magistrado pudiera haber incurrido. De no producirse la orden de la Sala de Gobierno, el juez o magistrado se apartará definitivamente y remitirá las actuaciones a quien deba sustituirle (arts. 221 y 222 LOPJ).

## **B) Recusación**

La recusación ha de ser propuesta inmediatamente que se tenga conocimiento de la causa en que se vaya a fundar, de modo que si el conocimiento es anterior al comienzo del proceso ha de plantearse al inicio, pues en otro caso ni se admitirá a trámite (art. 223.1 LOPJ). La consecuencia inmediata del planteamiento de la recusación es el apartamiento provisional del recusado, pasando el asunto a conocimiento del sustituto (art. 225.1 LOPJ).

La ley es muy rigurosa en la individualización de la persona que la plantea, exigiendo que se formule por escrito, firmado por el recusante, quien debe ratificarse a presencia judicial (art. 223.2 LOPJ). También establece con toda precisión la LOPJ el juez o magistrado llamado a instruir el incidente de recusación (art. 224).

El instructor del incidente deberá solicitar informe del recusado; si éste aceptara como cierta la causa de recusación se resolverá sin más trámites; en otro caso practicará la prueba que se hubiera propuesto, remitiendo lo actuado al órgano competente para decidir la recusación, quien resolverá lo que proceda por medio de auto, previa audiencia del Ministerio Fiscal (art. 225.2, 3 y 4 LOPJ), naturalmente si no fuera éste quien promovió la recusación.

Cuando la resolución fuera desestimatoria se devolverán las actuaciones al recusado en el estado en que se hallen, con imposición de costas y de multa si se declara expresamente la existencia de mala fe. Cuando la resolución estime la causa de recusación propuesta, el juez o magistrado quedará definitivamente apartado del conocimiento del asunto (art. 227 LOPJ). Contra estas resoluciones no cabrá recurso alguno, aunque se puede hacer valer la posible nulidad de la resolución que decida el pleito o causa, recurriendo contra ella (art. 228 LOPJ).

La LEC de 2000 contiene una regulación completa del procedimiento a seguir para sustanciar los incidentes de abstención y recusación; sin embargo, estos preceptos están declarados sin aplicación por la disp. final 172 de la propia LEC hasta tanto no se modifique la LOPJ, y se hagan desaparecer de este cuerpo legal los arts. 221 y siguientes; hasta entonces rigen estos preceptos de 1985 y no los arts. 101 a 119 de la LEC de 2000.

## **4. INDEPENDENCIA RESPECTO DE LOS SUPERIORES Y DE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO**

Una de las manifestaciones más trascendentes en la garantía de la independencia

judicial es la que se ha de observar frente a las influencias internas de la organización de los Tribunales.

Existe, ciertamente, un complejo entramado de órganos jurisdiccionales que se estructuran sobre la base de un criterio jerárquico, de tal forma que los «superiores» están llamados a revisar, confirmando o anulando, las actuaciones y las decisiones de los «inferiores»; sin embargo, lo cierto es que cada juzgado o Tribunal detenta la potestad jurisdiccional en toda su plenitud, y en el ejercicio de esa potestad cada juez o magistrado es soberano e independiente en sus decisiones respecto de todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial (art. 12.1 LOPJ).

Por esta razón, los jueces y Tribunales no pueden corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que hagan sus inferiores en el orden jerárquico, salvo cuando ellos mismos administren justicia resolviendo los recursos que las leyes establezcan (art. 12.2 LOPJ).

Pero en donde se aprecia con mayor nitidez la independencia es en la prohibición impuesta a todos los jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos, así como al CGPJ, de dictar instrucciones, sean de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que hagan en el ejercicio de su función jurisdiccional (art. 12.3 LOPJ). Estas intromisiones, dirigiendo órdenes o presiones de cualquier tipo, aparecen tipificadas como falta disciplinaria muy grave (art. 417.4-º LOPJ).

Como antes se dijo, la independencia cobija el ejercicio de la jurisdicción y sólo eso. Por consiguiente, queda fuera de la garantía constitucional el desempeño por parte de los órganos de gobierno del Poder Judicial de las funciones gubernativas que les corresponden, dirigiendo las oportunas prevenciones, órdenes o instrucciones que deberán ser cumplidas, y el ejercicio de la potestad reglamentaria atribuida al CGPJ (art. 110 LOPJ).

Para preservar también la independencia personal del juez o magistrado frente a sus superiores y frente a los órganos de gobierno, se han de tener presentes, además, las normas sobre los premios y castigos, es decir, esencialmente las disposiciones sobre los ascensos y el régimen disciplinario. Sin perjuicio de profundizar luego en estos extremos, conviene ahora dejar sentado que el legislador ha sido enormemente cuidadoso en la regulación tanto de los ascensos (méritos y plazo), como del régimen disciplinario, para evitar toda posible arbitrariedad de los órganos de gobierno.

## **5. INDEPENDENCIA DE LOS OTROS PODERES DEL ESTADO Y DE PRESIONES SOCIALES**

a) Tradicionalmente la independencia de los jueces y magistrados había de analizarse respecto de los otros poderes del Estado y, más en concreto, del Poder Ejecutivo, por la simple razón de que las funciones gubernativas (nombramientos, ascensos, inspección o régimen disciplinario), incluida la potestad reglamentaria precisa para llevarlas a efecto, estaban en manos del Ejecutivo.

En la actualidad, con la creación del CGPJ, la posibilidad real de los restantes poderes del Estado de influir o, eventualmente, perturbar o menoscabar la independencia judicial es francamente remota, entre otras cosas porque la CE ha exigido que el

Estatuto de los jueces y magistrados así como la constitución, funcionamiento y gobierno de los Tribunales se contengan en la LOPJ (art. 122.1). Por tanto, se ha producido un desapoderamiento en estas materias de manos del Ejecutivo, que no podrá ya regular ninguna de ellas por vía reglamentaria.

b) Respecto de la independencia de los jueces y magistrados de la sociedad, se establecen en la LOPJ una serie de requisitos para el ingreso, así como los supuestos de incapacidad o de incompatibilidad para el ejercicio de la jurisdicción, y una serie de prohibiciones, medidas que en conjunto pretenden preservar al juez de toda sumisión, derivada en este caso de vínculos personales o sociales en el momento de resolver (infra, Lección 12).

c) Al propio tiempo, para dejar al personal judicial al abrigo de posibles influencias derivadas de una situación económica débil, donde se pudiera intentar torcer el criterio judicial por móviles de esta naturaleza, el Estado garantiza la independencia económica de jueces y magistrados mediante una retribución digna y en régimen de protección social adecuado (art. 402 LOPJ).

## 6. LA INAMOVILIDAD

### A) Concepto

La inamovilidad es una garantía más de la independencia judicial, tal vez ni la más importante ni la más característica, y consiste en que los jueces y magistrados no puedan ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados más que por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley (art. 117.2 CE).

La inamovilidad no es exclusiva de los jueces y magistrados, sino que en la actualidad se extiende a un buen número de trabajadores y a la práctica totalidad de los funcionarios públicos.

a) La separación del servicio, que supone la pérdida de la condición de juez o magistrado, se produce por la pérdida de la nacionalidad española; por sanción disciplinaria por falta muy grave; por la condena a pena privativa de libertad por razón de delito doloso (aunque si no es superior a seis meses el CGPJ podrá acordar la suspensión en lugar de la separación), y por incurrir en causa de incapacidad salvo que procediera la jubilación, debiendo siempre acordarse previo expediente con intervención del Ministerio Fiscal (art. 379 y 388 LOPJ). Cuando se acordara por pérdida de la nacionalidad española, por sanción disciplinaria, o por condena a pena privativa de libertad, se podrá obtener la rehabilitación (arts. 380 a 382 LOPJ).

También se pierde la condición de juez o magistrado por la renuncia voluntaria, explícita (art. 379.1.a LOPJ) o implícita (arts. 322 y 357.3 LOPJ), y por jubilación (art. 379.15 LOPJ).

b) La suspensión supone el apartamiento temporal del juez o magistrado de sus funciones (art. 359 LOPJ), y se produce cuando aparezca como responsable en un proceso penal o en vía disciplinaria. La suspensión puede ser provisional, si tiene lugar durante la sustanciación de un proceso penal por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, (art. 383.1° - LOPJ), o cuando aparecen como inculpadados por otro delito doloso (art. 383.2° -), o se decreta durante la tramitación de un expediente disciplinario (art. 383.3°). La suspensión es definitiva cuando viene impuesta por sentencia firme condenatoria en que se imponga como pena, o cuando se decreta como sanción disciplinaria por falta muy grave (arts. 363, 383.3° - y 4° - y 420 LOPJ).

c) El traslado del juez o magistrado, como contenido de la garantía de su inamovilidad, deja naturalmente fuera el que tiene lugar a su solicitud, y se refiere por tanto al traslado forzoso, que sólo se produce como sanción por la comisión de una falta muy grave, previa audiencia del interesado e informe del Ministerio Fiscal (arts. 388 y 420 LOPJ).

No debe confundirse el traslado forzoso con la situación de excedencia forzosa, que se produce cuando se suprime la plaza que el juez o magistrado venía ocupando y debe cesar en la situación de activo (arts. 356, 364 y 368.2 LOPJ).

d) La jubilación se produce por alguna de las dos causas siguientes: por incapacidad permanente del juez o magistrado o por haber cumplido éste la edad de setenta años (arts. 385 a 387 LOPJ).

## **B) Los supuestos de inamovilidad temporal**

junto a la figura del juez o magistrado de carrera, cuya actividad jurisdiccional se considera normalmente desde el momento del ingreso hasta haber alcanzado la edad de 70 años, la LOPJ conoce otras figuras judiciales, personas que tienen encomendado el ejercicio de la potestad jurisdiccional en toda su plenitud y con toda suerte de garantías, pero sujetas en su actividad a un plazo.

Es bien conocido el régimen de los magistrados del TC quienes, por imperativo de la Norma Fundamental, son designados por un período de nueve años (art. 159.3 CE). Dentro del Poder Judicial también podemos encontrar jueces que no son de carrera y que se designan por plazo determinado en funciones jurisdiccionales (art. 378.2 LOPJ), durante el cual gozan de la garantía de la inamovilidad. Se trata de los jueces de Paz, nombrados para un período de cuatro años (art. 101.1 LOPJ); de los magistrados suplentes y de los jueces sustitutos, nombrados para un año judicial (arts. 200 y 212.2 LOPJ); así como de los jueces en régimen de provisión temporal, que se nombran por un año con posibilidad de prórroga por otro año más (art. 432.2 LOPJ) (ver, infra, Lección 12).

## **7. LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DE JUECES Y MAGISTRADOS**

Sin perjuicio de la responsabilidad del Poder judicial, que se traduce en la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de justicia (ver Lección 3), cada juez o magistrado ha de responder personalmente por su quehacer como detentador de un poder público. La responsabilidad es la consecuencia ineludible de la independencia y la garantía de la sumisión del juez al único vínculo que el ordenamiento jurídico le permite y le impone: el sometimiento al imperio de la ley.

La responsabilidad de los jueces y magistrados por los actos u omisiones que realicen en el ejercicio de su cargo puede ser de tres clases: civil, penal y disciplinaria (art. 16.1 LOPJ).

Tal declaración constitucional y legal se compadece mal con la realidad cotidiana, que desconoce prácticamente toda exigencia de responsabilidad civil; de otro lado, sólo en algún caso muy extremo se han llegado a depurar las responsabilidades penales; por último, han prosperado algunos raros expedientes de responsabilidad disciplinaria. Tal estado de cosas acredita una lejanía absoluta de los usuarios de la justicia; una precaria eficacia de los mecanismos de exacción de responsabilidad civil y penal, que han de exigirse y decidirse ante y por los propios jueces y

magistrados (*quis custodit custodes?*), y muy escasas posibilidades o falta de voluntad para la corrección en los órganos de gobierno.

Las particularidades del régimen de responsabilidad personal de los jueces y magistrados se refieren exclusivamente a la que se derive de las actuaciones judiciales, con objeto de preservar su independencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Por tanto, la responsabilidad en que pudieran incurrir cuando no desempeñen un cargo judicial, se regirá en todo por las mismas normas y con idénticos efectos que la exigible para el resto de los ciudadanos, salvo la inmunidad en la detención: los jueces y magistrados en servicio activo sólo podrán ser detenidos por orden de juez competente o en caso de flagrante delito (art. 398 LOPJ).

## **A) Responsabilidad civil**

La vía civil, cuya utilización es absolutamente ajena a nuestra experiencia judicial, se abre para la reclamación de los daños y perjuicios que los jueces o magistrados hubieran causado por dolo o culpa en el ejercicio de sus funciones; se legitima para exigirla a la parte perjudicada o a sus causahabientes (arts. 411 y 412 LOPJ) .

La demanda de responsabilidad civil se habrá de sustanciar por la vía ordinaria, aun cuando el órgano jurisdiccional competente para resolver varía según frente a quien se plantee la reclamación: un juez, un magistrado, un magistrado del Tribunal Supremo, o todos los magistrados de una Sala de justicia.

La demanda no podrá presentarse hasta tanto haya quedado firme la resolución que la provoque, y además se exige haber formulado previamente una reclamación en el proceso donde se produjo el hecho dañoso (arts. 412 y 413 LOPJ).

## **B) Responsabilidad penal**

El proceso para exigir responsabilidad penal a los jueces y magistrados por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de las funciones de su cargo, puede iniciarse por providencia de un órgano jurisdiccional que hubiere tenido noticia de ello, poniéndolo en conocimiento del juez o Tribunal competente para resolver, previa audiencia del Ministerio Fiscal (arts. 407 y 408 LOPJ).

Al igual que en materia de responsabilidad civil, en este caso tiene lugar el aforamiento de los jueces o magistrados, pues se atribuye el conocimiento del proceso penal a un órgano distinto del establecido con carácter general, que varía en razón de la categoría del inculcado.

También puede iniciarse el proceso penal en virtud de querrela del Ministerio Fiscal, ya sea por conocimiento directo de la comisión de un delito obita por un juez o magistrado, bien porque una autoridad pública le hubiera denunciado los hechos (art. 409).

Finalmente, el proceso penal contra jueces y magistrados por delitos o falta, cometidos en el ejercicio de sus funciones, puede incoarse por querrela del Atendido o perjudicado, o de quien ejerza la acción popular (art. 406 LOPJ).

Para estos casos se exigía la sustanciación previa de un antejuicio, que recayera en él uti pronunciamiento favorable a la admisión de la querrela, declarando haber lugar a proceder contra el juez o magistrado querrellado. Este presupuesto procesal, que representaba un privilegio, ha sido

suprimido con la LO 5/1995, de 22 de mayo.

### **C) Responsabilidad disciplinaria**

La tercera de las vías a través de las cuales puede exigirse responsabilidad a los jueces y magistrados por actos u omisiones realizados en el ejercicio de sus funciones, es precisamente la vía disciplinaria.

La responsabilidad disciplinaria representa la reacción del ordenamiento Jurídico ante actos u omisiones ilícitos en el quehacer judicial que escapan del derecho penal, regido por el principio de intervención mínima, y sólo referido, por tanto, a las infracciones más graves.

En materia de responsabilidad disciplinaria se han producido importantes cambios a raíz de la reforma de la LOPJ llevada a cabo por la LO 16/1994. Se establece la prevalencia de la vía penal sobre la disciplinaria, pero ello no impide que se pueda incoar, simultáneamente al proceso penal, expediente disciplinario por los mismos hechos, aunque no se dictará resolución en éste hasta tanto no haya recaído sentencia o auto de sobreseimiento firmes en la causa penal. Los hechos declarados probados en vía penal vincularán en el expediente disciplinario, sin perjuicio de la distinta calificación jurídica que puedan merecer (art. 415.2). Por otro lado, se compatibiliza la dualidad de sanciones, penal y disciplinaria, sobre los mismos hechos, siempre y cuando no hubiere identidad de fundamento jurídico y de bien jurídico protegido (art. 415.3).

Esta limitación carece de una justificación suficiente, ya que en las relaciones de sujeción especial no debieran tener incidencia las medidas que intentan preservar relaciones de orden general.

Supone la responsabilidad disciplinaria el control del quehacer judicial interno, de la actuación profesional de jueces y magistrados, garantizando el adecuado cumplimiento de los deberes que les son propios, como titulares de un poder y servicio público en relación con los ciudadanos y con todos aquellos que intervienen o se relacionan con los procedimientos judiciales.

Sin embargo, la línea divisoria entre la actividad jurisdiccional y la puramente funcional o profesional es extraordinariamente débil, por lo que los órganos de gobierno del Poder Judicial, como titulares de la potestad disciplinaria, en no pocas ocasiones entienden que la actuación del juez o tribunal se ampara bajo el manto del ejercicio de la Jurisdicción, lo que supone en la práctica la impunidad de la conducta.

La LOPJ contiene una exhaustiva y cerrada relación de las infracciones disciplinarias, que las clasifica en muy graves, graves y leves, así como un conjunto de sanciones que pueden imponerse por la comisión de aquellas faltas tras la instrucción del oportuno expediente: separación, traslado forzoso, suspensión de hasta tres años, multa, y advertencia (art. 420 LOPJ).

Las faltas muy graves son: el incumplimiento consciente del deber de fidelidad a la Constitución; la afiliación o desempeño de cargos al servicio de partidos políticos o sindicatos; la provocación reiterada de enfrentamientos graves con otras autoridades de la circunscripción; la intromisión, mediante órdenes o presiones, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de otro juez o magistrado; las acciones u omisiones que generen responsabilidad civil; la infracción de las incompatibilidades; provocar el propio nombramiento para órganos jurisdiccionales o mantenerse en ellos concurriendo causa legal que lo impida; inobservar el deber de abstención a sabiendas; desatención o retraso reiterado e injustificado de la función judicial; ausencia injustificada del lugar de trabajo por siete días o más; faltar a la verdad en las solicitudes que efectúen para obtener permisos, etc.; revelar datos

obrantes en los procesos cuando perjudiquen su tramitación o a cualquier persona; abusar de la condición de juez para obtener trato favorable e injustificado; cometer una falta grave habiendo sido sancionado antes por otras dos faltas graves no canceladas (art. 417 LOPJ).

Son faltas graves: la falta de respeto a los superiores jerárquicos; interesarse, mediante recomendación, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de otro juez; dirigir sanciones o felicitaciones a otras autoridades; corregir la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico hecha por los inferiores, salvo que actúen en el ejercicio de la jurisdicción; el exceso o abuso de autoridad o falta grave de consideración a ciudadanos, secretarios y personal auxiliar, Fiscales, Abogados, etc.; no promover la responsabilidad disciplinaria de Secretarios y personal auxiliar; revelar datos conocidos en el ejercicio de su función cuando no sea falta muy grave; ausencia injustificada de la sede judicial por más de tres días y menos de siete; incumplimiento reiterado e injustificado de los horarios de audiencia e inasistencia injustificada a los mismos; retardo injustificado en la iniciación y tramitación de los procesos, si no es falta muy grave; incumplir o desatender los requerimientos efectuados por el CGPJ o los órganos de gobierno interno; no elaborar los alardes; ejercer actividades compatibilizables sin autorización; la abstención injustificada; cometer una falta leve habiendo sido sancionado antes por otras dos faltas leves sin cancelar (art. 418 LOPJ).

Son faltas leves: falta de respeto a los superiores jerárquicos si no es falta grave; desatención o desconsideración con iguales o inferiores jerárquicos, ciudadanos, Fiscales, Abogados, etc.; incumplimiento injustificado de los plazos; ausencia de la sede judicial por más de un día y menos de cuatro; desatención a los requerimientos de CGPJ y órganos de gobierno interno (art. 419 LOPJ).

La competencia para sancionar las faltas muy graves corresponde al Pleno del CGPJ. La imposición de sanciones por faltas graves corresponde a la Comisión Disciplinaria del CGPJ. La sanción de multa, o de advertencia y multa correspondiente a faltas leves, las impondrán las Salas de Gobierno de las que dependa el juez o magistrado. Para imponer la sanción de advertencia por comisión de falta leve será competente el Presidente del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de justicia respecto de Ices jueces y magistrados dependientes de los mismos (art. 421 LOPJ).

## **8. LA SUMISIÓN DEL JUEZ A LA LEY**

La última de las notas que conforman al juez constitucional en el Estado de Derecho es la sumisión a la ley. Desde las formulaciones de la Revolución Francesa, esta garantía ha sido una constante histórica, precisamente como trasunto de la propia independencia judicial: el juez constitucional puede ser independiente porque se encuentra sometido a la ley. Esta sumisión a la ley, y sólo a ella, es un preciso reflejo de la necesaria ausencia de ataduras, presiones o influencias sea de las partes, del aparato judicial, de otros poderes del Estado o de la misma sociedad; es el referente necesario para preservar escrupulosamente la independencia judicial.

La sumisión del juez a la ley no supone sólo el sometimiento a esta concreta fuente de producción del Derecho, la ley formal, con exclusión de toda otra. El juez ha de estar sometido en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, desde luego, a las leyes aprobadas por las Cortes Generales, como expresión de la soberanía popular de la que emanan todos los poderes, así como a las leyes aprobadas por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Al mismo tiempo, ha de estar sometido al resto del derecho positivo, al conjunto del ordenamiento jurídico, por encima y con independencia de la función complementadora de éste que la jurisprudencia, desde luego, está llamada a desempeñar (supra, Lección 2).

La exigencia constitucional del sometimiento pleno del juez a la ley no puede, sin embargo, coincidir con el planteamiento del siglo XVIII, cuando la doctrina entendía que el juez debía ser, en conocida frase de *MONTESQUIRU*, la boca que pronuncia las palabras de la ley. El papel que el juez

ha de desempeñar en el Estado social y democrático de Derecho, trasciende sin duda los estrechos límites a que se había de contraer en el pasado, pero no puede sustraerse de aplicar la ley al caso concreto en su función de garante de los derechos de los ciudadanos.

Por último, la sumisión a la ley, al propio tiempo que legitima la jurisdicción (supra, Lección 1), opera en una doble dirección: de un lado como un poderoso mecanismo para preservar el principio de igualdad de todos los ciudadanos que demandan una respuesta judicial a un mismo problema; de otro lado, el sometimiento al ordenamiento jurídico ha de funcionar como un factor de firmeza y certidumbre o, al menos, de previsibilidad de las resoluciones judiciales, es decir, como garantía del principio de seguridad jurídica.

El juez ha de supeditar el ejercicio de su función jurisdiccional a lo dispuesto por la ley, de modo que su independencia conoce unos límites o un marco donde puede desenvolverse, el ordenamiento jurídico, y no cabe la figura del juez desvinculado de las leyes (*legibus solutus*). Ello no obstante, la sumisión del juez en su quehacer no supone crear una especie de autómatas aplicadores del Derecho, un juez sin criterio político o sin ideología, pero sí impide la figura del juez que se aparte de la ley al servicio de su particular línea de pensamiento, porque entonces se infringiría también la garantía de juez legal (ver lección siguiente).

Como señala GIMENO, el «apoliticismo» de la Magistratura, si bien fuera instaurado en España por la LOPJ de 1870 como exigencia del principio de división de poderes, fue llevado al paroxismo en el anterior Régimen autocrático, en el que acabaron imponiéndose las tesis de CASTÁN TOBEÑAS, para quién la «independencia del juez estriba en que la Magistratura se mantenga alejada de la Política (...) que esté totalmente sustraída a las influencias políticas». Dicha concepción, en un país en el que el trabajo «sucio» lo efectuaban las jurisdicciones especiales (la militar y el TOP), en definitiva lo que pretendía era un modelo de juez «tecnócrata», sin sensibilidad alguna frente a las múltiples violaciones de los derechos fundamentales.

## **LECCIÓN 7. EL DERECHO AL JUEZ LEGAL**

### **1. CONCEPTO Y REGULACIÓN**

El derecho al «juez legal» o «natural», se encuentra previsto en nuestra Constitución y, a diferencia de otras Leyes Fundamentales (como la de Bonn, art. 101), en dos preceptos diferenciados: positivamente se consagra en el art. 24.2, en cuya virtud «todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley», y negativamente en el art. 117.6 que declara la ., prohibición de los Tribunales de excepción».

Tradicionalmente ha venido entendiéndose por «juez legal» el predeterminado con arreglo a las normas de competencia preestablecidas, y por su infracción (o, lo que es lo mismo, la creación de un «tribunal de excepción»), la instauración de un órgano judicial «ex Post facto» con el objeto de conocer de especiales conflictos *ratione personae* o *materiae*.

Ejemplos de tales supuestos de «tribunales de excepción», lo constituyeron el «Tribunal Central sobre contratación en zona roja» que, instaurado por Ley de 5 de noviembre de 1940, en la práctica se convirtió en un instrumento de expoliación del patrimonio de las personas sospechosas de colaboracionismo con el «Frente Popular»; los Tribunales de responsabilidades políticas (Ley 1 de febrero de 1939) o el de «represión de la masonería y del comunismo» (Ley de 1 de marzo de 1940).

Ciertamente este concepto clásico de juez legal sigue manteniendo toda su vigencia, pero no agota en él su contenido, pues el derecho al juez legal, no obstante su denominación, no constituye «derecho de configuración legal» alguno. Antes bien, si los órganos judiciales han de «estar predeterminados por la ley» y la Constitución es la primera ley que han de acatar todos los poderes públicos, también se infringe el referido derecho consagrado en el art. 24.2 cuando se vulneren las notas esenciales que, por imperativo constitucional, han de presidir la constitución y funcionamiento de todo órgano jurisdiccional.

Conjugando todas y cada una de tales exigencias constitucionales, puede definirse el derecho al juez legal como «el derecho fundamental, que asiste a todos los sujetos de derecho a plantear sus pretensiones o a ser juzgados por auténticos órganos jurisdiccionales, creados mediante ley orgánica, pertenecientes al Poder judicial, respetuosos con los principios constitucionales de igualdad, independencia y sumisión a la ley, y constituidos con arreglo a las normas comunes de competencia preestablecidas».

### **2. NOTAS ESENCIALES**

Del expresado concepto se infieren las siguientes notas esenciales:

#### **A) Reserva de Ley Orgánica**

Desde un punto de vista formal, la primera nota que ha de revestir el juez

«predeterminado por la ley» es la de tratarse de un órgano jurisdiccional expresamente establecido mediante ley orgánica, emanada de las Cortes Generales.

De este modo, en primer lugar, la creación de nuevos órganos jurisdiccionales y la determinación de sus atribuciones es una *competencia del Estado* (art. 149.1.52 y 62 CE), por lo que los Parlamentos autonómicos en modo alguno pueden legislar sobre esta materia, ya que, de conformidad con la Constitución y la doctrina del Tribunal Constitucional, el Poder Judicial es un Poder único del Estado.

La única previsión normativa de las Comunidades Autónomas en esta materia queda ceñida a participar en la «organización de las demarcaciones judiciales de su territorio», de conformidad con las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 152.1.11), que las ha limitado a la fijación de la capitalidad de las sedes de los distintos órganos jurisdiccionales del territorio (arts. 6 y ss. de la LDYPJ 38/1988, de 28 de diciembre).

Pero, tratándose del desarrollo de un derecho fundamental, cual es el contenido en el art. 24.2 de la CE, dicha competencia del Estado ha de ser ejercida, en principio, a través de una *Ley Orgánica* (arts. 53.1, 81.1 y 86.1 ). Previsión que además corrobora, sin dejar al efecto duda alguna, el art. 122.1, al disponer que «la Ley Orgánica del Poder Judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los juzgados y Tribunales».

La LOPJ pasa a convertirse, por imperativo del art. 122.1 de la CE, en una ley perteneciente al «bloque de la constitucionalidad». Se destierra así la posibilidad de que, en un futuro, la determinación de los órganos jurisdiccionales que integran el Poder Judicial pueda efectuarse al margen del sistema de mayorías reforzadas que exige una ley orgánica (por esta razón la instauración de los nuevos «Juzgados de lo Penal» o la de los juzgados de lo Contencioso-Administrativo se efectuaron mediante las LO 7/1988 y LO 6/1998). En lo sucesivo la creación de tales órganos ha de efectuarse necesariamente a través de una preceptiva reforma de la LOPJ, pues de nada serviría que los jueces integraran el Poder Judicial, si el Poder Legislativo sin observar el régimen reforzado de mayorías que exige la aprobación de una Ley Orgánica o el Ejecutivo pudieran a su antojo disponer de la constitución y planta de los Tribunales.

Por esta razón, la Audiencia Nacional conculcaba, en sus orígenes, el principio del «juez legal», ya que fue creada mediante el DL 4/1977 el mismo día de la supresión del siniestro «Tribunal de Orden Público», derogado por el DL 2/1977, también de 4 de enero.

Por consiguiente, la instauración y composición de los órganos jurisdiccionales y la determinación genérica de su competencia objetiva (es decir, la atribución vertical de las materias de las que han de conocer), ha de estar expresamente prevista en la LOPJ (STC 91/1998), sin perjuicio de que la concreción minuciosa de dicha competencia objetiva o la de la demarcación judicial pueda efectuarse a través de una ley ordinaria, pero nunca mediante un Decreto-Ley (STC 93/1998).

Dicho en palabras del TC: «aunque no existe en la doctrina una construcción acabada y prácticamente aceptada sobre las materias incluidas en el término "constitución" de los juzgados y Tribunales que el art. 122.1 CE reserva a la Ley Orgánica del Poder Judicial, resulta indudable que ese vocablo debe comprender, como mínimo, en lo que aquí interesa, la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso», todo ello sin perjuicio de que el legislador ordinario concrete las materias específicas objeto del conocimiento por tales órdenes (STC 224/1993). Pero esta labor de colaboración de la legislación ordinaria con respecto a la orgánica no alcanza a derogar preceptos de reserva de Ley Orgánica, tal y como aconteció con la reforma operada en el art. 737 LEC 1881 por la Ley 10/1992, de medidas urgentes que, en contra de lo previsto en el art. 82.4 LOPJ, autorizó a un solo Magistrado de la AP a conocer de los recursos civiles de apelación, precepto que, con razón, fue declarado inconstitucional por la STC 254/1994.

El Poder Ejecutivo o el Consejo General del Poder Judicial, como consecuencia de esa labor instrumental de aportación de medios y de acceder a las nuevas exigencias de dotaciones, tan sólo quedan facultados para modificar el número y composición de los órganos judiciales (vgr., la creación de nuevas Secciones en una misma Audiencia o el incremento del número de juzgados: art. 20 LDYPJ), pero, sin que a través de la potestad reglamentaria, puedan alterar el régimen de constitución y funcionamiento de los órganos judiciales, ya que, en este último caso, se infringiría el art. 24.2 de la CE.

## **B) Juez legal y Poder Judicial**

En segundo lugar, el juez legal predeterminado por la Constitución, ha de estar formal y materialmente integrado en el *Poder Judicial*, ya que, como señala el art. 24.2, dicho juez ha de ser *ordinario*, o, lo que es lo mismo, ha de pertenecer a la jurisdicción «Ordinaria» o Poder Judicial.

Con la sola excepción de los «Tribunales consuetudinarios y tradicionales», a los que se refiere el art. 125, y la de la «Jurisdicción militar» (art. 117.5), la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los juzgados y Tribunales integrantes del Poder Judicial (art. 117.3).

Se restablecen así en nuestro ordenamiento los principios de exclusividad y de unidad jurisdiccional, a los que nos hemos referido en las lecciones anteriores (Lecciones 4 y 5).

Sea suficiente recordar aquí que, junto a los tribunales de excepción, también infringen el derecho al juez legal las «jurisdicciones especiales» y, en general, la atribución a órdenes de funcionarios de la potestad jurisdiccional (v.gr., a los «Tribunales de Honor» -expresamente proscritos por el art. 26 CE-), o a la propia Administración la posibilidad de imponer sanciones irrevocables.

Así pues, por juez legal también hay que entender exclusivamente a los juzgados y Tribunales integrantes del Poder Judicial.

## **C) Igualdad**

Si la igualdad es un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1) y todos los ciudadanos son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna (art. 14), la Constitución no puede permitir la hipotética creación de Tribunales instituidos por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

La creación de tales pseudotribunales, tristemente famosos en la Dictadura del General Franco (v.gr., el Tribunal de Orden Público, destinado a juzgar los delitos «de opinión» y demás delitos políticos), constituiría hoy un auténtico supuesto de «tribunal de excepción», proscrito por los arts. 117.6 y 24.2 de la CE.

Más discutible puede parecer la subsistencia de determinados privilegios de ciertas autoridades, tales como la «inviolabilidad» o ausencia de responsabilidad, civil o penal; la «inmunidad» o imposibilidad de ser detenido; el «aforamiento» a determinados órganos jurisdiccionales superiores, o las exenciones al deber de comparecer y de declarar verbalmente ante el juez de Instrucción.

Tales privilegios, materiales o procesales, suponen desde luego una discriminación frente a los demás ciudadanos, basada en una circunstancia social, como lo es la condición de Autoridad y, en principio, infringen el art. 24.2 en relación con el art. 14 de la CE, por lo que debe el juzgador plantearse si dicha condición goza de una «justificación objetiva y razonable» o, lo que es lo mismo, si existe algún otro interés constitucional que legitime la limitación o derogación del principio de igualdad ante la constitución y funcionamiento de los Tribunales.

Por una respuesta afirmativa tienen que abonar todos los privilegios expresamente previstos en la Constitución. En esta línea cabe encuadrar la «inviolabilidad absoluta del Rey» (art. 56.3); la relativa inviolabilidad, inmunidad y privilegio del «suplicatorio» de los Diputados y Senadores (art. 71.1 y 71.2), o el aforamiento al TS del Presidente y demás miembros del Gobierno (art. 102.1).

En los demás casos y desde un punto de vista formal, habrá que estar a la naturaleza de la disposición normativa que pudiera establecer el concreto tratamiento privilegiado, debiéndose concluir que, por exigencias del principio de reserva de ley orgánica del juez legal, pueden legitimarse aquellas discriminaciones que estén previstas en leyes orgánicas, integrantes del «bloque de la constitucionalidad», tales como la LOPJ o los respectivos Estatutos de Autonomía. En este último supuesto, pueden encuadrarse los privilegios procesales de los miembros del Consejo de Gobierno y parlamentarios de las CCAA (art. 73.2.a LOPJ) o los aforamientos de jueces y magistrados. Desde un punto de vista material, conviene recordar que tales discriminaciones no constituyen privilegios, sino «prerrogativas» de los miembros de los Altos Organos del Estado, destinadas exclusivamente a permitir su regular funcionamiento.

Por esta razón, el TC pudo declarar inconstitucional el «fuero policial», o la posibilidad de que los Parlamentos autonómicos puedan establecer nuevos privilegios

procesales de las Autoridades autonómicas.

## **D) Independencia**

Dentro del concepto del juez «predeterminado por la Constitución» hay que reputar también incluida la *independencia judicial*, pues, como hemos tenido ocasión de examinar (Lección 1), al exigir nuestra Ley Fundamental que los titulares de la potestad jurisdiccional sean jueces y magistrados «independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley», dicha nota esencial viene a erigirse en la causa legitimadora, a través de la cual la Jurisdicción misma se justifica.

El órgano jurisdiccional ante el cual acuden las partes a fin de que dirima el conflicto ha de revestir todas las garantías de la independencia judicial, ya que, como se encargan de establecer los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, todos tienen derecho a ser juzgados «por un tribunal independiente e imparcial» (arts. 6.1 CEDH, 14.1 PIDCP).

De la independencia judicial también nos ocupamos en la lección correspondiente (*supra*, Lección 6). Interesa destacar aquí, ello no obstante, que en materia de eventuales vulneraciones al juez legal, cobra una singular relevancia la *imparcialidad* del órgano jurisdiccional, nota esencial que ha provocado reformas legislativas importantes (como la de la creación de los «Juzgados de lo Penal» por la LO 7/1988 y, con ellos, la prohibición de que los jueces de Instrucción asuman funciones de enjuiciamiento y de decisión), y que es asegurada en la esfera del proceso a través de la *abstención y de la recusación*.

Cualquier parte procesal que pueda tener dudas fundadas sobre la imparcialidad del juez puede sugerir su abstención o provocar la recusación a través de las causas y del incidente previsto en las Leyes procesales, ya que tales garantías integran el concepto del juez legal y, por tanto, su infracción posibilita la interposición del recurso de amparo, por infracción de los derechos fundamentales al juez legal (STC 230/1992, 151/2000) o a un proceso con todas las garantías (STC 282/1993) del art. 24.2 CE).

## **E) Juez ordinario y sumisión al Derecho**

Por la misma razón, porque la sumisión del juez a la ley y al Derecho, junto con la independencia judicial, conforman la legitimación del oficio judicial, la puesta en relación de los apartados 3 y 1 del art. 117 nos muestra que la Constitución exige que el juez ordinario ejercite la potestad jurisdiccional «mediante la aplicación del Derecho» a los casos concretos.

Deben los jueces y magistrados huir de impresiones subjetivas o de plasmar sus opiniones personales en las sentencias. En particular, no pueden los jueces ejercer funciones «políticas» a través de sus sentencias (art. 117.4 en relación con el art. 127 CE), lo que no significa que los jueces deban ser «apolíticos»,

sino sencillamente que a la hora de solucionar un conflicto, no pueden tener otro norte que la aplicación del Derecho reclamable al caso concreto, con arreglo al sistema de fuentes preestablecido (art. 1 CC) y, dentro de él, con estricta observancia del principio de jerarquía normativa (*vide* Lección 1).

Lo que nuestra Ley Fundamental prohíbe únicamente es la figura del «Juez político»; del hipotético juez que, a la hora de solucionar el conflicto, no duda en violentar el espíritu y la letra de la ley en aras de una ideología (religiosa incluida) determinada.

Asimismo, deben entenderse contrarios al principio del «juez legal» los «juicios de equidad», que todavía se encuentran previstos en alguna ley especial, como la de Propiedad Horizontal.

## **F) Juez legal y competencia**

Finalmente, el juez ordinario «predeterminado por la ley» no puede ser otro sino el juez *objetiva, funcional y territorialmente competente*, de tal suerte que las normas relativas a la competencia judicial, vienen a integrar el art. 24.2 de la CE y a adquirir una cierta relevancia constitucional.

Esto es lo que ocurre precisamente en los supuestos clásicos de instauración de tribunales de excepción *ex Post facto* para el conocimiento de determinadas materias o personas, al que nos hemos referido más arriba.

Pero no toda infracción de las normas de competencia establecidas en las Leyes Orgánica del Poder judicial y de Enjuiciamiento, ha de conllevar necesariamente la infracción del «juez legal». Así, por ejemplo, en materia de competencia objetiva, el Parlamento es dueño de crear nuevos órganos jurisdiccionales especializados, siempre que lo efectúe mediante reforma de la LOPJ y someta a sus integrantes al mismo régimen de independencia que a los demás miembros del Poder Judicial; lo mismo ocurre con la competencia funcional (vgr., la LO 8/2002 ha residenciado en los juzgados de Guardia la nueva «conformidad premiada» de los juicios rápidos) y con la territorial, con respecto a la cual la violación de tales normas procesales (vgr., una demanda de reclamación de cantidad se interpone ante juez distinto del de el lugar de cumplimiento de la obligación o del domicilio del demandado), constituye un mero problema de legalidad ordinaria, que ha de ser resuelto a través de los cauces procesales preestablecidos (por ejemplo, en el supuesto anterior, mediante la interposición por el demandado de la cuestión de competencia prevista en los arts. 5960 LEC) máxime si se tiene en cuenta que determinadas manifestaciones de la competencia, como es el caso de la «territorial», todavía poseen un claro carácter dispositivo.

Para que se vulnere el derecho fundamental al juez legal, se hace preciso que dicha infracción de la norma atributiva de la competencia implique, además, la violación de las garantías constitucionales de los órganos jurisdiccionales, a las que nos hemos referido en anteriores epígrafes y, de modo especial, a la *independencia* judicial.

De este modo, si a través de la manipulación en normas de la competencia funcional, tales como el «reparto de los asuntos» o la constitución de los órganos colegiados, se consigue que un determinado litigio pase al conocimiento de un determinado órgano judicial por la única razón de que de antemano se sabe cuál vaya a ser la solución que éste va a adoptar en la composición del conflicto, se habrá infringido-el derecho al juez legal.

Un ejemplo ilustrará el tema: con anterioridad a una Sentencia de 20 de febrero de 1991, en la que la Sala I del TS fijó su doctrina legal en materia de desahucios de locales de negocio por la sola instalación de máquinas «tragaperras», sucedía que determinadas Secciones de Audiencias Provinciales del norte de España entendían que dicha instalación constituía una cesión inconstentida del arrendamiento y daban lugar al desahucio, en tanto que otras (la mayoría y a las que el TS les dio la razón) lo denegaban. Si un recurrente, a través de sus «malas artes» hubiera conseguido que su asunto se repartiera ante la Sección «B», porque conocía de antemano la solución al conflicto y obtendría una sentencia favorable a sus pretensiones, en lugar de que se asignara a la Sección que, con arreglo a las normas de reparto, fuera la competente, habría infringido el derecho al juez legal.

Idéntica violación cabe apreciar si en la constitución de los órganos colegiados se manipula su composición (v.gr., mediante la indebida entrada de algún magistrado «suplente»), ya que, como el TC tiene declarado, el juez ordinario predeterminado por la ley «exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por la ley y que, en cada caso concreto, se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente. De esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta, garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudieran alterarse arbitrariamente sus componentes» (SSTC 65/1994, 303/1993, 101/1984 y 47/1983).

## LECCIÓN 8. LA PARTICIPACIÓN POPULAR EN LA JUSTICIA

### 1. EL JURADO: FUNDAMENTO Y NATURALEZA

El jurado se encuentra previsto en el art. 125 de la CE, en cuya virtud «los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de justicia mediante la institución del jurado, en la forma y con respecto a los procesos penales que la ley determine».

De todas las formas de participación popular contempladas en la norma fundamental (la acción popular y los Tribunales consuetudinarios y tradicionales), el jurado, desde la perspectiva de nuestro sistema democrático, representa sin duda alguna la más perfecta, ya que a través de él los ciudadanos asumen directamente el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

La legitimación democrática del jurado es, por otra parte, mucho más directa que la de los propios jueces técnicos, ya que, como se ha puesto de relieve (Lección 1), si la de los jueces y magistrados proviene de su independencia y sumisión a la ley, circunstancias que han motivado que el pueblo les haya delegado el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.1), mediante el jurado es el propio pueblo español quien directamente asume el ejercicio de una de las tres potestades del Estado: la potestad jurisdiccional. En el jurado no es que la «justicia emane del pueblo», sino que es el pueblo mismo quien la administra.

Por tal razón, el derecho de participación que conlleva el jurado es el más perfecto de todos los consagrados en el art. 23 de la CE, afirmación que se alcanza si se repara en la circunstancia de que, si el derecho a elegir o a acceder a los cargos públicos ha de efectuarse a través del instituto de la «representación», en el jurado es el pueblo quien asume por sí mismo, sin intermediarios, el ejercicio de la potestad jurisdiccional, lo que permite encuadrar a este derecho dentro de los subjetivos públicos, cívicos y activos (o en el status activae civitatis, según la clásica sistematización de JELLINECK).

Dicho derecho constitucional de confirmación legal fue instaurado por la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del jurado, que, tras dieciocho años de espera, dio desarrollo legislativo al art. 125 de la CE.

### 2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En la evolución histórica del jurado interesa distinguir la del jurado español de la del europeo, con el objeto de poder determinar las principales ventajas e inconvenientes que el funcionamiento práctico de la institución a lo largo de más de un siglo ha puesto de relieve.

#### A) El jurado español

La historia del jurado español es la misma que la de la propia revolución liberal; instaurado con el acceso al poder de los liberales, pronto había de ser suprimido bajo la égida de los gobiernos conservadores.

De este modo, previsto en las Constituciones de Bayona (art. 106.2) y Cádiz (art. 307), fue por vez primera instaurado para el exclusivo conocimiento de los delitos electorales y de imprenta, y bajo la primitiva forma de jurado de acusación y de decisión, por la Ley de 22 de octubre de 1820 y adicional de 1822, que sufrieron la misma suerte que el «trienio liberal». No volverá a aparecer hasta la Primera República, en la que las Leyes de 23 de junio de 1870 y 22 de diciembre de 1872 lo proclaman para el enjuiciamiento de los delitos políticos y comunes más graves. Pero, finalizada la breve experiencia republicana, la Ley de 3 de enero de 1875 lo vuelve a derogar, siendo reinstaurado por la Ley de 20 de abril de 1888 que lo mantuvo vigente hasta que el D. de 21 de septiembre de 1923 de la Dictadura de Primo de Rivera lo suprime. Vuelto a reinstaurar durante la Segunda República (D. de 11 de abril de 1931 y Ley de 27 de julio de 1933), en plena guerra civil, fue «suspendida» su vigencia en el bando nacional en septiembre de 1936, y en el republicano un D. de 7 de mayo de 1937 lo transformó en los nefastos «Tribunales populares».

De la evolución histórica del jurado español, se pueden extraer las siguientes conclusiones: a) en primer lugar, su manifiesto contenido ideológico liberal, en tanto que instrumento para la democratización de la justicia y consolidación en el proceso penal del sistema acusatorio (sustitución de la prueba tasada por la libre valoración, instauración de la concentración, intermediación y publicidad del juicio oral). b) En segundo lugar, desde el punto de vista participativo, su carácter «burgués» (estaban excluidos del oficio de jurado «los pobres de solemnidad»: art. 10.8 Ley del Jurado de 1888), «machista» (también lo estaban las mujeres hasta que el art. 9 de la Ley de 1933 les dio participación en el conocimiento de los delitos contra la vida y lesiones, cuyo «móvil pasional fuera el amor, los celos, la fidelidad o cualquier otro aspecto de las relaciones heterosexuales») y, en general, con un fuerte «absentismo» de las clases medias (que solían excusarse mediante la aportación de certificaciones de enfermedades imaginarias, lo que provocó que los arts. 52.3 y 13.4 de la Ley de 1933 impusieran fuertes sanciones -multa de hasta 5.000 pta---, así como la obligación de deducir testimonio por falsedad documental). c) En tercer lugar, atendiendo a la competencia objetiva, no obstante haber nacido el jurado para la defensa de las libertades públicas y el conocimiento de los delitos más graves, lo cierto es, que ya la Ley de 1888 extrajo de su competencia los delitos de lesa majestad, electorales y de falso testimonio, y las reformas republicanas hicieron otro tanto con los delitos de rebelión y de sedición, terrorismo, contra los altos Poderes del Estado y forma de gobierno, falsedades y falsificaciones (además, las Memorias de la Fiscalía del TS de 1888 y 1934 seguían denunciando los veredictos injustificadamente absolutorios, motivados por la falta de conocimientos técnicos, jurídicos o contables, en los delitos de malversación de caudales públicos y de carácter económico). d) Finalmente, su carácter «selectivo» en la represión de los delitos: del jurado español, como del francés de la época, se decía que era galante y propietario (BERNALDO DE QUIRÓS), pues en los delitos pasionales (sobre todo, si la acusada era una mujer) hacía gala de lenidad, en tanto que en los delitos contra la propiedad era extremadamente severo.

## **B) El jurado europeo**

La historia del jurado europeo viene marcada por las siguientes etapas: a) la importación del jurado anglosajón; b) su transformación en jurado «mixto», y c) la instauración del sistema de «escabinado».

a) El jurado anglosajón. El jurado es una institución inglesa, que fue importada a la Europa continental tras la Revolución Francesa, mediante la Ley 16-26 de septiembre de 1791.

En su primera manifestación, el jurado francés aparece concebido a imagen y

semejanza del inglés: junto al jurado de acusación, al jurado de decisión o *Cour d'Assises* se le encomendaba la función de conocer exclusivamente de las cuestiones de hecho, reservándose a los magistrados, con exclusiva separación de funciones, la aplicación del Derecho y todo lo referente a la individualización de la pena.

Pero este sistema pronto se reveló como peligroso: los jurados, temiendo que de pronunciar un veredicto de culpabilidad (principalmente en los crímenes pasionales), los magistrados pudieran imponer una pena excesivamente rigurosa, optaron en muchas ocasiones por evitar esta duda o evento a través de la adopción de injustificados veredictos absolutorios.

Por tal razón, la historia legislativa francesa estuvo caracterizada por la ampliación del objeto procesal del veredicto a fin de que los jurados pudieran vincular más al Tribunal de Derecho en la aplicación de la pena. De este modo, la Ley de 5 de marzo de 1832 amplió el veredicto al conocimiento de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal.

Pero el esfuerzo fue vano porque, al poder rebajarse la pena tan sólo en un grado, los ciudadanos seguían considerando insuficiente este indirecto poder sobre la determinación de la pena y, por lo tanto, seguían pronunciando injustificadas absoluciones (MERLE-VITu).

b) *El jurado «mixto»*. Dentro de esta política legislativa de ampliación de la esfera de conocimiento del jurado, debe efectuarse una especial referencia a la también Ley francesa de 5 de marzo de 1932, la cual significó un paso más en dicha trayectoria pues, aun manteniendo la estructura formal del jurado anglosajón (esto es, el jurado seguía deliberando y decidiendo por sí solo todas las cuestiones de hecho), posibilitó que, una vez pronunciado el veredicto y siempre que éste fuera inculpatario, hubieran de reunirse jueces legos y magistrados en un mismo colegio a fin de adoptar por mayoría la determinación cuantitativa de la pena.

El referido sistema «mixto» permaneció vigente en Francia hasta la promulgación de la Ley de 25 de noviembre de 1941, que culminó dicha evolución, transformando al jurado en un «escabinato». Pero determinadas legislaciones europeas, como es el caso del Código Procesal Penal belga, austríaco o noruego, se inspiraron en la Ley francesa de 1932 y todavía mantienen dicho sistema mixto.

c) *El escabinato*. No existe una opinión unánime sobre el primitivo origen del «escabinato» o escabinado. La tesis mayoritaria encuentra sus orígenes en el antiguo Derecho visigodo en el que la administración penal de justicia era compartida entre los jueces y el pueblo de cada ciudad, reunido en asamblea, a quienes conjuntamente les incumbía la función de pronunciar la sentencia («*Urteischelte*»).

En lo que sí existe unanimidad doctrinal es acerca de su origen inmediato, el cual cabe situarlo en la reforma del Ministro EMMINGER a la StPO (*Strafprozessordnung*, Código Procesal Penal) alemana efectuada en 1924. Con anterioridad a la reforma Emminger, regía en Alemania, como en todos los países europeos (incluido el nuestro), el jurado anglosajón (o *Schwurgericht*), tal y como fue regulado en el Código Procesal Penal napoleónico.

El escabinado (o *Schöffengericht*) se caracteriza por la reunión de jueces técnicos y legos en un solo colegio -pero con una relación favorable a estos últimos (normalmente 1 técnico por cada 3 jurados)- a quienes se les encomienda la función de deliberar y

resolver la totalidad del objeto procesal penal, decidiendo mediante el sistema de mayorías (en ocasiones «reforzadas» para la adopción de decisiones desfavorables al acusado) tanto los hechos como la aplicación del Derecho y la individualización de la pena. A tal efecto, el Presidente del Tribunal confecciona el sistema de preguntas, extraídas de los escritos de acusación y de defensa, y las somete a votación en la sala de deliberaciones integrada conjuntamente por magistrados y ciudadanos.

Debido a la circunstancia de que el escabinado se ha mostrado en su funcionamiento práctico como muy superior al jurado anglosajón (fundamentalmente porque ha permitido superar aquella actuación selectiva en la represión de los delitos, a la vez que permite tomar en consideración la doctrina legal del TS y razonar la prueba en la sentencia), con posterioridad a la 2ª Guerra Mundial ha acabado instaurándose en la práctica totalidad de los países europeos: en las Magistrate Court inglesas, en Francia, Italia, Suecia, Portugal, cantones suizos, Grecia, etc.

Así pues, con la sola excepción de los Países Bajos, único Estado europeo ,fue todavía no ha consagrado el jurado, el modelo anglosajón o histórico español (por algunos calificado de jurado «puro») tan sólo permanece vigente en la Hig Court inglesa, en USA y, ahora, en nuestro país, habiendo instaurado los demás países europeos bien el sistema mixto, bien el escabinado.

### **3. REGULACIÓN LEGAL**

La configuración del jurado corresponde al Poder Legislativo, toda vez que de la lectura del art. 125 («en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine»), queda suficientemente claro que el derecho al jurado participa de la naturaleza de los «derechos de configuración legal» (ATC 147/1983), por lo que, dentro de los límites de la Constitución, las Cortes Generales son dueñas absolutas en la necesaria regulación de esta institución.

La Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, es la expresión de la configuración legal que se ha dado a dicha institución. En ella, no sólo se ha reinstaurado el jurado, sino que, además se ha creado una innecesaria instrucción, excesivamente complicada (informada por los principios de oralidad, dispositivo, dispersión y extemporaneidad en la práctica de los actos de investigación), dirigida a evitar las «inquisiciones generales» y lo que es peor, con el desconocimiento de la evolución del jurado europeo, ha venido a consagrar un modelo de jurado anglosajón que provoca, en lapráctica, no pocos problemas acerca de la validez del veredicto.

#### **A) Modelo de jurado**

Tal como se ha dicho más arriba, en el momento actual coexisten tres modelos de jurado: el anglosajón, el mixto y el escabinado.

Todas estas fórmulas son perfectamente constitucionales, sin que la expresión «jurado», que utiliza el art. 125 de la CE, deba necesariamente reconducirse al anglosajón y servir para excluir a las otras dos o, en particular, al «escabinado».

La inclusión del término «jurado» en el tracto legislativo del actual art. 125, lo deció exclusivamente al deseo del constituyente de erradicar la posibilidad de instauración en España de los «tribunales populares». Así lo confirma, del estudio del Diario de Sesiones, la retirada de la

enmienda 1080 del grupo socialista y la intervención del senador ANCULO MONTES (FAIRÉN).

En cualquier caso, la Ley Orgánica 5/1995 ha zanjado toda especulación sobre el modelo de jurado que se implanta en España. El legislador ha optado por establecer un jurado de tipo anglosajón compuesto por nueve ciudadanos extraídos por sorteo del censo electoral de cada provincia, a quienes se atribuye la función de dictar el veredicto. El Tribunal del jurado estará presidido por un magistrado, que será de la Audiencia Provincial salvo que por razón de aforamiento el juicio del jurado deba realizarse ante el TS o el TSJ, caso en el que el Magistrado-Presidente será un magistrado de la Sala de lo Penal del TS o de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ, respectivamente (art. 2) Queda claro que el juicio del jurado tendrá lugar sólo en el ámbito de los órganos jurisdiccionales colegiados citados, y que se celebrará con mayor frecuencia en las Audiencias Provinciales.

Bien es cierto que se ha hecho especial hincapié en intentar corregir los tradicionales defectos (relacionados con la actitud selectiva en la represión de los delitos y con la ausencia de motivación del veredicto, que impide el razonamiento de la prueba) que se atribuyen a este modelo y que abogaba por su transformación, bien en el jurado mixto, bien en el escabinado.

## **B) Competencia y funciones. El veredicto**

a) La Ley reguladora del jurado ha respondido a las llamadas de prudencia que aconsejaban una instauración paulatina del jurado, delimitando su competencia objetiva con cautela, reduciéndola a una serie muy concreta de delitos, caracterizados por la ausencia de excesiva complejidad en la acción típica o por ser los elementos normativos que lo integran más aptos para su valoración por los ciudadanos, ajenos al ejercicio habitual de la función judicial.

El art. 1 de la Ley establece, de acuerdo con lo anterior, que el Tribunal del jurado será competente para el enjuiciamiento de delitos referidos a cualquiera de las siguientes rúbricas: delitos contra la vida humana; delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos; delitos contra el honor; delitos de omisión del deber de socorro; delitos contra la intimidad y el domicilio; delitos contra la libertad, y delitos contra el medio ambiente.

En un segundo momento, la ley aclara qué delitos concretos, de entre los contenidos en las rúbricas anteriores, corresponde enjuiciar y fallar al Tribunal del Jurado, resultando ser los que se tipifican en los siguientes artículos del Código Penal 1995: a) homicidio (arts. 138 a 140); b) amenazas (art. 169.1); c) omisión del deber de socorro (arts. 195 y 196); d) allanamiento de morada (arts. 202 y 204); e) incendios forestales (arts. 352 a 354); f) infidelidad en la custodia de documentos (arts. 413 a 415); g) cohecho (arts. 419 a 426); h) tráfico de influencias (arts. 428 a 430); i) malversación de caudales públicos (arts. 432 a 434); j) fraudes y exacciones ilegales (arts. 436 a 438); k) negociaciones prohibidas a funcionarios (arts. 439 y 440); l) infidelidad en la custodia de presos (art. 471). Pero no es competente el jurado para el conocimiento de los delitos de la competencia de la Audiencia Nacional, ni para los homicidios no consumados, ni para el delito de prevaricación (arts. 1.3 y 5.1 y 2.111).

En la práctica forense se ha reducido la competencia del Jurado, de un lado, por la vía de calificar como falta los delitos-bagatela de «amenazas», «omisión del deber de socorro» y «allanamiento de morada» (lo que, por su carácter antieconómico, debiera provocar su revisión legislativa) y, de otro, por obra de la jurisprudencia del TS que, no obstante la, «vis atractiva» del jurado proclamada por los fueros legales de conexión

(arts. 5.3 y 48.3), ha declarado que los delitos conexos son de conocimiento de las AP y no del jurado (Acuerdo Sala 2<sup>a</sup>, de 5 de febrero de 1999) y que el robo con homicidio (STS 16-5-2000) o la conexión del homicidio intentado con el consumado (SSTS 18-2-1999, 19-4-2000, 6-2 y 19-10-2001) están vedados asimismo del conocimiento del Jurado.

b) Las *funciones* del Tribunal del Jurado se regulan en los artículos tercero y cuarto, distinguiéndose entre las funciones propias de los jurados y las que corresponden al Magistrado-Presidente.

Los jurados, que actúan siempre sometidos a los principios constitucionales de independencia, responsabilidad y sumisión a la ley de idéntica manera que los miembros del Poder Judicial, tienen como misión esencial emitir el *veredicto* declarando probado o no el hecho justiciable que el Magistrado-Presidente haya determinado como tal, así como aquellos otros hechos que decidan incluir y que no impliquen variación sustancial de aquel. También proclamarán la culpabilidad o inculpabilidad de cada acusado por su participación en el hecho o hechos delictivos respecto de los cuales el Magistrado-Presidente hubiese admitido acusación (art. 3).

En cuanto al Magistrado-Presidente, además de otras funciones que le atribuye la Ley (entre las que se pueden citar la de determinar el objeto-del veredicto, impartir instrucciones a los jurados sobre su función, reglas de deliberación y votación, etc., arts. 52 y 54), primordialmente le corresponde dictar la sentencia en la que recogerá el veredicto del jurado e impondrá, en su caso, la pena y medida de seguridad que corresponda. También resolverá, en su caso, sobre la responsabilidad civil del penado o terceros respecto de los cuales se hubiese efectuado reclamación (art. 4).

c) Como se acaba de decir, la determinación del objeto del *veredicto* corresponde al Magistrado-Presidente quien, concluido el juicio oral, somete al jurado, por escrito: los hechos alegados por las partes sobre los que deberá pronunciarse diferenciando entre hechos favorables y desfavorables al acusado; los hechos alegados que puedan determinar la estimación de una causa de exención de la responsabilidad; el hecho que determine el grado de ejecución, participación y modificación de la responsabilidad, y el hecho delictivo por el cual el acusado habrá de ser declarado culpable o no culpable. El Magistrado-Presidente podrá añadir hechos o calificaciones jurídicas favorables al acusado siempre que no impliquen variación sustancial del hecho justiciable. Por último, también someterá al jurado, en su caso, la aplicación de los beneficios de remisión condicional de la pena y la petición o no de indulto (art. 52).

El jurado, oídas las partes e instruidos debidamente, se pronunciará sobre todas estas cuestiones procediendo a su deliberación y votación, que tendrán lugar a puerta cerrada. La votación es nominal y en voz alta, estando absolutamente vedada la abstención que acarreará desde la multa hasta la posible exacción de la responsabilidad penal prevista, sin perjuicio de que se entienda como voto favorable al acusado. Las decisiones que sean desfavorables al acusado deben ser adoptadas por mayoría de, al menos, siete votos, y las que sean favorables por mayoría de cinco (ver arts. 53 y ss). Conforme al artículo 61, el resultado de la votación y las incidencias de la deliberación se reflejarán en un acta, cuyo carácter más resaltable es que deberá incluir, en garantía de la presunción de inocencia y del derecho a la tutela, la explicación de las razones por las cuales el jurado ha llegado a un concreto veredicto. Se trata, de esta forma, de que el veredicto esté debidamente motivado, si bien debe señalarse que esta obligación de explicación no parece encajar muy bien con lo que en esencia es un jurado de tipo anglosajón. Pero el

TS, en la STS de 12-3-2003 (279/2003), exige del jurado un exhaustivo razonamiento de la prueba, lo que puede provocar no pocas nulidades de los veredictos.

Dicha exigencia de razonamiento de la prueba, unida a la falacia del dogma del jurado anglosajón, consistente en la perfecta escindibilidad de los hechos con respecto a la aplicación del Derecho (el cual se intenta superar mediante las instrucciones del Magistrado Presidente -art. 57- o a través de la prescripción del art. 61.2 que faculta al Secretario a entrar en la Sala de-deliberaciones para que auxilie a los jurados en la confección del acta), ha provocado no pocas Sentencias de casación de los veredictos con el consiguiente mandato de reproducción del juicio oral y la vulneración, en definitiva, del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

### **C) Capacidad, incompatibilidad, prohibiciones y excusa**

La Ley configura la función del jurado como un derecho de los ciudadanos en los que no concurra motivo que les impida ejercitarlo, y como un deber para quienes no estén incurso en causa de incompatibilidad, prohibición o excusa (art. 6). Dada esta concepción de la función de jurado como derecho-deber, parecen lógicas las previsiones contenidas en el art. 7 de la Ley por cuanto, de un lado, se asegura que dicha función será retribuida e indemnizada conforme se determina reglamentariamente en el RD 385/1996, de 1 de marzo, con lo que se trata de evitar una excesiva onerosidad del cumplimiento del deber; y, de otro lado, se dispone que, a efectos del ordenamiento laboral y funcional, ser jurado se considera una función cuyo cumplimiento representa un deber inexcusable de carácter público y personal. Igualmente, se establecen una serie de medidas coercitivas para asegurar el cumplimiento de la obligación (por ej. la multa de hasta 250.000 ptas., art. 39, o incluso la pena de arresto mayor, disp. ad: 2% pena que se sustituye por la de arresto de siete a quince fines de semana según la disp. trans. 112 CP).

Partiendo de las premisas anteriores, y habida cuenta de que estamos ante un derecho que forma parte del derecho de acceso a los cargos públicos (art. 23 CE) sometido expresamente al principio de igualdad (arts. 23.2 y 14 CE), los requisitos y la capacidad para ser jurado se han regulado marginando absolutamente cualquier sombra de discriminación por razón de sexo o de posición económica: criterios presentes, sin embargo, en nuestra legislación histórica.

De esta forma, los únicos requisitos que establece la Ley para ser jurado son, según el art. 8, ser español, mayor de edad, encontrarse en el pleno ejercicio de los derechos políticos, saber leer y escribir, ser vecino (al tiempo de la designación) de cualquiera de los municipios de la provincia en que el delito se hubiera cometido, y no estar afectado por discapacidad física o psíquica que impida el desempeño de la función de jurado. Nótese que, tratándose de un derecho de participación política, no pueden ejercitar este derecho los extranjeros en la medida en que el art. 13.2 de la CE les excluya de su ejercicio.

Ahora bien, la amplitud con que se regula la capacidad para ser jurado se ve delimitada por una serie de disposiciones que, como es el caso de las causas de incapacidad, incompatibilidad y prohibiciones (arts. 9, 10 y 11) tienden a asegurar la máxima idoneidad objetiva y subjetiva de las personas que lleguen a desempeñar la función juzgadora. Por otra parte, también se trata de lograr una participación lo más aceptada y realista posible, para lo cual se establecen unas generosas causas de excusa

(art. 12).

#### **D) Procedimiento de selección y constitución del Jurado**

De entre los dos procedimientos de selección actualmente subsistentes en el derecho comparado, conocidos como objetivo y subjetivo, se ha optado en España por el primero, del que puede decirse que permite una mayor participación popular al extraerse los candidatos a jurados del censo electoral mediante el correspondiente sorteo. Se huye así de criterios «partitocráticos» o de cualquier otra pretensión de exigir un «plus» de capacitación sobre la que deriva de la propia inclusión en el censo.

El sistema subjetivo, vigente en Alemania y en Italia, consiste en que el Ayuntamiento designe a los candidatos a jurado, y el inconveniente de que la designación de los jurados recaea, en definitiva, sobre los partidos políticos mayoritarios, burocratizándose el oficio del jurado.

El procedimiento de selección, previsto en los artículos 13 y siguientes, atraviesa por varias etapas hasta llegar a un número mínimo de veinte candidatos a jurado por cada juicio que deba celebrarse con esta participación popular. En el mismo día en el que deba iniciarse el juicio oral deben seleccionarse, de entre el mínimo de veinte, los nueve ciudadanos que se constituirán como jurados en la concreta causa, así como dos suplentes. A lo largo del procedimiento se establecen las adecuadas garantías en orden a lograr la necesaria publicidad, y la idoneidad objetiva y subjetiva de cada miembro del jurado mediante la oportunidad de recusación o de alegación de la falta de requisitos para ser jurado, incapacidad, prohibición, incompatibilidades o excusa prevista por la ley.

Completado el proceso de selección, quedará constituido el Tribunal del Jurado bajo la presidencia del Magistrado correspondiente, quien procederá a tomar promesa o juramento de su cargo, conforme a la fórmula prevista en el art. 41, a los jurados designados, que desempeñarán su oficio sujetos a las responsabilidades, incluso penales, reguladas por la Ley.

## LECCIÓN 9. LOS ÓRGANOS JUDICIALES

### 1. NORMATIVA APLICABLE

De acuerdo con lo que establece la Constitución (art. 117) los jueces y magistrados, o si queremos los juzgados y Tribunales, que ejercen la función jurisdiccional y que administran la justicia, son los integrantes del Poder Judicial.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, al desarrollar este concreto aspecto del art. 117, establece como juzgados los siguientes: Juzgado de Paz, juzgado de Primera Instancia e Instrucción, juzgado de lo Penal, de lo Contencioso Administrativo, de lo Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria; y como Tribunales: las Audiencias Provinciales, los Tribunales Superiores de justicia, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo (art. 26 LOPJ).

Por último, el art. 29 de la LOPJ establece que una Ley Ordinaria determinará la Demarcación y Planta de los Tribunales, que serán revisadas al menos cada cinco años para adaptarse a las necesidades del país. Actualmente la Ley 28/1988, de 28 de Diciembre establece la demarcación y planta judicial; es decir; la distribución territorial y el número y composición de los juzgados y Tribunales.

### 2. MULTIPLICIDAD DE ÓRGANOS JUDICIALES. CRITERIOS PARA LA CREACIÓN DE ÓRGANOS JUDICIALES

El citado art. 117 de la CE, recoge el principio general del carácter estatal del Poder Judicial; cuando hablamos de Poder Judicial nos estamos refiriendo al Estado como expresión, jurídicamente organizada, de la soberanía nacional.

El Estado, en cuanto tal, actúa por medio de órganos, que no son sino centros de imputación de normas y relaciones jurídicas, o, lo que es lo mismo, de poderes y de deberes; es decir, de funciones. Esos órganos judiciales son los juzgados y Tribunales, quienes recogiendo una terminología tradicional española, hacen referencia a órganos unipersonales, es decir órganos que están servidos por un único funcionario ejerciente de la función jurisdiccional, y a órganos pluripersonales o colegiados en los que la función la ejercen varios funcionarios que forman entre sí un colegio, o, dicho de otra manera, que ejercen su función bajo el principio de la colegiación, estando todos ellos situados al mismo nivel de competencias y de responsabilidades.

La LEC vigente ha adoptado una terminología incoherente con la LOPJ (art. 26 y concordantes). Habla, desde el art. 1 hasta el final de la Ley, de «tribunal» para referirse a órgano judicial, creando una confusión innecesaria. Podemos decir que cuando la LEC habla de Tribunal utiliza el término y el concepto en un sentido no técnico ni unívoco.

La función jurisdiccional requiere para su ejercicio de una multiplicidad de órganos, aunque no fuera sino por el hecho de que se ejerce en lo que llamamos «doble grado», es decir: con posibilidad de recurso o recursos. Siendo así, necesariamente la organización judicial deberá regular unos órganos encargados de dictar la sentencia en primera instancia y otros, distintos e independientes, encargados de conocer los recursos que contra esa sentencia se pudieran interponer.

La propia esencia de la jurisdicción y la necesidad de que ésta esté al servicio de todos los ciudadanos en todo el territorio nacional, así como la complejidad de los asuntos a resolver por los órganos judiciales, impone igualmente una multiplicidad de órganos que deben de desarrollar y de ejercer su función jurisdiccional abarcando todos y cada uno de los rincones del territorio nacional y haciendo posible el acceso a la justicia a todos y cada uno de los ciudadanos; por consiguiente, aparece como necesario que existan dentro de lo que denominamos jueces una multiplicidad de éstos, al igual que es necesario que existan igualmente distintos Tribunales.

### **3. CRITERIO MATERIAL DE CREACIÓN DE ÓRGANOS JUDICIALES**

La complejidad del ordenamiento jurídico, y sobre todo la diversidad que existe entre las distintas parcelas del mismo, han impulsado tradicionalmente a nuestro legislador orgánico a distinguir dentro de la jurisdicción lo que se viene llamando órdenes jurisdiccionales. La idea es muy simple en su estructura: dado que el ejercicio de la potestad jurisdiccional supone la tutela efectiva de los derechos y de los intereses de los ciudadanos, supuesta igualmente la diferencia que existe entre las distintas normas que regulan esos derechos y esos intereses, conviene distinguir igualmente a los órganos judiciales que otorgarán la tutela efectiva de unos y otros derechos. Así, nuestro legislador, en la LOPJ (véanse arts. 22 y siguientes), hace referencia al orden jurisdiccional civil, al penal, al contencioso-administrativo y al laboral o social.

En unos casos, son razones atinentes a la naturaleza jurídica de los derechos que se ponen en juego en los procesos, las que determinan la creación de órganos jurisdiccionales y justifican la existencia de esos órdenes jurisdiccionales: es el caso de la existencia del orden civil, del penal y del contencioso-administrativo, pues si en el primero se ventilan los llamados derechos privados, en el segundo el llamado derecho público de penar del Estado, y en el tercero los derechos e intereses que tienen los ciudadanos frente a la actuación de la Administración del Estado. En otros casos, es el supuesto del orden jurisdiccional social, han sido razones distintas las que han motivado su creación, pues en éste la naturaleza de las normas jurídicas o de los derechos e intereses que se ponen en juego es la misma que la de los derechos privados que se tutelan dentro del orden jurisdiccional civil, por lo que la especialidad viene dada por el ejercicio y el tratamiento procesal de los llamados derechos laborales.

La existencia de estos órdenes jurisdiccionales, o de estas materias que jurisdiccionalmente agrupa el legislador en los artículos citados de la LOPJ, determina la creación de distintos órganos jurisdiccionales unipersonales o pluripersonales.

En tal sentido, la LOPJ distingue como órganos judiciales civiles unipersonales los juzgados de Paz y los juzgados de Primera Instancia; en el orden penal, los de Paz, los juzgados de Instrucción y los juzgados de lo Penal; en el orden contencioso-administrativo, los juzgados de lo Contencioso-Administrativo; en el orden social, los juzgados de lo Social. Y crea, dentro de los órganos pluripersonales (los Tribunales) distintas «Salas» a las que especializa en el conocimiento de los asuntos encomendados a cada uno de los órdenes jurisdiccionales.

Con independencia de la existencia de los órdenes jurisdiccionales, la Ley, tal como hemos visto (artículo 26 LOPJ), crea, entre los juzgados, los de Menores y los de Vigilancia Penitenciaria y en los Tribunales (Tribunal Supremo) la Sala de lo Militar. Igualmente, la Ley Concursal de 2003 regula la creación por motivos exclusivamente de

materia, los llamados juzgados mercantiles, que conocerán del proceso concursal. En estos supuestos la creación de los órganos y de la Sala se debe a razones de especialidad objetiva, es decir: la materia sobre la que han de tratar los asuntos.

#### 4. CRITERIO TERRITORIAL DE CREACIÓN DE ÓRGANOS JUDICIALES

El art. 30 de la LOPJ organiza, a los efectos de lo que hemos dicho, territorialmente al Estado; es decir, divide al Estado en parcelas de territorio para hacer posible el ejercicio de la función jurisdiccional. En tal sentido establece territorios llamados municipios, partidos, provincias y comunidades autónomas, que tienen, desde el punto de vista judicial, sola y exclusivamente el sentido territorial que le da la Ley; por tanto, cuando la LOPJ se refiere a esos conceptos los identifica sólo y exclusivamente con un territorio.

El municipio es un territorio que se corresponde con la demarcación administrativa del mismo nombre (artículo 31 LOPJ). El partido judicial es un territorio que está integrado por el de uno o más municipios limítrofes, siempre que pertenezcan a una misma provincia ( artículo 32 LOPJ). La provincia es un territorio que se ajusta siempre a los límites territoriales de la demarcación administrativa del mismo nombre (artículo 33 LOPJ). Por último, la comunidad autónoma es el territorio que se ajusta al ámbito territorial de las distintas Comunidades Autónomas existentes.

De lo anterior se deduce que, a efectos judiciales, lo que hace el legislador es tener en cuenta el territorio nacional en su conjunto, o partes del mismo, para establecer en cada uno de esos territorios judiciales uno o varios órganos judiciales, sean unipersonales o pluripersonales pertenecientes a distintos órdenes jurisdiccionales. Así pues:

a) El territorio nacional en su conjunto es tomado en cuenta para establecer y regular el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y los juzgados Centrales de Instrucción y de lo Penal, quienes ejercen su jurisdicción en todo el territorio español (art. 1 LDYPJ), y en todos los órdenes jurisdiccionales, con excepción de la Audiencia Nacional que no la ejerce en el orden jurisdiccional civil.

b) El territorio de las Comunidades Autónomas es tomado en consideración para la creación y regulación de las funciones de los llamados Tribunales Superiores de justicia, que ejercen su jurisdicción, en todos los órdenes jurisdiccionales, en el territorio de las respectivas Comunidades Autónomas, con las excepciones que más adelante veremos y que están reguladas en el artículo 2.2, 3, 4 de la LDYPJ.

c) El territorio de las provincias es tomado en consideración para la regulación de las funciones de la Audiencia Provincial y de los llamados juzgados de lo Penal, juzgados de lo Contencioso-Administrativo, los juzgados de Vigilancia Penitenciaria, juzgados de lo Social y juzgados de Menores, quienes ejercen su función jurisdiccional en el territorio de la respectiva provincia, con las excepciones que están establecidas en el artículo 2.2, 3, 4 de la LDYPJ.

d) El territorio del partido judicial es tenido en cuenta para establecer y regular las funciones de los juzgados de Primera Instancia e Instrucción.

e) Por último, el municipio, territorialmente entendido, determinará el ámbito territorial en donde ejercerá su función jurisdiccional el Juez de Paz, quien ejerce su jurisdicción en el orden civil y penal.

## 5. LA DIVISIÓN DE LOS TRIBUNALES EN SALAS Y SECCIONES

La integración del órgano colegial por distintos funcionarios (magistrados), permite su división en modo tal que siendo el órgano el titular de la jurisdicción es la Sala la que la ejerce en el orden jurisdiccional concreto.

Como hemos visto anteriormente, la Ley establece Salas dentro de los Tribunales; cada Sala actúa por el Tribunal del que forma parte y, podríamos decir, que ejerce en el acto la función que corresponde en potencia al Tribunal.

La división en Salas de un Tribunal responde al principio de la división material de la jurisdicción; así, lo mismo que la ley distingue órdenes jurisdiccionales por la existencia de parcelas o contenidos del ordenamiento diferentes, así igualmente divide un Tribunal en Salas precisamente para poder cubrir las distintas ramas del ordenamiento cuando la jurisdicción se ejerce por Tribunales, con excepción de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo que no responde en ningún caso a la existencia de órdenes jurisdiccionales, sino a la especialidad de los derechos que se ponen en juego en el proceso.

Pero lo anterior no significa que todos los Tribunales se dividan en Salas para englobar a todos los órdenes jurisdiccionales; antes, al contrario, la excepción es que un Tribunal conozca globalmente de todos los órdenes, siendo la excepción el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores.

En distinto sentido, las Salas de los Tribunales se dividen en algunas ocasiones en Secciones, lo que responde no a una división material u objetiva jurisdiccional, sino más bien a una división del trabajo que la ley asigna a cada una de las Salas.

Normalmente, tanto las Secciones como las Salas tienen un ámbito territorial del ejercicio de la jurisdicción idéntico al del Tribunal, aunque excepcionalmente pueda darse el caso de Salas (y por consiguiente de Secciones) que ejercen la jurisdicción en un ámbito territorial inferior al del Tribunal; así (art. 2.2, 3, 4 LDYPJ), las Salas de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía tiene jurisdicción limitada a los territorios de las provincias de Cádiz, Córdoba y Sevilla, y las de lo Contencioso-Administrativo y Social de Granada limitan su jurisdicción a los territorios de Almería, Granada y Jaén. Asimismo, las Salas de lo Contencioso y de lo Social del Tribunal Superior de Justicia con sede en Málaga tienen jurisdicción limitada al territorio de su provincia.

Igualmente tienen jurisdicción limitada a las provincias de León, Palencia, Salamanca, Valladolid y Zamora las Salas de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid; y a los territorios de las provincias de Ávila, Burgos, Segovia y Soria las que tienen su sede en Burgos.

Por fin, se limita al territorio de la provincia de Las Palmas la jurisdicción de las Salas de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que tiene su sede en Las Palmas de Gran Canaria y al territorio de la provincia de Santa Cruz de Tenerife, las que tienen su sede en Santa Cruz de Tenerife.

## 6. LA CONSTITUCIÓN EN LOS ÓRGANOS COLEGIADOS DEL TRIBUNAL DEL JURADO

En las Audiencias Provinciales, en la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, cabe la posibilidad de constituir el llamado Tribunal del Jurado. En estos supuestos, la Sala no se constituye de la manera tradicional (es decir, mediante la formación de un colegio formado

exclusivamente por Magistrados) sino de la manera que está establecida en la LOTJ. En efecto, de acuerdo con el art. 2 de la Ley citada, el Tribunal del jurado, que esa es la denominación que se le da en estos casos a la Sala que así se constituye, está formada por un Magistrado, llamado Magistrado-Presidente, integrante de la Sala en cuestión y nueve jurados.

Los jurados no pertenecen a ninguna de las categorías de magistrados, son sólo y exclusivamente ciudadanos que reúnen los requisitos establecidos en los arts. 8 y siguientes de la LOTJ.

En lo que se refiere a las competencias del Tribunal del Jurado, a la función que realizan dentro de ese Tribunal el Magistrado-Presidente y los jurados, así como a los demás problemas que surgen alrededor de esta figura, véase cuanto se dice en la lección anterior.

## 7. EL TRIBUNAL SUPREMO

a) De acuerdo con lo que establece el art. 123 de la CE, el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes jurisdiccionales; eso quiere decir que dentro del Poder judicial no existe ningún órgano judicial que pueda revisar los actos jurisdiccionales emanados del Tribunal Supremo y que, como consecuencia de lo anteriormente dicho, el último grado de la jurisdicción será, en todo caso, el Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo tiene su sede en Madrid (art. 53 LOPJ) y extiende su jurisdicción a todo el territorio español, estando subordinados a él todos y cada uno de los Tribunales y jueces españoles.

Al tener jurisdicción en todos los órdenes jurisdiccionales, el Tribunal Supremo está integrado por distintas Salas (art. 55 LOPJ): la primera, Sala de lo Civil, la segunda de lo Penal, la tercera de lo Contencioso-Administrativo y la cuarta Sala de lo Social. Fuera de los órdenes jurisdiccionales, la Sala Quinta del Tribunal Supremo, denominada de lo Militar, conoce de los temas especiales derivados de la jurisdicción especial militar.

Estas Salas, tal como hemos visto anteriormente, ejercitan en acto la jurisdicción que en potencia corresponde al Tribunal Supremo que está compuesto, tal como dice el art. 54 de la LOPJ, por el Presidente, por los presidentes de las Salas y por los magistrados que están adscritos a cada una de las Salas o a las Secciones que puedan componer cada una de éstas.

b) *La Sala, Primera del Tribunal Supremo, o Sala de lo Civil* conoce, de acuerdo con lo que establece el art. 56 de la LOPJ de los siguientes temas:

- De los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios en materia civil que establezca la ley.

Interesa saber en este momento que el recurso de casación es un medio extraordinario de impugnación que, por regla general, cabe contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales; se trata de un recurso de nulidad en el que el Tribunal Supremo decide, en líneas generales, si la sentencia dictada por la Audiencia ha violado alguna norma cuya aplicación sea necesaria para la resolución del conflicto planteado; todo ello de acuerdo con lo que establece la LEC en el artículo 477. *Téngase en cuenta que las normas referentes al recurso de casación (arts. 477 y ss) y aquellas otras relativas al recurso extraordinario por infracción procesal (arts. 468 y ss*

*LEC) entrarán en vigor de acuerdo con lo que se establece en la disposición transitoria 16° de la LEC.*

Por su parte, el recurso de revisión es un proceso autónomo cuyo objeto es rescindir sentencias firmes, contra las que no caben recursos ordinarios ni extraordinarios, pero que sin embargo aparecen como injustas de acuerdo con los motivos de revisión que establece la LEC (art. 510).

- Igualmente, conoce de las demandas de responsabilidad civil por hechos realizados en el ejercicio de su cargo por los altos dignatarios de la nación, de acuerdo con la relación que está establecida en el art. 56 de la LOPJ; dignatarios que van desde el Presidente del Gobierno, Presidente del Congreso y del Senado hasta los Presidentes y Consejeros de cualquiera de las Comunidades Autónomas, siempre que así esté establecido en sus respectivos Estatutos de Autonomía.

- Conocen de las demandas de responsabilidad civil por hechos realizados en el ejercicio de sus cargos por los Magistrados de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de justicia.

- Por último, conoce esta Sala del reconocimiento y ejecución de las sentencias dictadas por los tribunales extranjeros y de las que se pretenda su eficacia en España, todo ello de acuerdo con lo que se establece en el art. 951 y siguientes de la *LEC de 1881, vigentes tras la entrada en vigor de la LEC de 2000 (Disposición derogatoria única 1.3°)*.

En este momento procede decir que, hoy en día, no tiene justificación suficiente el hecho de que el TS tenga esta competencia, a no ser que se pretenda con ello la unificación de la doctrina. Parecería más conveniente que el reconocimiento y la ejecución de las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales extranjeros se atribuyera a los jueces y Tribunales que, de acuerdo con la ley española, fuesen competentes para ejecutar la sentencia extranjera, dejando a elección del demandante la competencia del juez concreto cuando, conforme a las normas españolas, no fuese posible determinar la competencia de un juez determinado.

*c) La Sala Segunda del Tribunal Supremo, o Sala de lo Penal, conocerá de los siguientes temas (art. 57 LOPj):*

- De los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios en materia penal que establezca la ley.

El recurso de casación y el de revisión penal tienen la misma naturaleza que los de casación y revisión civiles, por lo que sobra aquí cualquier otro comentario. Están regulados en la LECrim en los artículos 847 y siguientes y 954, y siguientes.

- Conoce de la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra los altos dignatarios de la Nación que van desde el Presidente del Gobierno, Congreso y Senado, al Presidente y Consejeros del Consejo de Estado y Defensor del Pueblo; no es necesario que los actos por los que se enjuicien a estos dignatarios sean cometidos en el ejercicio de sus funciones; basta, pues, con que la causa se dirija contra ellos.

Como dice el art. 57 LOPJ conocen de la instrucción y del juicio o enjuiciamiento que, a lo que ahora conviene decir, son dos fases del proceso que normalmente se conceden a órganos jurisdiccionales distintos (normalmente la instrucción es competencia de los jueces de Instrucción y el enjuiciamiento y fallo de los Jueces de lo Penal o de la Audiencia Provincial); en los casos, como los que establece el art. 57 en los que la instrucción y fallo son de competencia de la misma Sala, se nombra un Magistrado Instructor, que tendrá competencia para la instrucción y que posteriormente no integrará la Sala que ha de juzgar y fallar el juicio, todo ello de acuerdo con lo que se establece en el apdo. 2 del precepto citado.

- Es igualmente competente para la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra Magistrados de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de justicia, siendo aquí de aplicación las consideraciones que hemos hecho en el párrafo anterior atinentes a los juicios de responsabilidad penal de los altos dignatarios de la Nación.

d) *La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo* será competente (art. 58 LOPJ):

- En única instancia, de los recursos contenciosos-administrativos que se promuevan contra actos y disposiciones emanadas del Consejo de Ministros o de sus Comisiones Delegadas; contra los actos y disposiciones procedentes del Consejo General del Poder judicial y contra los actos y disposiciones de los órganos de gobierno del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo en materia de personal y actos de administración.

Conviene destacar ahora que aunque la Ley, siguiendo una tradición histórica, habla de «recursos», no se trata de recursos o impugnaciones en el sentido estricto de la palabra, sino de procesos en primera y única instancia cuyo objeto es la declaración de nulidad de actos que provienen de esos órganos, debiéndose *tener en cuenta* que cuando la Ley se *refiere al* Congreso, al Senado, al Tribunal de Cuentas, al Tribunal Constitucional o al Defensor del Pueblo, no lo hace a sus resoluciones típicas, sino a sus decisiones en materia de personal y actos de administración.

- Conocerá igualmente de los recursos de casación que se interpongan contra las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, así como contra las dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando se trate de impugnación de actos y disposiciones procedentes de órganos de la Administración del Estado y contra las sentencias dictadas por estas mismas Salas cuando se trate de la impugnación de actos de las Comunidades Autónomas siempre que el recurso tenga su base en la infracción de normas que no hayan sido emanadas por los órganos de aquellas.

- Es competente igualmente de los recursos contra las resoluciones del Tribunal de Cuentas.

- Conoce también de los recursos de revisión que establezca la ley y que no estén atribuidos a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de justicia.

e) *La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, o Sala Cuarta* conocerá, de acuerdo con lo que establece el art. 59 de la LOPJ, de los recursos de casación y revisión, y de los extraordinarios que establezca la ley en materias propias de este orden jurisdiccional; habrá que estar, pues, a lo que se establece en la Ley de Procedimiento Laboral.

f) *La Sala Quinta de lo Militar*, de acuerdo con lo que se establece en la LO 4/1987, de 15 de julio sobre Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (art. 23), conocerá de los recursos de casación y revisión que establezca la ley contra las resoluciones del Tribunal Militar Central y los Tribunales Militares Territoriales; asimismo conoce de la instrucción y enjuiciamiento en única instancia de los procedimientos por delitos y faltas, que sean competencia de la jurisdicción militar, cometidos por los altos dignatarios militares. Conocen igualmente de los recursos que procedan contra las decisiones en materia disciplinaria por las sanciones impuestas por el Ministerio de

Defensa, así como por las impuestas por los órganos judiciales a los que ejerzan funciones judiciales, fiscales o secretarios que no pertenezcan a la Sala Quinta; igualmente son competentes para conocer de los recursos de apelación en materia de conflictos jurisdiccionales que admita la ley reguladora contra las resoluciones en primera instancia del Tribunal Militar Central, y de las pretensiones de declaración de error de los órganos militares a los efectos de responsabilidad patrimonial del Estado.

g) Todas las Salas del Supremo tienen competencia, asimismo, para conocer de las recusaciones que se pudieran interponer contra los magistrados que la compongan y para conocer de las cuestiones de competencia entre los juzgados y Tribunales del propio orden jurisdiccional que no tengan un superior común (art. 60 de la LOPJ).

h) *La Sala Especial del Tribunal Supremo*, formada por el Presidente del Tribunal, los Presidentes de Sala y el magistrado más antiguo y más moderno de cada una de ellas, tiene competencia según el art. 61 de la LOPJ para conocer de los siguientes temas:

- de los recursos de revisión contra las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

- de los incidentes de recusación del Presidente del Tribunal Supremo o de los Presidentes de Sala o de más de dos magistrados de una misma Sala.

- de las demandas de responsabilidad civil que se dirijan contra los Presidentes de Sala o contra todos o la mayor parte de los magistrados de una Sala del Tribunal Supremo por actos realizados en el ejercicio de su cargo.

- de la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra los Presidentes de Sala y contra los magistrados de una de ellas, cuando sean juzgados todos o la mayor parte que la constituyen.

- de las materias reguladas en la LO de Partidos Políticos 6/2000, de 27 de junio.

- y, por último, del conocimiento de las pretensiones de error judicial cuando éste se impute a una Sala del Tribunal Supremo.

## **8. LA AUDIENCIA NACIONAL**

a) Al igual que el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional tiene su sede en Madrid y ejerce jurisdicción en toda España (art. 62 LOPJ).

Realmente no se justifica dentro de la organización judicial que existan dos tribunales con jurisdicción sobre todo el territorio nacional; sólo los inicios de la Audiencia Nacional, creada en 1977 sobre el edificio en ruinas del antiguo Tribunal de Orden Público, explica la existencia de este tribunal con la jurisdicción y competencia que la ley le otorga.

b) La Audiencia Nacional se compone de su Presidente, de los Presidentes de Sala y de los Magistrados que determine la Ley para cada una de sus Salas ( art. 63 LOPJ). Curiosamente, y a pesar de ser un Tribunal que ejerce su jurisdicción en todo el territorio nacional, la Audiencia Nacional está integrada únicamente por tres Salas: la de lo Penal, la de lo Contencioso-Administrativo y la de lo Social. Si estudiamos, como de momento haremos, los asuntos sobre los que ejerce la jurisdicción la Audiencia Nacional, nos

daremos cuenta que los orígenes de ésta, eminentemente penales, han condicionado mucho no sólo el hecho de que la Audiencia Nacional no ejerza su jurisdicción en el orden civil, sino que también la jurisdicción contencioso-administrativa y laboral que ejerce sea claramente anecdótica; podía haber sido atribuida sin ningún género de dudas al Tribunal Supremo. Por consiguiente, sólo se justifica su jurisdicción en el orden penal.

c) *La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional* (art. 65 LOPJ), conoce del enjuiciamiento de aquellos hechos delictivos que por sus especiales características o bien tienen una trascendencia en todo el ámbito nacional o bien son difíciles de residenciar ante un órgano judicial de instancia concreto, sea por la materia o por la persona sobre la que recaen. Así:

- Conocerá de las causas por delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, Altos Organismos de la Nación y forma de Gobierno.

- Conocerá de las causas por falsificación de moneda, delitos monetarios y relativos al control de cambios; defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas, siempre que produzcan una grave repercusión en la seguridad del tráfico jurídico, en la economía nacional o que produzcan perjuicio patrimonial en una generalidad de personas residenciadas en el territorio de más de una Audiencia; tráfico de drogas, fraudes alimentarios y de sustancias farmacéuticas o medicinales, siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en territorio de distintas Audiencias.

- Conocerán, igualmente, de los delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando de acuerdo a las leyes o a los tratados sean jurisdiccionalmente competentes los tribunales españoles.

- Conocerán igualmente de los procesos penales iniciados en el extranjero o de la ejecución de sentencias dictadas en el extranjero cuando de acuerdo con los Tratados Internacionales corresponda a los jueces españoles continuar el procedimiento penal o llevar a cabo la ejecución de la sentencia.

- Conocerán de las cuestiones de cesión de jurisdicción en materia penal derivadas del cumplimiento de Tratados Internacionales en los que España sea parte.

- Conocerán de los procedimientos judiciales de extradición pasiva sea cual fuese el lugar de residencia o en que se hubiere producido la detención del presunto extradito.

- Conocerán de los recursos establecidos en la ley (apelación y queja) contra las sentencias y resoluciones dictadas por los juzgados Centrales de lo Penal y los juzgados Centrales de Instrucción.

d) *La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional*. El ejercicio de la jurisdicción en el orden contencioso-administrativo por la Audiencia Nacional es anecdótico y, tal como se ha dicho anteriormente, no tiene fundamento alguno. Sólo ha sido el deseo de ocultar los orígenes de la Audiencia Nacional lo que ha hecho al legislador otorgarle jurisdicción contencioso-administrativa. La tiene limitada a conocer de los recursos contra las disposiciones y los actos emanados de los Ministros y de los Secretarios de Estado, salvo cuando confirmen en vía administrativa o en procedimiento de fiscalización o tutela los dictados por órganos o entidades distintas, cualquiera que sea su ámbito territorial. Asimismo, conocerá de los emanados de los jefes de los

Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, exclusivamente en las materias referidas a ascensos, orden y antigüedad en el escalafón y destinos (art. 66 LOPJ).

e) La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional tiene jurisdicción en lo laboral, de acuerdo con lo que establece el art. 67 de la LOPJ, para el enjuiciamiento en los procesos especiales de impugnación de convenios colectivos cuyo ámbito territorial sea superior al territorio de una Comunidad Autónoma; e igualmente conocerá de los procesos sobre conflictos colectivos cuyos efectos se han de producir en un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma.

La Ley de Procedimiento Laboral ha ampliado el campo en el que la Audiencia Nacional ejerce la jurisdicción en el orden laboral; así el art. 8 de la mencionada Ley, otorga la jurisdicción, en los supuestos en los que el conflicto jurídico supere el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, en los casos de tutela de los derechos de libertad sindical; también conoce de la constitución y reconocimiento de la personalidad jurídica de los sindicatos así como en los procesos sobre impugnación y modificación de los Estatutos de éstos; igualmente en todos aquellos conflictos que recaigan sobre régimen jurídico específico de los sindicatos, su funcionamiento y relaciones con los afiliados. En igual sentido se le concede jurisdicción en materia laboral en los supuestos de constitución y reconocimiento de personalidad jurídica a las asociaciones o agrupaciones empresariales.

En este caso, como cuando hablábamos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, se ha querido llenar de contenido a una Sala que no se debería de haber creado, y que ni siquiera la desaparición del Tribunal Central de Trabajo, con la promulgación de la LOPJ, justifica.

## 9. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

a) De acuerdo con lo que establece el art. 152.1 de la CE, el Tribunal Superior de justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma; se trata, pues, de uno de los pilares institucionales que la Constitución quiere que tengan las Comunidades Autónomas.

Por su propia naturaleza, el Tribunal Superior de justicia ejerce su jurisdicción en todo el territorio de la Comunidad Autónoma y sólo en éste (art. 71 de LOPJ). De ahí se impone, y también del hecho de que culmina la organización judicial, que ejerza su jurisdicción en todos y cada uno de los órdenes jurisdiccionales; por consiguiente, tiene jurisdicción, a través de las distintas Salas, en el orden civil, en el penal, contencioso-administrativo y laboral.

Sin embargo, la LOPJ no supo, cuando creó los Tribunales Superiores de justicia, darles verdadero contenido dentro del orden jurisdiccional civil y penal; posiblemente por el hecho de que, sustituyendo en muchos aspectos a las viejas Audiencias Territoriales, sin embargo no han asumido estos Tribunales Superiores las competencias jurisdiccionales civiles de aquellas, que han sido otorgadas a las Audiencias Provinciales; éstas, gracias a la LOPJ, han pasado de ser un órgano estrictamente penal a un órgano con funciones penales y civiles. Se comprende, pues, que en el orden civil e igualmente en el orden penal, el Tribunal Superior de Justicia no es, por regla general, el órgano judicial que culmina la organización judicial: es, eso sí, el órgano superior.

b) Consciente el legislador de la poca importancia que los Tribunales Superiores de justicia tienen en el orden jurisdiccional civil y penal, ha dividido el Tribunal Superior de

justicia en tres Salas, siendo la primera denominada de lo Civil y de lo Penal, la segunda de lo Contencioso-Administrativo y la tercera de lo Social. Por consiguiente, aquí al contrario de lo que ocurre con el Tribunal Supremo, en el que cada Sala se ocupa de un orden jurisdiccional concreto, la jurisdicción penal y civil se ejerce conjuntamente por una única Sala.

Esta Sala de lo Civil y lo Penal prácticamente reduce su jurisdicción, en la mayoría de las Comunidades Autónomas, al conocimiento del proceso en instancia única sobre las demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio de sus respectivos cargos, que se dirijan contra el Presidente y los miembros del Consejo de Gobierno de la Comunidad así como contra los miembros de la Asamblea Legislativa.

Establece el art. 73.2 a) LOPJ, la posibilidad de que esta competencia jurisdiccional sea atribuida por los Estatutos de Autonomía al Tribunal Supremo; en tal sentido, los Estatutos de Autonomía de Andalucía (art. 40), Castilla-La Mancha (art. 17) y Madrid (art. 24), atribuyen la competencia jurisdiccional para el conocimiento de esas causas al Tribunal Supremo.

Junto a esa competencia que es común a todos los Tribunales Superiores de justicia, con la excepción que hemos visto anteriormente, la ley concede a estos tribunales el conocimiento de los procesos de instancia única sobre responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo, con todos o la mayor parte de los Magistrados de una Audiencia Provincial o de cualquiera de sus Secciones.

Fuera de lo anterior, la LOPJ establece que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior conocerá, en los supuestos de que en las Comunidades exista Derecho civil, foral o especial propio, del recurso de casación y del recurso de revisión contra sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales civiles ubicados en el territorio de la Comunidad Autónoma, siempre que en los procesos de instancia se hubiere aplicado el Derecho civil, foral o especial propio (arts. 478 y 509 LEC).

Es lógico que los Estatutos de Autonomía del País Vasco (art. 14), de Cataluña (art. 20), de Aragón (art. 29), de Navarra (art. 61), hagan referencia a esta competencia de sus respectivos TSJ. No es tan lógico que el Estatuto de Extremadura o el de Murcia, por poner sólo dos ejemplos, recojan entre las posibles competencias en el orden jurisdiccional civil de sus respectivos TSJ, las del conocimiento y tramitación de estos recursos de casación y revisión.

En cualquier caso, lo importante es ahora destacar que las competencias que se otorgan a los Tribunales Superiores en el art. 73.1, son excepcionales porque excepcionales son los casos de Comunidades Autónomas que tienen su propio Derecho civil, foral o especial. Siendo también excepcionales los supuestos contemplados en las letras a) y b) del art. 73.2, podemos decir que el conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia en el orden jurisdiccional civil es igualmente excepcional y limitado.

La LEC ha previsto (art. 468 y ss) que la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores conozca del llamado recurso extraordinario por infracción procesal; estas competencias entrarán en vigor de acuerdo con lo que se establece en la disposición transitoria 162 de la LEC.

Por último, esta Sala, en el orden jurisdiccional civil, conocerá igualmente de las cuestiones de competencia entre órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma siempre que no tenga otro superior jerárquico común.

c) La Sala de lo Civil y Penal conocerá como Sala de lo Penal (art. 73.3 y 5 LOPJ):

- De la instrucción y fallo de las causas penales contra jueces y magistrados, así como miembros del Ministerio Fiscal por delitos y faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la Comunidad Autónoma, siempre que esta competencia no corresponda al Tribunal Supremo.

- La decisión de las cuestiones de competencia entre órganos jurisdiccionales del orden penal con sede en la Comunidad Autónoma que no tengan otro superior común.

- Del conocimiento de las causas penales que los Estatutos de Autonomía reservan al conocimiento de los Tribunales Superiores de justicia.

Todos los Estatutos de Autonomía recogen la competencia del TSJ para la inculpación, prisión, procesamiento y juicio de los miembros de la Asamblea Legislativa y del Presidente y los miembros del Gobierno, reservando al TS esa misma competencia para los supuestos en los que la responsabilidad se haya de exigir fuera del territorio de la respectiva Comunidad Autónoma (pueden verse, como ejemplo, los arts. 26 y 32 del Estatuto de Autonomía del País Vasco; arts. 31 y 38 del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Por excepción, los miembros de los Gobiernos de Navarra y Valencia son enjuiciados siempre por la Sala de lo Penal del TS).

- Por último, la Ley le atribuye (art. 73.5) la decisión de las cuestiones de competencia que se puedan suscitar entre los juzgados de Menores de las distintas provincias de la Comunidad Autónoma.

d) Mucho más sentido tiene la institución del Tribunal Superior de justicia cuando se regulan sus atribuciones en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Se trata en este caso de un verdadero tribunal judicial que tiene a su cargo la revisión de la legalidad de los actos emanados de los órganos administrativos de la Comunidad, o de aquellos otros provenientes de los órganos de la Administración del Estado que no estén atribuidos ni al Tribunal Supremo ni a la Audiencia Nacional. Cumple, pues, en este caso la función institucional que la Constitución reserva a los Tribunales Superiores de justicia y, desde el punto de vista funcional, supone un enorme avance de racionalización y de acercamiento de la justicia a los justiciables.

De acuerdo con lo que se establece en el art. 74 de la LOPJ, la Sala de lo Contencioso-Administrativo conocerá de:

- De los recursos contencioso-administrativos contra los actos y disposiciones de los órganos de la Administración del Estado que no estén atribuidos por ley a otros órganos judiciales.

- De los recursos contencioso-administrativos que se formulen contra los actos y disposiciones administrativas del Consejo de Gobierno, de su Presidente o de los Consejeros, salvo cuando sean confirmatorios en vía administrativa, o en procedimiento de fiscalización o tutela, de los dictados por órganos o entidades distintas.

- Conocerán igualmente de los recursos contra las disposiciones y actos de los órganos de gobierno de la Asamblea Legislativa en materia de personal y actos de administración.

- Es competente igualmente para conocer del recurso contencioso electoral contra los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos y sobre elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones Locales.

- En segunda instancia, y a través del recurso de apelación, tienen el conocimiento de aquellos recursos que se promuevan contra las resoluciones de los juzgados de lo Contencioso-Administrativo con sede en la Comunidad.

e) En cuanto a la Sala de lo Social, el TSJ supone el último eslabón jurisdiccional dentro del orden social; en efecto, conoce en única instancia de los procesos sobre controversias que afecten a los intereses de los trabajadores y empresarios en un ámbito superior al del territorio de un juzgado de lo Social y no superior al de la Comunidad Autónoma. Igualmente conoce de los recursos de queja (art. 187 LPL) y suplicación (arts. 188 y concordantes LPL) interpuestos contra las resoluciones dictadas por los juzgados de lo Social de la Comunidad Autónoma.

Por último, también de acuerdo con el art. 75 de la LOPJ, conocerá de las cuestiones de competencia que se susciten entre los juzgados de lo Social de la Comunidad Autónoma.

f) Al igual que se regula en los supuestos del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, en los Tribunales Superiores de Justicia se constituye la llamada Sala Especial, que está formada por el Presidente del Tribunal Superior, por los Presidentes de Sala y por el magistrado más moderno de cada una de ellas, para conocer de las recusaciones formuladas contra el Presidente, los Presidentes de Sala o de las Audiencias Provinciales con sede en la Comunidad Autónoma o de dos o más magistrados de una Sala o Sección de una Audiencia Provincial (art. 77 LOPJ).

## **10. AUDIENCIAS PROVINCIALES**

Las Audiencias Provinciales son órganos colegiados que tienen jurisdicción en el orden civil y penal y que la ejercitan en todo el territorio de la provincia de la que toma su nombre. Tienen su sede en la capital de la provincia, aunque pueden crearse Secciones de la misma fuera de la capital (art. 80 LOPJ).

Con la configuración que de las Audiencias Provinciales hace la LOPJ, se consigue un buen sistema jurisdiccional, para el orden civil y penal, dentro de las provincias; la Audiencia Provincial es el superior jerárquico de los jueces de Paz y de Primera Instancia, en el orden civil, y de los jueces de Instrucción, de lo Penal, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria en el orden penal. La LOPJ, al atribuir a las Audiencias Provinciales algunas de las competencias que en el orden civil tenían las antiguas Audiencias Territoriales, ha seguido una línea legislativa que comenzó en el año 1967 cuando el legislador otorgó competencia civil a la Audiencia Provincial, que hasta el momento sólo había tenido jurisdicción penal. Así, pues, la Audiencia Provincial aparece como un tribunal superior dentro de la provincia aunque no tenga jurisdicción en los órdenes contencioso-administrativo y laboral.

En el orden civil, las Audiencias Provinciales se constituyen fundamentalmente en un órgano de apelación para conocer los recursos que se puedan interponer contra las sentencias dictadas en primera instancia por los juzgados de Primera Instancia de la provincia (art. 455.2.2°- LEC y art. 82.4 LOPJ). Junto a esta competencia general, la Audiencia Provincial asume las lógicas atribuciones para la resolución de las cuestiones de competencia en materia civil (y también penal) que se puedan suscitar entre los juzgados de la provincia que no tengan un superior común. E igualmente conoce de las recusaciones de sus magistrados cuando la competencia no esté atribuida a una Sala

especial existente a este efecto en los Tribunales Superiores (art. 82.5 LOPJ) (art. 110.5º LEC).

En el orden penal, la Audiencia Provincial sigue teniendo su competencia tradicional para el enjuiciamiento de los llamados delitos graves, es decir de aquellos que por ley no estén atribuidos a los juzgados de lo Penal, o que siendo graves no estén atribuidos a un tribunal superior (art. 82.1 LOPJ).

Esta ha sido la competencia que tradicionalmente han tenido las Audiencias Provinciales desde su creación por la ya derogada Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial de 1870. Desde entonces hasta ahora, la Audiencia Provincial ha aparecido como un órgano eminentemente penal, y sobre todo como el órgano decisorio de las causas criminales que eran instruidas por los juzgados de Instrucción. Es sólo en 1967 cuando se le priva parcialmente del conocimiento y fallo de las causas por delitos, al otorgarse esta competencia a los juzgados de Instrucción, y, más recientemente, en 1988 cuando se crean los juzgados de lo Penal que tienen igualmente competencia para enjuiciamiento de las causas por delitos, aunque sean los llamados menos graves.

Igualmente en el orden penal, la Audiencia Provincial aparece como órgano de apelación en los recursos contra las resoluciones dictadas por los juzgados de Instrucción y de lo Penal de la provincia (art. 82.1.2º LOPJ). La Audiencia Provincial es también órgano concededor de los recursos que quepan contra las resoluciones de los juzgados de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas y de régimen de su cumplimiento (art. 82.1.3º LOPJ ).

La regulación que hace la LOPJ de las Audiencias Provinciales nos muestra, pues, que estamos fundamentalmente ante un órgano de apelación tanto en el orden civil como en el penal, que servirá para unificar de forma inmediata y directísima la doctrina que pueda emanar de los juzgados civiles y penales de la provincia; esto tiene, en orden a la seguridad y certeza jurídicas, una importancia trascendental que se completa al permitirse únicamente contra las resoluciones que dicten las Audiencias Provinciales, en estos órdenes jurisdiccionales, los recursos de casación o de revisión ante el Tribunal Supremo.

## 11. ÓRGANOS UNIPERSONALES

### A) Enumeración

La LOPJ distingue, entre los órganos unipersonales, los llamados juzgados de Primera Instancia e Instrucción, Mercantiles, creados por la Ley Concursal de 2003, aun cuando todavía no han sido constituidos, juzgado de lo Penal, juzgado de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Vigilancia Penitenciaria y de Menores; igualmente regula el llamado juzgado de Paz, que se diferencia de los anteriores por estar servido por un juez lego, pues no es requisito necesario para ser juez de paz pertenecer a la Carrera Judicial.

Estos juzgados unipersonales conocen de la primera instancia en los distintos órdenes jurisdiccionales; en efecto, sabemos que la jurisdicción se ejerce en nuestro sistema procesal en doble grado; ello quiere decir, que todos tenemos derecho, de forma general, a que el conflicto o el asunto que sometemos a los jueces sea conocido dos veces como mínimo por dos órganos jurisdiccionales distintos, para así conseguir una mayor posibilidad de sentencia justa y adecuada al Derecho; pues bien, los órganos judiciales que están encargados en los distintos órdenes jurisdiccionales de ejercer la jurisdicción en el primer grado, o en primera instancia, son los que han sido anteriormente mencionados.

## B) Juzgado de Primera Instancia e Instrucción

El juzgado de Primera Instancia e Instrucción ejerce la jurisdicción tanto en el orden penal como en el civil, aunque, de acuerdo con el art. 89 LOPJ, la Ley de Planta y de Demarcación puede establecer como órganos distintos los juzgados de Primera Instancia y los juzgados de Instrucción; podemos decir que en la mayoría de las poblaciones de importancia en nuestro país se han creado juzgados de Primera Instancia y juzgados de Instrucción, siendo lo normal que en las pequeñas poblaciones exista un único órgano encargado de los dos órdenes jurisdiccionales.

Existe, al menos, un juzgado de Primera Instancia e Instrucción en cada partido judicial (art. 84 LOPJ).

- Los juzgados de Instrucción, aun cuando son órganos de la jurisdicción en primer grado, y tienen por tanto competencia para el conocimiento y fallo de los juicios por faltas (art. 87.1 LOPJ), su función es principalmente instruir las causas por delitos cuyo conocimiento corresponde a las Audiencias Provinciales o los juzgados de lo Penal.

La instrucción penal es una fase del proceso penal que corresponde llevar a cabo al Juez de Instrucción como órgano distinto al órgano que enjuiciará y decidirá la causa; en la instrucción penal se prepara el material de investigación necesario para poder formular la acusación contra alguien, lo que permite la entrada en el juicio oral para su enjuiciamiento.

Existen juzgados de Instrucción en todas las sedes de los partidos judicial en Madrid existen igualmente los llamados juzgados Centrales de Instrucción (art. 88 LOPJ) que tienen jurisdicción en toda España e instruyen las causas cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional o al juzgado Central de lo Penal.

- Los juzgados de Primera Instancia (art. 85 LOPJ), tienen jurisdicción en el orden civil y son los encargados de conocer y fallar los pleitos en primera instancia.

Conocen igualmente de los actos de jurisdicción voluntaria (véase, arts. 1.811 y siguientes LEC de 1881) y de las cuestiones de competencia que se puedan suscitar entre los jueces de Paz.

Como órgano de segunda instancia, son competentes para conocer del recurso de apelación contra las sentencias dictadas por los jueces de Paz (art. 455 .2.1° LEC).

Los llamados juzgados de Familia (véase disposiciones adicionales a la Ley 30/1981) son en realidad juzgados de Primera Instancia, y, hay que advertir que no tienen reflejo en la LOPJ. Igual ocurre con los llamados juzgados de Ejecuciones Hipotecarias que funcionan en algunas ciudades. Tanto unos como otros, son juzgados de Primera Instancia que se especializan y se constituyen de acuerdo con lo dispuesto en el art. 98 de la LOPI.

## C) Juzgados de lo Penal

Los juzgados de lo Penal, creados por la LO 7/1988, de 28 de diciembre (art. 89 bis LOPJ), son órganos que tienen jurisdicción sobre la provincia y están ubicados en la capital de la misma, no siendo obstáculo que exista más de uno en éstas cuando el volumen de trabajo así lo exige.

Fueron creados en 1988 para evitar el grave problema que suponía que un mismo juez, entonces el de instrucción, fuera competente para instruir y fallar la misma causa. Al cuestionarse la constitucionalidad de la actuación de estos jueces, pues, en definitiva, un juez que instruye difícilmente puede juzgar con imparcialidad la causa que él mismo ha instruido, el legislador creó el juzgado de lo Penal como órgano de decisión que evitara así que las causas instruidas por el juez de Instrucción fuesen falladas por él mismo.

Son órganos que conocen en primera instancia del enjuiciamiento de los llamados delitos menos graves.

En Madrid se ubican los llamados juzgados Centrales de lo Penal, que conocen de las materias atribuidas a la Audiencia Nacional, cuando por la pena que se haya de imponer no sea competente la Sala de lo Penal de aquella (art. 89 bis. 3 LOPJ).

#### **D) Juzgados de lo Contencioso-Administrativo**

Los juzgados de lo Contencioso-Administrativo tienen la competencia que se determina en el art. 8 LJCA. Fundamentalmente, la LJCA ha referido la impugnación de los actos de las entidades locales a estos juzgados, aunque también conocen de la impugnación de los actos de las Comunidades Autónomas, salvo que procedan del órgano de Gobierno. Conocen igualmente de la impugnación de determinados actos de la administración periférica y de las Juntas Electorales de Zona (vid. artículo citado). En cuanto a la competencia de los llamados juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo habrá que estar a lo dispuesto en el art. 9 LJCA.

Así como los juzgados Centrales extienden su competencia a todo el territorio nacional, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo abarca tan sólo su circunscripción (art. 14 LJCA).

#### **E) Juzgados de lo Social**

Las antiguas Magistraturas de Trabajo se han convertido ahora en los juzgados de lo Social, por lo que se ha abandonado la línea orgánica anterior que le daba un claro tinte de especialidad a la jurisdicción laboral; así lo demuestra la regulación que hace la LOPJ de estos juzgados.

Normalmente, los juzgados de lo Social tienen ubicada su sede en la capital de la provincia y tienen un ámbito territorial de actuación que se extiende por todo el territorio provincial. Sin embargo, esto no es óbice para que por razones de trabajo en una capital de provincia existan varios juzgados de lo Social y que incluso éstos puedan ubicarse en poblaciones distintas a la capital de la provincia delimitándose igualmente el ámbito territorial de su jurisdicción, que puede coincidir con uno o varios términos municipales (art. 92.1 LOPJ).

Establece el art. 92.2 de la LOPJ que excepcionalmente un juzgado de lo Social puede extender su jurisdicción al territorio de dos o más provincias.

El juzgado de lo Social es esencialmente, al igual que ocurre con los jueces de primera instancia y con los jueces de lo penal, un órgano de primer grado de jurisdicción (art. 93 LOPJ).

## **F) Juzgado de Vigilancia Penitenciaria**

El juzgado de Vigilancia Penitenciaria es una creación de la LO 1/1979, de 26 de septiembre, la llamada Ley General Penitenciaria.

La función del juez de vigilancia penitenciaria se ejerce sólo y exclusivamente en materia de ejecución de penas privativas de libertad, o medidas de seguridad, e igualmente en el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria que la Ley concede a las autoridades penitenciarias, protegiendo los derechos y los beneficios que la Ley reconoce a los internos. En definitiva, la LOGP recogió el principio que ya estaba de alguna manera regulado en el art. 526 de la LECrim, consistente en atribuir a los jueces de instrucción esa labor de fiscalización y amparo (art. 94 LOPJ).

La LOPJ establece que en cada provincia habrá uno o varios órganos de vigilancia penitenciaria, aunque pueden crearse órganos excepcionalmente cuya jurisdicción abarque varias provincias de una misma Comunidad Autónoma, o incluso pueden establecerse territorios más limitados que la provincia para que en ellos ejerzan su función; no siendo de extrañar que se creen jueces de vigilancia penitenciaria en los municipios en los que exista un centro de reclusión.

Al ser la función que realizan los jueces de vigilancia penitenciaria complementaria a la jurisdiccional penal, la Ley (art. 94.4 LOPJ) permite que en determinadas ocasiones el desempeño de esta función sea compatible igualmente con la función jurisdiccional de un órgano del orden judicial penal.

## **G) Juzgados de Menores**

Con la LOPJ se incluye dentro de la jurisdicción a los llamados juzgados de Menores (art. 96 y siguientes LOPJ) que tiene sus antecedentes en los antiguos Tribunales Tutelares de Menores. El juzgado de Menores tiene su sede en las capitales de provincias y extiende su jurisdicción a todo el territorio provincial, aunque está previsto que en los supuestos que así sea requerido puedan crearse jueces de menores en otras poblaciones abarcando su territorio a uno o varios partidos.

La función que realizan es variada e incluye el enjuiciamiento de la conducta tipificada como delito o falta de los menores de edad penal y la tutela de éstos en los casos determinados por Ley (art. 97 LOPJ).

## **H) Juzgados de Paz**

Los Juzgados de Paz, que tienen ya una gran tradición en nuestro ordenamiento orgánico, son el primer escalón del aparato jurisdiccional y, según el art. 99 de la LOPJ, se ubicarán en todos los municipios en los que no exista un juzgado de Primera Instancia e Instrucción.

Son servidos por jueces legos, es decir, por personas que no pertenecen a la carrera judicial y que cumplen la función tradicional del «hombre bueno» que es capaz de tener autoridad por sí mismo, dado el prestigio que tiene en el municipio.

Los juzgados de Paz tienen jurisdicción civil y penal, conociendo de los asuntos de ínfima cuantía en primera instancia; en definitiva, se trata de órganos jurisdiccionales con los que se pretende solucionar los pequeños problemas que los vecinos de un municipio puedan tener diariamente, sin tener que acudir a la jurisdicción del juez de carrera. Sin embargo, en aquellos municipios en los que existan jueces de Primera Instancia e Instrucción, las competencias que se atribuyen a los jueces de paz pasan a conocimiento de aquellos (téngase en cuenta el Reglamento de los Jueces de Paz, aprobado por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 7 de junio de 1995 ).

## LECCIÓN 10 EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### 1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Previsto en el Título IX de la Constitución (arts. 159-165), el Tribunal Constitucional fue instaurado mediante la promulgación de su Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, únicas disposiciones normativas por las que se rige, tal como declara el art. 1.1 de dicha Ley (LOTC): «El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica».

En una primera y genérica aproximación, a partir de la anterior definición legal, el TC puede ser conceptualizado como el «más alto órgano jurisdiccional, encargado de la defensa e interpretación de la Constitución».

Del referido concepto pueden extraerse las siguientes notas esenciales:

#### A) El TC como órgano supremo

El TC es el órgano jurisdiccional supremo, tanto por su función como por su situación institucional con respecto a los demás poderes del Estado.

Desde el examen de su función objetiva, se destaca que su misión consiste en defender y garantizar «la primacía de la Constitución» (art. 27.1 LOTC) que, en nuestro sistema jurídico, es la primera Ley que ha de ser cumplida por todos los sujetos del Derecho, tal como dispone el art. 9.1 CE: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Debido, pues, a la circunstancia de que, atendiendo a un criterio material, desde la confluencia del sistema de fuentes y del principio de jerarquía normativa en la cúspide del ordenamiento se sitúa nuestra Constitución, y siendo misión esencial del TC la aplicación de la Ley Fundamental, no ha de resultar extraño que, desde un punto de vista procesal, el TC ha de encontrarse situado por encima de los poderes del Estado.

En efecto, todas las disposiciones y decisiones, tanto del Poder Legislativo, como del Ejecutivo o del Judicial, si supuestamente infringen la Constitución, pueden ser trasladadas y revisadas por el TC en orden a confirmar su legitimidad constitucional o a proceder a su anulación definitiva. Por esta razón, el art. 123 CE, a la hora de definir al TS, lo configura como «el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, *salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales*»; porque efectivamente, tratándose de la aplicación de la CE, el Tribunal Constitucional ostenta la última palabra y, por tanto, también las sentencias del TS, en la medida en que infrinjan la Constitución, pueden ser revisadas por el TC.

Si el TC puede anular los actos de todos los poderes públicos y si además es, como señala el enunciado art. 1.1, «independiente de los demás órganos constitucionales», queda claro que el TC ocupa la posición más alta, tanto en el organigrama jurisdiccional como en el de los demás poderes del Estado. De aquí que haya de ostentar todas las potestades necesarias para el cumplimiento de su función y para la obtención, en definitiva, del sometimiento efectivo de todos los poderes públicos a la Ley Fundamental.

De este modo ostenta la *potestad jurisdiccional*, toda vez que sus resoluciones definitivas, tal y como examinaremos, gozan de todos los efectos de la «cosa juzgada» (art. 164.1 CE); pero también ostenta *autonomía presupuestaria* (disp. ad. 22 LOTC), así como puede ejercitar la *potestad reglamentaria* (arts. 2.2 y 10.j) y k) LOTC) en materia de organización y funcionamiento, en uso de la cual, y de lo previsto en el art. 165 CE, se otorgó las funciones de «*autogobierno*» (arts. 1 y 2.a) y b) del Acuerdo del Pleno del TC, de 15 de enero de 1981, sobre Reglamento de organización y personal).

Pero esa posición de supremacía del TC no se limita exclusivamente al ámbito de nuestro ordenamiento interno, sino que también se proyecta con respecto a órganos jurisdiccionales supranacionales, instaurados como consecuencia de la suscripción por el Estado español de determinados Tratados. En particular, tanto el Tribunal de las Comunidades Europeas, como el de Derechos Humanos, no pueden ser configurados como tribunales revisores y, por tanto, de carácter superior al TC, ya que ni los Tratados ocupan una posición jerárquica superior a la CE, ni «fuera de la Constitución existen derechos fundamentales» (STERN), sin perjuicio de que el TC esté obligado a interpretar nuestra Ley Fundamental con arreglo a lo dispuesto en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (art. 10.2 CE) y, por consiguiente, de conformidad también con la jurisprudencia del TEDH.

Sin embargo, en la sentencia del conocido como «caso Bultó» (S. TC 245/1991), el TC suscribió una, en mi opinión, censurable doctrina, en cuya virtud, en la práctica, se convierte en un órgano ejecutor de las Sentencias del TEDH, lo que motivó un «voto particular» de quien ha redactado esta lección.

La doctrina emanada de la S. TC 245/1991, ha sido parcialmente "corregida" por los AA, TC 2291/1993 y 2292/1993 (asuntos Ruíz Mateos), especialmente por el segundo, al rechazar la petición anulatoria de la familia Ruíz Mateos, pues las circunstancias que rodeaban el anterior caso Bultó y éste son sustancialmente distintas.

Se declara que «median sustanciales diferencias que impiden que tenga aplicación aquí la doctrina sentada en esta resolución. De un lado es de observar que en aquel caso se trataba de remediar la vulneración de derechos en el transcurso de un proceso penal, declarada por el Tribunal de Estrasburgo, afectando a unas penas de privación de libertad que se encontraban en curso de ejecución, circunstancia esta que exigía la intervención de este Tribunal como única vía para impedir la prolongación de la situación de prisión, directamente lesiva del derecho a la libertad individual». «De otro lado, ha de repararse que en aquel caso el amparo se solicitó frente a una sentencia de la Sala Segunda del TS que puso fin a la vía ordinaria previa denegando la solicitud de nulidad de la sentencia condenatoria de la Audiencia, tras la dictada por el Tribunal de Estrasburgo (...) siendo además evidente (...) que este Tribunal carece de jurisdicción para revisar sus propias sentencias».

## **B) El TC como órgano jurisdiccional**

En segundo lugar, el TC aun encontrándose situado «fuera del Poder Judicial» y no rigiéndose por las disposiciones de la LOPJ, constituye un auténtico órgano jurisdiccional, por cuanto en él concurren las dos notas esenciales definitorias de dichos órganos: la independencia judicial y la atribución exclusiva de la «cosa juzgada».

Con respecto a la enunciada nota subjetiva, es cierto que el régimen de garantías que adornan la «independencia judicial» previstas en la LOPJ no son de directa aplicación a los Magistrados del TC; que su forma de nombramiento es diferente, que son jueces «a plazo» (con un mandato limitado a nueve años, art. 16.2 LOTC), y que no se rigen por el sistema común de autogobierno del CGPJ.

Ello no obstante, tales especialidades no se convierten, por sí mismas, en definitivas

para predicar de este órgano la ausencia de independencia (o, lo que es peor, atribuirle la etiqueta de «órgano político», sobre todo cuando el TC no le estima un amparo sobre libertad de información o expresión). De este modo, en lo que atañe a su independencia frente a los demás poderes del Estado, se comprueba que el autogobierno del TC es incluso superior al de los tribunales ordinarios ya que, de un lado, todas las facultades de gobierno, incluida la potestad disciplinaria, corresponde al Pleno de gobierno (constituido por la totalidad de los Magistrados) o a la «Comisión de gobierno» (integrada por tres Magistrados, designados por el Pleno), lo que permite afirmar la existencia de un régimen de «*autogestión*» (ya que, a diferencia del CGPJ que está integrado por Vocales designados por el Parlamento, aquí son los propios Magistrados del TC quienes ejercen todas las facultades inherentes a la organización y funcionamiento del Tribunal) y, de otro, ostenta, como se ha dicho, no sólo la potestad reglamentaria, sino la *autonomía presupuestaria* (cfr. disp. ad. 22 LOTC: «el Tribunal elaborará su presupuesto, que figurará como una sección dentro de los Presupuestos Generales del Estado») suficiente para disponer de los medios necesarios, sin interferencia alguna del Ejecutivo, para el cumplimiento de su función.

Otro tanto cabe afirmar de la independencia individual de los Magistrados del TC. En cuanto a su nombramiento, su legitimidad democrática es más directa que la de los propios jueces ordinarios, si se repara en que, en estos últimos, su acceso proviene de una oposición o selección efectuada por el CGPJ, en tanto que los Magistrados del TC son designados, de entre juristas de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio profesional, por los demás Poderes del Estado con clara hegemonía del Legislativo (cuatro a propuesta del Congreso y cuatro del Senado con mayoría reforzada de 3/5 -lo que obliga a un consenso con la mayoría de las fuerzas parlamentarias-, dos por el Gobierno y dos por el CGPJ: art. 159.1 CE), ciertamente con un mandato temporalmente limitado, pero con absoluta *inamovilidad* (art. 22 LOTO) e imparcialidad dentro del mismo (art. 159.5 CE) y con un régimen de incompatibilidades, prohibiciones e incapacidades propio, del que resulta además de aplicación supletoria el trazado por la LOPJ (art. 19.1 LOTC).

Por consiguiente, de una lectura del estatuto orgánico, cabe concluir que la afirmación del art. 1.1 de la LOTC, según la cual el TC es *independiente* de los demás poderes del Estado y está sometido únicamente a la Constitución, es correcta y que su legitimación («independencia y sumisión a la ley») es idéntica, dentro de sus respectivas competencias, a la del Poder Judicial.

En cuanto a la nota objetiva, configuradora de la jurisdicción, esto es, la «cosa juzgada», también concurre en el TC, toda vez que aplica de una manera definitiva e irrevocable la Constitución a los conflictos que se le planteen, gozando sus sentencias (que, además, son publicadas en el B.O.E.) de todos los efectos formales y materiales de la *cosa juzgador* (art. 164.1 CE).

De lo que llevamos dicho se desprende que el TC no conforma suerte de «jurisdicción especial alguna», pues, si se tiene en cuenta que la característica esencial de dichas jurisdicciones es su ausencia de independencia (sobre todo, del Ejecutivo), la «independencia judicial» concurre plenamente en los magistrados del TC, lo que permite afirmar que, antes al contrario, la naturaleza de dicho órgano jurisdiccional ha de ser encuadrada dentro de la categoría de los *Tribunales especiales* (*vide* Lección 4), máxime si se repara en que, aun cuando no se rija por las disposiciones de la LOPJ ni formalmente esté integrado en el Poder judicial, cumple con todas las notas delimitadoras de dicha categoría: a) está previsto y su legitimidad proviene de la propia Constitución, y

b) posee todas y cada una de las notas esenciales de los órganos jurisdiccionales (independencia y cosa juzgada).

### C) El TC como casación especial

El TC es el *guardián de la Constitución* (como *Hüter der Verfassung* lo conceptúa también el art. 1 de la Ley del Tribunal Constitucional Alemán), lo que significa que todas sus múltiples funciones, de las que después nos ocuparemos, se resumen en una sola: obtener la aplicación efectiva de la Constitución a los casos concretos, asegurando su interpretación uniforme.

Partiendo de esta incuestionable premisa y, aun cuando la jurisprudencia del propio Tribunal haya reiterado que el TC no actúa como tribunal de apelación o de casación alguno (SS. TC 2/1981; 11/1982, y 89/1983, entre otras), forzoso es reconocer que su naturaleza jurídica no difiere en mucho de la de un Tribunal Supremo; esto es, su función estriba en asegurar la aplicación uniforme de la ley (defensa del *ius constitutionis*), si bien con una importante especialidad y es la de que no debe obtener dicha uniformidad ni inmiscuirse en la aplicación de la legalidad ordinaria (función, ésta sí, propia del TS), sino única y exclusivamente en «la de nuestra Ley Fundamental».

A este respecto poco importa que dicha defensa sea asumida simultáneamente a través del *ius litigatoris* o, lo que es lo mismo, mediante la defensa de los derechos fundamentales (con ocasión de la resolución de los recursos de amparo) o que efectúe exclusivamente la protección del *ius constitutionis* a través de los procedimientos abstractos de control de la constitucionalidad de las leyes (el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad); lo decisivo es que al TC le corresponde «garantizar la supremacía de la Constitución» (art. 27.1 LOTC), de la que es su «intérprete supremo» (art. 1.1).

De este modo, al TC le corresponde, en el ejercicio de dicha función, crear la única *doctrina legal constitucional* que, a tenor de lo dispuesto en el art. 5.1 de la LOPJ, vincula a todos los órganos del Poder judicial, quienes, desde luego, en virtud del principio de subsidiariedad (art. 53.2 CE), también están comprometidos en la aplicación de la CE; pero dicha aplicación ha de resultar acorde con la doctrina legal del TC sobre la materia (del mismo modo que la aplicación de la ley ordinaria ha de efectuarse de conformidad con la doctrina legal del TS), pues, en otro caso, la parte procesal gravada puede reaccionar mediante la interposición de un recurso de amparo (como lo haría un recurrente en casación ante el TS por infracción de la doctrina legal) a fin de obtener la sujeción efectiva del órgano judicial ordinario a la doctrina constitucional del TC.

De lo dicho se infiere que la función característica del TC consiste en asumir un control *negativo* de la constitucionalidad de las normas y actos emanados de todos los poderes públicos. Su función esencial estriba en anular las disposiciones con rango de ley y actos contrarios a la Constitución, con absoluta prohibición, tal como dispone el art. 54 de la LOTC, de entrar a

conocer de los hechos que dieron lugar al proceso (así, por ejemplo, si en un proceso penal por homicidio se ha vulnerado el derecho de defensa, el examen del TC se limita exclusivamente al de la violación de dicho derecho fundamental, pero nunca a determinar si existió o no el homicidio o a revisar la pena impuesta por los tribunales ordinarios). Ello no obstante, por razones de economía (al igual que, por lo demás, acontece también con el recurso de casación ante el TS) se le autoriza también a restablecer el derecho fundamental vulnerado o a dictar sentencias «interpretativas» que, en la medida en que añaden nuevos elementos normativos (ya que constituyen el más relevante fenómeno de creación judicial del Derecho), crean Derecho, con la particularidad de que, a diferencia de la doctrina legal del TS, vinculan al Poder Legislativo (así, por ejemplo, al declarar el TC en su S. 145/1988 que es inconstitucional que un juez instructor acumule funciones enjuiciadoras o de decisión, las Cortes se vieron obligadas a aprobar la LO 7/1988 que restableció el acusatorio, sin que en un futuro pueda volver a promulgar procedimiento penal inquisitivo alguno, el cual se expondría a una nueva declaración de inconstitucionalidad).

Por consiguiente, puede afirmarse que la naturaleza del TC no difiere de la de un órgano jurisdiccional de casación *especial* (BURMEISTER, STERN), cuya función esencial consiste en garantizar la aplicación efectiva e interpretación uniforme de la Constitución.

## **2. ORGANIZACIÓN**

Tal y como se ha adelantado, el TC se compone de doce Magistrados, independientes, inamovibles, responsables y solamente sometidos al imperio de la Constitución.

### **A) Los Magistrados del Tribunal Constitucional**

Dichos Magistrados, nombrados por los más altos poderes del Estado, tienen un mandato de nueve años, renovándose por terceras partes cada tres años (art. 16.2 LOTC). Este sistema de designación, a diferencia de la del CGPJ que se efectúa en bloque, tiene como finalidad garantizar el permanente funcionamiento del órgano y evitar su paralización, la cual se produciría si hubiera de ser renovado simultáneamente en su totalidad (por esta razón, el art. 17.2 dispone que los Magistrados cesantes prolongarán su función hasta que tomen posesión los que hayan de sucederles).

Corresponde a los doce Magistrados del TC, de conformidad con su sistema de autogobierno, designar a su Presidente (y Vicepresidente), mediante votación secreta (art. 9), a quien le corresponde ostentar la representación del Tribunal, ejercer la potestad disciplinaria (junto con el Pleno y la Junta de Gobierno) y convocar y presidir el Pleno y las Salas con «voto de calidad» en caso de empate (art. 15).

### **B) Funciones del Tribunal**

El Tribunal actúa mediante el ejercicio de las funciones gubernativas y jurisdiccionales que le son propias:

a) Gubernativas. La primera de las enunciadas funciones de autogobierno (regida por el Acuerdo de 5 de julio de 1990 -que aprueba el Reglamento de Organización y Personal-) las ejerce la Junta de gobierno (integrada por el Presidente, el Vicepresidente, dos Magistrados y el Secretario General) y el Pleno de gobierno (los doce Magistrados, asistidos con el Secretario del Tribunal), que es, en realidad, el que delega determinadas funciones en la Junta de gobierno, reservándose el conocimiento de las más importantes (por ejemplo, la potestad reglamentaria o la sanción de separación de un funcionario del Tribunal). Al Pleno le corresponde aprobar el proyecto de Presupuesto del Tribunal para su incorporación en el de Presupuestos Generales del Estado, así como establecer la plantilla del Tribunal. También ostentan funciones de gobierno el Presidente, el Vicepresidente y el Secretario General, del que después nos ocuparemos.

b) Jurisdiccionales. En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, el TC actúa en Pleno, en Salas o en Secciones:

- Al Pleno del TC le corresponde nombrar a los Magistrados que han de integrar las Salas del Tribunal, decidir acerca de su recusación y, de modo primordial, deliberar y fallar las sentencias relativas a los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad (el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad), los conflictos de competencia entre el Estado y las CCAA y de defensa de la autonomía local, así como la resolución de aquellos recursos de amparo que supongan una innovación esencial o cambio sustancial de la doctrina legal del Tribunal (art. 10).

- El Tribunal se divide en dos Salas, compuestas por seis Magistrados (adscritos, como se ha dicho, por el Pleno) cada una de las cuales se denominan Sala 1ª y 2ª, estando dirigidas por el Presidente y Vicepresidente del Tribunal respectivamente, quienes ostentan voto de calidad, evitándose de este modo la aparición de «discordias» o conflictos en la votación de los Magistrados (ya que, al estar constituidas por un número par, al igual que el Pleno, el voto de calidad del Presidente dirime la discordia) (art. 7).

La competencia de las Salas se enuncia de manera negativa por el art. 11 (les corresponde conocer «de los asuntos que, atribuidos a la justicia constitucional, no sean de la competencia del Pleno») y, en la práctica, queda reducida a las más importantes decisiones que hayan de recaer en los recursos de amparo: las sentencias (salvo aquellas que se avoquen al Pleno por las razones ya indicadas), y los autos de suspensión de los efectos de los actos impugnados en los recursos de amparo en tanto se tramita el procedimiento (con el objeto de evitar la consolidación de la vulneración de los derechos fundamentales).

- Cada Sala, a su vez, se subdivide en dos Secciones, integradas por tres Magistrados (adscritos también por el Pleno) cada una y presididas dos de ellas por el Presidente y Vicepresidente y las otras dos por los Magistrados designados por el Pleno (normalmente los más antiguos). Aquí la existencia de un número impar de Magistrados, unido a la prohibición general de abstenerse en el ejercicio del voto, ocasiona que el Presidente de la Sección carezca de voto de calidad. Su denominación es la siguiente: la Sección 1ª y la 2ª, integradas en la Sala 1ª, y las Secciones 3ª y 4ª, en la Sala 2ª.

La función esencial de las Secciones consiste en pronunciarse sobre la «admisión» de los recursos de amparo, a través de las providencias y autos de admisión o de inadmisión (función nada banal, pues por esta vía se suele inadmitir el 90% de los recursos de amparo), contribuyendo a cribar tales recursos, de tal suerte que se tramiten exclusivamente aquellos que gocen de auténtico contenido constitucional y con respecto a los cuales se hayan observado todos los presupuestos procesales.

### C) Los Secretarios de justicia y personal auxiliar

En la ordenación de los distintos procedimientos de los que conoce el TC, está asistido por los secretarios de Justicia (1 secretario del Pleno y 2 en cada una de las dos Salas, que, a su vez, lo son de las dos Secciones adscritas a las dos Salas) y el necesario personal auxiliar (oficiales, auxiliares y agentes). La función de tales secretarios consiste en ser depositarios y otorgar la «fe pública», ordenar e impulsar el procedimiento y dar cuenta a los magistrados, sin que puedan asistir a las sesiones de los órganos deliberantes, que son secretas.

### D) El Secretario General

Distinta a la figura del secretario de Justicia es la del Secretario General del TC, el cual es elegido por el Pleno y nombrado por el Presidente de entre los letrados del Tribunal. El Secretario General asiste a los Plenos gubernativos (con voz, pero sin voto), es depositario de la fe pública del Tribunal, dirige la publicación de la doctrina del TC, organiza los distintos servicios jurídicos y administrativos, ostenta la jefatura de todos los funcionarios del Tribunal (arts. 98 y 99), autoriza el gasto y ordena los pagos, para lo cual es asistido por el gerente y controlado por la Intervención del Estado.

### E) Los Letrados

Los letrados del Tribunal constituyen un prestigioso Cuerpo de funcionarios y de técnicos contratados en función de su especialización en todos los campos del Derecho, encuadrables dentro de los «altos cargos del Estado» (de aquí que, cuando un funcionario es designado letrado del TC pase a la situación administrativa de «servicios especiales», esto es, se le reserva su plaza en su destino de origen), cuya función primordial consiste en auxiliar en las funciones jurisdiccionales de todos los órganos deliberantes del TC, mediante la elaboración de informes y de propuestas de resolución. Aunque son los «técnicos de confianza» de los Magistrados, no están formalmente adscritos a ellos (tal y como acontece, por ejemplo, con los letrados del Tribunal de la CEE), sino a las Salas (distribuyéndose por mitad y en función de su especialidad a fin de que dicha adscripción sea homogénea entre ellas) y todos ellos a las funciones del Pleno. A los solos efectos administrativos existen dos categorías, «de carrera» y contratados; los primeros de ellos ingresan a través de un riguroso «concurso oposición» y los segundos mediante un no menor estricto concurso interno de méritos que decide libremente el Pleno.

Es cierto que la mayor parte de los «letrados» son contratados, lo que ha provocado algún recurso contencioso-administrativo. La experiencia del Tribunal, sin embargo, revela que, al igual que como acontece con los sistemas de selección de la empresa privada, este procedimiento ocasiona una mayor «productividad», que el dimanante de la «inamovilidad» funcional.

Su estatuto es muy parecido al de los jueces y magistrados, debiendo guardar un riguroso deber de secreto. El prestigio de este colectivo, justamente adquirido a lo largo de los más de diez años de funcionamiento del Tribunal, es muy notable dentro y fuera del Tribunal, hasta el punto de que sin su actividad de asesoramiento en todos los ámbitos del Derecho no podría este órgano funcionar con la calidad que caracteriza a sus resoluciones.

### **3. FUNCIONES**

El TC, en tanto que órgano jurisdiccional, ejerce todas y cada una de las funciones propias de la jurisdicción, esto es, la genérica de resolución definitiva e irrevocable, mediante la aplicación de la Constitución, de los especiales conflictos que ante él se le planteen, y las específicas, consistentes en la protección de los derechos subjetivos (fundamentales), el control (constitucional) normativo y la creación judicial del Derecho o complementación del ordenamiento.

#### **A) La protección de los derechos fundamentales**

El TC asume, en primer lugar, la clásica función de protección de los derechos subjetivos; pero no de todos ellos, sino tan sólo de los constitucionales y no de todos ellos, sino exclusivamente la de los derechos fundamentales y libertades públicas que el constituyente ha estimado dignos de protección especial a través del *recurso de amparo*.

##### *a) Objeto del recurso de amparo*

La descripción de tales derechos fundamentales, susceptibles de amparo constitucional, la efectúa el art. 53.2 de la CE, en cuya virtud tan sólo pueden ser trasladados ante el TC los previstos en el art. 14 (principio de igualdad ante la ley y en aplicación de la ley), los comprendidos en la Sección Primera del Capítulo II de la CE (arts. 15 a 29: derecho a la vida e integridad física, libertad ideológica y religiosa, a la libertad física, al honor e intimidad, inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones, libertad de expresión y derecho a transmitir información veraz, libertad de cátedra, derechos de asociación y manifestación, derechos de sufragio activo y pasivo, derecho al proceso justo o «debido», principio de legalidad penal, derecho a la educación, a la sindicación y de huelga y derecho de petición), y el derecho a la objeción de conciencia del art. 30 CE.

Los demás derechos constitucionales, contenidos en la Sección 2ª del referido Capítulo 11, entre los que se encuentran el derecho de propiedad y los denominados «derechos sociales», no son protegibles a través del recurso de amparo.

Junto a dichos derechos fundamentales, adquieren también singular relevancia los contenidos en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, de Nueva York y de Roma y, de modo especial, este último o «Convenio Europeo de Derechos Humanos», ya que dicho Tratado, suscrito por el Estado español en 1980, contempla un órgano jurisdiccional encargado de su aplicación, el «Tribunal Europeo de Derechos Humanos», al que, desde un punto de vista subjetivo, se le pueden trasladar incluso las resoluciones denegatorias del amparo recaídas en el TC y, desde el objetivo, su doctrina legal goza de valor vinculante y ha de ser secundada por todos los poderes públicos españoles, en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 CE.

### *b) Legitimación activa*

Aun cuando muchas de las normas atribuyan exclusivamente la titularidad de tales derechos fundamentales a los «españoles», el TC no ha secundado esta interpretación gramatical, sino la que se desprende del art. 13.1 y 2 CE: al amparo constitucional pueden acudir tanto los nacionales como los extranjeros, si bien estos últimos tan sólo les está vedado el ejercicio del derecho de acceso a cargos públicos.

Con todo, todavía cabe efectuar una relevante excepción: la de los ciudadanos europeos, quienes, por obra del Tratado de Maastricht y la consiguiente reforma de la Constitución, gozan también del derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales.

Pero no sólo el titular del derecho fundamental puede ejercitar el amparo sino, en general, toda persona que ostente un «interés legítimo», así como el Defensor del Pueblo o el Ministerio Fiscal (art. 162.11 CE). Así pues, todas las personas físicas y jurídicas, nacionales y extranjeras que ostenten un interés legítimo pueden acudir ante el TC mediante la interposición de este recurso constitucional.

### *c) Subsidiariedad*

El TC, como regla general, no conoce de los recursos de amparo en primera o única instancia. Esta posibilidad está ceñida únicamente al conocimiento de las vulneraciones de derechos fundamentales efectuadas por el Poder Legislativo (art. 42 LOTC). En las demás, provenientes del Poder Ejecutivo o del judicial hay que cumplir previamente con las exigencias derivadas del principio de *subsidiariedad*, establecido en el art. 53.2 de la CE, en cuya virtud corresponde, en primer lugar, a los Tribunales ordinarios el restablecimiento de los derechos fundamentales y tan sólo en el supuesto de que no asuman su tutela es cuando se puede acudir al TC mediante el recurso de amparo, contra la última resolución recaída en el Poder Judicial, a fin de conseguir dicha protección.

La tutela de tales derechos fundamentales por el Poder judicial puede efectuarse a través de los procesos ordinarios o mediante unos procedimientos especiales, civiles (vgr., el de protección al honor), administrativo (arts. 114 y ss. LJCA) y el especial de trabajo. Todos estos procedimientos se caracterizan por su rapidez y eficacia.

Tan sólo, pues, cuando se haya acudido a los tribunales ordinarios (normalmente mediante la utilización de tales procedimientos especiales) y se hayan agotado, en ellos todas las instancias previstas dentro del Poder Judicial, es cuando el particular que no haya recibido satisfacción de su pretensión podrá acudir al TC mediante el recurso de amparo y obtener la anulación del acto lesivo de su derecho fundamental o libertad pública, así como su restablecimiento.

## **B) Control constitucional de la legalidad**

En segundo lugar, también le corresponde al TC la función genérica de control normativo, si bien con la relevante salvedad de que dicho control lo ejerce exclusivamente con respecto a la Constitución y con el único objeto de que todo el ordenamiento se adapte armónicamente a lo dispuesto en nuestra Ley Fundamental.

Esta función, consistente en obtener que todas las disposiciones con fuerza de ley se adapten al principio de «jerarquía normativa», situando en la cúspide del ordenamiento a la Constitución, la ejerce el TC a través de diversos procedimientos de control abstracto y concreto de la constitucionalidad, y de resolución de los conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas o las Corporaciones Locales.

### *a) Procedimientos de control de la constitucionalidad*

«Mediante los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad -dispone el art. 27.1 de la LOTC- el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las leyes, disposiciones o actos impugnados».

El objeto de tales procedimientos lo constituyen, pues, siempre las disposiciones normativas con rango de ley o, lo que es lo mismo, los Estatutos de Autonomía, los Tratados, las leyes orgánicas y ordinarias, los decretos-leyes y legislativos; pero nunca los reglamentos inconstitucionales que son controlados «difusamente» por todos los tribunales ordinarios (art. 6 LOPJ) y, en especial, pueden ser impugnados ante los tribunales de lo Contencioso-Administrativo, ni los actos administrativos, que si vulneran algún derecho fundamental pueden ser anulados a través del recurso de amparo, como se ha visto.

Los procedimientos *stricto sensu* de control de la constitucionalidad son dos, el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, de los que nos vamos a ocupar someramente a continuación.

a') *El recurso de inconstitucionalidad* es un procedimiento *abstracto* de control de la constitucionalidad de las leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley que puedan infringir la Constitución (arts. 161.a) CE y 31 LOTC).

El objeto de este recurso lo constituyen, pues, las disposiciones normativas con rango de ley, debidamente promulgadas, de lo que se infiere que es un recurso de control «posterior» a la publicación de la ley, a diferencia del efímero «recurso previo de inconstitucionalidad» que, previsto en la LOTC de 1979, fue derogado por la LO 4/1985, de 7 de junio.

Están legitimados para la interposición de este recurso el Presidente del

Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados o Senadores, todos ellos en cualquier caso, y los Consejos de Gobierno o Asambleas legislativas de las CCAA tan sólo cuando se trate de disposiciones con fuerza de ley que puedan afectar al ámbito de su autonomía (arts. 162.1.a) CE y 32 LOTC).

Dicho recurso ha de interponerse dentro del plazo de tres meses (o de nueve, si se ha instado la mediación de la Comisión Bilateral de Cooperación entre la Administración General del Estado y la respectiva Comunidad Autónoma) a partir de la publicación de la disposición impugnada (art. 33), cuya vigencia puede ser suspendida por el TC. Una vez efectuadas las alegaciones de todos los altos órganos del Estado interesados, el TC resuelve declarando la conformidad de la ley con la Constitución o su inconstitucionalidad, en cuyo último caso procede a su anulación generalmente con efectos *ex nunc* (es decir, a partir de la fecha de la sentencia anulatoria, sin que se puedan revisar «procesos fenecidos»: arts. 38.1 y 40.1 LOTC).

b') La *cuestión o «duda» de inconstitucionalidad*, es un proceso *concreto* de control de la constitucionalidad que pueden suscitar los juzgados y Tribunales del Poder Judicial en el curso de un proceso.

Excepcionalmente también puede el TC plantear la llamada «autocuestión de inconstitucionalidad», la cual puede surgir, cuando en el seno de un recurso de amparo (art. 55.2) o de un conflicto en defensa de la autonomía local (art. 75 quinque.6), la Sala del Tribunal Constitucional obtenga la duda de que la norma que funda el acto causante de la vulneración de la Constitución es, en sí misma, inconstitucional; en tal caso, deferirá el conocimiento de la autocuestión al Pleno del TC a fin de que éste se pronuncie mediante Sentencia sobre la Conformidad de la norma con la Constitución.

Dicha duda de inconstitucionalidad participa de la naturaleza de las denominadas «cuestiones prejudiciales», esto es, se trata de normas con rango de ley, supuestamente inconstitucionales, y que el juez ha de aplicar en un proceso determinado. Como quiera que los jueces no pueden dejar inaplicadas las leyes promulgadas por el Poder Legislativo, ni tienen potestad para anularlas (a diferencia de los reglamentos), cuando el juez tiene una fundada duda sobre la constitucionalidad de la norma, puede plantear la «cuestión de inconstitucionalidad» ante el TC, quedando mientras tanto el proceso en suspenso, pendiente de que el intérprete supremo de la Constitución despeje dicha duda mediante la confirmación o anulación de la disposición objeto de dicha cuestión.

Para la admisibilidad de la cuestión se requiere la concurrencia de estas dos circunstancias: a) el denominado «juicio de relevancia», esto es, que el juez exteriorice su pertinencia en resolución a través de la que plantea la cuestión, o, dicho en las propias palabras del art. 35.1 de la LOTC, ha de determinar en el Auto de planteamiento de la cuestión en qué medida de la resolución de la misma depende el contenido del fallo, y b) que la plantee, previa audiencia de las partes, una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia.

Una vez admitida la cuestión por el TC y oídas las partes, resuelve mediante sentencia, la cual goza de los mismos efectos de cosa juzgada que las recaídas en los recursos de inconstitucionalidad.

## *b) Los conflictos de competencia entre el Estado y las CCAA*

Los conflictos de competencia son unos procedimientos específicos de control de la constitucionalidad, limitados a comprobar si las disposiciones y actos emanados de los distintos poderes del Estado, o de sus poderes normativos y los de las CCAA, se adecuan o no al reparto constitucional de competencias.

De todos los hipotéticos conflictos que pueden surgir entre los distintos poderes del Estado (cuya determinación la efectúa el art. 59 LOTC), cuantitativa y cualitativamente los más importantes suelen ser los que enfrentan al Estado con las Autonomías.

Como es sabido, las CCAA ostentan competencias legislativas y de ejecución derivadas del denominado «bloque autonómico de la constitucionalidad», es decir, de la asignación de competencias que efectúa la Constitución (positivamente en el art. 148 y negativamente en el art. 149), los respectivos Estatutos de Autonomía o determinadas Leyes Orgánicas.

Pues bien, como consecuencia de este reparto competencial, que caracteriza a nuestro Estado de las Autonomías, puede suceder que el Estado promulgue alguna disposición o acto que invada materias de la competencia exclusiva de las CCAA o viceversa, en cuyo caso la parte gravada puede solicitar del TC que declare a quién corresponde la titularidad de la competencia controvertida y, si invadiere dicha distribución constitucional de competencias, proceda a la anulación de la disposición impugnada.

Los conflictos de competencia pueden ser positivos (cuando Gobierno y una CA reclaman para sí la competencia o cuando el conflicto surge entre dos o más CCAA) o negativos (cuando la Administración del Estado declina indebidamente su competencia en una CA) y han de ser planteados por la parte gravada (el Gobierno de la Nación o el órgano ejecutivo de la CA) ante el TC en el plazo de dos meses si la disposición o acto fuere impugnado por el Gobierno, o en el de un mes posterior a la contestación del requerimiento previo de incompetencia (que ha de efectuar la CA al Gobierno dentro de los dos meses siguientes a la publicación de la disposición impugnada) (art. 63 LOTC).

Planteados el conflicto y efectuadas las alegaciones de las partes, el TC resuelve mediante sentencia a quién le corresponde la titularidad de la competencia controvertida, acordando, en su caso, la anulación de la disposición, resolución o acto impugnado.

## **C) Complementación del ordenamiento**

De todos los supuestos de creación judicial del Derecho, que examinamos en la lección 2, la doctrina legal del TC constituye, sin duda alguna, el más relevante, tanto desde un punto de vista subjetivo, como desde el objetivo.

Desde el primero de ellos, debido a la supremacía de la Constitución y a la superior posición institucional del TC, la doctrina del TC es vinculante no sólo para los particulares, sino para todos los poderes del Estado, tanto central como autonómico, tal como lo demuestra la jurisprudencia constitucional recaída en recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia, que han contribuido decisivamente a la consolidación y configuración del Estado español de las Autonomías.

Desde una dimensión objetiva también se constata su relevancia. Piénsese al respecto que, debido a la circunstancia de que el techo de creación judicial del Derecho es más alto en el TC que en el TS, la doctrina legal del «guardián de la Constitución» vincula también al Poder Legislativo (a diferencia de la del TS, que puede ser abolida por una nueva ley emanada del Parlamento). Esta es la razón por la cual, cuando el TC declara la inconstitucionalidad de una ley, suelen las Cortes promulgar inmediatamente una nueva que colme dicho vacío normativo.

De lo dicho se desprende que la función del TC es esencialmente «negativa» (es decir, se limita a «anular» normas o actos) y no debe ser nunca positiva porque, en tal caso, el TC se convertiría en legislador. Sin embargo, tampoco es menos cierto que a través de las denominadas «sentencias interpretativas» el TC llega, en ocasiones, a determinar las directrices o principios constitucionales que han de inspirar al legislador ordinario en la promulgación de la nueva ley.

La doctrina legal del TC abarca todos los sectores del Derecho, fundamentalmente el Derecho público, pero tampoco el privado le es ajeno (v.gr., todas las reformas sobre Derecho de familia o filiación han sido provocadas por decisiones del TC) . En lo que se refiere a nuestra asignatura, la creación judicial del Derecho efectuada por el TC ha adquirido una singular relevancia, sobre todo en el ámbito del Derecho procesal penal, en el que las más importantes reformas han obedecido a la jurisprudencia emanada de dicho «intérprete supremo de la Constitución».

# LECCIÓN 11. LOS LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA

## 1. EL PRINCIPIO GENERAL- ESTABLECIDO EN LA LOPJ

La LOPJ de 1985 abordó por primera vez el importante problema de la extensión y límites de la jurisdicción española (arts. 21-26 LOPJ). Hasta su promulgación la regulación de este problema venía dada por los arts. 51 y 70 de la LEC *derogada y por lo* que se disponía en el Real Decreto de Extranjería de 1852; estas normas habían sido tradicionalmente interpretadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de afirmar, prácticamente sin matices, que los órganos jurisdiccionales españoles eran competentes para el conocimiento de cualquier conflicto fuesen cuales fueren las conexiones internacionales del mismo. La doctrina científica distinguió a esta doctrina jurisprudencial con el nombre de *imperialismo jurisdiccional*.

La evidencia de que esta doctrina no se podía mantener, tal como lo venía haciendo el Tribunal Supremo, hizo sin duda que el legislador orgánico planteara en el Título 1 del Libro I de la LOPJ la regulación de lo que la propia Ley llama *extensión y límites de la jurisdicción*.

La Ley Orgánica del Poder Judicial establece, por tanto, el principio general, basta leer la titulación que se da al Título I del Libro I, por el que los órganos jurisdiccionales españoles no son competentes para conocer de todos y cada uno de los asuntos que puedan presentarse ante ellos. En efecto, el art. 21 recoge el principio de que los órganos jurisdiccionales españoles son *materialmente competentes* para conocer de cualquier litigio que se pueda plantear, aunque la LOPJ establece a continuación las limitaciones que vienen impuestas por las *conexiones territoriales* que tengan los litigios. Dicho en otras palabras, lo que establece el art. 21. de la LOPJ es el principio de que no hay materia que *objetivamente* pueda quedar fuera del conocimiento de los órganos jurisdiccionales españoles, pues éstos tienen jurisdicción para conocer de cualquier asunto, sea cual sea la materia de que trate: no hay asuntos vedados a los órganos jurisdiccionales españoles. Pero, junto a este principio, el recogido en los artículos siguientes determina que se han de tener en cuenta las conexiones del asunto o del litigio con el territorio español para saber *si territorialmente* esos órganos jurisdiccionales españoles pueden conocer de un asunto que desde el punto de vista material no le está vedado. Por tanto, si desde el punto de vista material la jurisdicción española no tiene límites de conocimiento, desde el punto de vista territorial esa jurisdicción está limitada por el juego lógico de las conexiones territoriales o por lo que los procesalistas llaman el *fuero*.

Desde el punto de vista procesal, fuero es la vinculación de un litigio a un determinado territorio, y lo que regulan los arts. 22 y siguientes de la LOPJ son los fueros, es decir, las vinculaciones posibles del litigio al territorio español, que permiten determinar en cada momento si un litigio puede ser conocido por los órganos jurisdiccionales españoles o si por el contrario debe ser conocido

por los órganos jurisdiccionales extranjeros.

Pero con independencia de estos principios, la jurisdicción española tiene los límites lógicos que entran en los supuestos de *inmunidad de jurisdicción* y de ejecución establecidos por las normas de Derecho internacional público (*arts. 21.2 LOPJ; art. 36.2.1 á LEC*).

En realidad, no sólo son las normas de Derecho internacional público las que determinan casos de inmunidad; dentro del Derecho interno, la Constitución (art. 56) establece la exención absoluta en relación con el Rey que es inviolable y no es responsable; y los Reglamentos del Congreso (art. 10) y del Senado (art. 22) establecen igualmente una exención en cuanto al enjuiciamiento penal de los Diputados y Senadores, aunque ésta no es absoluta ya que se prevé la posibilidad del suplicatorio como medida habilitante de la jurisdicción.

Desde el punto de vista externo, y a él se refiere el art. 21 de la LOPJ, la jurisdicción española no podrá juzgar en ningún caso a determinadas personas extranjeras, como los Jefes de Estado, Embajadores o Diplomáticos; siendo diversa la graduación de la exención según se trate de asuntos penales, civiles o administrativos (véase la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril 1963, a la que se adhirió España el 3 febrero 1970, BOE de 6 marzo). *En el supuesto que se presente demanda o querrela sobre esos asuntos o esas personas, el Juez español se abstendrá de conocer (ahora claramente el art. 36.2.1 ° LEC).*

## **2. LOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL INTERNACIONAL: LOS FUEROS EXCLUSIVOS**

La atribución de la competencia jurisdiccional internacional por medio de fueros implica la exclusión de esa misma competencia para otras materias. Desde ese punto de vista, los fueros siempre son excluyentes, pues si la ley española atribuye la competencia jurisdiccional internacional a los jueces españoles en unos casos, está necesariamente excluyendo del ámbito competencial todas aquellas materias que no tienen vinculación con el territorio español, de acuerdo con los nexos que el legislador ha señalado, y que no vienen indicadas expresamente por la ley.

Si el legislador, por ejemplo, nos dice en el art. 22.1 de la LOPJ que los jueces españoles tienen competencia jurisdiccional internacional en unas determinadas materias que tienen una concreta vinculación con el territorio español, por fuerza nos está diciendo también que en aquellos supuestos, sobre esas mismas materias, en los que no exista la vinculación territorial especificada en la norma, los tribunales españoles no serán competentes. Así, si los tribunales españoles tienen competencia para conocer en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles situados en España, por fuerza hay que mantener que cuando esas cuestiones se suscitan sobre bienes inmuebles que están situados en el extranjero, los órganos jurisdiccionales españoles no tendrán competencia jurisdiccional internacional.

El legislador determina la competencia jurisdiccional en forma positiva; no nos dice cuándo no es competente la jurisdicción española sino que, por el contrario, nos dice cuándo lo es, utilizando para ello criterios de *exclusividad* o de *generalidad*.

Estableciendo fueros *exclusivos*, lo que nos quiere decir la ley es que determinados litigios sólo podrán ser conocidos y resueltos por los órganos jurisdiccionales españoles, con exclusión de cualesquiera otros. Mientras que si se atribuye la competencia con fueros *generales* o con carácter general, la ley admite que esos conflictos, para los que determina que tienen competencia Jurisdiccional internacional los jueces españoles, pueden ser resueltos, igualmente de forma válida y eficaz, por otros jueces y tribunales de otros países extranjeros. Así pues, desde un plano absolutamente técnico, la exclusividad significa no sólo que una determinada causa está sometida a un determinado y único juez por el juego de la vinculación del litigio al territorio, sino, y ya veremos que es fundamental, que el conocimiento de esa causa no puede -ustrarse a ese juez por vía de sumisión.

Para el concepto legal de sumisión, véase lo dispuesto en los arts. 56, 57 y 58 de la LEC; en cualquier caso ahora conviene saber que la sumisión no es un fuero, sino un modo de atribuir la competencia a un juez o a un tribunal que de acuerdo con las normas generales legales es incompetente territorialmente. Cuando la sumisión es expresa, estamos en presencia de un negocio jurídico que celebran las partes procesales cuyo efecto es, desde luego, la atribución de competencia al juez incompetente territorialmente; cuando la sumisión es tácita, realmente existe una ficción legal que consiste en otorgar los efectos que ya hemos visto produce la sumisión a determinados actos de las partes en el proceso (véase art. 58 LEC).

Que los fueros sean exclusivos significa que cualquier sentencia o resolución dictada por órganos no competentes, es decir por órganos extranjeros, carece de cualquier eficacia en España. Como el Estado español no tiene poder para evitar que jueces extranjeros conozcan de esos asuntos para los que : reserva la competencia exclusiva, utilizará un medio represivo que consiste en desconocer la eficacia de esas sentencias *a posteriori*. Así pues, la exclusividad determina la imposibilidad de reconocer y ejecutar las sentencias extranjeras que hayan decidido cualesquiera de las materias litigiosas que están reservadas a los jueces españoles (arts. 951 y s. LEC).

Pero también significa que el órgano judicial (para el orden jurisdiccional civil, vid. art. 36.2.2" LEC) debe abstenerse de conocer cuando se le presenta una materia que, por el contrario, esté atribuida de manera exclusiva a la jurisdicción de otro país; y que, igualmente, las partes podrán plantear la cuestión de competencia (declinatoria) para evitar que el juez español conozca cuando no es competente jurisdiccionalmente (art. 39 LEC).

### **3. LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL ESPAÑOLA EN EL ORDEN CIVIL**

#### **A) Atribución con carácter general**

En el art. 22 de la LOPJ, se regulan con muy poca técnica jurídica los límites de la jurisdicción civil española, o, dicho de otra manera, se establecen los supuestos en los que los jueces y Tribunales españoles tendrán competencia jurisdiccional en el orden civil, pues en esa norma se establecen los fueros que

atribuyen la competencia.

La falta de técnica es patente; el art. 22 utiliza indiscriminadamente términos como domicilio, residencia, residencia habitual; para el legislador la residencia, en algunos casos, se tiene, y en otros casos se posee; el legislador habla de España y de territorio español; y en otros, por ejemplo, cuando establece el fuero en materia de sucesiones se dice que los jueces españoles serán competentes cuando «el causante posea bienes inmuebles»; se nos dice, en fin, que en materia concursal se estará a lo dispuesto en su Ley reguladora, cuando es evidente que esta ley no existe.

Hay, pues, una grave falta de terminología y técnica jurídica que da lugar a importantes disfunciones en materia de interpretación.

Establece el art. 22.2 de la LOPJ que los jueces y Tribunales españoles serán competentes jurisdiccionalmente, *con carácter general*, cuando exista sumisión expresa o tácita o cuando el demandado tenga su domicilio en España.

La sumisión es contemplada como una forma de atribuir la competencia jurisdiccional internacional a los jueces españoles que no puede ser entendida de forma tan absolutamente amplia como en principio pudiera desprenderse de la mera lectura de la norma. En concreto, no es posible admitir que la sumisión sea un criterio de atribución de la competencia en el campo internacional en aquellos litigios en los que, en el campo interno, no se permite la sumisión como criterio de atribución de la competencia.

Conviene adelantar en este momento que nuestra legislación consagra una política legislativa que tiende a la limitación de la sumisión en modo tal que ya casi puede entenderse que es un instituto excepcional (art. 54 *LEC*); cabe recordar que hay limitación e imposibilidad absoluta en los juicios verbales y que tampoco es posible en otros procesos que tienen trascendencia en la práctica (vid. art. 54.1, 820, 813, por ejemplo, sin olvidar que no cabe sumisión (art. 545.3) en los llamados juicios ejecutivos).

Pues bien, en esos supuestos en los que no cabe sumisión en el plano interno, tampoco cabe sumisión en el plano internacional, porque aun cuando se llegara hipotéticamente a la conclusión de que se tiene competencia jurisdiccional internacional, se llegaría a la conclusión de que no se tiene competencia interna.

De otra parte, establece el art. 22.2 de la LOPJ el fuero general del domicilio en España del demandado, aunque en la redacción original de la Ley, después enmendada por vía «de corrección de errores», se establecía el fuero general del domicilio en España del demandante.

El establecimiento del fuero del domicilio del demandado en España se adapta perfectamente al ordenamiento jurídico español. Afirmaba CHIOVHNDÁ que la libertad y la igualdad de los ciudadanos es lo que determina la fijación con carácter general del fuero del domicilio, pues al igual que el ciudadano debe cumplir con todos sus deberes públicos allí donde vive o reside, igualmente debe, de forma general, soportar los procesos contra él interpuestos, es decir cuando es demandado, en el lugar donde reside o tiene su domicilio.

## **B) Atribución con carácter exclusivo**

En los párrafos 1, 3, 4 y 5 del art. 22 LOPJ se determinan los supuestos en los que la jurisdicción española es exclusiva, lo que quiere decir, como ya sabemos, que cualquier resolución que se pueda dictar en el extranjero sobre esos asuntos no tendrá en España eficacia alguna, e, igualmente, que no cabrá atribuir la competencia jurisdiccional por sumisión a los jueces españoles en aquellos casos que no están contemplados en estos fueros, *no pudiendo intervenir los jueces españoles (art. 36.2 LEC)*.

La determinación de la competencia exclusiva viene dada por razones de diverso tipo; así en los supuestos contemplados en el párrafo primero del art. 22, el legislador ha escogido el camino cierto y seguro que consiste en establecer las reservas de jurisdicción en aquellos casos que también fueron recogidos en el Convenio de Bruselas sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales, que vincula a todos los países de la Unión Europea; de esta manera hay una adaptación perfecta de nuestra legislación a lo establecido en la legislación comunitaria.

En los demás supuestos, creemos que el legislador ha seguido un camino equivocado, pues ni la importancia objetiva de las materias, ni su incidencia en la práctica procesal internacional le obligaban a hacer una tan larga enumeración de materias, o una tan casuística y a veces caprichosa distribución de competencias, como se pueden observar con la lectura de los párrafos 3, 4 y 5 del art. 22 de la LOPJ.

#### **4. LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL ESPAÑOLA EN EL ORDEN PENAL**

El art. 23 de la LOPJ establece dos fueros principales: el del lugar de comisión de los hechos delictivos y el de la nacionalidad del acusado; y distintos fueros especiales. La jurisdicción española también será, pues, competente para el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españolas, y para conocer de las causas por delitos, aun cuando el hecho se haya cometido en el extranjero, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hayan adquirido la nacionalidad española con posterioridad a los hechos, y siempre que se produzcan las siguientes circunstancias: que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, que el agraviado o el Ministerio Fiscal hayan denunciado o hayan interpuesto querrela ante los tribunales españoles y que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero y que, en este último caso, no haya cumplido la pena.

Frente a estos dos casos, la ley española atribuye a la jurisdicción española competencia jurisdiccional internacional penal, sea cual sea la nacionalidad de los delincuentes o sea cual sea el lugar de comisión de los hechos, cuando éstos se puedan tipificar como alguno de los delitos que están enumerados en los apartados 3 y 4 del art. 23.

## **5. LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL ESPAÑOLA EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

Como la jurisdicción contencioso-administrativa presupone la existencia de una pretensión de nulidad de actos administrativos, es absolutamente imprescindible que los órganos judiciales españoles conozcan en el orden contencioso-administrativo sólo y exclusivamente en aquellos casos en los que se dilucida la nulidad de actos administrativos provenientes de los órganos administrativos españoles, de ahí que art. 24 de la LOPJ establezca que la jurisdicción española será competente cuando la pretensión que se deduzca se refiera a disposiciones de carácter general o a actos de las Administraciones Públicas españolas, así como los actos de los poderes públicos españoles, de acuerdo con lo que dispongan las leyes.

## **6. LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL ESPAÑOLA EN EL ORDEN SOCIAL**

En esta materia distingue la Ley tres sectores dentro de la legislación laboral que son tenidos en cuenta a la hora de establecer los fueros. Así:

- en materia de derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo, la Ley establece el fuero del lugar de prestación de los servicios o el del lugar de celebración del contrato, en modo tal que si los servicios se han prestado en España o si el contrato se ha firmado en España, los juzgados y Tribunales españoles serán jurisdiccionalmente competentes para conocer en el orden social.

Igualmente se establece el fuero del domicilio, agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación del demandando en España.

Como excepción a los fueros anteriormente señalados, la Ley reserva la jurisdicción social a los juzgados y Tribunales españoles cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española y, en los supuestos de contrato de embarque, si éste fue precedido de una oferta recibida por trabajador español.

- En materia de convenios colectivos, serán competentes los jueces y Tribunales españoles cuando aquéllos se hayan celebrado en España o cuando los conflictos colectivos se hayan promovido en territorio español.

- Por último, en materia de pretensiones contra la Seguridad Social siempre serán competentes los jueces y Tribunales españoles cuando se trate de la Seguridad Social española o cuando, siendo aquélla extranjera, tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España.

## **LECCIÓN 12. EL AUXILIO JUDICIAL**

### **1. CONCEPTO**

El normal desarrollo de la actividad de los tribunales exige, en muchos casos, la práctica de diligencias o actuaciones fuera de la sede judicial y por órganos, instituciones o personas ajenas al órgano jurisdiccional donde se sigue el proceso, a quienes, por tanto, han de solicitar el auxilio que resulte necesario para el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Por tales motivos, la Constitución impone, junto al deber general de cumplir las resoluciones judiciales firmes, el de prestar la colaboración requerida por los juzgados y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto (art. 118); a tal fin la ley habilita a los órganos jurisdiccionales para reclamar tal colaboración de todos, sea de los poderes públicos, sea de los particulares.

Para el cumplimiento de la norma contenida en el art. 118 de la CE, se establecen dos mecanismos diferentes: el primero para exigir la cooperación en la sede del órgano jurisdiccional, a cuyo fin deberá practicarse la oportuna comunicación; en el segundo cabe distinguir según la colaboración se recabe de autoridades judiciales (auxilio judicial), o de otras autoridades o de sus agentes, o de los particulares (cooperación).

### **2. EL AUXILIO JUDICIAL INTERNO: EL EXHORTO**

Se estudian en este apartado los actos procesales de colaboración que tienen como destinatarios a otros órganos jurisdiccionales, para lo cual es preciso partir de un principio de división territorial del trabajo y de eficacia en el funcionamiento de los tribunales, que se vería seriamente perturbado si tuviera que desplazarse a cualquier punto de la geografía española para practicar una diligencia o realizar un acto procesal, o los ciudadanos hubieran de acudir ante cualquier tribunal, dondequiera que se halle.

Como se ha dicho, los jueces y tribunales cooperarán y se auxiliarán entre sí en el ejercicio de la función jurisdiccional (art. 273 LOPJ, art. 60 del Reglamento del CGPJ 5/1995 de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones judiciales y art. 183 LECrim); en las actuaciones y diligencias que, habiendo sido ordenadas por uno, requieren la colaboración de otro para su práctica (art. 169.1 LEC de 2000).

El auxilio judicial se recabará cuando hayan de practicarse actuaciones fuera del término municipal o de la circunscripción del tribunal que la hubiere ordenado, o cuando fueran de la específica competencia de otro órgano jurisdiccional (art. 274.1 LOPJ, art. 62 RAAAJ y art. 169.2 y 3 LEC).

Sin embargo, se podrán practicar diligencias de prueba fuera de la

circunscripción, desplazándose el tribunal al lugar donde deban realizarse, cuando no se perjudique la competencia del juez correspondiente y venga justificado por razones de economía procesal (arts. 275 LOPJ y 129.3 LEC); también se podrán realizar diligencias de instrucción penal si el lugar se halla próximo, dando noticia al juez del correspondiente territorio (art. 275 LOPJ).

## **A) Contenido y remisión**

a) El único instrumento para el auxilio entre órganos jurisdiccionales es el exhorto, dirigido al tribunal que deba prestarlo y que contendrá la designación del tribunal exhortante y exhortado, así como las actuaciones cuya práctica se interesa y el término o plazo en que habrán de practicarse las mismas (arts. 171.1 LEC y 67 del RAAAJ).

No obstante, en la LECrim se mantienen tres actos de auxilio entre tribunales dependiendo de la categoría de los mismos: el suplicatorio, que se empleará cuando un inferior se dirija a un tribunal superior en grado; el exhorto, cuando se dirija a uno de igual grado, y el mandamiento o carta-orden cuando se dirija a un inferior (art. 184). Todo abona para que desaparezcan estos tres medios del procedimiento penal, ya sin vigencia en los demás órdenes jurisdiccionales, porque materialmente no tienen entre sí diferencia alguna.

b) Los exhortos se remitirán directamente al órgano exhortado, sin dar lugar en ningún caso a traslados o reproducciones a través de órganos intermedios (art. 274.2 LOPJ), por medio del sistema informático judicial o de cualquier otro sistema que garantice la constancia de la recepción (art. 172.1 LEC). Cuando se hubiera remitido a un órgano diferente al que deba prestar el auxilio, el que lo reciba lo enviará directamente al que corresponda si le consta cuál sea, dando cuenta de su remisión al exhortante (art. 172.4 LEC). El conducto habitual será el correo, pero en el caso de que la actuación requerida se considere de urgente práctica, podrá formularse la petición por télex, telégrafo, teléfono o por cualquier otro medio bajo la fe del secretario, sin perjuicio de confirmarla en despacho ordinario en el mismo día o al día siguiente (art. 288 LEC).

La aludida disposición de la LOPJ no obsta para que se pueda remitir el exhorto por conducto personal de la parte a quien interese la diligencia, en cuyo caso se le entregará, bajo su responsabilidad, para que lo presente en el tribunal que deba prestar el auxilio dentro de los cinco días siguientes, sancionándose la demora en la presentación con una multa de 30 euros por cada día de retraso (art. 176 LEC); asimismo se designará la persona que se encargará de su gestión, que sólo podrá ser el propio litigante o un procurador habilitado ante el órgano exhortado (art. 172.2 y 3 LEC.).

Las demás partes y la parte interesada cuando no se haya encargado de diligenciar el exhorto, podrán también designar procurador para recibir las notificaciones que deriven de la cumplimentación del mismo, pues en otro caso no se le harán más notificaciones que la que exija la diligencia que haya de practicarse (art. 174 LEC).

En los procesos penales por delitos «públicos o semipúblicos», las peticiones de auxilio judicial se expedirán de oficio y se remitirán directamente al órgano que deba prestarlo, quien acusará inmediatamente recibo (arts. 188.5 y 190 LECrim). Sin embargo, las peticiones de auxilio que sean procedentes en procesos por delitos perseguibles sólo a instancia de parte, salvo que la ley disponga otra cosa, podrán

entregarse bajo recibo al interesado o a su representante a cuya instancia se libraron, quienes deberán dar aviso de su presentación, dentro del plazo fijado en el despacho, al juzgado o tribunal requirente (arts. 188.11 y 111 y 189 LECrim).

## **B) Cumplimiento**

El tribunal que recibiere el exhorto dispondrá su cumplimiento y lo necesario para que se practiquen las diligencias que en él se interesen dentro del plazo señalado (art. 173.1 LEC), y las partes y sus abogados y procuradores podrán intervenir en ellas (art. 174.1 LEC).

El exhorto deberá cumplimentarse en el tiempo previsto en el mismo. De no ocurrir así, se recordará la urgencia de su cumplimiento, de oficio o a instancia de parte. Si, a pesar del recuerdo, continuase la misma situación, el juez o tribunal que haya solicitado el auxilio lo pondrá en conocimiento de la Sala de Gobierno correspondiente al exhortado, para que adopte las medidas pertinentes (art. 173.11 LEC y arts. 68 y 69 del RAAAJ).

Cumplimentado el exhorto, se comunicará al exhortante su resultado por medio del sistema informático judicial o de cualquier otro sistema de comunicación que garantice la constancia de la recepción; las actuaciones de auxilio judicial practicadas se remitirán por correo certificado o se entregarán al litigante o al procurador que hubiere realizado la gestión del exhorto, que deberá presentarlas en el tribunal exhortante dentro de los diez días siguientes (art. 175 LEC), sancionándose la demora en la presentación con una multa de 5.000 pesetas por cada día de retraso (art. 176 LEC).

En el proceso penal, cuando se demorase el cumplimiento de un suplicatorio, quien lo hubiere expedido remitirá de oficio o a instancia de parte un recordatorio al suplicado. Cuando se demore el cumplimiento de un exhorto, dirigirá suplicatorio al superior del exhortado, poniendo en su conocimiento la demora, y el superior apremiará al moroso con corrección disciplinaria, sin perjuicio de la mayor responsabilidad en que pudiera incurrir. De este apremio se valdrá el que haya expedido una carta-orden para obligar a su inferior a que la devuelva cumplimentada (arts. 191.1 y 192 LECrim).

## **3. EL AUXILIO JUDICIAL INTERNACIONAL**

Las peticiones de cooperación judicial internacional serán elevadas por conducto del Presidente del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de justicia, o de la Audiencia, al Ministerio de justicia, el cual las hará llegar a las autoridades competentes del Estado requerido, bien por vía consular o diplomática, bien directamente si así lo prevén los Tratados Internacionales (art. 276 LOPJ y arts. 70 a 73 RAAAJ, sobre la práctica de actuaciones judiciales en el extranjero). Se estará también a lo dispuesto en los Tratados Internacionales en que España sea parte y, en su defecto, en la legislación interna que resulte aplicable cuando las autoridades judiciales extranjeras soliciten la cooperación de los juzgados y Tribunales españoles (art. 177.2 LEC).

Los juzgados y Tribunales españoles prestarán a las autoridades judiciales extranjeras la cooperación que les soliciten para el desempeño de su función jurisdiccional, de conformidad con lo establecido en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte y, en su defecto, en razón de reciprocidad (art. 277 LOPJ), cuya existencia corresponde declarar al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia.

Si se acredita la reciprocidad o se ofrece ésta por la autoridad judicial extranjera requirente, la prestación de cooperación internacional sólo podrá denegarse por los Tribunales españoles cuando el proceso de que dimana la solicitud sea de la exclusiva competencia de la jurisdicción española; cuando el contenido del acto a realizar no corresponda a las atribuciones propias de la autoridad judicial española requerida; cuando la comunicación no contenga los requisitos de autenticidad suficientes o se halle redactada en idioma que no sea el castellano; finalmente, cuando el objeto de la cooperación solicitada sea manifiestamente contrario al orden público español (art. 278 LOPJ y arts. 74 a 76 del RAAAJ en lo que se refiere al cumplimiento en España de las solicitudes de auxilio judicial procedentes de países extranjeros).

Para el auxilio o cooperación internacional en el orden civil rigen en nuestro país diferentes Instrumentos, de índole bilateral o multilateral. Entre los primeros cabe citar los Convenios celebrados con Italia, de 22 mayo 1973, con Brasil de 13 abril 1989, con Bulgaria de 23 mayo 1992 y el Tratado con China de 2 mayo 1992.

Entre los multilaterales, los Convenios de La Haya de 1 marzo 1954, de Procedimiento Civil, y de 18 marzo 1970, sobre obtención de prueba en el extranjero; en el ámbito europeo debe mencionarse el Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y, sobre la misma materia, el Convenio de Lugano de 16 septiembre 1988, así como el Reglamento CE nº 1347/2000, de 29 de mayo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, con entrada en vigor el 1 de marzo de 2001.

En los procesos penales los Instrumentos Internacionales vigentes en España son mucho más abundantes. Convenios de asistencia jurídica y extradición se han suscrito con numerosos Estados (v.gr., con Italia, de 22 mayo 1973; o con Hungría, de 10 mayo 1985; y Tratados con República Dominicana, de 4 mayo 1981, o con Argentina, de 3 marzo 1987). De asistencia judicial específicamente con Francia, de 9 abril 1969, y con EEUU de 20 noviembre 1990. Sobre extradición hay vigentes desde antiguos Convenios decimonónicos, como con Bélgica, de 17 junio 1870, al Tratado con EEUU de 29 mayo 1970 (modificado por sendos Tratados suplementados de 25 enero 1975 y de 9 febrero 1988), y lo más recientes, con Brasil, de 2 febrero 1988; con Venezuela de 4 enero 1989; con Canadá, de 31 mayo 1989; con Perú, de 28 junio 1989; con Bolivia, de 24 abril 1990, o con Corea del Sur, de 17 enero 1994. Sin embargo, lo más importante en materia de proceso penal son los Convenios multilaterales, sobre todo en el ámbito europeo, donde destacan el Convenio de asistencia judicial en materia penal, de 20 abril 1959; con un Protocolo Adicional de 17 marzo 1978; el Convenio europeo de extradición, de 13 diciembre 1957, o el Convenio europeo de transmisión de procedimientos en materia penal, de 15 mayo 1972.

Mediante el Acuerdo del Pleno del CGPJ 5/2003, de 28 de mayo, por el que se modifica el Reglamento 5/1995, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales en lo relativo a la Cooperación Jurisdiccional Internacional se ha creado la Red Judicial Española de Cooperación judicial Internacional (REJUE), cuya finalidad será prestar la asistencia necesaria a los órganos judiciales para la correcta remisión y eficaz cumplimiento de las solicitudes de cooperación jurisdiccional, así como el apoyo que precisen los puntos de contacto de la RED y de otras instituciones de análoga naturaleza.

## **4. LA COOPERACIÓN CON LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES**

A diferencia de lo que sucede con el auxilio entre los órganos jurisdiccionales, que se justifica por un principio de división del trabajo, la base de la cooperación de otros órganos públicos o de los particulares con los órganos del Poder Judicial se encuentra en el auxilio a la justicia que con carácter general establece el art. 118 de la CE, cuando dispone que es obligado prestar la colaboración requerida por los juzgados y Tribunales en el curso de un proceso y en la ejecución de lo resuelto.

Esta cooperación puede recabarse de los órganos públicos por tres medios: los mandamientos, los oficios y las exposiciones; cuando se ha de recabar la cooperación de los particulares puede utilizarse la forma de requerimiento.

### **A) Los mandamientos, oficios y exposiciones**

En efecto, todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes (art. 17.1 LOPJ).

Los mandamientos son la forma que revisten los actos de comunicación por los que se ordena el libramiento de certificaciones o testimonios y la práctica de cualquier diligencia judicial cuya ejecución corresponda a los Registradores de la Propiedad, Mercantiles, de Buques, de ventas a plazos de bienes muebles, Notarios, Agentes judiciales y funcionarios de la Policía Judicial (arts. 149.5º- LEC y 186 LECrim).

La comunicación con funcionarios y autoridades distintos de los mencionados (incluidos otros órganos jurisdiccionales, cuando no se trate de auxilio judicial), que no estén a las órdenes inmediatas de los jueces y Tribunales, ha de hacerse mediante la forma de oficio, salvo cuando la urgencia del caso exigiera verificarlo verbalmente haciéndolo constar en los autos (arts. 469.1 LOPJ, 149.6º- LEC y 195 LECrim).

Los mandamientos y oficios se remitirán directamente por el tribunal que los expida a la autoridad o funcionario a que vayan dirigidos, pudiendo utilizarse medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones, o de otra clase semejante, que permitan el envío y la recepción de la comunicación, de forma tal que esté garantizada su autenticidad y su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron (art. 162.1 LEC), aunque las partes podrán diligenciar personalmente los mandamientos y oficios cuando lo soliciten (art. 167.1 LEC).

### **B) Los requerimientos**

Consiste el requerimiento en una intimación judicial a la persona a quien va dirigido para que, con o sin la fijación de un plazo determinado, realice o se abstenga de llevar a cabo una conducta.

Sobre los requerimientos sólo especifica la Ley, a diferencia de lo que ocurre con los demás actos de comunicación, que se admitirá la respuesta que dé el requerido, consignándolo sucintamente en la diligencia (art. 152.3 LEC).

La LEC exige una especial colaboración de todas las personas y entidades públicas y privadas en las actuaciones de ejecución, y a entregar al tribunal cuantos documentos y datos tengan en su poder, sin más limitaciones que los que imponen el respeto a los derechos fundamentales o a los límites que, para casos determinados, expresamente impongan las leyes; si se infringe el deber de colaboración, el tribunal podría llegar a imponer multas coercitivas periódicas (art. 591).

## **PARTE SEGUNDA**

### **EL PERSONAL JURISDICCIONAL Y COLABORADOR**

# **LECCIÓN 13. EL ESTATUTO DE JUECES Y MAGISTRADOS**

## **1. CONCEPTO Y REGULACIÓN**

El juez constitucional ha de rodearse de las garantías previstas en el art. 117.1 de la CE: la justicia se administra por jueces y magistrados independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley (supra, Lección 6), garantías que conforman un status propio de los integrantes del Poder Judicial en el concierto de los servidores públicos.

Pero fuera de esas específicas garantías que caracterizan el papel constitucional del juez, la LOPJ ha de determinar, por imperativo del art. 122 de la CE, el estatuto jurídico de los jueces y magistrados de carrera, que formarán un cuerpo único.

Es decir, que toda la vida administrativa de los jueces y magistrados, las normas que regulan sus vicisitudes profesionales desde el ingreso a la jubilación, y las posibles contingencias en su vida funcionarial, deberán contenerse en la LOPJ, adoptando el constituyente el mismo principio de reserva de ley que había establecido para el estatuto de los funcionarios públicos (art. 103.3 CE).

## **2. APLICACIÓN**

El estatuto jurídico de los jueces y magistrados se aplica esencialmente a los jueces y magistrados de carrera, es decir, a aquellos que se dedican profesionalmente al ejercicio de la jurisdicción.

No obstante, estos funcionarios no siempre se hallan al frente de un tribunal; pueden desarrollar de modo exclusivo dentro de la Administración de Justicia funciones que son estrictamente administrativas (como el encargo del Registro Civil) o gubernativas (como un puesto de Vocal del CGPJ, el Decanato de los juzgados o la Presidencia de la AN); pueden, asimismo, desempeñar cargos ajenos a los cometidos constitucional o legalmente atribuidos al Poder Judicial (ser Diputado, o Ministro). En estos casos, en su totalidad, o en una parte, les es de aplicación el estatuto del personal judicial.

Junto a los jueces y magistrados de carrera, el estatuto judicial es de aplicación también a quienes, sin pertenecer a la carrera judicial, de un modo provisional o temporal ejercen jurisdicción, sean los jueces de provisión temporal, los sustitutos o los magistrados suplentes, sean los jueces de paz.

### **A) La carrera judicial**

La CE pretendió romper con la tradicional división de la judicatura española profesional en dos cuerpos de jueces: por una parte existía la carrera judicial,

en la que se ingresaba por la categoría de juez de Primera Instancia e Instrucción de entrada, sus miembros seguían un cursus, una verdadera carrera, y podían ascender, a través de las distintas categorías, hasta la Presidencia de las Salas del TS. Por otra parte, y con múltiples incidencias a lo largo de la historia, se encontraba el cuerpo de jueces de distrito (antes, los cuerpos de jueces municipales y comarcales), que se agotaba y se cerraba en sí mismo, sin posibilidad de promoción al otro cuerpo ni expectativa profesional alguna.

Por tal motivo, el art. 122 de la CE, en una norma de organización impropia de un texto constitucional, ha sentado la exigencia de que los jueces y magistrados de carrera, es decir, quienes profesionalmente ejercen funciones jurisdiccionales, formen un cuerpo único, dentro del cual se podrá conseguir la oportuna promoción.

La LOPJ acoge entusiásticamente esta idea y regula todo el estatuto judicial a partir de ella, de tal forma que el Título 1 del Libro dedicado a los jueces y magistrados se rubrica «De la carrera judicial».

La Carrera Judicial consta de tres categorías: Magistrado del TS, magistrado y juez (art. 299 LOPJ).

## **B) SUPLENCIAS, SUSTITUCIONES Y PROVISIÓN TEMPORAL**

Además de los jueces y magistrados profesionales, ejercen funciones jurisdiccionales sin pertenecer a la carrera judicial, con sujeción al régimen establecido en la LOPJ, sin carácter de profesionalidad y con inamovilidad temporal. Se trata de los magistrados suplentes y los que sirven plazas de jueces en régimen de provisión temporal o como sustitutos (art. 298.2 LOPJ), para cuando no se hayan cubierto las plazas en los juzgados por jueces de carrera, o cuando por circunstancias imprevistas o excepcionales no puedan constituirse las Salas de justicia o no fuera viable la sustitución en los juzgados.

a) Los magistrados suplentes y los jueces sustitutos ejercen funciones jurisdiccionales cuando son llamados para ello, correspondiendo a las Salas de Gobierno la determinación de estos cargos que consideren de precisa cobertura. El nombramiento se efectuará por el CGPJ para un año judicial tras el correspondiente concurso, y sólo podrá recaer en quienes reúnan los requisitos exigidos para el ingreso en la carrera judicial excepto los derivados de la jubilación por edad, aunque no podrá ser propuesto ni actuar como suplente o sustituto quien haya alcanzado la edad de sesenta y dos años (arts. 200, 201 y 212.2 LOPJ y Acuerdo del Pleno del CGPJ de 7 junio 1995, por el que se aprueba el Reglamento 1/1995, de la Carrera Judicial, arts. 130-147).

b) Los jueces en régimen de provisión temporal ocupan las plazas de esta categoría que hubieran resultado desiertas en los concursos, mediante este régimen extraordinario y hasta tanto sean cubiertas por los procedimientos

ordinarios. La Sala de Gobierno del TSJ anunciará concurso de todas las vacantes a cubrir por este medio en su territorio, en el que sólo podrán participar quienes reúnan los requisitos exigidos para el ingreso en la carrera judicial excepto los derivados de la jubilación por edad, no pudiendo por contra, ser propuesto ni actuar como juez en régimen de provisión temporal quien haya alcanzado la edad de sesenta y dos años. La Sala de Gobierno resolverá el concurso y efectuará los nombramientos, de los que dará cuenta al CGPJ, para el período de un año, pudiendo prorrogarse por una sola vez (arts. 428 a 433 LOPJ y arts. 148-157 RCJ).

### **C) Los jueces de paz**

Los jueces de paz, y sus sustitutos cuando fueren llamados, como titulares de los juzgados del mismo nombre, ejercen la potestad jurisdiccional, pero tampoco tienen carácter profesional y su inamovilidad es temporal, durante el período que dura su nombramiento (art. 298.2 LOPJ, en relación con el art. 1 del Reglamento del CGPJ 3/1995, de los jueces de Paz).

Los jueces de paz titulares y sustitutos han de reunir los requisitos exigidos en la LOPJ para el ingreso en la carrera judicial, salvo la licenciatura en Derecho, y no podrán estar incurso en ninguna de las causas de incapacidad o de incompatibilidad previstas para el desempeño de funciones judiciales, a excepción del ejercicio de actividades profesionales o mercantiles (art. 102 LOPJ, en relación con el art. 14 del RJP).

Los jueces de paz y sus sustitutos serán elegidos por el Pleno del Ayuntamiento, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros, entre quienes, reuniendo los requisitos legales, lo soliciten, eligiendo libremente si no hubiera solicitante. El Pleno remitirá la propuesta al juzgado de Primera Instancia e Instrucción del partido en el plazo de tres meses desde que se produjo la vacante, quien lo elevará a la Sala de Gobierno del TSJ (arts. 5 a 7 RJP).

Los jueces de paz y sus sustitutos serán nombrados para un período de cuatro años por la Sala de Gobierno, nombramiento que recaerá precisamente en la persona elegida por el Ayuntamiento; se exceptúan los supuestos en que hubieran transcurrido tres meses desde la vacante sin haberse efectuado la propuesta, y cuando el elegido no reuniera las condiciones exigidas por la Ley, en cuyo caso la Sala de Gobierno designará al juez de paz (arts. 101 a 103 LOPJ, en relación con los arts. 8 a 11 RJP).

## **3. EL INGRESO EN LA CARRERA JUDICIAL**

### **A) Requisitos generales**

Los requisitos generales exigidos por la LOPJ para acceder a la carrera judicial, que hacen referencia a ciertas condiciones de capacidad y a un riguroso régimen de incompatibilidades, han de mantenerse durante el tiempo

de permanencia en la misma (arts. 379, 390 y 394 LOPJ). Una vez adquirida la condición de juez o magistrado se establecen también determinadas prohibiciones tendentes a garantizar la independencia respecto de otros poderes públicos y de las fuerzas políticas o sociales.

Para ingresar en la carrera judicial se exige ser español, mayor de edad y licenciado en Derecho, así como no estar incurso en alguna de las causas de incapacidad o de incompatibilidad que establece la Ley (arts. 301.4 y 302 LOPJ ).

## **B) Las distintas modalidades de ingreso**

El ingreso en la carrera judicial puede tener lugar a través de tres vías esencialmente: la oposición y el concurso-oposición, para la categoría de juez y el concurso para la categoría de magistrado y de Magistrado del TS.

a) La oposición libre permite, una vez superados los ejercicios y el curso correspondiente, el ingreso en la carrera judicial por la categoría de juez (art. 301 LOPJ ).

El tribunal para juzgar la oposición de acceso a la carrera judicial está presidido por el Presidente del TS o un Magistrado del TS o del TSJ, por delegación; y se compone además por un Magistrado, un Fiscal, dos Catedráticos de Universidad de disciplinas jurídicas, un abogado en ejercicio y un Abogado del Estado que actúa como secretario (art. 304 LOPJ).

Los aspirantes que superen la oposición seguirán un curso en el Centro de Selección y Formación de jueces y Magistrados (denominado Escuela Judicial por el art. 1 del Reglamento del CGPJ 2/1995, de 7 junio) y realizarán prácticas como jueces adjuntos en diferentes órganos de todos los órdenes jurisdiccionales; quienes los superen serán nombrados jueces (art. 307 LOPJ).

Quienes no superen el curso podrán repetirlo en el siguiente, pero si tampoco superan éste quedarán definitivamente excluidos y decaídos en la expectativa de ingreso en la carrera judicial (art. 309 LOPJ).

b) El ingreso en la carrera judicial puede realizarse también mediante concurso-oposición, para la categoría de juez, o concurso, para las categorías de magistrado y Magistrado del TS. En cada uno de dichos casos los requisitos son distintos, fijando la LOPJ el baremo para evaluar los méritos en la fase de concurso o en el concurso para acceder respectivamente, al cargo de juez o magistrado, resolviendo el mismo tribunal que haya de juzgar la oposición libre.

El ingreso por la categoría de juez puede hacerse, además de por la oposición libre, en virtud de un concurso-oposición, a cuyo fin una cuarta parte de las plazas que se convoquen se reservarán para ser cubiertas por este turno. Para tomar parte en él es preciso contar con seis años, al menos, de ejercicio profesional como jurista. Superado el concurso-oposición los

aspirantes habrán de seguir en la Escuela Judicial un curso del mismo modo que quienes superaron la oposición. Las plazas que hubieran quedado vacantes en el concurso-oposición acrecerán al turno de oposición (arts. 301.3; 302.2; 307 y 310 LOPJ y arts. 36 a 48 del RCJ).

El ingreso por la categoría de magistrado puede hacerse en virtud de concurso, a cuyo fin una cuarta parte de las vacantes que se produzcan se reservarán para ser cubiertas por este turno. Para tomar parte en el concurso es preciso ser jurista de reconocida competencia con más de diez años de ejercicio profesional; quienes superen el concurso se incorporarán al escalafón a continuación del último magistrado que hubiese ascendido. Las vacantes que no se cubran por este turno acrecerán al de pruebas selectivas y de especialización si estuviesen convocadas o, en otro caso, al de antigüedad (art. 311 LOPJ y arts. 49 a 53 RCJ).

También puede ingresarse en la carrera judicial por la categoría de Magistrado del TS mediante concurso entre abogados y otros juristas de prestigio con méritos suficientes a juicio del CGPJ y más de quince años de ejercicio profesional (art. 345 LOPJ). A tal efecto, dispone la LOPJ que una de cada cinco plazas de Magistrado del TS se proveerá de ese modo (art. 343).

c) Además de estos dos modos ordinarios de ingreso en la carrera judicial, contempla la LOPJ una situación realmente singular en relación con algunos Magistrados de los TSJ, que se integran de un modo *sui generis* en la carrera judicial.

En efecto, en la Sala de lo Civil y Penal de estos órganos jurisdiccionales una de cada tres plazas se cubrirá con un jurista de reconocido prestigio con más de diez años de ejercicio profesional, nombrado por el CGPJ sobre una terna presentada por la Asamblea legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma. Cuando el así nombrado no perteneciera con anterioridad a la carrera judicial se integrará en ella a los solos efectos de prestar servicios en el TSJ, sin que puedan optar ni ser nombrados para destino judicial distinto, siendo considerados a todos los demás efectos miembros de la carrera judicial (arts. 330.3 y 331).

#### **4. INCAPACIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES**

a) Las causas de incapacidad se establecen en el art. 303 LOPJ, que dispone la de los impedidos física o psíquicamente para la función judicial; los condenados por delito doloso hasta tanto no hayan sido rehabilitados, así como los procesados o inculcados por delitos de esta naturaleza hasta que sean absueltos o se dicte auto de sobreseimiento; por último, están también incapacitados los que no se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

b) La LOPJ desarrolla lo dispuesto en el art. 127.2 de la CE, ordenando al legislador establecer el régimen de incompatibilidades de los miembros del Poder judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos, y

acoge la disposición del apartado 1 del propio precepto constitucional, que prohíbe a los jueces y magistrados en activo desempeñar cargos públicos.

El texto legal establece con carácter general unos supuestos de incompatibilidad del cargo de juez o magistrado, que se aplican en todos los casos; junto con ellos, se fijan ciertos supuestos de incompatibilidad referidos al ejercicio simultáneo de funciones jurisdiccionales y el desempeño en el mismo tribunal o en la misma población de otros cargos, empleos o profesiones por personas vinculadas al juez o magistrado por matrimonio o situación de hecho equivalente, o por parentesco.

La infracción de las incompatibilidades establecidas en la LOPJ, constituye una falta disciplinaria muy grave, salvo en los casos en los que se determina que constituye solamente falta grave (arts. 417.6 y 418.13 LOPJ).

El cargo de juez o magistrado es incompatible con el ejercicio de funciones jurisdiccionales en órganos ajenos al Poder Judicial; con cualquier cargo de elección popular o designación política; con empleos o cargos dotados o retribuidos en cualquiera de las Administraciones Públicas, o en organismos o empresas dependientes de ellos; con empleos, cargos o profesiones retribuidas, con el ejercicio de actividades mercantiles o con funciones directivas en sociedades o empresas mercantiles, públicas o privadas; con el ejercicio de la abogacía o de la procuraduría y con todo tipo de asesoramiento jurídico, sea o no retribuido; con los empleos de todas clases en los tribunales de cualquier orden jurisdiccional (art. 389 LOPJ).

En estos casos, quienes al tiempo de ser nombrados jueces o magistrados vinieran ejerciendo cualquiera de estos empleos, cargos o profesiones deberán optar por uno u otro cargo, o cesar en la actividad incompatible, entendiéndose, si no se produce la opción, que renuncian al nombramiento judicial (art. 390 LOPJ).

Por su parte, quienes siendo jueces o magistrados sean designados para aquellos empleos o cargos, o pretendan ejercer alguna profesión incompatible, habrán de renunciar a la carrera judicial o pasar a la situación administrativa que corresponda: servicios especiales o excedencia voluntaria (arts. 351, 352 y 357.1 LOPJ).

No podrán pertenecer simultáneamente a una misma Sala magistrados que estuvieran unidos por vínculo matrimonial o situación de hecho equivalente, o por parentesco hasta el segundo grado, salvo que existiera más de una Sección. Tampoco podrán pertenecer a una misma Sala de Gobierno jueces o magistrados unidos entre sí por cualquiera de estos vínculos. Asimismo, se prohíbe que los jueces y magistrados conozcan de actuaciones que impliquen, por vía de recurso u otras razones de índole funcional, una valoración de lo resuelto o actuado en fases procedimentales anteriores por quienes guarden con ellos alguno de los vínculos o relaciones familiares o de parentesco señalados antes. En los mismos casos se dispone la incompatibilidad entre los miembros del Ministerio Fiscal destinados en las Fiscalías correspondientes y los Presidentes y Magistrados de la Sala de lo penal de la AN y de las AP, -así como con los jueces de lo penal y dos de primera instancia e instrucción. Por último, también se dispone la incompatibilidad de los Presidentes, magistrados y jueces respecto de los secretarios y demás personal al servicio de la Administración de Justicia (arts. 391 y 392 LOPJ).

Tampoco podrán desempeñar su cargo los jueces y magistrados en las Salas de justicia o en los juzgados donde ejerzan habitualmente como abogado o procurador su cónyuge o pariente dentro del segundo grado, salvo en las poblaciones donde existan diez o más juzgados de Primera Instancia e Instrucción o Salas con tres o más Secciones. La incompatibilidad se extiende también al desempeño del cargo de juez o magistrado en una Audiencia o juzgado en cuyo ámbito territorial tengan él mismo, su

cónyuge o parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, intereses económicos que impliquen un arraigo que pueda obstaculizarles el imparcial ejercicio de la función jurisdiccional. Se declara también incompatible el desempeño del cargo de juez o magistrado en una Audiencia o juzgado en donde haya ejercido la abogacía o la procuraduría en los dos años anteriores (art. 393 LOPJ).

En los supuestos de incompatibilidades de los arts. 391 a 393 LOPJ, cuando un nombramiento dé lugar a una situación de incompatibilidad, quedará sin efecto y se destinará al juez o magistrado con carácter forzoso, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que pudiera haber incurrido. Si la situación incompatible apareciere por circunstancias sobrevenidas, el CGPJ adoptará las medidas en cada caso previstas por la ley (art. 394 LOPJ).

c) La CE establece ciertas prohibiciones, limitaciones impuestas a los jueces y magistrados para el ejercicio de derechos reconocidos al resto de los ciudadanos, con el fin de preservar su independencia, fundamentalmente respecto de las fuerzas políticas y sociales. Así, no podrán los jueces y magistrados en activo pertenecer a partidos políticos o sindicatos (art. 127.1 CE).

Esta disposición se ha intentado fundamentar en un triple argumento: el primero, perfectamente sostenible, de evitar el sometimiento del juez a la disciplina partidaria que comporta inevitablemente la afiliación política o sindical. Un segundo argumento, menos comprensible desde el punto de vista político y aun constitucional, sería el de evitar la sospecha de los justiciables sobre la imparcialidad del juez, fundada en la manifestación pública de su ideología a través de la afiliación. La tercera razón se basa en la salvaguarda del principio de separación de poderes, y parte de la consideración de que los partidos políticos, al concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular en la elección de los parlamentarios integrantes de las Cortes Generales, son el soporte del Poder Legislativo.

En esta línea de garantizar la independencia de los jueces y magistrados, además de la citada prohibición de pertenecer a partidos políticos y sindicatos, la LOPJ (art. 395) les impide dirigir felicitaciones o censuras a los poderes públicos o a las Corporaciones oficiales, ni a las autoridades o funcionarios, así como concurrir a actos o reuniones públicas en su calidad de miembros del Poder judicial. Tampoco podrán tomar parte en las elecciones legislativas o locales, salvo la emisión de su voto.

La infracción de las prohibiciones se considera falta disciplinaria grave (art. 418.3 LOPJ).

## **5. TRASLADOS Y ASCENSOS**

a) Las plazas que resulten vacantes en los distintos órganos jurisdiccionales se ofertarán en un primer momento para su provisión a los jueces y magistrados, sin perjuicio de la reserva para juristas que puedan ingresar en la judicatura.

Con carácter general puede decirse que los concursos para la provisión de los juzgados; de plazas de Magistrados en las Salas o Secciones de la AN, TSJ o AP; de Presidente de Sección de estos tribunales, y de Presidente de Sala de

los TSJ, se resolverán en favor de quien, ostentando la categoría necesaria, tenga mejor puesto en el escalafón.

Los concursos para cubrir las vacantes en los juzgados de lo Contencioso-Administrativo (aún nonatos) y de lo Social, se resolverán en favor de los magistrados especialistas, en primer término; a falta de éstos, se proveerán con magistrados que hayan prestado al menos tres años de servicios, dentro de los cinco anteriores a la fecha de la convocatoria, en el orden jurisdiccional correspondiente; a falta de éstos, se cubrirá por antigüedad escalafonal de entre los de la categoría respectiva (art. 329.2 LOPJ).

La especialización continúa respecto de las Salas o Secciones de lo Contencioso-Administrativo y Social, puesto que una de las plazas (o dos, cuando haya cinco o más magistrados) se reserva a magistrado especialista (art. 330.2 LOPJ; sobre la especialización en el orden administrativo y social, vid., respectivamente, arts. 92 a 94 y 95 a 97 del RCJ).

También se tiene en cuenta la especialización para cubrir las vacantes de los juzgados de Menores (arts. 329.3 y 98 a 104 RCJ).

b) Al existir sólo tres categorías en la carrera judicial, los ascensos pueden darse desde la de juez a la de magistrado y desde ésta a la categoría de Magistrado del TS.

Para ascender a la categoría de Magistrado la LOPJ ha establecido dos mecanismos: la antigüedad y las pruebas selectivas o la especialización, según los casos.

En función de las vacantes que se vayan produciendo se podrán promocionar los jueces a la categoría superior. De cada cuatro vacantes que se produzcan en la categoría de Magistrado dos se cubrirán con los jueces que ocupen mejor puesto en el escalafón. La tercera, por medio de pruebas selectivas o de especialización entre jueces; a través de pruebas selectivas en los órdenes jurisdiccionales civil o penal y a través de la especialización en los órdenes contencioso-administrativo y social. La cuarta, como se dijo antes, por concurso entre juristas de reconocida competencia (art. 311. 1 LOPJ y 54 RCJ).

Cuatro de cada cinco plazas de Magistrado del TS se han de cubrir entre miembros de la carrera judicial con la categoría de Magistrado. De ellas corresponderán dos a los magistrados que hubiesen ascendido mediante pruebas selectivas o especialización, y otras dos se proveerán entre magistrados atendiendo solamente al criterio escalafonal.

## **6. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS**

Los jueces y magistrados pueden hallarse en diferentes situaciones administrativas en la carrera judicial: servicio activo; servicios especiales; excedencia forzosa; excedencia voluntaria, y suspensión (art. 348 LOPJ).

a) La situación de servicio activo, que es la habitual, tiene lugar cuando se ocupa una plaza correspondiente a la carrera judicial o cuando estén pendientes de la toma de posesión de otro destino. También se hallan en servicio activo cuando les ha sido concedida una comisión de servicio, con una duración máxima de seis meses, para participar en misiones de cooperación jurídica internacional o para prestar servicios en el Ministerio de justicia, en el CGPJ o en otro órgano jurisdiccional (arts. 349 y 350 LOPJ y 199-200 del RCJ).

b) La situación de servicios especiales tiene lugar, entre otros supuestos, cuando los jueces o magistrados adquieran la condición de funcionarios de organismos internacionales; cuando sean adscritos al servicio del Tribunal Constitucional o del Defensor del Pueblo; cuando sean nombrados miembros del Gobierno o del Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas; cuando sean nombrados Presidente del TS o Fiscal General del Estado, o sean designados por las Cortes Generales para formar parte de órganos constitucionales; cuando accedan a la condición de Diputado o Senador, o de miembro de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o cuando presten servicio en la Presidencia del Gobierno o en el Ministerio de Justicia en virtud de nombramiento por RD (arts. 351 y 352 LOPJ y 201 a 204 RCJ). Los jueces y magistrados en esta situación tendrán derecho a la reserva de plaza y localidad de destino que ocupasen, computándoseles el tiempo que permanezcan en ella a efectos de ascensos, antigüedad y derechos pasivos (art. 353).

c) Los jueces y magistrados pasan a la situación de excedencia forzosa cuando se suprime la plaza de que son titulares, con el obligado cese en el servicio activo, gozando en tal situación de la plenitud de efectos económicos (arts. 356 LOPJ y 210 del RCJ). El reingreso en el servicio activo se hará por orden de mayor tiempo en esta situación, sin necesidad de solicitud del interesado y con ocasión de la primera vacante (art. 364 LOPJ), gozando de preferencia en los concursos (arts. 368 y 369).

d) La excedencia voluntaria se concede a los jueces y magistrados que lo solicitan por razones de interés particular, siempre que hubieran completado tres años de servicios efectivos en la carrera judicial, y en esta situación no se podrá permanecer más de diez años continuados ni menos de dos años. A la situación de excedencia voluntaria deberán pasar a petición propia los jueces o magistrados que pretendan ser candidatos en elecciones generales, autonómicas o locales. También serán declarados en excedencia voluntaria cuando se encuentren en servicio activo en algún Cuerpo o Escala de las Administraciones Públicas o de la Carrera Fiscal, si no han de pasar a otra situación administrativa. Por último, los jueces y magistrados tienen derecho a un período de excedencia voluntaria de hasta tres años para el cuidado de cada hijo desde el momento de su nacimiento (art. 357 LOPJ).

Los excedentes no devengarán retribuciones, ni el tiempo que pasen en esta situación se les computará a efectos de ascensos, antigüedad y derechos pasivos (art. 358). Para reingresar deberán solicitarlo al CGPJ, quien habrá de declarar previamente su aptitud, y participar en cuantos concursos se anuncien para provisión de plazas de su categoría (arts. 367 y 368 LOPJ; en desarrollo, arts. 205 a 209 y 216 a 223 RCJ).

e) La situación de suspensión, que supone la privación temporal del ejercicio de las funciones de juez o magistrado, puede ser provisional o definitiva (art. 359 LOPJ). Tiene lugar la suspensión provisional cuando se decreta en el curso de un proceso penal, de un expediente disciplinario o de un expediente de incapacidad (art. 383), con los efectos que determina la LOPJ (arts. 360 a 362). La suspensión definitiva se produce por sentencia firme condenatoria o como sanción disciplinaria, y supone la privación de todos los derechos inherentes a la condición de juez o magistrado (art. 363); estos suspensos deberán solicitar el reingreso en el plazo de diez días desde la finalización del período de suspensión (art. 366 LOPJ, igualmente, arts. 211 a 215 RCJ).

## **7. EL ASOCIACIONISMO JUDICIAL**

Como contrapartida por la prohibición constitucional de que los jueces y magistrados pertenezcan a sindicatos, el propio art. 127.1 de la CE prevé que la ley establezca el sistema y modalidades de asociación profesional. La LOPJ, reconociendo el derecho de libre asociación profesional de jueces y magistrados, dedica el art. 401 a la regulación del régimen jurídico de estas asociaciones, que no podrán tener vinculaciones con partidos políticos o sindicatos, ni realizar actividades políticas, lo que debe entenderse estrictamente, como prohibición de intervenir en la lucha política o en la contienda partidista.

La LOPJ otorga personalidad jurídica a las asociaciones de jueces y magistrados, pero exige su previa inscripción en el Registro que a tal efecto se ha de llevar en el CGPJ para su válida constitución; la inscripción sólo puede denegarse cuando la asociación o sus estatutos no se ajusten a los requisitos legalmente establecidos.

Las asociaciones profesionales deberán tener ámbito nacional (sin duda para evitar toda idea de territorialización de la judicatura y del Poder Judicial) y sólo podrán formar parte de ellas los jueces y magistrados en activo, sin que la afiliación sea obligatoria, ni se permita la afiliación a más de una asociación profesional.

Las asociaciones podrán tener como fines lícitos defender los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos, así como realizar actividades encaminadas al servicio de la justicia.

## **LECCIÓN 14. EL GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL**

### **1. INTRODUCCIÓN**

Todo el conjunto de medios personales y materiales que intervienen en el ejercicio de la jurisdicción, precisan de una adecuada organización y de una oportuna administración y gestión para funcionar debidamente.

Precisamente, la atribución de la función de gobierno del aparato de la justicia representa uno de los parámetros esenciales para medir el grado de independencia real del Poder Judicial. A medida que sean órganos propios del Poder Judicial los que tengan encomendado el gobierno del mismo desposeyendo al Ejecutivo de esta labor que asumía tradicionalmente, se podrá sostener un mayor grado de independencia, ya que habrá de desaparecer entonces toda posible influencia o presión sobre el Poder Judicial.

Este concepto del autogobierno, que se erige en uno de los pilares básicos de la independencia del Poder Judicial como entiende el TC (supra Lección 3 ), ha sido acogido de manera decidida por la Constitución, creando un órgano específico, el Consejo General del Poder Judicial, al que justamente le define como órgano de gobierno del mismo (art. 122.2).

El autogobierno no puede conducir, sin embargo, a una suerte de endogamia judicial, con el perverso resultado entonces de una absoluta desvinculación de los órganos de este poder del Estado de la soberanía popular. El autogobierno demanda, sobre todo, desligar a los órganos jurisdiccionales de la dependencia del Ejecutivo; pero al propio tiempo aconseja, en una democracia representativa, tender puentes hacia el depositario de la soberanía, el Poder Legislativo, si no se acoge el sistema de elección popular de los jueces. Por tal razón, la CE dispone que en la composición del CGPJ han de participar abogados y otros juristas que no pertenezcan a la judicatura, que han de ser elegidos precisamente por el Congreso de los Diputados y por el Senado (art. 122.3).

De acuerdo con un principio jerárquico, elemental en cualquier organización administrativa, la LOPJ establece como órganos de gobierno del Poder Judicial, en primer término, al Consejo General del Poder judicial y, con subordinación a él, las Salas de Gobierno, los Presidentes del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de justicia y los titulares de los demás órganos jurisdiccionales (art. 104.2), así como los Jueces Decanos y las juntas de jueces (art. 1 Reglamento del CGPJ 4/1995, de 7 junio, de los órganos de Gobierno de Tribunales).

De todas formas, es preciso reconocer que, a pesar del avance hacia la independencia conseguido mediante la institución de órganos de gobierno propios del Poder Judicial, el Ejecutivo sigue conservando parcelas de una

importancia capital, tales como la facultad de iniciativa legislativa; el desarrollo y gestión de la planta y demarcación; la selección, formación y perfeccionamiento de todo el personal al servicio de la Administración de justicia fuera de los jueces y magistrados; la gestión del estatuto del personal no judicial; y la promulgación de los reglamentos de desarrollo de la LOPJ, en este caso siempre que no innoven los derechos y deberes que configuran el estatuto de los jueces y se limiten a regular aspectos secundarios o auxiliares (STC 45/1986).

Se trata de atribuciones de una gran importancia, que representan una merma efectiva de la capacidad de gestión y administración por parte de los órganos de gobierno del Poder judicial, quienes en buena lógica deberían ser llamados a asumirlas.

Sin embargo, la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, ha supuesto, en la línea que nos ocupa, una reducción de competencias del Ejecutivo por cuanto asigna al CGPJ la referida a la selección, formación y perfeccionamiento del personal jurisdicente, aumenta la capacidad reglamentaria del órgano de Gobierno del Poder Judicial, e incrementa su autonomía presupuestaria (arts. 107.8, 110, 127.13 y 14, 306 LOPJ).

En otro orden de cosas, hay que señalar que las funciones del Consejo y de todos los demás órganos de gobierno deben ser absolutamente ajenas al momento de la jurisdicción, de modo que no puede admitirse interferencia alguna de estos órganos sobre el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Respecto de ella la función gubernativa ha de ser meramente instrumental, limitándose a representar sólo el necesario soporte para que todo el entramado judicial funcione adecuadamente, pero sin inmiscuirse en el ámbito de la jurisdiccionalidad.

Eso no quita para que los órganos de gobierno efectivamente puedan y deban exigir la responsabilidad disciplinaria sobre jueces y magistrados, quienes no pueden utilizar la función jurisdiccional como escudo que les proporcione una suerte de inmunidad frente a los órganos de gobierno (supra, Lección 6).

## **2. EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

### **A) Concepto**

El Consejo General del Poder judicial, órgano de nuevo cuño en nuestro ordenamiento jurídico, es un órgano constitucional, que ocupa el vértice de uno de los tres poderes del Estado y nace con vocación de desapoderar al Ejecutivo de las potestades gubernativas que ejercía sobre todo el aparato de la Administración de justicia y, muy especialmente, sobre los jueces y magistrados.

Por tal motivo, el art. 122.2 de la CE atribuye al Consejo determinadas funciones, especificando este precepto que le corresponden, en particular, funciones en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen

disciplinario, en una clara alusión a sus potestades gubernativas sobre los jueces y magistrados.

El problema radica en determinar la extensión que deba darse al gobierno del Poder Judicial: si el Consejo General y los demás órganos de gobierno deben circunscribirse a gestionar de forma exclusiva el estatuto de jueces y magistrados (que son los integrantes del Poder judicial, según el art. 117.1 CE), o si su actividad ha de extenderse al gobierno total de los órganos jurisdiccionales, a cuyo fin resultaría inevitable comprender funciones que sobrepasarían los límites derivados de un estricta interpretación de la norma constitucional, asumiendo la administración y gestión de los medios materiales y del personal al servicio de la Administración de justicia.

Sólo este segundo criterio puede satisfacer adecuadamente las exigencias del autogobierno, de donde las atribuciones del Consejo General deben incrementarse.

## **B) Composición, designación y estatuto de sus miembros**

a) El Consejo General del Poder Judicial está integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años (arts. 122.3 CE y 111 LOPJ).

b) La totalidad de los veinte Vocales que integran el CGPJ serán propuestos por las Cortes Generales y nombrados por el Rey, diez por cada Cámara y por mayoría de tres quintos: seis de ellos entre jueces y magistrados en activo de todas las categorías judiciales (de tal forma que cuando dejen de pertenecer a la Carrera Judicial cesarán en su cargo en el Consejo, art. 119.2 LOPJ); los otros cuatro entre abogados y otros juristas de reconocida competencia con más de quince años en el ejercicio de su profesión (arts. 122.3 CE y 112 y 113 LOPJ).

Este modo de designación de los miembros del Consejo levantó en el momento de aprobación de la LOPJ una viva polémica al sostener algunos que la designación parlamentaria no sólo de los ocho Vocales elegidos entre abogados y juristas, sino también de los doce Vocales de procedencia judicial era inconstitucional; se entendía que la designación de éstos se había de hacer no sólo entre jueces y magistrados, sino precisamente por ellos mismos. Sin embargo, la solución de la LOPJ, con admonición incluida, fue considerada por el TC válida y ajustada a las exigencias constitucionales (S. TC 108/1986, FJ 13).

En la sesión constitutiva de este órgano, que tendrá lugar una vez hayan tomado posesión ante el Rey (art. 114 LOPJ), los veinte Vocales elevarán, por mayoría de tres quintos, la propuesta de nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo, que en esa condición preside también el CGPJ (art. 123 LOPJ).

c) Los miembros del Consejo, que pasarán a la situación de servicios especiales en su Cuerpo de origen si fueran funcionarios públicos, judiciales o no, habrán de desarrollar sus funciones con dedicación absoluta, estableciéndose una total incompatibilidad con todo puesto, profesión o actividad, sean públicos o privados, retribuidos o no, por cuenta propia o ajena, salvo la mera administración del patrimonio personal o familiar. Expresamente les son de aplicación las incompatibilidades establecidas para los jueces y magistrados (art. 117 LOPJ).

Los Vocales no están ligados por mandato imperativo alguno, de forma que no pueden ser considerados como delegados ni comisionados de la Cámara que los designó (art. 119.2 LOPJ y STC 108/1986).

Son inamovibles durante todo el tiempo que dure su mandato (cinco años), salvo que concurra alguna de las causas expresamente previstas en la Ley: renuncia, incapacidad, incompatibilidades, incumplimiento grave de los deberes del cargo o cese en la carrera judicial de los Vocales de esta procedencia (art. 119.2 LOPJ).

La responsabilidad civil y penal de los miembros del CGPJ, se exigirá por los trámites establecidos para la de los Magistrados del TS (art. 119.1 LOPJ).

Los Vocales no podrán ser promovidos a la categoría de Magistrado del TS, ni nombrados para cargos de libre designación en la carrera judicial, y percibirán una retribución adecuada, que se mantendrá durante un año para los no funcionarios, tras finalizar su mandato.

### **C) Organización y atribuciones**

El Consejo General del Poder Judicial se articula en diversos órganos: el Presidente, Vicepresidente, el Pleno y las Comisiones previstas en la LOPJ o que puedan crearse reglamentariamente (art. 122 LOPJ).

a) El *Presidente* del CGPJ es el Presidente del Tribunal Supremo y será nombrado por el Rey a propuesta del Consejo por mayoría de tres quintos en la sesión constitutiva (art. 123 LOPJ). El Presidente es la primera autoridad judicial de la Nación, con la categoría y honores correspondientes al titular de uno de los tres poderes del Estado (art. 105 LOPJ).

Además de ostentar la representación del Consejo General, el Presidente convoca y preside tanto el Pleno como la Comisión Permanente, fijando el respectivo orden del día y sometiéndoles cuantas materias considere oportunas, decidiendo los empates con voto de calidad y autorizando con su firma los Acuerdos que estos órganos adopten; además propone el nombramiento de ponencias y ejerce la superior dirección de la actividad de los órganos técnicos del Consejo (art. 125 LOPJ), y asume el ejercicio de las funciones económico-financieras (art. 26 del Reglamento del CGPJ 1/1986, de 22 abril, de Organización y Funcionamiento del Consejo). El Presidente estará asistido de un Secretario General (art. 27 ROFCGPJ).

b) El *Vicepresidente* también será nombrado por el Rey a propuesta del

Consejo por mayoría de tres quintos, sustituyendo al Presidente en los supuestos de vacante, ausencia, enfermedad u otro motivo legítimo (art. 124 LOPJ) y ejercerá las funciones que el Presidente le delegue o el Pleno del Consejo le encomiende (art. 27 del ROFCGPJ).

c) *El Pleno*, formado por el Presidente y los Vocales, es el órgano más importante del Consejo, quedando válidamente constituido cuando se encuentren presentes un mínimo de catorce miembros, con asistencia del Presidente (arts. 129 LOPJ y 30 y 31 del ROFCGPJ).

Sus funciones se extienden desde la propuesta de nombramiento del Presidente del TS, de miembros del TC, de Presidentes de Sala y Magistrados del TS, y de Presidentes de los Tribunales Superiores de justicia y otros nombramientos discrecionales, a la evacuación de la audiencia para el nombramiento del Fiscal General del Estado; ejerce además la potestad reglamentaria y evacua los informes preceptivos; aprueba y remite al Gobierno el Anteproyecto de Presupuesto del Consejo General; deberá también resolver los recursos de alzada contra los acuerdos de la Comisión Permanente, de la Comisión Disciplinaria y de los órganos de gobierno de los órganos jurisdiccionales; acuerda la separación y jubilación que no sea debida a la edad y resuelve los expedientes de rehabilitación; elige y nombra a los Vocales componentes de las Comisiones; aprueba la memoria anual sobre el estado y funcionamiento de la Administración de Justicia; elabora, dirige la ejecución y controla el cumplimiento del presupuesto del Consejo General; por último, de forma residual, el Pleno desempeña cualesquiera otras funciones que no se hallen expresamente atribuidas a otros órganos del Consejo (arts. 127 LOPJ y 32 y 33 ROFCGPJ).

d) La *Comisión Permanente* está compuesta por el Presidente y cuatro Vocales, dos pertenecientes a la Carrera judicial y otros dos que no formen parte de ella, debiendo designarse anualmente (art. 130 LOPJ).

La Comisión Permanente debe preparar las sesiones del Pleno y velar por la exacta ejecución de sus acuerdos; decide los nombramientos que no tienen carácter discrecional y la jubilación forzosa por edad, y dispone el cese de los magistrados suplentes y jueces sustitutos; resuelve sobre la concesión de licencias y autoriza el escalafón de la carrera judicial, y ejerce además las competencias que les sean delegadas por el Pleno (art. 131 LOPJ), pudiendo adoptar, por razones de urgencia, acuerdos en algunas materias de la competencia del Pleno, que deberán ser ratificados por éste (art. 57 ROFCGPJ).

e) La Comisión Disciplinaria está integrada por cinco Vocales, tres pertenecientes a la Carrera judicial y otros dos que no formen parte de ella, debiendo designarse anualmente; esta Comisión, cuyo Presidente será elegido por sus 1 propios miembros, deberá actuar en todo caso con la asistencia de todos sus 7 componentes, debiendo ser sustituido el Vocal que no pudiera asistir por otro de idéntica procedencia designado por la Comisión Permanente (art. 132 LOPJ). A la Comisión Disciplinaria le corresponde la instrucción de expedientes e imposición de sanciones a jueces y magistrados (art. 133 LOPJ).

f) La Comisión de Calificación está integrada también por cinco miembros, tres pertenecientes a la Carrera judicial y otros dos que no formen parte de ella, debiendo designarse anualmente; esta Comisión se rige por las mismas normas que la Disciplinaria en lo que se refiere a la presidencia y a su válida constitución (art. 134 LOPJ). A la Comisión de Calificación le corresponde informar en todo caso los nombramientos de la competencia del Pleno,

pudiendo recabar información de los distintos órganos del Poder Judicial, excepto la propuesta del nombramiento del Magistrado de la Sala Segunda de lo Penal o Tercera de lo Contencioso Administrativo, del Tribunal Supremo, competente para conocer de la autorización de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y 3 de la Constitución, así como de su sustituto (arts. 135 y 136 LOPJ).

g) La Comisión de Estudios e Informes se diseña en el Reglamento del Consejo a partir de la habilitación del art. 122 LOPJ para crear Comisiones por vía reglamentaria. Se compone de cinco miembros, y se renovará anualmente, eligiendo de entre ellos a su Presidente, quedando válidamente constituida con la asistencia de tres de sus miembros (arts. 79 y 80 ROFCGPJ).

Le corresponde redactar las iniciativas o propuestas que el Consejo acuerde ejercitar en materia normativa; preparar los informes que preceptivamente deba emitir el Consejo; elaborar el Proyecto de los Reglamentos que deba aprobar el Consejo; someter al Pleno iniciativas o propuestas surgidas en el seno de la Comisión, y realizar estudios jurídicos (art. 81 ROFCGPJ).

h) La Comisión Presupuestaria, creada también por vía reglamentaria, merece una consideración normativa similar a la Comisión de Estudios e Informes (arts. 85 y 86 ROFCGPJ).

Le corresponde elaborar el anteproyecto de presupuesto del Consejo; elevar a quien corresponda los expedientes de modificación de los créditos presupuestarios; informar al Pleno sobre la cuenta de liquidación del presupuesto, y realizar estudios y proyectos de carácter económico-financiero (art. 87 y 88 ROFCGPJ).

### **3. LAS SALAS DE GOBIERNO**

A diferencia de las Salas de justicia y de las Secciones, que son los órganos colegiados que ejercen la potestad jurisdiccional, las Salas de Gobierno son órganos gubernativos, de gobierno interno, subordinados al Consejo General del Poder Judicial (art. 104.2 LOPJ).

La LOPJ ha creado dos tipos de Salas de Gobierno en razón del ámbito al que extienden sus atribuciones: por una parte, las del TS y de la AN; por otra parte, las de los 17 TSJ. Las primeras estarán constituidas por el Presidente del Tribunal, por los Presidentes de Sala, y por un número igual de Magistrados del Tribunal o de la Audiencia (cinco en el TS y tres en la AN) (art. 149.1 LOPJ), y ejercen sus atribuciones en dichos tribunales, si bien la de la AN la ejerce también sobre los juzgados Centrales (art. 106.1 LOPJ). Las Salas de Gobierno de los TSJ estarán constituidas por el Presidente, por los Presidentes de Sala que existan y por un número igual a ellos de magistrados o jueces, debiendo ser por lo menos uno de esta categoría (art. 149.2 LOPJ), y ejercen sus funciones en el propio tribunal con respecto a los juzgados y Tribunales radicados en la respectiva Comunidad Autónoma (art. 106.2 LOPJ). Cuando el número de miembros de estas Salas de Gobierno excedan de diez, se constituirán en Pleno o en Comisión compuesta por seis miembros nombrados

por el Pleno (art. 149.3 LOPJ. Sobre la composición y atribuciones de las Salas de Gobierno, arts. 2 a 5 ROGT).

Los magistrados y jueces que integran las Salas de Gobierno se renuevan en su totalidad cada cinco años y son elegidos por los propios jueces y magistrados en servicio activo destinados en el órgano jurisdiccional o en los Juzgados y Tribunales radicados en la Comunidad Autónoma (arts. 149 y 150), por el sistema de votación previsto en la LOPJ (art. 151; en relación con las elecciones, cese y sustitución de miembros de las Salas de Gobierno del TS, AN y TSJ, arts. 18 a 53 del ROGT).

Las Salas de Gobierno, incluidas las constituidas en régimen de Comisión, deben aprobar las normas de reparto entre las distintas Secciones de cada Sala, y las de los TSJ también las de reparto de asuntos entre las Secciones de las Audiencias y juzgados del mismo orden jurisdiccional, y pueden acordar, de forma excepcional y motivada, la liberación temporal, total o parcial, de reparto a una Sección o juez determinado; asimismo habrán de establecer anualmente los turnos para la composición y el funcionamiento de las Salas y Secciones del Tribunal, fijando las normas de asignación de las ponencias, adoptando las medidas necesarias en caso de disidencia entre magistrados y completando provisionalmente la composición de las Salas de Justicia. Las Salas de Gobierno ejercerán las facultades disciplinarias previstas en la LOPJ sobre los magistrados del tribunal, sobre los magistrados y jueces del territorio de la Comunidad Autónoma y sobre el personal al servicio de la Administración de Justicia. Propondrán también las Salas de Gobierno a su Presidente la realización de las visitas de inspección e información que consideren pertinentes y promoverán e informarán los expedientes de jubilación por incapacidad de jueces y magistrados. Además de otras atribuciones, habrán de elaborar los informes que le solicite el CGPJ y la Memoria anual, proponiendo al Consejo la adopción de las medidas que juzgue pertinentes para mejorar la Administración de Justicia. Las Salas de Gobierno de los TSJ propondrán, por su parte, los magistrados suplentes, seleccionarán y nombrarán los jueces de provisión temporal y expedirán los nombramientos de los jueces de paz (art. 152 LOPJ, sobre el funcionamiento de las Salas de Gobierno, arts. 6 a 15 ROGT).

#### **4. LOS PRESIDENTES DE LOS TRIBUNALES Y DE LAS AUDIENCIAS**

a) El Presidente del TS -que preside también el CGPJ-, el de la AN y los de los correspondientes TSJ, son nombrados por el Consejo por un período de cinco años (arts. 123, 335.2 y 336.1 LOPJ); estos últimos ostentan la representación del Poder Judicial en la Comunidad Autónoma correspondiente cuando no concorra el Presidente del TS (art. 161).

Entre las funciones que asumen (arts. 54 a 56 ROGT), presiden también las respectivas Salas de Gobierno y, en tal concepto, convocan, presiden y dirigen las deliberaciones de esta Sala; fijan el orden del día de la misma, sometiéndole cuantas propuestas tengan por conveniente; autorizan los acuerdos de la Sala y cuidan del cumplimiento de las medidas que adopte (art. 160 LOPJ). Despachan los informes que les pide el Consejo; dirigen la inspección de tribunales; adoptan las medidas necesarias en caso de urgencia y ejercen los poderes dirigidos al buen orden del tribunal respectivo; habrán de comunicar al CGPJ las vacantes judiciales y de personal secretarial y auxiliar (art. 160 LOPJ). Asimismo, son competentes para la imposición de sanción de advertencia por faltas leves a los jueces y magistrados dependientes de ellos (art. 421. la) LOPJ).

b) Los Presidentes de las Audiencias Provinciales, además de presidirlas,

adoptan las medidas necesarias para su funcionamiento y ejercen los poderes de gobierno sobre el personal y demás funciones que les atribuye la ley, todo ello sin perjuicio de las facultades de los órganos de gobierno del TSJ (Sala de Gobierno y Presidente) en donde la Audiencia Provincial se integra (art. 164 LOPJ y 57 ROGT).

c) Todos los Presidentes, tanto del TS, de la AN o de los TSJ, como de las Audiencias Provinciales, y las propias Salas de Gobierno, podrán dirigir a los juzgados o Tribunales de su circunscripción, y dentro del ámbito de sus competencias gubernativas, las prevenciones que estimen oportunas para el mejor funcionamiento de los órganos jurisdiccionales (art. 162 LOPJ).

## **5. LOS PRESIDENTES DE LAS SALAS DE JUSTICIA Y LOS JUECES**

Tanto los Presidentes de las Salas de justicia, que son los órganos colegiados que ejercen la potestad jurisdiccional, como los jueces, que son los titulares de los órganos jurisdiccionales unipersonales, tienen encomendada la dirección e inspección de todos los servicios y asuntos en su respectivo órgano; habrán de adoptar las resoluciones que aconseje la buena marcha de la Administración de justicia, y dar cuenta de las faltas o anomalías que observen al Presidente del Tribunal o Audiencia; asimismo, ejercerán funciones disciplinarias sobre el personal adscrito a la Sala o juzgado (arts. 165 LOPJ y 58 ROGT).

La atribución de la dirección e inspección de todos los servicios y asuntos a los Presidentes de las Salas de justicia y a los jueces puede en la práctica encontrar algún problema con la jefatura directa del personal de la Secretaría que se encomienda a los secretarios bajo la superior dirección de jueces y Presidentes (art. 473.2 LOPJ y art. 8 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales).

## **6. LOS DECANOS Y LAS JUNTAS DE JUECES Y DE MAGISTRADOS**

a) En aquellas poblaciones donde haya dos o más juzgados del mismo orden jurisdiccional, uno de los jueces ejercerá funciones de Decano, para resolver los problemas administrativos que se derivan precisamente de la pluralidad de Tribunales, fuera de las funciones gubernativas internas que se encomiendan a cada juez (art. 84 a 87 ROGT).

El principal problema es, lógicamente, el del reparto de los asuntos, que ha de supervisar el Decano (art. 167 LOPJ); éste debe velar, asimismo, por la buena utilización de los locales judiciales y de los medios materiales, cuidar de que el servicio de guardia se preste continuamente y oír las quejas de los interesados, adoptando las prevenciones necesarias (art. 168); también le encomienda la LOPJ una función que va más allá de lo estrictamente gubernativo: la adopción de las medidas urgentes en los asuntos no repartidos cuando pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable (art. 168 LOPJ).

El Decano, que ostentará ante los poderes públicos la representación de todos los jueces, será designado a través de una elección en todas las poblaciones donde haya diez o más juzgados (cuando cuente con cuarenta o más juzgados de los diversos órdenes jurisdiccionales se liberará a su titular del trabajo jurisdiccional: arts. 166.3 LOPJ y 26 LDYPJ); donde haya menos de diez, ejercerá las funciones de Decano el juez o magistrado con mejor puesto en el escalafón (con relación al régimen de elección y cese de los Jueces Decanos, arts. 72 a 83 ROGT).

b) Junto a la figura del Decano, regula la LOPJ las Juntas de Jueces. Se trata en realidad, como ha venido a confirmar el Acuerdo del CGPJ de 7 de junio que aprueba el Reglamento 4/1995, de los órganos de Gobierno de Tribunales, de «Reuniones de jueces», «Juntas generales» y «Juntas sectoriales».

Las primeras se convocan por el Presidente de un TSJ y reúne a todos los jueces de una provincia o de una Comunidad Autónoma con independencia del orden jurisdiccional a que pertenezcan para tratar problemas excepcionales que les sean comunes y rebasen el ámbito del partido judicial (arts. 170.3 LOPJ y 60 ROGT).

Las juntas generales serán convocadas por el Decano y reúne a los titulares de los juzgados con sede en la misma población con independencia del orden jurisdiccional para tratar asuntos de interés común (arts. 169 LOPJ y 61 ROGT).

Las juntas sectoriales se realizan bajo la presidencia del Decano y convoca a los jueces de cada orden jurisdiccional para proponer las normas de reparto, unificar criterios y prácticas, y tratar asuntos comunes. (arts. 170-1 LOPJ y 62-63 ROGT).

c) Junto a estas sectoriales de jueces, también los magistrados de las distintas Secciones de una misma Sala pueden reunirse, previa cotoría y bajo la presidencia del Presidente de la Sala, pueden reunirse bajo la presidencia del Presidente de Sala, para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales, quedando en todo caso a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos (Art 264 LOPJ)

## **7. LA INSPECCIÓN DE LOS TRIBUNALES**

Una de las funciones prototípicas de las potestades gubernativas es precisamente la de inspección, como se encargó de destacar el art. 122.2 de la CE atribuyendo al CGPJ específicamente esta competencia.

La inspección comprende el examen de todo cuanto resulte necesario para conocer el funcionamiento del juzgado o Tribunal y el cumplimiento de los deberes del personal judicial, atendiendo en particular a la rapidez y eficacia en la tramitación de los asuntos, pero sin poder aprobar, censurar o corregir la interpretación y aplicación de las leyes que hayan hecho los órganos inspeccionados (art. 176 LOPJ).

El CGPJ ejerce la superior inspección y vigilancia sobre todos los juzgados y Tribunales para comprobar y controlar el funcionamiento de la Administración de Justicia. La actividad inspectora del Consejo se ejerce mediante el Servicio de Inspección dependiente de él (art. 171 LOPJ).

Los Presidentes del TS, de la AN y de los TSJ dirigen la inspección ordinaria y vigilan el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales de sus respectivos ámbitos (art. 172).

Los jueces y Presidentes de Secciones y Salas ejercerán su inspección en los asuntos de que conozcan (art. 174 LOPJ).

# **LECCIÓN 15. LOS SECRETARIOS JUDICIALES Y EL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

## **1. LOS SECRETARIOS JUDICIALES**

### **A) Funciones**

Aun cuando los secretarios judiciales aparecen regulados dentro del personal al servicio de la Administración de justicia en el Libro VI de la LOPJ, se ha de dispensar a este Cuerpo de funcionarios dependientes del Ministerio de justicia (aunque las competencias sobre su Estatuto y régimen jurídico puede corresponder, en su caso, a las Comunidades Autónomas, artículo 455 LOPJ), un tratamiento diferenciado respecto del personal de la Secretaría y de los funcionarios y organismos periciales al servicio de la Administración de justicia, tanto por sus conocimientos técnicos como por su carácter de autoridad, como se advierte en el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios judiciales, aprobado por RD 429/1988, de 29 de abril (art. I).

Los secretarios están al frente de las Secretarías que haya en cada Sala o Sección y de la que existe en cada juzgado (art. 28 LOPJ), ejerciendo funciones diversas de asistencia y soporte del cometido atribuido a los jueces y magistrados. Asimismo, pueden los secretarios prestar servicios en los órganos técnicos del Consejo General del Poder Judicial (art. 2 del Reglamento orgánico).

En efecto, la LOPJ, además de reconocer a los secretarios su carácter tradicional de fedatarios públicos y depositarios del poder de documentación (art. 473.1, y art. 6 de su Reglamento orgánico), les asigna cometidos hasta ahora insólitos en nuestro ordenamiento jurídico, pero bien conocidos en otros sistemas: la facultad de ordenación del trámite, mediante diligencias, o las propuestas de resolución de las providencias y de los autos (arts. 288 a 290 LOPJ y art. 7 de su Reglamento).

Las propuestas de providencias y autos se han suprimido de la LEC, pero deben considerarse en vigor al no haberse derogado el correspondiente precepto de la LOPJ.

Junto con estas funciones, el legislador les configura como jefes directos del personal de la Secretaría (art. 473.2 LOPJ) y directores de la oficina judicial (art. 8 de su Reglamento orgánico), lo que debiera haber llevado aparejadas facultades disciplinarias sobre este personal.

También les atribuye la LOPJ la importante función de la guarda y depósito de la documentación y su archivo; la conservación de los bienes y objetos. afectos a las actuaciones judiciales, debiendo responder del depósito de todas las cantidades o valores, y de las consignaciones o fianzas que se produzcan (art. 473.3). A este propósito, el RD 34/1988, de 21 de enero (ver también la Orden de 5 de junio de 1992), ordena que cada secretario abra una cuenta a nombre del juzgado o Tribunal, estando autorizados para disponer de ella el

juez o Presidente del Tribunal y el secretario.

Por último, los secretarios judiciales tienen encomendada la confección de la estadística judicial (art. 473.4 LOPJ).

## **B) Estatuto**

Los secretarios judiciales se integran en un cuerpo único (art. 472 LOPJ), con tres categorías, en el que se ingresa por la tercera (art. 477 LOPJ): los funcionarios de la primera desempeñan sus funciones en el TS y en las Secretarías de Gobierno tanto de la AN como de los TSJ; los de la segunda categoría en todos los Tribunales y en los juzgados servidos por magistrados; los a tercera en los juzgados servidos por jueces (art. 476 LOPJ).

Distinto régimen siguen las Secretarías de los juzgados de Paz; en poblaciones de más de 7.000 habitantes, cuando la carga de trabajo lo exija, la Secretaría será desempeñada por un oficial de la Administración de Justicia; en otro caso, el Ayuntamiento nombrará una persona idónea para el desempeño de este puesto, comunicándolo al Ministerio de justicia para su aprobación (art. 481 LOPJ y art. 50 Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial; ver, asimismo, la STC 62/1990).

Para el ejercicio de tan importantes funciones la LOPJ opta por una adecuada formación, exigiendo la licenciatura en Derecho para el ingreso en el Cuerpo, además de superar las pruebas selectivas y un curso en el Centro de Estudios Judiciales (art. 475).

Los secretarios están sujetos a las mismas causas de incapacidad e incompatibilidades que los jueces; asimismo, rigen para ellos las mismas prohibiciones que para estos últimos, excepción hecha de la relativa a la pertenencia a partidos políticos (art. 474 LOPJ). Su régimen de jubilación ha sido, igualmente, asimilado al que rige para jueces y magistrados (arts. 467 y 474 LOPJ).

Las situaciones administrativas de los secretarios judiciales son también las mismas que las previstas para los jueces: servicio activo, servicios especiales, excedencia voluntaria o forzosa y suspensión.

## **2. LOS OFICIALES, AUXILIARES Y AGENTES**

Los oficiales, auxiliares y agentes de la Administración de Justicia son funcionarios de carrera dependientes del Ministerio de Justicia, sin perjuicio de que las competencias en todas las materias relativas a su Estatuto y régimen jurídico correspondan, en su caso, a las Comunidades Autónomas (art. 455 LOPJ), que integran sendos cuerpos nacionales diferentes. El Reglamento orgánico, común para los tres, ha sido aprobado por el RD 249/1996, de 16 de febrero.

Los oficiales, auxiliares y agentes prestan sus servicios en los juzgados y Tribunales, con cometidos a los que naturalmente vamos a referirnos; también podrán desempeñar sus funciones en el Consejo General del Poder Judicial, en los organismos y servicios de la Administración ' y en las Fiscalías. En los juzgados y Tribunales estarán bajo dirección del secretario, con la superior inspección del juez o Presidente (art. 484 LOPJ).

Su régimen estatutario, en todo lo relativo a adquisición y pérdida de la condición, situaciones administrativas, p ntilias y provisión de vacantes, derechos, deberes e incompatibilidades, escalafón, así como el régimen disciplinario, vienen regulados en el mencionado Reglamento orgánico.

La LO 16/1994, de 8 de noviembre, ha introducido la posibilidad de que las convocatorias de oficiales, auxiliares y agentes puedan ser territorializadas, conforme al artículo 315 LOPJ, de forma que se agrupen las vacantes de uno o varios territorios, coincidentes con el ámbito de cada TSJ (art. 491 LOPJ).

### **A) Oficiales de la Administración de justicia**

Los oficiales de la Administración de justicia son los colaboradores inmediatos de los secretarios judiciales. En este Cuerpo se puede ingresar bien por concurso restringido entre funcionarios del Cuerpo de auxiliares, bien en turno libre mediante pruebas selectivas entre quienes tengan título de bachiller o equivalente (art. 4 Reglamento orgánico).

En especial, les corresponde la tramitación de toda clase de asuntos, asistiendo al juez o al secretario en la redacción de los autos, providencias, diligencias, actas y notas; también autorizan las actas que hayan de extenderse a presencia judicial, así como las diligencias de constancia y comunicación, cuando estuvieren habilitados por el respectivo secretario; efectúan los actos de comunicación que les atribuye la ley; además, sustituyen a los secretarios en los casos prevenidos por las leyes (art. 485 LOPJ y art. 3 Reglamento).

### **B) Auxiliares de la Administración de Justicia**

Los auxiliares de la Administración de justicia trabajan bajo la inmediata dependencia del secretario u oficial. En este Cuerpo se puede ingresar bien por concurso restringido entre funcionarios del Cuerpo de agentes judiciales, bien en turno libre mediante pruebas selectivas entre quienes tengan título de graduado escolar o equivalente (art. 10 Reglamento orgánico).

Tienen encomendada la función de colaborar en el desarrollo general de la tramitación procesal mediante la transcripción de textos; realizan funciones de registro; tareas ejecutivas no resolutorias, y los actos de comunicación que les atribuya la ley y no estén encomendados a otros funcionarios; también podrán sustituir a los oficiales (art. 486 LOPJ y art. 9 Reglamento).

### **C) Agentes judiciales**

Los agentes de la Administración de Justicia tienen el carácter de agentes de la Autoridad cuando actúan como policía judicial, bajo la dependencia del juez o Tribunal en las diligencias a las que éstos asistan personalmente y en todas las demás en que sea precisa su intervención, sin perjuicio de las funciones que competen a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la averiguación del delito y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes (art. 15.1 y 2.d Reglamento orgánico).

Además de la referida función de policía judicial, les corresponden las funciones de guardar y hacer guardar sala; ejecutar los embargos, lanzamientos y demás actos cuya naturaleza exija su intervención; realizar actos de comunicación no encomendados a otros funcionarios, y ejercer funciones de vigilancia, custodia, porteo y otras análogas relacionadas con su función (art. 487 LOPJ y 15.2-4 Reglamento).

### **3. LOS MÉDICOS FORENSES**

Los médicos forenses constituyen un cuerpo titulado superior integrado por licenciados en medicina, al servicio de la Administración de justicia y a las inmediatas órdenes de los jueces, Tribunales, fiscales y encargados del Registro Civil, sin perjuicio de su dependencia del Director del Instituto de Medicina Legal correspondiente (arts. 497 y 499 LOPJ).

Desempeñan las funciones de asistencia técnica a los órganos jurisdiccionales, a las fiscalías y a las oficinas del Registro Civil en las materias propias de su disciplina profesional en sus diversas especialidades. En tal concepto les corresponde la asistencia o vigilancia facultativa a los detenidos, lesionados o enfermos que se encontraran bajo la jurisdicción de los jueces, Tribunales o fiscales (art. 498 LOPJ), así como la intervención en materia de nacimientos y defunciones o la asistencia a los menores concernidos en los procedimientos que se siguen ante los juzgados de Menores. El RD 296/1996, de 23 de febrero, aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Médicos Forenses, posibilitando la asunción de competencias por parte de las CCAA.

En este Cuerpo de médicos forenses se han integrado los médicos del Registro Civil, cuyo Cuerpo se declaró extinguido, y los de la también extinguida Escala de médicos de la Obra de Protección de Menores, en virtud de lo dispuesto en la LO 7/1992, de 20 de noviembre, y en el RD 181/1993, de 9 de febrero.

### **4. OTRAS INSTITUCIONES PERICIALES**

#### **A) El Instituto de Toxicología**

El Instituto de Toxicología es un órgano técnico que tiene como misión auxiliar a la Administración de Justicia. Está adscrito al Ministerio de Justicia y

en el ejercicio de sus funciones técnicas tiene carácter independiente, emitiendo los informes de acuerdo con las reglas de investigación científica que sean del caso (art. 505.1 y 2 LOPJ).

Sus funciones son las de emitir los informes y dictámenes que les sean solicitados por los órganos jurisdiccionales y por los fiscales, así como practicar los análisis e investigaciones toxicológicas que ordenen los médicos forenses, las autoridades judiciales o gubernativas, o el Ministerio Fiscal (art. 505.3 LOPJ).

## **B) Los Institutos de Medicina Legal**

Los Institutos de Medicina Legal son centros que radican en aquellas capitales de provincia en las que tengan su sede un Tribunal Superior de justicia, o alguna de sus Salas, y haya en dicha capital Facultad de Medicina Legal, con el ámbito que reglamentariamente se establezca por el Gobierno a propuesta del Ministerio de justicia, o en su caso, de la Comunidad Autónoma afectada con competencias en la materia (art. 504.1 LOPJ y art. 2 del Reglamento de los Institutos de Medicina Legal, aprobado por RD 386/1996, de 1 de marzo).

En estos Centros prestan sus servicios los médicos forenses que sean necesarios para cubrir las necesidades de todos los órganos judiciales de la demarcación correspondiente. Además, en los Institutos Regionales prestarán servicios los que ejerzan docencia en el Departamento o Arca de conocimiento de Medicina Legal (art. 504.2 LOPJ y art. 12 del Reglamento).

Además de los médicos forenses, prestarán servicio en los Institutos de Medicina Legal diplomados universitarios en enfermería o ayudantes técnicos sanitarios seleccionados específicamente para estos Centros y, asimismo, podrán existir auxiliares también específicos, todo ello sin perjuicio de que se destinen a ellos también tanto auxiliares como agentes de la Administración de Justicia (art. 506 LOPJ y art. 10 Reglamento -personal de los Institutos de Medicina Legal-).

## **C) Otros organismos**

Además de los referidos, debe hacerse alusión a otros organismos que sin estar concebidos como órganos permanentes al servicio de la Administración de justicia, prestan auxilio a la función judicial en todos los casos en que son requeridos a tal fin. Entre ellos cabe citar al Instituto Nacional de Medicina y Seguridad del Trabajo, dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y la Oficina de Interpretación de Lenguas, radicada en el Ministerio de Asuntos Exteriores.

## **5. LA POLICÍA JUDICIAL**

## **A) Concepto**

La Constitución, además de encomendar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dependientes del Gobierno la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana (art. 104), dispone que la policía judicial depende de los jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca (art. 126).

Por tal razón, la LOPJ (art. 443) reitera que la función de la policía judicial comprende el auxilio a los juzgados y Tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes. Esta definición legal comprende en el concepto de policía judicial una parcela del quehacer policial, pero deja fuera de tal consideración otras actividades de auxilio y cooperación con la Administración de justicia tanto en los demás órdenes jurisdiccionales como en el propio orden penal.

Por tanto, en el diseño constitucional, la policía judicial es una policía para el enjuiciamiento penal, en el desempeño de funciones que se inscriben dentro del proceso penal, bien por medio de actuaciones preliminares, bien a través de diligencias practicadas en el curso del proceso.

Para cumplir con su cometido, la policía judicial ha de depender de los órganos jurisdiccionales y de los fiscales. La articulación de esta dependencia ha desatado desde antiguo una viva polémica, entre quienes son partidarios de una dependencia absoluta (orgánica y funcional) de las autoridades judiciales y fiscales, y quienes optan por una doble dependencia (orgánica del Ministerio del Interior, y funcional de los jueces, tribunales y fiscales). Esta es la solución a la que, al amparo de la habilitación constitucional, ha llegado el legislador español (art. 444 LOPJ y art. 31 LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad).

En realidad la solución de una dependencia absoluta de los jueces, magistrados y fiscales y una correlativa desvinculación de las autoridades policiales y de los responsables políticos convertirían a la policía judicial en un cuerpo que estaría regido por el Ministerio Fiscal y por más de tres mil jueces, pues, a cada uno ellos, en cuanto titulares de un órgano jurisdiccional, y no al Poder judicial en su conjunto, ni al Consejo General del Poder Judicial, han de auxiliar en el ejercicio de sus funciones, y en ese caso cada juez y cada fiscal habría de ser el mando superior de los miembros de cuerpos jerarquizados, del Cuerpo Nacional de Policía o de la Guardia Civil, en cuanto conservan desde luego su condición policial.

## **B) Las Unidades orgánicas y adscritas**

Tanto la LOPJ (art. 444) como la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 30), dispusieron la organización de Unidades de

Policía judicial por el Ministerio del Interior con funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil que contaran con la oportuna formación especializada. El diseño orgánico de la policía judicial se realiza definitivamente en el RD 769/1987, de 19 de junio, a base de Unidades Orgánicas y de Unidades adscritas, con un concepto estricto y especializado de la policía judicial.

Con esta nueva visión de la policía judicial se rompe con una tradición de más de un siglo, consagrada en la LECrim, según la cual policía judicial era todo el funcionario -o incluso quien sin serlo- que desempeñaba alguna función que directamente o indirectamente guardara relación con la seguridad de las personas o de los bienes (art. 283 LECrim).

De aquí que al haberse acogido un criterio diferente, con una concepción estricta de la policía judicial, ha de entenderse derogado este precepto procesal.

a) Las Unidades Orgánicas de Policía Judicial se establecen atendiendo a criterios territoriales sobre la base provincial, y de especialización delictual o de técnicas de investigación, con carácter permanente y especial.

Los funcionarios que las integran desempeñan estas funciones con exclusividad, sin perjuicio de que puedan desarrollar también otras misiones policiales cuando las circunstancias lo requieran. Estos funcionarios no podrán ser removidos o apartados de la investigación concreta que se les hubiese encomendado si no es por decisión o con autorización del juez o fiscal competente (arts. 446.2 LOPJ y 16 RD 769/1987).

b) Cuando las circunstancias lo exigieran se constituirán Unidades Adscritas de Policía judicial, que forman parte de las Unidades Orgánicas provinciales, en cuya estructura se incardinan y de cuyos medios materiales y humanos se surten.

Las Unidades Adscritas tendrán su sede en las propias dependencias judiciales o fiscales y, si bien quedan asignadas a los respectivos Decanatos a los efectos de coordinación general, dependen directamente de cada órgano jurisdiccional y, de modo especial, del juzgado de Guardia y Fiscal de d Guardia.

A la vista de las funciones de asistencia inmediata y directa de estas Unidades a " los Tribunales y Fiscalías, parece lógico convenir en que, cuando la actuación encomendada exceda de un corto período de tiempo (dos o tres días), se debe canalizar la actuación policial a través de la Unidad Orgánica.

c) Junto con las Unidades de policía judicial, la LOPJ dispone que las funciones de esta naturaleza habrán de desempeñarlas también, cuando fueran requeridos para ello, todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno como de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias (art. 443). Se trata, pues, de una participación de cualquier

funcionario policial en las funciones de policía judicial en colaboración con las Unidades de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (arts. 29.2 y 38.2 de la LO 2/1986).

### **C) Actuaciones**

Según anteriormente se indicó, las actuaciones de policía judicial pueden tener lugar a requerimiento de las autoridades judiciales o fiscales, o por propia iniciativa de los funcionarios policiales. a) Cuando las Unidades de Policía judicial practiquen las diligencias a requerimiento de la autoridad judicial o fiscal habrán de ajustarse a lo ordenado en el mandamiento, siempre que éste respete el ámbito de competencias que son propias de cada cuerpo policial (art. 443 LOPJ).

Concretamente las Unidades Adscritas tienen encomendadas las siguientes funciones: inspecciones oculares; aportación de primeros datos, averiguación de domicilios y paraderos y emisión de informes de solvencia o de conducta; emisión de informes periciales provisionales urgentes; intervención técnica en el levantamiento de cadáveres; recogida de pruebas; actuaciones de inmediata intervención, y cualquier a otra de similar naturaleza, así como la ejecución de órdenes inmediatas de presidentes, jueces y fiscales (art. 28 RD 769/1987).

b) Los funcionarios integrantes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, podrán realizar diligencias de investigación por iniciativa propia previamente a la apertura de actuaciones judiciales, debiendo actuar entonces bajo la dependencia del Ministerio Fiscal, a quien deberán dar inmediata cuenta de tales investigaciones.

## **LECCIÓN 16. EL MINISTERIO FISCAL**

### **1. CONCEPTO Y NATURALEZA**

a) El Ministerio Fiscal es un órgano del Estado que tiene constitucionalmente encomendada la promoción de la justicia por medio de órganos propios para cumplir funciones muy diversas. Ésta es la nota fundamental que caracteriza al Ministerio Fiscal y le diferencia de otros órganos públicos: su cometido consiste en el ejercicio de acciones, en la iniciativa procesal, y en la actuación ante los juzgados y Tribunales, a través de sus propios órganos.

Históricamente, el MF representó en el proceso los intereses y asuntos del Rey, e inevitablemente estas personas acabaron convirtiéndose en una suerte de funcionarios, cuya presencia permitía formalmente un enjuiciamiento imparcial, ya que se lograba diferenciar a la parte procesal de la persona que debía juzgar, aun cuando ambos tuvieran en el Monarca absoluto su legitimidad.

Durante el siglo XIX, y desde el Reglamento provisional para la Administración de justicia de 1835, se estructura ya en nuestro país el MF con una organización suficientemente sólida, desligándose en 1886 de la responsabilidad de defender los intereses del Fisco, ya que el RD de 16 de marzo de ese año atribuye al Cuerpo de Abogados del Estado la defensa de la Hacienda y de la Administración Pública.

La reciente historia del MF en España ha estado marcada por su paso a través del régimen franquista, como casi todas las instituciones que tenían que ver con el Poder Ejecutivo. La dictadura había hecho del MF un mero ejecutor de órdenes (lo cual, desde luego, no era patrimonio exclusivo del MF), de donde la crítica a su configuración y a su papel en el Estado se había generalizado, incluso por quienes defendieron poco antes justamente lo contrario.

Por esa razón, la CE reconoce específicamente este órgano en el art. 124, como lo hacen las recientes Constituciones europeas; pero se ve incapaz de perfilar de un modo nítido sus contornos, en particular, su posición en el juego de poderes y -el papel que debe desempeñar en el Estado social y democrático de Derecho, y eso otorga, por su parte, un amplio margen de decisión al legislador ordinario.

b) La naturaleza del MF, y su incardinación como órgano del Estado en el esquema de poderes, ha suscitado entre nosotros una viva controversia.

Dadas las dificultades que se advierten en la tarea, entre otras cosas por la indefinición de nuestro texto constitucional y partiendo de las normas positivas, cabría utilizar un método de exclusión para analizar la naturaleza del MF, empezando por determinar lo que el MF no es.

- En primer lugar, el MF no es Poder Judicial. Por más que el Estatuto Orgánico del MF (EOMF), aprobado por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, proclame que el MF está integrado con autonomía funcional en el Poder judicial (art. 2), lo cierto es que realmente el MF no es parte del Poder Judicial, ni cabe una tal integración si se quiere que la expresión legal sea algo más que una declaración retórica.

El MF no ejerce potestad jurisdiccional alguna; de una parte, porque la justicia se administra por los jueces y magistrados (art. 117.1 CE), y el ejercicio de la jurisdicción se atribuye en exclusiva a los juzgados y Tribunales (art. 117.3 CE); de otra parte, porque entre las funciones encomendadas al MF no se incluye el juzgar ni el hacer ejecutar lo juzgado, definición de la jurisdicción y nota esencial definitoria del Poder Judicial.

Las funciones que la CE encomienda al MF tienen que ver desde luego con la Administración de justicia (ha de «promover la acción de la justicia»), pero su papel es diferente al quehacer de los órganos jurisdiccionales; de aquí que no exista ningún género de subordinación con ellos (no está al servicio de la Administración de justicia), y que sus funciones guarden más semejanzas con las propias de otros órganos de postulación, de los que no se predica ninguna suerte de «integración con autonomía funcional» en el Poder Judicial.

- Por otra parte, tampoco puede decirse que el MF se integre en el Poder Legislativo, ya que carece de toda vinculación con las Cortes Generales.

- Finalmente, no puede concebirse en modo alguno al MF como un órgano independiente y ajeno a los distintos poderes del Estado, que represente por sí mismo un Poder, una especie de cuarto poder desvinculado de los demás, entre otras razones porque el MF no detenta en exclusiva potestad alguna, ya que la postulación procesal se atribuye a todas las partes procesales, sean públicas o se trate de particulares.

- Así pues, como resultado del análisis en negativo acerca de la naturaleza del MF, resta sólo considerar si este órgano del Estado se podrá inscribir en el entorno del Poder Ejecutivo.

Ante todo no puede perderse de vista a este respecto que, por imperativo constitucional, el MF tiene órganos propios, a través de los cuales actúa; de aquí que, en todo caso, resulte obligado entender que el MF, siendo un órgano del Estado que no pertenece ni al Poder Legislativo ni al Poder judicial, se encuentra fuera también de la estructura orgánica de la Administración del Estado.

Esta característica, que sin duda singulariza al MF, no permite sostener, sin embargo, que también se halle absolutamente fuera del Poder Ejecutivo; que no exista ningún género de vinculación o dependencia respecto del Gobierno.

En efecto, la previsión constitucional sobre el nombramiento del Fiscal General del Estado, la cúspide de la organización del MF, que se rige por el

principio de dependencia jerárquica, debe ser determinante; y la CE dispone que el Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el CGPJ (art. 124.4). El papel que desempeña el Gobierno resulta, pues, decisivo, en la medida en que tiene en su mano la designación de quien dirige el MF y ostenta su jefatura superior y su representación en todo el territorio español (art. 22.2 EOMF). En razón de lo expuesto, parece abonado considerar que el MF está más próximo al Poder Ejecutivo que al judicial.

El MF es un órgano del Estado, de naturaleza administrativa y no judicial, que se encuentra, sin embargo, fuera de la organización administrativa establecida para el ejercicio de las funciones del Gobierno; por su parte, el MF tampoco depende del Gobierno, sino que opera con autonomía funcional respecto del mismo.

Cuanto se acaba de decir no obsta para que el Gobierno pueda interesar del MF que promueva ante los órganos del Poder judicial las oportunas acciones en defensa del interés público (art. 8 EOMF), o que el Fiscal General del Estado deba elevar al Gobierno una Memoria anual e informarle cuando éste lo interese respecto de los asuntos en que intervenga el MF (art. 9.1 y 2).

Esta disposición ha sido criticada por quienes pretenden diseñar al MF como órgano independiente y formando parte del Poder Judicial; una especie de magistratura postulante sin ningún género de vinculación con el Poder Ejecutivo. El rechazo a las comunicaciones del Gobierno con el MF, interesándole el ejercicio de acciones, olvida el diseño constitucional, no sólo en punto a la norma relativa a la designación del Fiscal General del Estado, sino también en lo que se refiere a la responsabilidad atribuida al Gobierno de dirigir la política interior (art. 97 CE).

En esta responsabilidad de dirección de la política interior se incluye tanto la determinación de las acciones administrativas tendentes a satisfacer el interés público que en cada momento se entienda como prevalente, como también la definición de la política criminal, uno de los campos en que el MF tiene una intervención más relevante.

Sin embargo, lo cierto es que el Gobierno carece de cualquier tipo de órgano propio, desde la perspectiva constitucional, que específicamente le permita intervenir ante los Tribunales en defensa de estos intereses.

Por tales motivos, el MF está llamado a promover la acción de la justicia, a través de sus propios órganos, en defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, pero también de los intereses públicos y pretendiendo la satisfacción del interés social (art. 124.1 CE).

Finalmente, si se sostuviera la independencia del MF, y dada la función de defensa de los intereses públicos y la satisfacción del interés social que el MF tiene encomendada, ciertamente quedarían en manos de unos funcionarios de carrera, autónomos y exentos de toda responsabilidad política, la labor de

definir caso a caso el contenido de conceptos (como el de «intereses públicos» o «interés social») cuya integración es evidentemente de contenido y de decisión política, lo que abona desde luego la postura antes mantenida.

## 2. FUNCIONES

La CE encomienda al MF funciones muy diversas, siempre a través del ejercicio de las oportunas acciones ante los órganos del Poder judicial, que es su único campo de actuación. Así, deberá defender la legalidad, los derechos de los ciudadanos, el interés público tutelado por la ley y la satisfacción del interés social, así como velar por la independencia de los Tribunales (art. 124.1 CE). Estos cinco cometidos genéricos se concretan en el EOMF en una serie de funciones.

a) Como *defensor de la legalidad* le corresponde al MF:

- Velar para que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes (art. 3.1 EOMF).
- Velar por el respeto de las instituciones constitucionales (art. 3.3 EOMF).
- Tomar parte, en defensa de la legalidad, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley (art. 3.6 EOMF).
- Intervenir en los procesos ante el TC en defensa de la legalidad (arts. 35.2 y 37 LOTC, y art. 3.12 EOMF).
- Intervenir en defensa de la legalidad en los procesos judiciales de amparo (art. 3. 11 EOMF).
- Defender la legalidad en los procesos contencioso-administrativos que prevén su intervención (art. 3.14 EOMF).

b) Como *defensor de los derechos de los ciudadanos* al MF le corresponde:

- Velar por el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa (art. 3.3 EOMF).
- Asumir o, en su caso, promover la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes no puedan actuar por sí mismos por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, así como promover la constitución de organismos tutelares (arts. 203, 213, 228, 294, 299 bis y 300 CC; disp. ad. 62 y 82 Ley 30/1981, de 7 julio; Ley de Protección del Menor, y art. 3.7 EOMF).
- Interponer el recurso de amparo constitucional (arts. 162.11) CE; 46 LOTC, y 3.12 EOMF).

c) Como *defensor del interés público tutelado por la ley y de la satisfacción del interés social* le corresponde:

- Tomar parte en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley (art. 3.6 EOMF).

- Velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social (art. 3.9 EOMF).

d) En su función de *salvaguarda de la independencia de los tribunales* corresponde al MF:

- Ejercer cuantas acciones le atribuya la ley en defensa de esta independencia (art. 3.2 EOMF).

- Mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los jueces y Tribunales, promoviendo o interviniendo en los conflictos de jurisdicción o de competencia y en las cuestiones de competencia (arts. 9.6, 43, 45 a 47 y 52 LOPJ, y art. 3.8 EOMF); a este fin, podrá pedir información de los hechos que hubieran dado lugar a cualquier tipo de procedimiento si la competencia puede ser de un órgano distinto (art. 4.1 EOMF).

e) Intervención del MF *en el proceso penal*. Una de las funciones más relevantes del MF es su decisiva intervención a lo largo de todo el proceso penal, tanto en defensa de la legalidad, como de los derechos de los ciudadanos, como del interés público.

- En primer lugar, podrá recibir denuncias y practicar diligencias para el esclarecimiento de los hechos, a cuyo fin depende de él la Policía Judicial (arts. 773.2 LECrim; 3.5 y 5 EOMF; 126 CE, y 30.2 Ley 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad).

En realidad debería otorgarse un mayor protagonismo al MF en la investigación de los hechos delictivos, no ya sólo porque el cometido que ahora se hace recaer sobre el juez de Instrucción es ajeno a la función jurisdiccional, cuanto también porque la instrucción debe estar encaminada a preparar el juicio para solicitar la condena de quien el MF reputa culpable o para, en virtud de los principios de legalidad e imparcialidad, oponerse a la acusación indebidamente formulada.

- Le corresponde ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos o faltas u oponerse a las ejercitadas por otros (arts. 105 y 108 LECrim y 3.4 EOMF).

- Se le encomienda la inspección directa de los sumarios por delitos públicos, debiendo darles los instructores las noticias que les pidieren, sin que pueda declararse secreto el sumario para ellos (arts. 302, 306 y 324 LECrim).

- Intervendrá en el proceso penal, instando la adopción de las medidas

cautelares que procedan y la práctica de diligencias (art. 3.5 EOMF). Asimismo, la Fiscalía especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas intervendrá en los procedimientos penales por estos delitos, y coordinará las actuaciones de las distintas Fiscalías en orden a la prevención y represión de los mismos (art. 18 bis EOMF). Lo propio sucede con los delitos económicos relacionados con la corrupción, de especial trascendencia (art. 18 ter EOMF).

- Formulará, en su caso, escrito de acusación o de calificaciones (arts. 649 y 781.1 LECrim).

- Ejercerá el control de la ejecución de la sentencia condenatoria (arts. 3.9 y 4.2 EOMF).

f) Intervención del MF en los procesos para exigir *responsabilidad penal a los menores*. Para la defensa de los derechos de los menores dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará a la policía judicial que practique las actuaciones para comprobar los hechos y la participación de los menores, impulsando el procedimiento (art. 6 LO 5/2000, de 12 de enero). Deberá el MF instar la imposición de medidas (art. 8).

Marca esta LO un punto de inflexión importante en el papel que ha de desempeñar el MF en los procesos penales, pues incoa el expediente, se ponen a su disposición los detenidos, puede ordenar el desistimiento de la incoación o el sobreseimiento, de modo que, salvo la intervención judicial cuando queden afectados derechos fundamentales, el MF asume las funciones instructoras hasta ahora reservadas a los miembros del Poder Judicial.

### **3. PRINCIPIOS DE ORGANIZACIÓN**

De entre los cuatro principios para el ejercicio de las funciones del MF que contiene el art. 124.2 de la CE, es lo cierto que dos de ellos, los de unidad de actuación y dependencia jerárquica, son en realidad principios de organización o, si se quiere, de estructura del MF, en tanto que nos encontramos ante verdaderos principios de actuación cuando se alude a la legalidad e imparcialidad.

- Le corresponde ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos o faltas u oponerse a las ejercitadas por otros (arts. 105 y 108 LECrim y 3.4 EOMF).

- Se le encomienda la inspección directa de los sumarios por delitos públicos, debiendo darles los instructores las noticias que les pidieren, sin que pueda declararse secreto el sumario para ellos (arts. 302, 306 y 324 LECrim).

- Intervendrá en el proceso penal, instando la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de diligencias (art. 3.5 EOMF). Asimismo, la Fiscalía especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas intervendrá en los procedimientos penales por estos delitos, y coordinará las

actuaciones de las distintas Fiscalías en orden a la prevención y represión de los mismos (art. 18 bis EOMF). Lo propio sucede con los delitos económicos relacionados con la corrupción, de especial trascendencia (art. 18 ter EOMF).

- Formulará, en su caso, escrito de acusación o de calificaciones (arts. 649 y 781.1 LECrim).

- Ejercerá el control de la ejecución de la sentencia condenatoria (arts. 3.9 y 4.2 EOMF).

f) Intervención del MF en los procesos para exigir *responsabilidad penal a los menores*. Para la defensa de los derechos de los menores dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará a la policía judicial que practique las actuaciones para comprobar los hechos y la participación de los menores, impulsando el procedimiento (art. 6 LO 5/2000, de 12 de enero). Deberá el MF instar la imposición de medidas (art. 8).

Marca esta LO un punto de inflexión importante en el papel que ha de desempeñar el MF en los procesos penales, pues incoa el expediente, se ponen a su disposición los detenidos, puede ordenar el desistimiento de la incoación o el sobreseimiento, de modo que, salvo la intervención judicial cuando queden afectados derechos fundamentales, el MF asume las funciones instructoras hasta ahora reservadas a los miembros del Poder Judicial.

### **3. PRINCIPIOS DE ORGANIZACIÓN**

De entre los cuatro principios para el ejercicio de las funciones del MF que contiene el art. 124.2 de la CE, es lo cierto que dos de ellos, los de unidad de actuación y dependencia jerárquica, son en realidad principios de organización o, si se quiere, de estructura del MF, en tanto que nos encontramos ante verdaderos principios de actuación cuando se alude a la legalidad e imparcialidad.

### **4. PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN**

#### **A) Legalidad. La oportunidad reglada**

Por el principio de legalidad, como dispone el art. 6 del EOMF, éste ha de irle actuar sujetándose a lo dispuesto en la CE, en las leyes y en el resto del ordenamiento jurídico, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente promovidas, de acuerdo con lo que dispongan las leyes.

El MF ha de actuar pues como defensor de la legalidad, ajustándose escrupulosamente a lo exigido por el ordenamiento jurídico, que tanto supone actuar en la posición actora cuanto en la posición de parte pasiva, en función de los requerimientos de este principio de legalidad para cada caso concreto.

La vigencia del principio de legalidad no impide ni contradice la posibilidad de implantación de una oportunidad reglada en el proceso penal, sobre todo para la persecución de los delitos menos graves (GIMENO).

## **B) Imparcialidad**

Por el principio de imparcialidad, el MF actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados (art. 7 EOMF).

Aun cuando pueda parecer contradictorio en sus propios términos, ya que ser imparcial significa no ser parte y por definición el MF interviene en el proceso precisamente en una posición de parte, la vigencia del principio de imparcialidad del MF supone la ausencia de implicación directa o indirecta del funcionario del MF en el caso concreto en que debe actuar.

Por esa contradicción la ley no prevé ni permite la recusación del MF, porque es una parte procesal, pero sí exige la abstención del funcionario en quien concurra una causa de las que dan lugar a esta misma decisión en el personal judicial; y para el caso de que el funcionario concernido no se abstuviera, las partes podrán acudir a su superior, interesando de él que ordene su no intervención en el proceso (art. 28 EOMF).

## **5. ORGANIZACIÓN Y ESTATUTO DE LOS MIEMBROS DEL MINISTERIO FISCAL**

### **A) Organización del Ministerio Fiscal**

El MF se estructura a través de una serie de órganos propios que van desde el Fiscal General del Estado a las Fiscalías de las Audiencias Provinciales, estableciéndose la plantilla orgánica por RD 298/1996, de 23 febrero.

Son órganos del MF: el Fiscal General del Estado; el Consejo Fiscal, regulado por el RD 437/1983; la junta de Fiscales de Sala; la Fiscalía del TS; la Fiscalía ante el TC; la Fiscalía de la AN; la Fiscalía especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas; la Fiscalía especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción; las Fiscalías de los TSJ; las Fiscalías de las AP. La Fiscalía del Tribunal de Cuentas se rige por lo dispuesto en la LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (art. 12 EOMF).

### **B) Estatuto de los miembros del Ministerio Fiscal**

a) El Estatuto de los miembros del MF, se caracteriza esencialmente por su similitud con el establecido para los jueces y magistrados, de tal forma que en

lo que se refiere, v.gr., a las situaciones administrativas, el EOMF (art. 47) se limita a hacer una expresa remisión en bloque a lo dispuesto en la LOPJ para aquéllos.

b) Al igual que sucede en la carrera judicial, la carrera fiscal está formada por las diversas categorías de fiscales que forman un Cuerpo único, organizado jerárquicamente (art. 32 EOMF). La carrera fiscal consta de tres categorías: Fiscal de Sala del TS, Fiscal y Abogado-Fiscal (art. 34 EOMF) .

Para ingresar en la carrera fiscal se exige ser español, mayor de dieciocho años, doctor o licenciado en Derecho y no hallarse comprendido en ninguna de las incapacidades establecidas en el Estatuto (art. 43 EOMF). Las causas de incapacidad son la falta de aptitud física o intelectual; la condena por delito doloso hasta tanto se obtenga la rehabilitación, y la declaración de quiebra o concurso hasta que se obtenga la rehabilitación (art. 44 EOMF).

El ingreso en la carrera judicial tiene lugar a través de la oposición libre en todo caso (art. 42 EOMF), y el régimen de incompatibilidades que se establece es similar al previsto para los jueces y magistrados (arts. 57 y 58 EOMF).

c) La condición de fiscal se pierde por renuncia; pérdida de la nacionalidad española; sanción disciplinaria de separación del servicio; pena de inhabilitación para cargos públicos, o haber incurrido en una causa de incapacidad (art. 46 EOMF).

d) Aunque para los fiscales no tenga sentido alguno, y sin embargo encuentren una justificación suficiente en su aplicación a los jueces y magistrados, la CE establece ciertas prohibiciones a los miembros del MF para el ejercicio de derechos reconocidos al resto de los ciudadanos: no podrán los fiscales en activo pertenecer a partidos políticos o sindicatos (art. 127.1 CE). En esta misma línea, el EOMF (art. 59) les impide dirigir felicitaciones o censuras a los poderes públicos o a Corporaciones Oficiales, y a las autoridades o funcionarios, así como concurrir a actos o reuniones públicas con carácter o atributos oficiales.

Como contrapartida por la prohibición constitucional de pertenecer a sindicatos, el propio art. 127.1 de la CE prevé que la ley establezca el sistema y modalidades de asociación profesional. El EOMF, reconociendo el derecho de libre asociación profesional de fiscales, dedica el art. 54 a la regulación del régimen jurídico de estas asociaciones, otorgándoles personalidad jurídica previa inscripción en el Registro que a tal efecto se ha de llevar en el Ministerio de Justicia. Las asociaciones podrán tener como fines lícitos la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos, así como la realización de actividades encaminadas al servicio de la Justicia.

e) También regula el EOMF el régimen de responsabilidad personal de los miembros del MF, remitiendo a la LOPJ en lo que se *refiere a* la exigencia de las responsabilidades de orden civil o penal en que pudieran incurrir (art. 60 EOMF).

f) En cuanto a la responsabilidad disciplinaria (arts. 61 a 70), el EOMF sigue un régimen similar al previsto para jueces y magistrados, si bien tipifica como

falta muy grave o grave, según los casos, el incumplimiento de las órdenes recibidas de los superiores, infracción que es naturalmente extravagante al personal judicial.

Por otra parte, suprime la sanción de traslado forzoso, ya que en virtud del principio de dependencia jerárquica, el traslado puede producirse no sólo por simple petición propia, como consecuencia de una promoción, o por incurrir en incompatibilidad relativa, sino también por disidencias graves con el Fiscal Jefe o con el Tribunal, en estos últimos casos, previo expediente contradictorio y con informe favorable del Consejo Fiscal (arts. 39 y 40).

## **LECCIÓN 17. LOS ABOGADOS Y PROCURADORES**

### **1. LA POSTULACIÓN**

El proceso no es un mecanismo tan económico ni tan fácil que pueda ser utilizado indiscriminadamente por los ciudadanos sin frenos ni cortapisas. Ni el aparato estatal judicial puede estar y funcionar al socaire de instituciones jurídicas más o menos fundadas de los ciudadanos, inexpertos en Derecho, ni la organización de ese aparato, cuyo fin es la tutela de los derechos, está *exenta* de dificultades hasta el punto que lo hacen en teoría y en la práctica algo completamente inaccesible y lejano al entendimiento medio del ciudadano.

Si todo ciudadano, por el mero hecho de tener personalidad y capacidad, pudiera dirigirse al Estado (juez) en busca de la protección de lo que dice son sus derechos, se conseguirían fundamentalmente dos cosas: convertiríamos a la Administración de justicia en un consultorio jurídico, sin eficacia práctica alguna, saturando su actividad y malgastando su técnica cara y difícil de conseguir; y dejaríamos por el camino no pocos derechos arruinados y desprotegidos por la ignorancia de su existencia, por lo que, a la postre, el Estado sufriría una enorme pérdida.

La recta utilización de la Administración de justicia por el ciudadano exige, pues, encauzar su uso. Cabe decir, además, que la complejidad de los mecanismos procesales, pensados como métodos eficaces de la protección jurisdiccional de los derechos e intereses de los ciudadanos, son por fuerza desconocidos por éstos, que no tienen los conocimientos técnicos y depurados por especialistas a lo largo de años de estudio y tradición.

De aquí que nuestro Derecho exija, para acceder a la justicia, la capacidad de postular, de debatir o de solicitar.

Normalmente el ciudadano no tiene esa capacidad de postular, por lo que de no suplirla por quien la tenga, no podrá acudir a los jueces y tribunales en busca de protección jurídica. Los mismos argumentos que fundamentan que el ciudadano no tenga esa capacidad, determinan que sea suplida por personas o instituciones que la tienen en razón de sus conocimientos técnicos. O dicho de otra manera, sólo pueden suplir la incapacidad de postular aquellos que tienen y puedan tener los conocimientos técnicos necesarios para saber, en un caso concreto, manejar los mecanismos procesales y discernir, ante el estudio del caso, los supuestos en los que existe realmente un derecho violado o donde puede existir un interés jurídico pretendido, de aquellos otros en donde realmente lo que hay es un capricho o arbitrariedad *exenta* de cualquier fundamentación jurídica.

En una sociedad complicada y tecnificada como es la nuestra, esa capacidad no se puede obtener sino con la profesionalización de los conocimientos y técnicas; en otros términos, no sólo el camino de la obtención de los

conocimientos es lógicamente el profesionalizarlos, sino que la seguridad y la certeza jurídicas, que priman en la actuación estatal, no pueden dejar de imponer la profesionalización para revestir a una determinada persona de la presunción de capacidad técnica y de conocimientos. De nada valdría privar de capacidad de postular a los ciudadanos, al socaire de la carencia de conocimientos y técnica, si permitiéramos que esa capacidad la tuviera cualquiera con sólo demostrar en el caso concreto que los tiene y posee; el mecanismo, necesario por fuerza, de su comprobación caso por caso sumiría a la Administración de justicia en la incerteza y en la inseguridad, en el caos y en la inoperancia.

Por consiguiente, no parece haber más camino que concretar tal facultad de postulación en un grupo de profesionales, los que por su preparación y titulación es de presumir que tienen los conocimientos y la técnica necesarios para solicitar y acceder con garantías al mecanismo judicial de protección jurídica. Estos son los abogados y los procuradores. La insistencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial en utilizar el término profesión (y derivados) en los arts. 436 y siguientes, es buena prueba de la intención y deseo del legislador de solucionar el problema a través de la profesionalización de los conocimientos y técnicas precisas para poder postular, deseo, por otra parte, explícito en la Constitución (art. 24.2).

## **2.EL SISTEMA DUAL DE LA POSTULACIÓN: REPRESENTACIÓN Y DEFENSA. PROCURADOR Y ABOGADO**

Nuestro ordenamiento jurídico procesal ha escogido, al igual que otras legislaciones, un sistema dual en modo tal que la postulación descansa en dos tipos de profesionales, tal como ha quedado dicho: el procurador y el abogado (en la terminología de la vigente LOPJ y de la LEC: arts. 23 y 35).

Es inútil buscar en la Ley Orgánica citada una definición clara de esa facultad de postulación y un deslinde preciso de las actuaciones de uno y otro. Recoge la Ley Orgánica una materia ya sabida y tratada por las centenarias leyes procesales y regula, desde esa premisa, con un lenguaje sobrentendido. El abogado (art. 438), es el que ejerce la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos; pero, fuera de eso, nada hay en la Ley Orgánica que indique que estamos ante un principio básico de nuestro ordenamiento procesal, de tal manera que el lector poco avisado podría sacar conclusiones erróneas acerca de la postulación y su sentido.

Por eso, hay que estar a lo establecido en las leyes procesales, y fundamentalmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil, para valorar y dar contenido a eso que llamamos facultad o poder de postular en juicio en la doble vertiente citada.

Dice el art. 23 de la LEC que "la comparecencia en juicio será por medio de procurador", y añade el art. 31 de la LEC que "no podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma del abogado". Es decir:

a) El procurador es el representante de la parte ante el juez, el que pide en nombre de la parte al juez y, por consiguiente, el que recibe actos del juez en nombre de su parte. El art. 28.1 de la-LEC es muy claro en este aspecto; recibe el procurador toda clase de notificaciones que deban hacerse a su parte durante el curso del pleito, realiza cualquier acto de parte (que no sea personalísimo en el sentido de la propia ley), en nombre de ella. El procurador es, pues representante activo y pasivo de la parte en el proceso (art. 28 LEC).

b) Sin embargo, a poco que se medite, esa representación no implica, ni mucho menos, que el procurador tenga la facultad o el poder de postulación; antes al contrario, carece de ella al completo. El art. 31 de la LEC es muy indicativo de lo que decimos; cuando la Ley establece que no podrá proveerse a ninguna solicitud de la parte que no lleve la firma del abogado, lo 'que nos está diciendo es que el procurador en cuanto que representante de la parte, no puede actuar válida y eficazmente sin la asistencia del letrado o abogado, o en otras palabras, que cualquier solicitud escrita u oral de la parte, hecha a través de su procurador, proviene necesariamente del abogado.

Así pues, nuestro ordenamiento jurídico establece un doble freno en lo que se refiere a la posibilidad de acceder a la justicia a los ciudadanos: de una parte, impone, con las excepciones que veremos, que actuemos ante los órganos judiciales por medio de un profesional que llamamos procurador que es el representante legal procesal; de otra, este profesional no puede hacer peticiones al órgano judicial, no puede actuar activamente en el proceso en representación de su parte, si las peticiones no provienen técnicamente de un abogado. Hay, pues, establecido un sistema de postulación en donde se complementan dos profesionales del Derecho: si el ciudadano formalmente necesita del procurador, sustancialmente su protección jurisdiccional depende del abogado.

La LOPJ (art. 436), refuerza el papel complementario del abogado en cuanto que de manera expresa utiliza el término defensa, para referirse a las partes, añadido al de dirección utilizado por la LEC en su art. 10. Si dirigir es un término equívoco, defensa no lo es. Por consiguiente, la actuación del procurador en nombre de la parte en el proceso no tiene sentido, ni eficacia, ni validez alguna sin que venga determinada, expresada y concretada por la actuación profesional de un técnico que recibe el nombre de abogado.

De ahí que el abogado pueda ser sustituido, porque lo importante no es la persona sino sus conocimientos, que siendo técnicos pueden ser aportados por cualquiera de los que se dedican al ejercicio de la profesión de abogado; por esa misma razón, pero en sentido contrario, el procurador no puede ser sustituido en un acto procesal concreto porque la representación en juicio no puede ser dual, ni solidaria ni mancomunadamente.

De lo que acabamos de decir no sólo se deduce que en nuestro ordenamiento la postulación requiere la participación de dos profesionales, sino, fundamentalmente, que la Ley concreta aquélla en la posibilidad de estar

en el proceso en cuanto que se solicita, y en esa posición no se puede participar en el proceso sin la representación del procurador, y no se puede pedir, solicitar o postular, sino a través del abogado. En concreto, que no hay representación válida sino en función de la defensa.

### **3. SUPUESTOS EXCEPCIONALES DE CAPACIDAD DE POSTULACIÓN**

Aun cuando la regla general es que la postulación es una capacidad que hay que suplir de la manera hasta ahora vista, existen ocasiones en las que la ley reconoce a las partes esa capacidad. Si examinamos los supuestos excepcionales que se recogen en nuestras leyes procesales, podríamos llegar a la conclusión de que son casos, en la mayoría de las ocasiones, en los que la baja cuantía del asunto o su insignificancia social indica que o no es fundamental el conocimiento técnico para la tutela efectiva del derecho o del interés, o los gastos que ocasionan estos profesionales, de imponerse a los ciudadanos, haría más que gravoso el ejercicio judicial de los mismos.

La ley, entonces, busca un sistema complicado que puede calificarse de impreciso, pues, *no es del todo claro: existen ocasiones en las que la parte recobra su capacidad total de postulación y otras en las que sólo la recobra parcialmente. De la interpretación de los arts. 23 y 31 LEC podemos decir que en el orden jurisdiccional civil, por ejemplo, no es necesario ni abogado ni procurador en los juicios verbales de una cuantía igual o inferior a 901 €, en la petición inicial de los procesos monitorios y en la solicitud de medidas urgentes con anterioridad al juicio. Se puede intervenir sin procurador, pero será necesaria la intervención de abogado, en los juicios universales cuando se comparezca para presentar títulos de crédito o de derechos o cuando se concurra a las Juntas; igualmente en los incidentes sobre impugnación en materia de asistencia gratuita.*

Por el contrario, se puede actuar sin abogado, pero siempre con procurador, en los escritos de personación o en los de petición de suspensión urgente de vistas y juicios.

La Ley, en el orden jurisdiccional civil, debería haber previsto un sistema homogéneo para uno y otro profesional; no lo ha hecho, sin que ello tenga justificación alguna.

Para el ordenamiento contencioso-administrativo (vid. art. 23 LJCA) la representación ante los órganos unipersonales se puede otorgar tanto al abogado como al procurador. Si el abogado actúa como representante, no es necesario obviamente la presencia del procurador. Ante los órganos colegiados, deberán actuar tanto el abogado como el procurador. No será necesario ni el abogado ni el procurador en los procesos que interpongan los funcionarios (art. 23.3 LJCA) en las cuestiones sobre defensa de los derechos estatutarios cuando se refieran a temas de personal que no impliquen separación de empleados públicos inamovibles.

En el ordenamiento procesal-laboral, no es necesaria la representación por medio de procurador, porque la Ley permite comparecer a las partes por sí mismas o representadas, bien por procurador, por graduado social, o por cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 18 LPL).

Por último, en el orden jurisdiccional laboral, la defensa del abogado es facultativa en los procesos de instancia, no así en los recursos ante el Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia (art. 21 LPL).

En el ordenamiento procesal penal no es preceptiva su intervención en los supuestos de recusación de peritos (art. 469.2 LECrim) y tampoco lo es en los juicios de faltas (art. 962 y ss. LECrim), sólo se establece la excepción a la obligación de intervención de abogado en los juicios de faltas, en cuanto que (art. 962 LECrim) se establece que en la citación que se haga a las partes se indicará que pueden acudir al juicio con la asistencia del abogado.

No existe, sin embargo, en nuestro ordenamiento ningún caso en donde se imponga la presencia del procurador y se permita a la parte defenderse a sí misma. Si la ley no tiene inconveniente en que la parte tenga la plena capacidad de postulación en esos supuestos excepcionales, lo que se explica por las razones anteriormente aducidas, pone especial énfasis en evitar supuestos en donde la presencia obligada del procurador no vaya acompañada de la asistencia del letrado. Y lo hace de forma implícita, en cuanto no existen casos en los que la parte deba ir representada por procurador y pueda defenderse a sí misma, y de forma explícita, como ocurre en los procesos contenciosoadministrativos, en los que la postulación a través del procurador implica necesariamente la asistencia del letrado. Por el contrario, existen supuestos en los que se impone la postulación a través de abogado y, sin embargo, se deja a la parte la posibilidad de estar en juicio por sí misma, sin necesidad de procurador: tal *como hemos visto*.

La conclusión lógica que debemos sacar, es que siempre que la ley impone la representación a través del procurador, impone asimismo la presencia del abogado, de donde se deduce con toda claridad que la ley no concibe la presencia del procurador sin la asistencia del letrado, aun cuando admite que la parte asuma por completo el poder de postular, o lo asuma parcialmente estando en el juicio por sí misma.

#### **4. LA DELEGACIÓN DE LA POSTULACIÓN**

El art. 440 de la LOPJ permite, en línea de principio, que la ley ordinaria consienta a las partes designar libremente a sus representantes y defensores entre personas que no reúnan la condición de procuradores y abogados. Como es obvio, la LOPJ no determina principio alguno en la materia y deja a las leyes ordinarias la posibilidad de fijar, atendiendo al caso concreto, si la defensa y la representación pueden ser asumidas por personas que no reúnan la condición de abogado o procurador.

Creemos que el art. 440 no puede ser interpretado en el sentido de que la parte pueda designar entre los abogados y procuradores a los que estime convenientes. Eso es algo tan obvio que ni siquiera necesita explicitarse por la Ley. Lo que la Ley establece, por el contrario, es que la parte cuando tiene la capacidad de postulación puede designar, en los supuestos legales permitidos excepcionalmente, a cualquier persona para que ejercite en su nombre esa capacidad.

Sin embargo, la formulación amplia de la LOPJ debe concretarse en las formulaciones específicas de las leyes procesales. En este sentido, cabe distinguir para su estudio y examen los supuestos de representación y defensa, y observar lo que las leyes procesales ordinarias establecen al efecto.

### **A) Delegación de la representación**

En lo que se refiere a la representación, la Ley no permite delegación alguna que no se haga a procurador habilitado (art. 23 LEC), graduado social en los procesos laborales y de seguridad social (art. 440 LOPJ), abogado en ejercicio en los procesos contencioso-administrativos y laborales (arts. 23.1 LJCA y 18.2 LPL).

En todos esos supuestos, los representantes no obligatorios, realizan o deben de realizar la actividad típica del procurador en cuanto representante de la parte: es decir, reciben actos del juez (art. 28 LEC) y son representantes activos de la parte ante el órgano judicial (art. 26 LEC).

La función de estos representantes procesales voluntarios en nada debe diferir, pues, de las que legalmente deban realizar los procuradores cuando cubren la representación de las partes en juicio y, en principio, nada hay en el espíritu de la ley que permita suponer que puedan realizar cualquier otra actividad que las que realmente suplen. Si esos representantes voluntarios sustituyen, en los casos permitidos por la ley y queridos por la parte, al procurador, todo nos lleva a poder mantener que el poder con el que aquellos actúan en el procedimiento estará lógicamente limitado por los confines que normalmente tiene el poder de procuradores, que no son otros que los determinados en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

### **B) Delegación de la defensa**

Pero así como la ley procesal prevé supuestos de sustitución de la postulación en cuanto representación, nada hay en las leyes procesales que nos permita llegar a la conclusión de que se puede delegar el poder de defensa en los supuestos en que la parte tenga la plena capacidad de postular. Es cierto, tal como hemos visto, que la LOPJ, como principio, no se opone a que la facultad de defensa pueda delegarse, pero para ello la ley ordinaria procesal tiene que prever y especificar los supuestos en que se pueda hacer. En nuestras leyes procesales, como decimos, nada indica que ello se pueda hacer pues no se regula de manera formal ningún supuesto que lo permita.

Hay una serie de normas que podrían indicarnos de forma *clara cual es la voluntad*

*del legislador procesal:*

a) *Los arts. 31 y 32 de la LEC, en relación con el art. 24 de la CE, nos permiten mantener que la Ley admite que se delegue voluntariamente la defensa, cuando la parte tiene el poder de postulación en este aspecto, pero de ellas no se infiere que esa delegación se pueda hacer a persona que no reúna la condición de abogado,*

b) *Igual de inequívocas son las normas de los arts. 23 y 24 LJCA, de las que cabe deducir que sólo cabe delegar la defensa, con el supuesto del art. 23.3, a abogados en ejercicio.*

c) El examen concreto de las normas referentes al juicio de faltas (en el orden jurisdiccional penal) nos lleva a la misma conclusión. En este sentido tenemos que tener en cuenta el art. 970 de la LECrim, que establece que el presunto culpable puede dirigir al juzgado un escrito alegando lo que estime conveniente en su defensa y apoderar a persona que presente en aquel acto las pruebas de descargo que tuviera. Esa norma, como es obvio, se refiere exclusivamente al acusado y no hace referencia al querellante particular o privado, y de forma específica está regulando el caso del acusado que vive fuera del territorio bajo la jurisdicción del juez competente.

Cuando el art. 970 habla de apoderar a tercera persona, limita el apoderamiento a actos muy concretos que no pueden ser considerados como delegación absoluta del poder de defensa; se apodera a tercera persona para que presente en el acto del juicio las pruebas de descargo que tuviera el acusado. El apoderado es aquí un nuntius del acusado; es la persona que porta al procedimiento los documentos o los testigos y peritos que pueden determinar su inocencia. El apoderado es, pues, un medio de ejercitar el derecho de defensa del acusado, al igual que el escrito que puede presentar al juzgado es el medio por el que se ejercita la defensa; pero en ambos casos quien tiene el poder de defensa es el acusado y quien ejercita la defensa es igualmente el acusado.

d) El supuesto de la Base 7ª.2 de la Ley 9/1989, puede parecer la excepción a la regla que estamos examinando, pero, en realidad, no lo es. La norma permite que la parte pueda comparecer por sí misma o representada, y, de otra parte, no impone la intervención del abogado sino en las actuaciones procesales ante el Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia. En los demás casos, se permite obviamente que la parte esté asistida de abogado. De esta Base y de su correcta interpretación, tal como lo hemos hecho nosotros y tal como ha sido desarrollada más tarde por la Ley de Procedimiento Laboral (art. 21), no se deduce la posibilidad de que la parte delegue su poder de defensa a personas que no sean abogados; ni siquiera en los supuestos de conflicto colectivo.

## **5. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA POSTULACIÓN**

El mandato del art. 441 de la LOPJ, que tiene su base en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución, al establecer la obligación de todos los poderes públicos de garantizar la defensa y la asistencia de abogado, impone una serie de circunstancias que conviene estudiar aquí de forma resumida.

En primer lugar, los poderes públicos están obligados por la Constitución a establecer un sistema que permita, no sólo desde el punto de vista legal, mediante la promulgación de leyes concretas que así lo establezcan, sino también desde el punto de vista práctico, que en todo momento y lugar los ciudadanos puedan tener a su disposición un abogado que los defienda. Eso implica una organización que haga posible que aquellos que no tienen los

medios suficientes para pagar la prestación de los servicios profesionales que requieren, puedan obtenerlos igualmente que aquellos otros que sí los tienen; supone igualmente un sistema o una organización que haga imposible la realización de actos jurídicos procesales válidos sin que los que se ven sometidos a ellos tengan la oportunidad de elegir, como obviamente se desprende de la LOPJ, al profesional de la abogacía que estimen por conveniente, sin imposición alguna.

Por consiguiente, el ordenamiento jurídico ha de contener un sistema de asistencia jurídica gratuita (art. 440.2. LOPJ en relación con la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita), y un sistema que permita la designación de abogado de forma obligatoria (o de oficio) en los supuestos en los que el interesado no lo nombre voluntariamente.

La preocupación del constituyente en este sentido ha sido clara: el art. 17.3 de la CE garantiza la asistencia del abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales; y el art. 24.2 de la CE reconoce el derecho de todos a la defensa y a la asistencia de letrado; se puede decir que la Constitución tiene una especial preocupación en garantizar la defensa letrada y en ese sentido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (véanse, por todas, las SS. TC 30/1981 y 42/1982) ha dejado desde el principio bien establecida la doctrina *sobre* el derecho de asistencia y el asesoramiento técnico de letrado que merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa "máxime cuando la actuación procesal se supedita al requisito de la postulación", en modo tal "que el mandato genérico del art. 9.2 exige seguramente una organización del derecho a ser asistido de letrado que no haga descansar la garantía material de su ejercicio por los desposeídos en un *munus honorificum* de los profesionales de la abogacía".

## **6. LA RELACIÓN JURÍDICA EXISTENTE ENTRE ABOGADOS Y PROCURADORES Y LAS PARTES**

a) Tanto el abogado como el procurador son, tal como hemos visto anteriormente, profesionales que cooperan con la Administración de justicia sirviendo directamente los intereses de sus clientes, que son las partes procesales, *para lo que obviamente son contratados o designados (art. 33.1 LEC) directamente o a través de los mecanismos previstos en LAJG en los supuestos del arts. 33.2 LEC.*

Están unidos a las partes por un contrato de arrendamiento de servicios que les impone sujetar su actuación al principio de la buena fe (art. 437.1 LOPJ), que les obliga a guardar secreto, en este caso profesional, con todas sus cargas pero igualmente facultades y derechos (art. 437.2 LOPJ), que los hace responsables de los daños y perjuicios que puedan ocasionar a sus clientes por su actuación (art. 442.1 LOPJ) y que les permite tener todo el amparo de los jueces y los Tribunales para que, de acuerdo con la Constitución y las leyes, puedan ejercer su profesión de la manera más amplia y libre que entiendan en cada caso; por eso el art. 437.1 de la LOPJ, les concede el amparo en la

libertad de expresión y defensa como un derecho que correlativamente obliga a los jueces y Tribunales e igualmente (art. 441 LOPJ) a todos los poderes públicos, en cuanto que están obligados a garantizar la defensa y asistencia de los abogados, lo que comporta posibilitar que las partes puedan disponer de, en este caso, abogado y de que éste pueda ejercer su defensa sin ninguna cortapisa.

b) El instrumento de actuación procesal del procurador es el poder, así el art. 24 de la LEC, que es aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales, en la medida en que la intervención del procurador es necesaria, establece que el procurador deberá presentarse en el juicio con poder *que le facultará para actuar en el proceso en nombre de su cliente* (art. 25.1 LEC); no se olvide que este poder puede otorgarse notarialmente o *apud* acta de acuerdo con el art. 281.3 de la LOPJ y 24.1 LEC.

El otorgamiento del poder por la parte, y su aceptación por el procurador, lo que se presume por el hecho de que éste use de él en el juicio (art. 26.1 LEC) supone que ante el órgano judicial el procurador aparece como representante legal procesal de la parte, lo que le legitima para realizar actos de parte y para recibir, en nombre de la parte, los actos que provengan del juez; podríamos decir que el poder legitima ante el órgano judicial al procurador como representante de la parte. Esta situación termina (art. 30.1.1º- y 2º- LEC), además de por otras causas que en este momento no interesan, bien porque se produzca un desistimiento voluntario del procurador en la representación que se le ha otorgado, o porque haya una revocación expresa o tácita del poder. Lo importante es comprender que con la aceptación del poder se establece una relación directa entre el órgano judicial y el procurador y que sólo una de las circunstancias que están recogidas en el art. 30 de la LEC interrumpirán esa relación.

c) La relación entre el abogado y la parte se centra en el mandato o si queremos en el arrendamiento de servicios que une a uno y otro; así como el poder es una declaración unilateral de la parte que va dirigida al juez, la relación entre abogado y parte se resuelve en la de mandato, es decir en una relación intersubjetiva entre uno y otro; por eso el abogado es un profesional que puede ser sustituido por cualquier otro a lo largo del proceso sin necesidad de que se haga una manifestación especial dirigida al juez; por eso mismo cuando se sustituye al procurador se requiere el otorgamiento de un poder sustitutorio y su *utilización en el proceso*.

d) El procurador que acepta el poder está obligado, *entre otras cosas*, a seguir el juicio, a transmitir al abogado elegido por su cliente, o al cliente mismo, todos los documentos, antecedentes que se produzcan a lo largo del proceso, a recoger de poder del abogado las copias de los escritos y documentos y demás antecedentes, a tener al cliente y al abogado informados del curso del proceso, y a pagar (mejor sería decir, adelantar), todos los gastos que puedan causarse a instancia de su cliente (art. 26.2 LEC).

Por su parte, el abogado está obligado frente a su cliente a realizar cuantos

actos sean necesarios para la defensa del mismo en el proceso y a autorizar con su firma todas y cada una de las peticiones que se hagan en el proceso.

Estas obligaciones que tienen el procurador y el abogado frente a su cliente se compensan con la de éste de pagar los honorarios devengados por la actividad que puedan desarrollar el abogado y el procurador en su defensa y representación, siendo de advertir que tanto uno como otro tienen establecidos en la ley procedimientos especiales sumarios para exigir y obtener el pago de sus honorarios y derechos profesionales (arts. 34 y 35 LEC).

## **7. LOS COLEGIOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES**

Establece el art. 439.2 de la LOPJ que la colegiación de los abogados y procuradores será obligatoria para actuar ante los juzgados y Tribunales en los términos previstos en esta Ley y por la legislación general sobre Colegios Profesionales; se exceptúan los casos en que actúen al servicio de la Administración Pública por razón de dependencia funcional o laboral.

Esta norma legitimó la existencia de los Colegios de Procuradores y de Abogados, y, en consecuencia, es el soporte, dentro de la legislación ordinaria, de los Estatutos llamados de la Abogacía de 22 de junio de 2001 y de Procuradores de 5 de diciembre de 2002.

Lo que la Ley Orgánica quiere, es que no toda persona que reúna los requisitos subjetivos que están establecidos en esos Estatutos pueda ejercer la postulación en la posición de abogado o procurador; quiere que además estén inscritos en un Colegio, porque se piensa que de esa manera habrá un mayor control institucional de la capacidad y categoría profesional de aquellos que se dedican a ello.

La exigencia de colegiación ha sido admitida por el TC en la sentencia 56/1990, de 29 marzo, aunque ello no ha evitado múltiples críticas que diariamente se manifiestan y que ponen en entredicho su necesidad y adecuación constitucional. Desde un punto de vista no social sino extremadamente jurídico, y más concretamente constitucional, no parece inadecuado que existan controles para que la defensa y la representación estén sólo servidas por aquellas personas que realmente estén capacitadas; lo que en verdad se pone en duda es que el Colegio o la colegiación sea un instrumento válido para garantizar que en todo momento el ciudadano encontrará un profesional válido para la defensa de sus intereses.

Mucho más dudosos pueden ser los privilegios o incluso las cargas y deberes que tienen y asumen los procuradores y abogados por el hecho de serlo y por el hecho de estar inscritos en un colegio profesional.

## **8. LOS ABOGADOS DEL ESTADO**

El art. 447 de la LOPJ establece que la representación y defensa del Estado y de sus organismos autónomos, salvo las excepciones que las disposiciones de éstos últimos autorizan, así como la defensa de los órganos constitucionales.

corresponderá a los letrados integrados en los servicios jurídicos del Estado, sin perjuicio de que para casos determinados y de acuerdo con lo que establezcan los Reglamentos respectivos, pueda encomendarse la defensa a abogados colegiados especialmente designados al efecto. Igualmente, la representación y defensa de las Comunidades Autónomas y la de los entes locales corresponderá a los letrados que estén integrados en los servicios jurídicos de estas Administraciones, aunque se prevé que los letrados incluidos en los servicios jurídicos del Estado puedan representar y defender a las Comunidades Autónomas en los pleitos en los que éstas sean parte (art. 24 LJCA).

El Abogado del Estado es, pues, un funcionario que ejerce la representación y defensa en el proceso del Estado y de estas Administraciones anteriormente dichas: han estado integrados desde 1881 en el Cuerpo de Abogados del Estado que, tras la Ley de Reforma de la Función Pública (Ley 30/1984), es sustituido por el Cuerpo Superior de Letrados del Estado.

Los RRDD 849/1985 y 850/1985, de 5 de junio regulan las condiciones para el ingreso, para la provisión de puestos, y demás incidencias de esto letrados del Estado, que dependen desde entonces de la llamada Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (Ministerio de Justicia). En la di s disposición adicional 91 de la Ley 23/1988, se le vuelve a dar la denominaci' tradicional de Abogados del Estado.

En conclusión, el Abogado del Estado es el representante el defensor de los intereses del Estado en los procesos civiles, administrativos y penales y laborales.

## **PARTE TERCERA**

### **LA ACCIÓN**

## **LECCIÓN 18. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

### **1. LA ACCIÓN. ACCIÓN Y JURISDICCIÓN**

Una de las notas más características de la función judicial, y tal vez la primera que debe concurrir para que pueda decirse actuada la potestad jurisdiccional, es la imparcialidad del juzgador. El juez, por serlo y mientras lo sea, no puede actuar de oficio, sino a instancia y por iniciativa de las partes procesales (*nemo iudex sine actore; actio non est iurisdictio*); esto es lo que le puede permitir colocarse en la posición de un tercero imparcial (CAPPELLETTI).

Precisamente han de ser las partes -sujetos ajenos en todo caso al tribunal- quienes inicien el proceso poniendo en marcha la maquinaria judicial, para llegar al momento del juicio jurisdiccional, el momento culminante en que el ordenamiento celebra el rito de su juridicidad (ORESTANO).

De este primer análisis descriptivo resulta evidente la íntima relación que guardan los conceptos de jurisdicción y acción, considerada ésta desde la óptica de la iniciación de la actividad jurisdiccional, postulando la resolución del conflicto planteado.

### **2. DE LA ACCIÓN AL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

El concepto de acción se arrastra desde las fuentes romanas, donde, según la conocida definición de CELSO, *nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat iudicio persequendi* (D. XLIV 7,51). En la base de esta formulación -prácticamente inalterada hasta el siglo XIX- latía una idea que llevaba a embeber la acción en el derecho: la acción no era otra cosa que el mismo derecho en movimiento, el derecho a perseguir en juicio.

Sin embargo, al pasar el tiempo, se fue dando una particular relevancia y cierta autonomía al interés ligado a la tutela o defensa del derecho. El solo hecho de distinguir funcionalmente los dos momentos constituía un reconocimiento implícito de la autonomía conceptual de la acción, como el instrumento que se concede al sujeto para proveer a la defensa de su derecho a través de la tutela jurisdiccional.

Desde la segunda mitad del siglo XVIII y primeras décadas del siglo XIX, la materia procesal se fue excluyendo de los tratamientos iusprivatistas; a partir de entonces el antiguo *ius in iudicio persequendi* acabó perteneciendo a otro «sistema» conceptual, al mundo del proceso que, si bien por sus fines se consideraba aún un instrumento de garantía del Derecho privado, pertenecía como organización al Derecho público.

En tal estado de cosas surgió definitivamente la autonomía conceptual del derecho de acción, que parte de la polémica doctrinal sobre la *actio* y su

aplicabilidad en el derecho moderno habida a mediados del pasado siglo entre WINDSCHEID y MUTHER. La acción aparece, pues, como un derecho autónomo, desligado, o diferenciado al menos, del derecho subjetivo material cuya tutela se pretende.

Históricamente, la acción ha sido estudiada sobre todo desde la perspectiva del Derecho privado, resultando desconocida en otros órdenes (penal, social, administrativo o constitucional), lo que se explica por la absoluta carencia de base normativa en algunos de ellos, o por la precaria consolidación científica de otras disciplinas jurídicas.

En la actualidad, es preciso modificar la óptica partiendo del reconocimiento constitucional del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (art. 24.1); derecho que ha de merecer, por supuesto, una oportuna salvaguarda ante cualquier tribunal y en todo orden jurisdiccional.

El punto de partida en este análisis, aunque resulte tópico, ha de ser la prohibición estatal de autotutela y la correlativa asunción por el Estado del monopolio jurisdiccional y la defensa de los derechos. El Estado, primariamente para proveer a la resolución de los conflictos, establece unos órganos (los tribunales) que sólo pueden actuar (ejerciendo la potestad jurisdiccional) a instancia de un tercero que solicita su intervención.

El derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales -que representa el parámetro normativo a utilizar- se salvaguarda, como veremos, con la obtención de una resolución judicial, favorable o no al actor, que habrá de recaer sobre el fondo si concurren los presupuestos procesales para ello, extendiéndose a su efectivo cumplimiento, según acertada y reiterada doctrina del Tribunal Constitucional.

Se trata, por tanto, de un derecho fundamental -con la inherente tutela privilegiada que la propia Constitución le otorga- de ámbito más restringido que el derecho a una sentencia favorable (teoría concreta), pero de contenido más amplio que el derecho de simple acceso a -los tribunales, que resulta, naturalmente, implícito en el concepto enunciado.

Para los partidarios de la teoría concreta, el actor tendría un derecho subjetivo público, no ya a obtener una sentencia de fondo cualquiera que fuera su contenido, sino precisamente a obtener una sentencia favorable. Expresado con un ejemplo, el comprador que ha pagado el precio tiene, desde luego, un derecho subjetivo material a la entrega de la cosa, que el art. 1.445 CC le reconoce; pero le asistiría, además, un derecho subjetivo público a que los tribunales dicten una sentencia que condene al vendedor a dicha entrega. Este sería el derecho de acción.

Creo que esta concepción no puede ser asumida por dos razones, entre otras: de un lado, por la dualidad de derechos que de modo innecesario introduce (un derecho subjetivo material -el derecho a la entrega de la cosa-, y un derecho subjetivo público a una sentencia de contenido concreto); de otro lado, por la incoercibilidad de ese derecho a la sentencia favorable (no existe una instancia independiente del actor y del órgano jurisdiccional llamada a resolver: los tribunales superiores que conocen de los recursos no serían una instancia independiente, ya que la pretensión de que se dicte

una sentencia favorable se dirige contra ellos y los convierte en parte contraria), pues la coercibilidad supone precisamente que el adversario pueda ser compelido a satisfacerla a través de una instancia independiente.

A pesar de que pudiera parecer que el art. 24.1 de la CE reconoce a todas las personas el derecho a obtener una sentencia de contenido concreto, el TC, desde su sentencia 9/1981, ha señalado repetidas veces que el derecho a la tutela efectiva <no comprende -obviamente- el de obtener una decisión judicial conforme con las pretensiones que se formulan, sino el derecho a que se dicte una resolución fundada en Derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales para ello»; dicha resolución podrá ser favorable o adversa, satisfaciéndose en ambos casos el derecho fundamental.

De todo lo dicho se desprende el rechazo de la teoría concreta de la acción, porque el pretendido derecho a obtener una sentencia favorable ni aparece reconocido normativamente ni puede inferirse de precepto alguno, de la Constitución o del resto del ordenamiento. En igual sentido, la STC 22/1982 señala con rotundidad que el derecho del art. 24 de la CE no atribuye «el derecho a obtener la satisfacción de la pretensión substantiva o de fondo que en el proceso se deduce, ya que lo que la Constitución garantiza a todos los ciudadanos es el proceso y las garantías procesales constitucionalizadas».

### **3. CONTENIDO ESENCIAL**

#### **A) Derecho de acceso a la justicia**

Aun cuando no aparezca reconocido de modo explícito, el derecho de acción comprende en el ordenamiento español el derecho de acceso a la justicia, como necesario *prius lógico* para obtener la tutela judicial efectiva (cabe encontrar apoyo normativo en el art. 14.1 PIDCP, y en el art. 6.1 CEDH).

El TC ha venido reiteradamente afirmando, en pronunciamientos que no pretendían definir el contenido total del derecho del art. 24.1 de la CE, que la tutela efectiva supone que los litigantes sean oídos y tengan derecho a una decisión fundada en Derecho, ya sea favorable o adversa (desde la STC 13/1981). Si la doctrina del TC hubiera permanecido en tales términos, se habría reducido el ámbito del art. 24.1 al simple derecho a acceder a los tribunales, sin posibilidad de exigir la resolución del fondo del conflicto planteado; tal solución, con ser un avance importante, hubiera resultado notoriamente insuficiente en razón del juego que permite el precepto constitucional y el campo que se abre con las normas internacionales aludidas.

El TEDH, en la Sentencia de 21 febrero 1975 (caso GOLDER), reconoce la necesidad de protección del derecho de acceso a los tribunales, dentro de las garantías del derecho a un proceso equitativo (art. 6.1 CEDH); y apunta en esta misma resolución la cuestión del derecho a la sentencia de fondo.

No han faltado quienes consideran de todo punto improcedente acoger una interpretación amplia del art. 24.1 de la CE, de modo que pudiera englobar como pretensiones de amparo residenciables ante el TC cuestiones tales como la denegación del examen del fondo por falta de legitimación pasiva. Sin embargo, parece que puede sostenerse con fundamento lo contrario: el derecho a la tutela judicial efectiva engloba, por supuesto, el derecho de acceso a la justicia, pero su contenido tiene un superior alcance.

La STC 75/1996, considera a este respecto que: «la primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y

someter al demandado a los efectos del mismo, quebrantando, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial el tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella, conclusión que resulta igualmente aplicable al demandado, en cuanto que, salvo que así lo haya aceptado voluntariamente, no se le puede impedir sea precisamente un órgano judicial quien conozca de las pretensiones que formule en orden a su defensa, vulnerándose de otra manera su derecho a la tutela judicial efectiva».

## **B) Derecho a una sentencia de fondo**

El Tribunal Constitucional ha entendido que el derecho a la tutela judicial efectiva no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los tribunales (STC 65/1985), afirmando que garantiza además la obtención de una resolución de fondo fundada en Derecho si concurren todos los requisitos procesales para ello (SSTC 27/1995, 231/1990, 180/1988, 265/1988, 191/1988, 55/1987, o 32/1982), porque la respuesta judicial debe ser motivada, razonada y congruente, pero el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales; pero en este caso serían esos derechos los vulnerados, y no el art. 24.1 CE (STC 214/1999).

Como dice la STC 147/1999 ffl 4), «el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 131/1990 y 112/1996) y que ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 122/1991; 5/1995, y 58/1997). En segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere "arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable", no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 23/1987; 112/1996 y 119/1998».

Tal resolución, precisamente por la fundamentación jurídica exigida, ha de ser congruente con lo postulado por las partes y con lo dispuesto en el fallo (SSTC 11/1995, 196/1994, 4/1994, 90/1993, 58/1989, 26/1989, 8/1989, 244/1988, 29/1987, 138/1985, 109/1985, 61/1983, 9/1983, ó 20/1982).

En esta línea, el TC dirá que la tutela jurisdiccional resulta otorgada con plena eficacia cuando la resolución consiste en negar, de forma no arbitraria o irrazonada, la concurrencia de un presupuesto procesal necesario para conocer del fondo del asunto, de tal manera que no vulnera este derecho una resolución de inadmisión, o de desestimación por algún motivo formal, cuando concorra alguna causa de inadmisibilidad y así lo acuerde el tribunal en aplicación razonada (AATC 30 octubre y 18 febrero 1981; y SSTC 130/1989, 200/1988, 149/1988, 47/1988, 103/1987, 97/1986, 81/1986, 140/1985, 43/1984, 11/1982, 37/1982); sin embargo, si la decisión consiste en negar de

forma arbitraria o irrazonable el juicio de fondo, cerrando éste, el derecho a la tutela judicial efectiva se quebranta (SSTC 6/1986 y 160/1985).

Puede afirmarse, pues, que el TC extiende el derecho del art. 24.1 de la CE hasta imponer a los tribunales ordinarios el deber de dictar una resolución de fondo y, en el caso de no entrar en el fondo por no darse todos los presupuestos procesales o cumplirse los requisitos de forma exigidos, ésta se habrá de razonar o fundar en Derecho.

Así las cosas, parece que el intérprete supremo de la Constitución se «conforma» con la exigencia formal de la fundamentación, señalando que la simple comprobación de que existe una sentencia razonada en Derecho debe conducir sin más a la desestimación del amparo, «sin entrar a analizar si la causa de inadmisión apreciada por el tribunal ordinario se dio o no en el proceso correspondiente» (STC 60/1982). Sin embargo, en esta sentencia se da un paso de gran importancia al reconocerse que «cuando el objeto del proceso previo sea la tutela judicial de los derechos fundamentales y libertades públicas (...) y la causa de inadmisibilidad sea la falta de legitimación, este tribunal no puede contraer el examen del caso a la mera comprobación de que hubo una sentencia fundada en Derecho, sino que ha de entrar a analizar la concurrencia o no de la falta de legitimación, pues en el supuesto de que ésta hubiera sido incorrectamente apreciada por el tribunal ordinario, quedarían sin protección ni tutela efectiva el derecho o derechos fundamentales en cada caso debatidos y su ejercicio quedaría de facto indebidamente restringido».

Aunque pudiera sostenerse con fundamento (art. 44. l.b LOTC) que al TC le está vedado entrar a valorar los hechos que impiden al tribunal ordinario dictar una sentencia sobre el fondo, el TC ha de ponderar cuál es la causa determinante de tal pronunciamiento (SSTC 62/1989, 49/ 1989 y 46/1989); porque el contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva es el de obtener una resolución de fondo fundada en Derecho, salvo que exista una causa impeditiva prevista en la ley, en cuyo caso habrá que discernir si la causa impeditiva afecta o no al contenido esencial del derecho (SSTC 64/1983 y 68/1983).

Las normas procesales, en la medida en que disciplinan la actividad de los sujetos que intervienen en el proceso, son normas que imponen el cumplimiento de exigencias formales para la validez y eficacia de los actos (arts. 1 LEC y LECrim). Pero no todos los requisitos previstos por la ley pueden merecer idéntica consideración y su incumplimiento abocar al tribunal ordinario a no pronunciarse sobre el fondo: sólo cuando no concurra algún presupuesto procesal, o resulte incumplido alguno de los requisitos esenciales, podrá dictarse una resolución de inadmisión o de desestimación por motivos formales (art. 11.3 LOPJ y, entre otras, SSTC 134/1989, 29/1988, 103/1986, 139/1985, 110/1985, 60/1985, 43/1985, 17/1985, 69/1984). De aquí que el derecho a la tutela judicial obligue a elegir la interpretación de la ley que sea 'más conforme con el principio pro actione o favor actionis (SSTC 21/1989, 5/1988 y 206/1987), y que, como se dice en la STC 126/1984, «las causas de inadmisión, en cuanto vienen a excluir el contenido normal del derecho, han de

interpretarse en sentido restrictivo después de la CE».

### **C) Derecho a la ejecución**

Para que la tutela judicial sea efectiva, como ordena el art. 24.1 de la CE, resulta de todo punto insuficiente el simple dictado de la sentencia si ésta no se lleva a efecto de modo coactivo en los casos en que voluntariamente no se cumpla el pronunciamiento contenido en ella.

Por tal razón, el TC considera con acierto que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva comprende el derecho subjetivo a que se ejecuten las sentencias de los tribunales ordinarios, y objetivamente supone, a su vez, una pieza clave para la efectividad del Estado de Derecho. De aquí se sigue que el art. 118 de la CE establezca la obligatoriedad de cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y Tribunales. Si no fuera así, las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que contuvieran se convertirían en meras declaraciones de intenciones (SSTC 167/1987 y 26/1983 ).

Sin embargo, como bien ha cuidado de señalar el intérprete supremo de la Constitución, el derecho a la tutela judicial efectiva no alcanza a cubrir las distintas modalidades que puede revestir la actividad ejecutiva, ni la conversión de condenas de hacer o no hacer en prestaciones pecuniarias (SSTC 67/1984; 58/1983).

### **D) El derecho a la tutela y el derecho a un proceso con todas las garantías**

Como es sabido, el TC ha concebido el derecho de acción -o derecho a la tutela judicial efectiva- con un contenido enormemente amplio, en detrimento de otro derecho fundamental: el derecho a un proceso con todas las garantías o, dicho en otros términos, el derecho al debido proceso (*due process of law*), que resulta así sin virtualidad práctica.

Tal vez la confusión se haya debido a la norma de cierre del art. 24.1, prohibiendo la indefensión, lo que supone el respeto de las normas que garantizan la defensa contradictoria en juicio (ver SSTC 96/1985 y, sobre todo, 4/1982).

La indefensión adquiere relevancia constitucional cuando supone una privación o limitación del derecho de defensa (art. 24.2), «que si se produce por vía legislativa sobrepasa el límite del contenido esencial prevenido en el art. 53, y si se produce en virtud de concretos actos de los órganos jurisdiccionales entraña mengua del derecho de intervenir en el proceso en el que se ventilan intereses concernientes al sujeto, respecto de los cuales la sentencia debe suponer una modificación de una situación jurídica individualizada, así como el derecho de realizar los alegatos que estimen pertinentes para sostener ante el juez la situación que se crea preferible y de utilizar los medios de prueba para demostrar los hechos alegados y, en su caso y modo, utilizar los recursos contra las resoluciones judiciales» (STC 48/1984; en el mismo sentido también

SSTC 96/1985 y 70/1984).

Precisamente la adecuada preservación de la defensa y su plena efectividad exige como preferente garantía asegurar que los interesados tengan conocimiento de las actuaciones, lo que ha sido objeto de reiterados pronunciamientos del TC exigiendo el emplazamiento personal y la comunicación de actos procesales, habiendo consolidado un cuerpo de doctrina sobre el particular desde la S 9/1981 (ver SSTC 211/1989; 110/1989; 205/1988; 157/1987; 46/1987; 41/1987; 36/1987; 30/1987; 14/1987; 156/1985; 145/1985, ó 108/1985).

Aunque pueda explicarse y justificarse la confusión, carece de sentido que el TC haya extendido el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva hasta el derecho a que el litigante pueda utilizar todos los mecanismos procesales que el legislador pone a su alcance durante toda la tramitación del proceso y, en particular, los recursos previstos en la ley contra las resoluciones judiciales (SSTC 37 y 58/1995, 110/1985). Como puede apreciarse, esta doctrina hace coincidir el derecho a la tutela judicial efectiva con el ámbito propio del derecho a un proceso con todas las garantías.

Así, señala el TC que el art. 24.1 de la CE no exige que la tutela judicial se configure de una forma determinada, sino que admite múltiples posibilidades en la ordenación de jurisdicciones y procesos y también, por tanto, de instancias y recursos, de acuerdo con la naturaleza de las pretensiones cuya satisfacción se inste y de las normas que las fundamenten; pero cuando el legislador ha establecido un cierto sistema de recursos, el art. 24.1 comprende también el derecho de usar esos instrumentos procesales, debiendo interpretarse sus normas reguladoras del modo que más favorezca su admisión y sustanciación; puede así cuestionarse la legitimidad de los requisitos exigidos por la ley cuando no guarden proporción con las finalidades perseguidas o entrañen obstáculos excesivos (SSTC 157/1989; 95/ 1989; 80/1989; 59/1989; 106/1988; 180/1987; 163/1985; 17/1985, ó 54/1984).

No obstante, podría configurarse un derecho frente al legislador a la institución de recursos devolutivos ordinarios al menos en el orden penal y como consecuencia de lo dispuesto en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Para las particularidades del orden penal en relación con los recursos, SSTC 76/1982 y 42/1982; ver también SSTC 33/1989; 20/1989;106/1988; 154/1987, ó 58/1987.

#### **4. LA ACCIÓN POPULAR**

El art. 125 de la CE reconoce que los ciudadanos podrán ejercer la acción popular; se trata, pues, de una concreción del derecho a obtener la tutela judicial efectiva, de obtener una sentencia sobre el fondo del asunto.

Sin embargo, el derecho fundamental del art. 24.1 aparece aquí con una configuración especial en el presupuesto de la legitimación; la acción popular supone que la legitimación no se circunscribe a los titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos, sino que se extiende a cualquier ciudadano por el mero hecho de serlo para la defensa del interés común o general.

El TC pretendió en un primer momento (S 62/1983) embeber la acción popular en el art. 24.1 CE, con el argumento de que cuando se actúa en defensa del interés general se sostiene simultáneamente un interés personal. Finalmente, ha reconocido que en el art. 24 se consagra el derecho de acción, una de cuyas formas de ejercicio es la acción popular: entre los derechos e intereses legítimos para los que sé tiene el derecho de

reclamar la tutela judicial efectiva figura el de ejercitar la acción pública (SS 326/1994, 40/1994, 147/1985).

En nuestro ordenamiento jurídico, la acción popular viene consagrada en todos los procesos penales por delitos perseguibles de oficio (art. 101 LECrim), de tal forma que cualquier español puede actuar en esos procesos aun cuando no fuera perjudicado u ofendido por los hechos delictivos. Asimismo, se reconoce una acción pública o acción popular para los españoles en materia de urbanismo (art. 304 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el RD legislativo 1/1992, de 26 junio). Fuera de estos casos, en ningún otro tipo de proceso tiene cabida la acción popular, sin perjuicio de lo que puede suceder cuando el legislador aborde la regulación de la defensa de los intereses difusos.

Los titulares de la acción popular, como del derecho de acción, son todas las personas, sean físicas o jurídicas, sin que el término «ciudadano» que utiliza el art. 125 de la CE autorice a restringir la titularidad a las personas físicas (SSTC 53/1983 y 241/1992).

La acción popular, introducida por la LECrim de 1882, fue bastante celebrada y se reputó como un avance muy notable en la sociedad española de finales del siglo XIX, que se encontraba lejos de la evolución que se había operado décadas atrás en los demás Estados europeos. Sin embargo, sus frutos no han sido históricamente muy provechosos y, lejos de servir intereses sociales, la acción popular ha sido utilizada con ánimo de delación o de venganza en no pocas ocasiones.

No obstante, en el momento presente, cuando se cuestiona el encaje del Ministerio Fiscal en la Administración de Justicia, la existencia de la acción popular permite auspiciar para él un tratamiento similar al que tiene en la práctica totalidad de los países de nuestro entorno y encomendarle la investigación de los hechos delictivos.

Sea como fuere, la acción popular está reconocida en la CE y el legislador ha de partir de dicha premisa. Es preciso, por una parte, potenciar la acción popular en todos los procesos en los que se ventilen intereses públicos cualquiera que sea el orden jurisdiccional ante el que se sigan, procesos que desconocían hasta el presente toda manifestación de la acción popular.

Por otra parte es menester, con todo, establecer oportunas cautelas y eficaces mecanismos de respuesta frente a las acciones populares que resultan de todo punto infundadas, pero que por el mero hecho de ser admitidas, producen un efecto propagandístico devastador para la persona contra quien van dirigidas.

## **5. LA DEFENSA DE INTERESES COLECTIVOS O INTERESES DIFUSOS**

La defensa de los intereses difusos o colectivos presenta perfiles particulares respecto del derecho a la tutela judicial efectiva, sobre todo por lo

que hace a la legitimación para su defensa ante los tribunales; se trata de intereses de una colectividad cuando no existan individuos particularmente afectados en sus derechos o, habiéndolos, se mantenga el interés general. Tal sucede en materia de publicidad falsa o engañosa, en lo que se refiere a medio ambiente, o en las cuestiones relativas a la salud en general.

Sin duda alguna, la efectividad del derecho fundamental del art. 24.1 de la CE en estos procesos, exige una ruptura con el esquema de legitimaciones clásico del liberalismo (point d'intérêt, point Xaction), que resulta superado en este aspecto, como en tantos otros, por la actual realidad socioeconómica.

En realidad, las relaciones de los consumidores con los prestadores de bienes o servicios, se inscriben en todas las parcelas del ordenamiento: desde el Derecho penal (delitos contra la salud pública, maquinaciones para alterar el precio de las cosas, imprudencias o estafas), al Derecho administrativo (consumidores de bienes públicos o usuarios de servicios públicos), o al Derecho privado (compraventas, contratos bancarios, contratos de seguro, títulos valores, suministros).

Se ha avanzado desde luego en este campo, dando un paso decisivo la LOPJ al disponer en su art. 7.3 que «los juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción».

Del mismo modo, el art. 8.3 de la Ley 26/1984, de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ya legitimaba a las Asociaciones de Consumidores para iniciar e intervenir en los procedimientos administrativos tendentes a hacer cesar la oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios.

Así como la legitimación de las Asociaciones de Consumidores en los procesos para la defensa de intereses colectivos debe favorecerse, ha de regularse con sumo cuidado la legitimación grupal por la dispersión que puede generar; cabe admitirla sólo cuando se trate de grupos definidos, perfectamente individualizados y formados con anterioridad al conflicto.

La defensa de los intereses colectivos o difusos exige introducir también modificaciones sustanciales en el desarrollo del proceso. En este sentido, la nueva LEC de 2000 ha representado un enorme avance en la protección de esos intereses. En efecto, de una parte, ha definido la legitimación activa, diferenciando los supuestos en que los afectados estén determinados o resulten fácilmente determinables, reconociendo entonces legitimación a los grupos de afectados y a las Asociaciones de Consumidores, frente a los de difícil o imposible determinación, en cuyo caso sólo pueden iniciar el proceso las Asociaciones de Consumidores que sean representativas (art. 11). De otro lado, se modifican las reglas de las sentencias que se dicten en estos últimos procesos (art. 221), permitiendo extender la cosa juzgada a terceros que no hubieran intervenido siempre que se encuentren en la misma situación.

Finalmente, fuera de otras características o especialidades en el desarrollo del proceso, permite la LEC a los afectados que no hubiesen litigado instar la ejecución, y obtener en ella el reconocimiento como beneficiarios de la condena (art. 519).

# **LECCIÓN 19. EL DERECHO DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA**

## **1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL**

Establece el art. 119 de la CE el derecho a la justicia gratuita; dice la norma citada que la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

Esta norma constitucional tiene su reflejo en el art. 20 de la LOPJ, que recoge la declaración constitucional y la prohibición de exigir fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular; además, recoge el mandato de que una ley ordinaria regulará un sistema de justicia gratuita que dé efectividad a los derechos contemplados en el art. 119 y 24 de la CE.

El art. 20 de la LOPJ, lo que hace es entroncar el derecho de justicia gratuita con el derecho a la tutela efectiva que hemos estudiado en la lección anterior, y con el derecho de defensa, haciendo una interpretación sistemática de la Constitución, pues no cabe decir que existe un derecho a la tutela efectiva, reconocido en el art. 24 de la CE, si al mismo tiempo admitimos que las personas que tienen imposibilidad económica de pagar los gastos que conlleva la justicia dejen ejercitar por eso la acción procesal; serían personas abandonadas a la más espantosa indefensión. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido en este punto muy clara y vincula de forma absoluta el derecho a la tutela efectiva y el de defensa con la posibilidad de ejercicio de la acción, aun en aquellos supuestos en los que no se pueda hacer frente a los gastos que ello ocasione (se pueden ver por todas la STC 1ª de 8 julio 1988 y la fundamental STC Pleno 16/1994).

Cumpliendo el mandato constitucional, y el recogido en la LOPJ, se ha promulgado la Ley 1/1996, de 10 de enero, sobre Asistencia Jurídica Gratuita. En esta Ley se regula de forma uniforme, es decir, para todos los procesos regulados dentro de los distintos órdenes jurisdiccionales, e incluso para el recurso de amparo constitucional, el derecho de justicia gratuita que ahora llama la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (art. 1 LAJG).

En realidad, la ley ordinaria va más allá del mandato constitucional, pues éste se queda en la justicia gratuita; es decir, en un derecho que consiste en facilitar la utilización de los servicios de la Administración de justicia de forma gratuita; por el contrario, la Ley de 1996 concede el derecho de asistencia jurídica gratuita, que entre otras cosas, abarca el asesoramiento jurídico previo al proceso o aquél encaminado a evitar el proceso posterior.

## **2. ÁMBITO SUBJETIVO**

Tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita fundamentalmente los ciudadanos españoles, a los que se asimilan los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y los ciudadanos de otros países, siempre que residan legalmente en España. En todo caso, han de acreditar la insuficiencia

de recursos para litigar (art. 2 LAJG). Además de estas personas, pueden solicitar el derecho de asistencia gratuita en el orden jurisdiccional social, y sólo para lo que se refiere a la defensa en juicio, todos los trabajadores y todos los beneficiarios del sistema de la Seguridad Social, con independencia de cuáles sean su ciudadanía y el régimen de residencia que tengan en España (art. 2.d LAJG). En el orden jurisdiccional penal, tienen derecho a la asistencia letrada, defensa y representación gratuita todos los ciudadanos extranjeros, sin condicionamiento alguno (art. 2.e LAJG ). Por último, en el orden contencioso-administrativo, así como en la vía administrativa previa, y en materia de solicitud de asilo, tienen derecho a la asistencia letrada, a la defensa y a la representación gratuita, cualquier ciudadano extranjero sin condicionamiento alguno.

Por tanto, vemos que el principio general, en lo que se refiere a las personas físicas, es que el derecho a la asistencia gratuita, en líneas generales, sólo lo tienen los ciudadanos españoles, los comunitarios y los residentes legales. Sin embargo, este derecho se amplía desde el punto de vista subjetivo, aun cuando se restringe desde el punto de vista objetivo, en los distintos órdenes jurisdiccionales, según los casos, a todos los ciudadanos extranjeros sea cual sea la condición de su residencia en España; todo ello quiere decir que la Ley, interpretando correctamente el mandato constitucional, amplía subjetivamente el derecho de asistencia gratuita a aquellos que no contribuyen con el pago de impuestos al Erario Público cuando la acción ejercitada supone el único camino para poder defender derechos mínimos que en cuanto personas deben tener en nuestro país: derecho de asilo, derecho de defensa en materia penal o derecho a las prestaciones salariales y asistenciales si es que son trabajadores.

Igualmente tienen derecho a la asistencia gratuita las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las asociaciones de utilidad pública y las fundaciones inscritas en el Registro correspondiente (art. 2 b) y c) LAJG).

### **3. REQUISITOS OBJETIVOS**

a) Basándose en la constitucionalidad, declarada por la STC Pleno 16/1994, sobre la posibilidad de reconocer el derecho de asistencia gratuita en base a un baremo económico cual es el del salario mínimo interprofesional, la LAJG establece en su art. 3 que se reconocerá el derecho de asistencia jurídica gratuita a aquellas personas físicas cuyos recursos e ingresos económicos, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, no superen el doble del salario mínimo interprofesional vigente al momento de efectuar la solicitud.

La sentencia citada del TC expresamente declara la constitucionalidad del baremo del doble del salario mínimo; según el citado Tribunal, ese dinero señala el nivel de subsistencia personal y familiar mínimo que impone evitar gastos, como los jurídicos, que suponen, en caso de incurrir en ellos, dejar de lado la atención de necesidades vitales; dicho en otras palabras, el TC entiende que por debajo de ese nivel de ingresos, no es posible exigir a nadie el desembolso de dinero para poder acceder a la justicia, y que, por tanto, ésta debe ser gratuita. En definitiva, el nivel mínimo exigible coincide prácticamente con la escala del gravamen para la declaración conjunta de unidades familiares en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

La Ley tiene en cuenta la existencia de signos externos que evidencien

capacidad económica, a los efectos de negar, en el procedimiento que más adelante estudiaremos, el derecho a la asistencia jurídica gratuita a las personas que lo soliciten aun cuando cumplan el requisito de ingresos anuales inferiores al doble del salario mínimo interprofesional (art. 4 LAJG)

La Ley entiende (art. 3.2 LAJG) que constituye la unidad familiar la integrada por los cónyuges no separados legalmente y por los hijos menores no emancipados; y la formada por el padre o la madre y los hijos menores de edad no emancipados.

Del tenor de la Ley no se deduce la posibilidad de entender como unidad familiar la formada establemente por padre y madre e hijos de ambos sin haber contraído matrimonio aquellos dos. Así hay que interpretar la disyuntiva que se interpone entre *padre y madre* en el art. 3.2 b) LAJG, pues todo parece indicar que la unidad familiar la forman o el padre o la madre, en ambos casos con los hijos de ambos, pero nunca de forma conjunta. Si es así, se favorece curiosamente a las llamadas parejas de hecho, pues en el cálculo del computo mínimo de ingresos económicos no se tendrán en cuenta los que posiblemente puedan tener el padre o la madre, cosa que no ocurre con la familia legalmente establecida. Siendo así, la norma es inconstitucional.

Cuando se trata de personas jurídicas el límite mínimo se establece en la Ley en una base imponible en el Impuesto de Sociedades (art. 3.6 LAJG) igual o superior al triple del salario mínimo interprofesional.

b) La Ley es sensible al problema que se presenta en aquellos supuestos en los que W insuficiencia de medios económicos es relativa; es decir, aquellos supuestos en los que, teniendo el justiciable unos ingresos superiores al mínimo establecido, sin embargo no tenga los medios suficientes para pagar los gastos de asistencia judicial teniendo en cuenta una serie de circunstancias como son las familiares, el número de hijos o familiares a su cargo, el estado de salud, las obligaciones económicas que pesen sobre él, los costes derivados de la iniciación del proceso o cualesquiera otras que puedan ser valoradas objetivamente. En esos supuestos, el órgano encargado de reconocer la asistencia gratuita podrá concederla total o parcialmente, incluso a aquellas personas integradas en una unidad familiar que, superando el doble, no lleguen al cuádruplo del salario mínimo interprofesional (art. 5 LAJG).

c) La Ley establece que el derecho a la asistencia jurídica gratuita sólo podrá reconocerse en los supuestos concretos en los que la persona que los solicita piense litigar o litigue en defensa de derechos o intereses propios.

d) En los supuestos de sobrevenida de una situación económica dentro de los límites establecidos en la Ley, una vez iniciado el proceso con la demanda o contestada ésta, se podrá reconocer el derecho siempre que la nueva situación económica se acredite convenientemente (art. 8 LAJG).

La Ley, con buen criterio, permite que se solicite, y obtener el beneficio de la asistencia gratuita, en los supuestos en los que sobrevenga una situación económica que entre dentro de los límites legales. Con mejor criterio no suprime la asistencia gratuita en aquellos supuestos en los que el beneficiario venga a mejor fortuna no tanto porque ello supusiese una injusticia, que no lo sería, como por las enormes dificultades y perturbaciones que conllevaría la fiscalización día a día, o mes a mes, de

la economía familiar. Por eso, tal como decimos, con acierto la Ley establece como punto de referencia el momento de efectuar la solicitud ante el órgano correspondiente (art. 3.1 LAJG).

#### **4. CONTENIDO MATERIAL DEL DERECHO**

Según se establece en el art. 6 de la LAJG (*redactado en el n° 6 de acuerdo con la disposición 15ª final Ley 1/2000 LEC*) el derecho de asistencia jurídica gratuita comprende las siguientes prestaciones:

1) Asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso cuando se pretenda evitar el conflicto procesal o analizar la viabilidad de la pretensión.

La Ley regula por primera vez como objeto del derecho a la justicia gratuita el asesoramiento y la orientación que se pueda pedir a los efectos de evitar el proceso o analizar las posibilidades de la pretensión que se prevé ejercitar. Hasta la Ley de 1996, el derecho de justicia gratuita abarcaba tan sólo los gastos en que incurrían los sujetos una vez iniciado el proceso; ahora se posibilita que con el asesoramiento gratuito se puedan evitar gastos posteriores que siempre son de mayor enjundia que los que se pueden derivar de la mera labor de asesoramiento.

2) Asistencia de abogado al detenido o preso que no lo hubiera designado, para cualquier diligencia policial que no sea consecuencia de un procedimiento penal en curso o en su primera comparecencia ante un órgano jurisdiccional, o cuando ésta se lleva a cabo por medio de auxilio judicial y el detenido o preso no hubiere designado letrado en el lugar donde se preste.

Se trata de aquellos gastos producidos por los honorarios profesionales de letrado que se ocasionan fuera del procedimiento penal o con anterioridad a éste y que tienen enorme importancia para el derecho de defensa de cualquier persona, que se podía ver perturbado si no se pudiese hacer frente a los gastos correspondientes.

3) Defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en los supuestos judiciales que la ley establezca o en los que se imponga por el órgano judicial.

4) Inserción gratuita de anuncios o edictos que deban publicarse en los periódicos oficiales, siempre dentro del curso del proceso.

5) Exención del pago de depósitos que algunas veces la ley exige para la interposición de los recursos.

6) Asistencia pericial en el proceso, que se hará a cargo de funcionarios o de organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones Públicas, y, para el supuesto de que no fuera posible, asistencia pericial a cargo de peritos independientes que serán nombrados por el juez mediante el proceso *establecido en las leyes procesales*.

7) Obtención gratuita de copias, testimonios, instrumentos y actas notariales, en los términos previstos en el art. 130 del Reglamento Notarial.

8) Reducción del 80% de los derechos arancelarios que correspondan por el otorgamiento de escrituras públicas, por la obtención de copias y testimonios notariales, así como por la obtención de notas, certificaciones, anotaciones, asientos e inscripciones en los Registros de la Propiedad y Mercantil, siempre que en todo caso sean requeridos por el órgano judicial, se hagan en el curso del procedimiento o sirvan para la fundamentación de la pretensión del beneficio de justicia gratuita.

El derecho de asistencia jurídica gratuita se otorga para todos los trámites e incidencias, así como instancias y recursos extraordinarios de un mismo proceso (art. 7 LAJG). Lo que quiere decir que no se tiene derecho en términos generales a la asistencia jurídica gratuita, en todo caso y por todo tiempo, sino que ese es un derecho circunscrito a un proceso determinado o a sus prolegómenos.

## **5. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA**

El derecho a la asistencia jurídica gratuita se reconoce en vía administrativa por unos nuevos órganos de la Administración denominados Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita.. Estas Comisiones tendrán su sede en cada una de las capitales de provincia, en Ceuta y Melilla y en cada isla en la que existan uno o más partidos judiciales (art. 9 LAJG).

Las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita están presididas por un miembro del Ministerio Fiscal, designado por el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia correspondiente o, en su caso, de la Audiencia Provincial; además, las integrarán el Decano del Colegio de Abogados o un abogado designado por éste, el Decano del Colegio de Procuradores o un procurador designado por éste y otros miembros que son designados por las Administraciones Públicas de las que dependan, en concreto, un Abogado del Estado y un funcionario del Ministerio de Justicia (art. 10.1 y 10.2 LAJG).

La designación de un órgano administrativo como competente para el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita, es una novedad en nuestra legislación procesal; hasta la promulgación de esta Ley que estamos comentando era el órgano judicial quien reconocía este derecho. Al dar competencias a la Administración para el reconocimiento, el legislador se adapta con mayor precisión a lo que debe ser el derecho a la asistencia jurídica gratuita: es decir, un derecho de contenido administrativo, concedido por el Estado, y que tiene una manifestación clara en los presupuestos del Estado, en cuanto que los gastos a los que deja de hacer frente el justiciable son subvencionados directa o indirectamente por el Estado. Siendo así, no es equivocado que el reconocimiento lo lleve a cabo un órgano administrativo, cuya resolución, en todo caso, queda sometida al control judicial de acuerdo con lo establecido en el art. 20 de la LAJG.

Aunque el órgano decisor es la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, en el reconocimiento del derecho tiene una actuación muy importante el Colegio de Abogados, que es quien recibe la solicitud (art. 12 LAJG), quien ordena la subsañación de los posibles defectos de la solicitud (art. 14 LAJG) y quien lo

reconoce o lo deniega provisionalmente (art. 15 LAJG), dando lugar a la posterior actividad de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, encargada de reconocer o negar definitivamente el derecho de asistencia jurídica gratuita (art. 17 LAJG).

La solicitud de reconocimiento produce, a instancia de parte o de oficio por el juez, nunca de forma automática, la suspensión del proceso que pueda estar en marcha, en razón del cual se haya solicitado el reconocimiento de asistencia jurídica gratuita, a fin de evitar que el tiempo que necesariamente transcurre en la tramitación del procedimiento administrativo pueda perjudicar al derecho de defensa del solicitante (art. 16 LAJG). Igualmente produce la solicitud de reconocimiento, la interrupción de la prescripción de los derechos que se pretenden ejercitar en el proceso. (art. 16, párrafo tercero y cuarto LAJG).

La resolución dictada por la Comisión, si es de reconocimiento, confirma los nombramientos provisionales de abogado y procurador que en su momento pudieron llevar a cabo los Colegios respectivos. Si la resolución es denegadora del reconocimiento del derecho, las designaciones de abogado y procurador que eventualmente se pudieron haber hecho quedarán sin efecto, debiendo el solicitante abonar los honorarios que se hubieran devengado (art. 18 LAJG).

El reconocimiento puede ser revocado por la Comisión, si se hubiese producido en virtud de una declaración errónea o con falseamiento u ocultación de datos por los solicitantes (art. 19 LAJG).

## **6. EL SERVICIO DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA**

El reconocimiento constitucional del derecho de asistencia jurídica gratuita obliga a poner en marcha un entramado administrativo que permita la prestación de tal derecho; igualmente, obliga a buscar los fondos necesarios para hacer posible la prestación de este servicio; y, por último, determina la especificación de aquellos casos en los que los profesionales, en concreto, el abogado, al que se asigna la obligación de prestar el servicio de asistencia jurídica gratuita, puedan negarse a hacerlo por circunstancias determinadas.

En el primer caso planteado, los Colegios de Abogados están obligados a la organización, dentro de su sede, de los servicios de asistencia letrada (art. 22 y siguientes LAJG), dependiendo de ellos todo cuanto se refiere a la gestión, distribución de turnos, formación y especificación de los letrados que concurren a este servicio.

Corresponde al Estado, a través del Ministerio de justicia, aportar los fondos necesarios para hacer frente a este servicio público (art. 30 LAJG).

Por último, si bien los profesionales que intervienen en el servicio, en concreto los abogados y procuradores, tienen total autonomía profesional (art. 23 LAJG) y deben asumir sus obligaciones profesionales de la forma en que se establece en los propios estatutos colegiales (art. 31 LAJG), tienen derecho a

no prestar el servicio para el que han sido requeridos siempre que estimen que el derecho que se pretende ejercitar por el justiciable no tiene fundamento alguno, o es insostenible el recurso que se pretende interponer (arts. 32 y 35 LAJG); todo ello dará lugar a un procedimiento administrativo ante la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita (art. 33 LAJG) que puede terminar en el nombramiento de un segundo abogado.

**PARTE CUARTA**

**EL PROCESO**

## **LECCIÓN 20. EL PROCESO**

### **1. CONCEPTO**

En una primera y genérica aproximación, el proceso puede ser conceptualizado como el instrumento que ostenta la jurisdicción para la resolución definitiva e irrevocable de los conflictos intersubjetivos y sociales.

Dentro de los distintos medios de solución de los conflictos (véase Lección 1ª) el proceso pertenece, sin duda alguna, a la «heterocomposición», por cuanto, al igual que acontece con el arbitraje, la resolución del conflicto se encomienda a un tercero imparcial, situado supra partes. Pero se diferencia de esta institución, tanto por la causa del encargo que recibe este tercero (en el arbitraje proviene de un negocio jurídico o contrato suscrito entre las partes, mientras que, en el proceso, procede del oficio de Derecho público que liga al juez con el Estado), como por su estatuto jurídico (árbitro puede ser cualquier sujeto de derecho, en tanto que los jueces poseen un peculiar régimen jurídico) y por su objeto, que en el proceso es mucho más amplio (al arbitraje tan sólo cabe acudir para dirimir conflictos intersubjetivos de naturaleza disponible, en tanto que el objeto procesal puede recaer sobre derechos subjetivos públicos -así, el recurso de amparo-, sobre conflictos sociales -v.gr., el proceso penal, que enfrenta a la sociedad y al Estado con la defensa- y naturalmente también sobre derechos subjetivos privados -los procesos civiles, laborales y buena parte de los administrativos-).

El proceso es, pues, el instrumento que tiene el Poder judicial para resolver los conflictos que ante sus órganos -los juzgados y Tribunales- se les planteen. Pero un estudio más detenido de su contenido nos revela que puede ser definido como el «conjunto de derechos constitucionales de incidencia procesal, posibilidades, obligaciones y cargas, que asisten a los sujetos procesales como consecuencia del ejercicio del derecho de acción y de la interposición de la pretensión, cuya realización, a través de los oportunos actos procesales, origina la aparición de sucesivas situaciones procesales, informadas por el principio de contradicción, desde las que las partes examinan sus expectativas de una sentencia favorable que ponga fin al conflicto mediante la satisfacción definitiva de sus respectivas pretensiones y resistencias».

Veamos, a continuación, un poco más detenidamente cuáles son los principales elementos esenciales que integran el proceso.

### **2. NOTAS ESENCIALES**

El proceso se caracteriza por una relación triangular, tal y como se refleja en el gráfico adjunto, del que se destaca, de un lado, la supremacía del tercero-juez, en tanto que titular de la potestad jurisdiccional y, de otro, la situación de enfrentamiento o contradicción en la que se encuentran las partes,

las cuales se denominan «actor» o «demandante» y «demandado» en el proceso civil, laboral y administrativo, y parte «acusadora» y «defensa» en el proceso penal:

J

A            D

### **A) La acción y demás derechos constitucionales de incidencia procesal**

Pues bien, esta situación triangular surge como consecuencia del ejercicio del *derecho de acción* o de «tutela» (art. 24.1 CE), que es el primer derecho constitucional de incidencia procesal que ha de ser ejercitado para que pueda nacer el proceso. La acción, de la que ya nos hemos ocupado en la Lección 18 es, pues, el *motor* del proceso, sin cuyo ejercicio mediante el pertinente acto procesal (la demanda en el proceso civil y laboral, la querrela en el penal y el escrito de interposición del recurso en el proceso contencioso-administrativo) no se puede acceder a la jurisdicción, ni puede nacer el proceso.

Pero, como es natural, dicho derecho de acceso no asiste exclusivamente al actor o acusador, sino que también se le ha de otorgar al demandado o al imputado. Este derecho de acceso de la parte pasiva al proceso se le denomina «derecho de defensa», que también se encuentra protegido por el art. 24.2 de la CE.

Una vez dentro del proceso, ambas partes han de gozar de todo un conjunto de derechos y garantías de incidencia procesal, que se resumen en el derecho al «proceso justo o debido» y que han surgido a lo largo de la historia hasta impostarse en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (así, el art. 6 CEDH) y en la mayoría de las Constituciones europeas (en la nuestra, en el art. 24). La finalidad de tales derechos, consiste en obtener la imparcial aplicación del Derecho objetivo al caso concreto y evitar que la verdad pueda obtenerse en el proceso a cualquier precio, provocando situaciones materiales de indefensión para alguna de las partes o, lo que es peor, la indebida violación de otros derechos fundamentales (la libertad, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, etc.).

De este modo, con independencia de los derechos de tutela y de defensa, del art. 24.2 de la CE se deduce claramente la existencia, o se infieren los siguientes. derechos constitucionales de incidencia procesal: el derecho al juez legal imparcial; los principios de contradicción, de igualdad de armas y acusatorio (implícitos en el derecho a «un proceso con todas las garantías»); el derecho del imputado al silencio y a no declarar contra sí mismo; a ser defendido por un abogado y al conocimiento previo de la imputación; el

derecho a utilizar la prueba pertinente; a no ser condenado sin actividad probatoria de cargo suficiente o mediante pruebas «prohibidas» (contenido en la «presunción de inocencia»), y el derecho a los recursos preestablecidos en el ordenamiento (implícito en el derecho a la tutela). Todos estos derechos fundamentales se complementan con otros especiales, tales como los que adornan el derecho a la libertad (art. 17), la entrada y registro (art. 18.2) o la intervención de las comunicaciones (art. 18.3).

## **B) Las .obligaciones procesales**

Pero en el proceso no sólo les asisten a las partes determinados derechos, sino que también tienen ciertas obligaciones, las cuales dimanarían del art. 118 de la CE, conforme al cual «es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto».

En un orden cronológico, la primera de dichas obligaciones es la de *comparecencia* a la llamada del juez de todos los sujetos que intervienen en el proceso. Una vez dentro de él, tienen, asimismo, las obligaciones de *veracidad y probidad* o, en general, de actuar con buena fe procesal (art. 247 LEC que prevé para garantizar su cumplimiento multa de 30.000 a un millón de pesetas), es decir, de actuar dentro del proceso «sin chicanas, ni enredos», pues nuestra Constitución también protege el derecho «a un proceso sin dilaciones indebidas» y a que la tutela judicial sea «efectiva». De la obligación constitucional de cumplir con las resoluciones judiciales, cabe inferir las de *soportar un análisis sanguíneo* para la investigación de la paternidad (art. 767.4 LEC que sanciona su incumplimiento con la "*ficta confessio*"), la de *exhibición de documentos* en poder de terceros o de las partes (arts. 256.1, 270.2, 328 LEC), o la del *patrimonio* (art. 589 LEC) a fin de que sobre él pueda el juez disponer las oportunas medidas ejecutivas (*v.gr.*, el embargo) que aseguren el derecho de crédito del acreedor frente a una posible ocultación de bienes por parte del deudor.

Desgraciadamente, el art. 589 LEC sólo permite la "manifestación" del patrimonio en la fase de ejecución y no en la declarativa para posibilitar las medidas cautelares.

## **C) Las posibilidades y cargas procesales**

En el proceso, salvedad hecha de los derechos y obligaciones constitucionales de incidencia procesal a los que nos acabamos de referir, no les asisten a las partes derechos ni obligaciones, sino posibilidades y cargas.

Este fue el error en el que incurrió la doctrina germana clásica (BuLoW, KOHLER, HELLWIG, WACH), para quien el proceso podía ser conceptualizado como una «relación jurídica» que podía transcurrir entre las partes, las partes y el juez, o todos ellos entre sí. Todas estas tesis fueron rebatidas por

GOLDSCHMIDT, quien demostró que los supuestos derechos procesales, en primer lugar, no poseían naturaleza procesal, sino constitucional y, en segundo, no se correspondían con obligación procesal alguna con la que podían conformar la relación jurídica.

Las posibilidades procesales pueden conceptuarse como ocasiones u oportunidades procesales (en el sentido de la palabra francesa «chance», que utilizó GOLDSCHMIDT) que se les ofrecen a las partes en el curso del proceso, y mediante cuyo ejercicio a través de los correspondientes actos procesales, obtienen determinadas ventajas o acrecientan sus expectativas de una sentencia favorable (así, una vez presentada la demanda o concluida la fase de alegaciones, se le ofrece al demandante la posibilidad de solicitar o no la apertura de la fase probatoria; concluida la misma, la de formular o no «conclusiones», etc.).

Las cargas procesales, por el contrario, son los actos procesales que incumbe o debe realizar la parte interesada a fin de que pueda prevenir una desventaja procesal o, en último término, evitar una sentencia desfavorable. (de este modo, ha de comparecer el demandado a fin de evitar los desfavorables efectos de la «rebeldía»; el actor tiene la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión y el demandado la de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes; la parte condenada en primera instancia tiene la carga de recurrir la sentencia, etc.).

Las posibilidades y cargas procesales se ejercen o levantan mediante los oportunos actos procesales, que originan las correspondientes situaciones, informadas por los principios de contradicción e igualdad (sobre los que después volveremos, *vide* Lección 21), desde las que las partes examinan sus expectativas de una sentencia favorable a sus respectivas pretensiones y resistencias.

### **3. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES**

Para que puedan válidamente surgir tales posibilidades, cargas y situaciones procesales, es preciso que las partes, en el momento de ejercitar su derecho de acción o de defensa, cumplan con determinados requisitos, sin cuya concurrencia el juez no puede entrar a conocer sobre el objeto del proceso o fondo del asunto.

Con respecto a la naturaleza de tales presupuestos mucho se discutió en la doctrina germana clásica. Para su artífice, OSCAR VON BÜLOW, los presupuestos procesales condicionaban el válido nacimiento de la relación jurídica procesal; pero con razón pudo GOLDSCHMIDT censurar dicha construcción, pues ni existe, como veremos, dicha relación, ni vendrían a condicionar su nacimiento, pues se discuten dentro del proceso, esto es, cuando la supuesta relación jurídica procesal está ya constituida.

Los presupuestos procesales condicionan la *admisibilidad* o válida emisión de la sentencia que ha de resolver el conflicto jurídico material planteado, pero han de concurrir en el momento del acceso de las partes al proceso.

Desde un punto de vista subjetivo, pueden ser sistematizados en presupuestos del órgano jurisdiccional, de las partes y del objeto procesal. Los presupuestos del juez son la jurisdicción y la competencia en cada una de sus manifestaciones (objetiva, territorial y funcional); los de las partes la capacidad para ser parte y de actuación procesal, la postulación y el derecho o capacidad de conducción procesal, y los del objeto procesal el procedimiento adecuado, la litispendencia y la cosa juzgada. Junto a tales presupuestos genéricos pueden ser exigibles otros especiales, tales como la caducidad (en el ejercicio de pretensiones constitutivas), el recurso ordinario, la comunicación y reclamación previa en el proceso administrativo, etc.

Respecto a su tratamiento procesal, se ha acentuado en la actualidad su *examen de oficio* («*von Amts wegen*») por parte del órgano jurisdiccional, quien en la medida de lo posible ha de procurar su subsanación al inicio del proceso (así, en la comparecencia previa del proceso civil de «menor cuantía», destinada a purgar al proceso de la ausencia de obstáculos procesales). Pero en algunas ocasiones, y siempre que el juez no los aprecie de oficio, es el demandado quien tiene la carga de alegar y probar su ausencia en el proceso.

La finalidad de estimular el examen de oficio de los presupuestos procesales y de posibilitar su sanación reside en evitar las, por todo demandante temidas, «sentencias absolutorias en la instancia», resoluciones a la que dan lugar la declaración de la falta de alguno de dichos presupuestos. En un proceso moderno es siempre recomendable que el tratamiento de tales presupuestos se haga *a limine litis*, esto es, al inicio del proceso y no al final de la fase declarativa o al término de alguna de sus instancias, ya que, si así aconteciera, el actor habrá perdido el tiempo y su dinero, pues el contenido de tales resoluciones se circunscribe a declarar la ausencia del presupuesto procesal, dejando imprejuzgada la relación jurídico material debatida, de tal suerte que tendrá el demandante que cumplir con el presupuesto procesal inobservado y cuya ausencia se ha constatado y volver de nuevo a empezar el proceso.

#### **4. EL OBJETO DEL PROCESO**

El objeto del proceso es la pretensión o declaración de voluntad del actor o acusador, planteada ante el juez pero dirigida contra el demandado o acusado, por la que se solicita, en el proceso civil, el reconocimiento de un derecho o situación jurídica preexistente, su creación «*ex novo*» o la condena del deudor al cumplimiento de una determinada prestación (art. 5.1 LEC) y, en el proceso penal, la condena al acusado al cumplimiento de una determinada pena.

##### **A) Elementos**

En toda pretensión puede observarse la concurrencia de los siguientes elementos o requisitos:

a) Subjetivo: la legitimación. La pretensión, en primer lugar, tan sólo puede

ser deducida por quien ostenta la legitimación activa y tan sólo puede ser dirigida contra quien tiene la legitimación pasiva.

La legitimación es una relación jurídica, trazada por una norma de carácter material, que ha de ligar a la parte demandante y demandada con el derecho, bien o interés que se discute en el proceso (así, en una rescisión de un contrato de compraventa la legitimación viene determinada por la cualidad de vendedor y de comprador; en un desahucio por la de arrendador y arrendatario, etc.).

La legitimación es, pues, una relación jurídica material y, en cuanto tal, forma parte de la fundamentación de la pretensión, de tal suerte que, si en el proceso se constata su ausencia, ha de originar una sentencia de fondo y con todos los efectos materiales de la cosa juzgada (v.gr., si en un proceso de desahucio se comprueba que el arrendador en realidad no lo era, la sentencia será desestimatoria y nunca más ese supuesto arrendador podrá volver a promover el desahucio contra el arrendatario que ha triunfado en el proceso).

Con independencia de la legitimación han de observar las partes el cumplimiento de otros requisitos, como es el de la capacidad procesal, pero su naturaleza y tratamiento es muy diferente. La capacidad para ser parte y procesal o la «conducción procesal» son, como se ha dicho, presupuestos procesales que nada tienen que ver con la fundamentación de la pretensión. Por tal razón, la ausencia de tales presupuestos procesales ha de provocar una sentencia absolutoria en la instancia, la cual no produce aquellos efectos materiales de la cosa juzgada, pues una vez subsanados tales requisitos pueden las partes volver a entablar entre ellas el mismo proceso.

La legitimación puede ser activa y pasiva, según haya de observarla el demandante o el demandado. Un actor ostenta legitimación activa cuando se encuentra en la relación requerida por la norma para solicitar del demandado el reconocimiento o constitución de un derecho o su condena al cumplimiento de una determinada prestación; inversamente, está legitimado pasivamente un determinado demandado cuando la pretensión se ha dirigido frente al sujeto responsable de la perturbación, despojo, negación o creación del derecho o situación jurídica, o frente a quien efectivamente resulta ser el deudor del incumplimiento de una determinada obligación.

Pero la carga procesal de determinar la legitimación, tanto activa como pasiva, incumbe exclusivamente al actor. Si viniera a faltar alguna de ellas será el demandado quien, a través del planteamiento en el escrito de contestación a la demanda de la oportuna excepción de «falta de legitimación activa o pasiva», podrá obtener una sentencia desestimatoria de la pretensión.

b) Objetivos. Los elementos objetivos de la pretensión vienen determinados por la *petición*, de un lado, y la *fundamentación* fáctica y jurídica, de otro.

La petición es la declaración de voluntad a la que se contrae la pretensión. Dicha declaración se suele plasmar en el «suplico» o «solicito» de los escritos de alegaciones de las partes y en él se individualiza la pretensión, permitiendo inferir su naturaleza (declarativa, constitutiva o de condena), a la vez que se determina también el objeto del proceso sobre el que versará la actividad

decisoria del juez. Por esta razón, la petición establece los límites de la obligación de *congruencia* judicial, de tal modo que el órgano jurisdiccional no podrá otorgar, en su sentencia, más de lo pedido por el actor, ni menos de lo resistido por el demandado, ni cosa distinta a lo solicitado por ambas partes en sus respectivas peticiones.

Pero la petición, por sí sola, no constituye el objeto del proceso, sino que precisa de una *causa petendi* o fundamentación fáctica. En nuestro ordenamiento, en el que rige la doctrina de la «sustanciación de la demanda», el objeto procesal no lo conforman las alegaciones jurídicas o individualización de las normas a los hechos que fundamentan la petición, ya que *iura novit curia, da mihi factum et lobo tibi ius*; tales axiomas nos indican que los jueces son enteramente dueños de la aplicación del Derecho y, por tanto, no están vinculados por las invocaciones jurídicas que efectúen las partes en sus escritos de alegaciones.

Por consiguiente, el objeto del proceso queda integrado en nuestro ordenamiento por la petición más la fundamentación fáctica, con las propias peculiaridades de las distintas tipologías de procesos.

Así, en el proceso civil, como consecuencia de la vigencia del principio dispositivo, es la petición, como se ha dicho, la que determina la congruencia. Por el contrario, en el proceso penal, aun cuando también subsiste una congruencia «cuantitativa» al título de condena que ha de plasmarse en la petición, el objeto procesal penal viene, sobre todo, integrado por la fundamentación fáctica o «hecho punible».

## **B) Clases de pretensiones**

Atendiendo a su naturaleza, las pretensiones, tal y como determina el art. 5 LEC, pueden clasificarse en *declarativas, de condena y constitutivas*.

En las pretensiones declarativas de lo que se trata es de obtener del juez el reconocimiento o la declaración de preexistencia jurídica de un determinado derecho subjetivo o situación jurídica individualizada (por ejemplo, que el juez declare la existencia de una determinada servidumbre o la nulidad radical de un contrato por falta de concurrencia de sus elementos constitutivos).

Las pretensiones de condena, como su nombre indica, están dirigidas a la condena judicial del deudor al cumplimiento de una determinada prestación de dar, hacer o no hacer (así, todas las reclamaciones de cantidad en las que se solicita la condena al pago de una suma dineraria, la petición de condena a la demolición de una obra o a abstenerse de efectuar una determinada prestación, etc.). Desde un punto de vista cuantitativo, las pretensiones de condena son las más frecuentes en los juzgados, si bien suelen poseer una naturaleza *mixta*: en ellas el acreedor solicita, de un lado, el reconocimiento de un determinado derecho de crédito y, de otro, la condena al deudor al cumplimiento de una determinada prestación.

Finalmente, las pretensiones constitutivas tienen por objeto conseguir la

creación, modificación o anulación de un derecho o de una situación jurídica. En la práctica forense y dentro de las relaciones del Derecho privado son muy escasas, limitándose al ámbito del derecho de familia (por ejemplo, las declaraciones paterno filiales de estado civil o la incapacidad) y determinadas relaciones del Derecho mercantil (impugnaciones de acuerdos de sociedades mercantiles, de patentes y demás signos distintivos de la propiedad industrial, etc.), alcanzando una mayor virtualidad en la esfera del Derecho público (v.gr., las impugnaciones de actos administrativos y reglamentos ilegales, o el recurso de inconstitucionalidad). Debido a la circunstancia de que tales pretensiones se manifiestan contrarias al principio de seguridad jurídica, el ejercicio del derecho de acción suele estar sometido al cumplimiento de determinados plazos de «caducidad» y dentro del proceso, en ocasiones, se le otorga legitimación activa al Ministerio Fiscal.

En el proceso civil tienen cabida todas y cada una de las referidas pretensiones, en tanto que en el proceso penal las pretensiones son siempre de condena.

### **C) Requisitos formales**

La pretensión ha de reflejarse en el escrito de alegaciones de las partes destinado a tal efecto. En la inmensa generalidad de los casos, dicha declaración de voluntad es planteada por el actor en su escrito de *demanda*, pero excepcionalmente puede ocurrir que, frente a la demanda, el demandado no se limite a contestarla, sino que formule, a su vez, una nueva pretensión contra el actor; dicha pretensión, que ha de formalizarse en el escrito de contestación a la demanda, se denomina *reconvención* y, mediante ella, pasa el demandado a asumir el rol de actor (por ejemplo, A demanda a B en reclamación de cantidad; B contesta a la demanda y afirma que no sólo no debe nada a A, sino que además pide al juez que condene a A al pago de otra cantidad).

Ahora bien, salvedad hecha de la posibilidad procesal del demandado de formular reconvención, el acto procesal en el que se interpone la pretensión es la demanda, y en ella se confunden el ejercicio del derecho de acción (pues la demanda es el acto de iniciación del proceso) y la formalización de la pretensión. En la demanda y en la reconvención han de concurrir todos los requisitos o elementos de la pretensión a los que nos hemos referido y que se contienen en el art. 399 de la LEC.

Pero, en otros procesos, el momento del ejercicio de la acción y el de la interposición de la pretensión aparecen distanciados procedimentalmente. Esto es lo que ocurre en el proceso contencioso-administrativo, en el que el derecho de acción se ejercita en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, en el que además se anticipa la «petición», pero la pretensión se interpone más tarde, en el escrito de demanda; lo mismo ocurre en el proceso penal: la acción se ejercita en la querrela y demás actos de iniciación del proceso y la pretensión se deduce en los escritos de calificación provisional o acta de acusación.

## **5. LA FUNCIÓN DEL PROCESO**

El proceso, como todo medio heterocompositivo, está arbitrado para la solución definitiva e irrevocable, a través de la aplicación del derecho objetivo, de los conflictos intersubjetivos y sociales que en él se planteen.

Esta es la función genérica del proceso. Pero, atendiendo a su relación con el objeto procesal, puede destacarse otra más específica: la de la *satisfacción* de las pretensiones y resistencias.

En este sentido, cabe destacar que mediante esta última función se diferencia cualitativamente el proceso de la solución que pudiera alcanzarse a través de otros medios auto o heterocompositivos, pues la satisfacción procesal, siguiendo a FAIRÉN, ha de ser jurídica, razonada, eventualmente completa, estable y práctica.

### **A) Jurídica**

La primera nota que diferencia la satisfacción procesal de la obtenida mediante otros medios de solución de conflictos es la de estar fundada en el derecho objetivo.

En efecto, a diferencia de otros equivalentes jurisdiccionales, en los que caben los «laudos en equidad», la satisfacción procesal que ha de otorgar la sentencia se caracteriza por estar necesariamente fundada en Derecho. Así se encarga de establecerlo el art. 248.3 de la LOPJ, en cuya virtud, las sentencias contendrán una declaración de hechos probados, «los fundamentos de derecho y, por último, el fallo».

### **B) Razonada**

Pero la aplicación del Derecho no puede efectuarse de una manera arbitraria. A diferencia del Antiguo Régimen, en el que les estaba prohibido a los jueces motivar las sentencias, en el actual Estado de Derecho no sólo hay que cumplir con dicho deber de motivación, sino que también le está vedado al juez seleccionar caprichosamente la norma aplicable, y ello porque, aun cuando no esté vinculado por las alegaciones de las partes, tan sólo puede aplicar la norma reclamable al caso concreto, ya que la sentencia no sólo ha de estar formalmente sino también materialmente motivada o, dicho en otras palabras, la satisfacción jurídica ha de ser razonada y razonable. Para garantizar este requisito de la sentencia existen los medios de impugnación (el recurso de apelación por *vicios in iudicando*) y, en última instancia, el recurso de amparo por infracción del derecho a la tutela.

### **C) Completa**

En tercer lugar, al actor el ordenamiento le garantiza la posibilidad de obtener una satisfacción completa de su pretensión. Para conseguir dicho objetivo se establece la obligación de los jueces de ser congruentes en las sentencias con las pretensiones que se les planteen. Si otorgaran una satisfacción parcial o incompleta la parte afectada habría experimentado un «gravamen» que le legitimará para la interposición del correspondiente recurso. Pero si su pretensión impugnatoria no prospera, el proceso le habrá quitado la razón y deberá reestructurar sus expectativas jurídicas. Naturalmente, el proceso no garantiza una satisfacción total de cualquier pretensión, sino tan sólo de aquellas que son legítimas. Lo que sí garantiza es la posibilidad de obtener una satisfacción completa si el actor logra demostrar que le asiste la razón jurídica en toda su integridad.

#### **D) Estable**

La satisfacción jurídica debe ser permanente e irrevocable; de lo contrario, la sentencia no tendría otro valor que el de un consejo y la insatisfacción podría reproducirse inmediatamente. Para dotar de «inmutabilidad» a la sentencia, para garantizar en definitiva el principio constitucional de «seguridad jurídica» (art. 9.3 CE), surge la institución de la *cosa juzgada*, uno de cuyos efectos primordiales, el denominado efecto negativo, consiste precisamente en evitar que pueda reproducirse el conflicto en un ulterior proceso entre las mismas partes y siempre y cuando la causa de pedir sea la misma; si así sucediera, podrá el demandado ejercitar la excepción de «cosa juzgada».

#### **E) Práctica**

Pero la satisfacción jurídica, finalmente, no puede ser platónica, sino real o práctica. Por tal razón, otro de los efectos positivos de la cosa juzgada es su «ejecutoriedad» y, por la misma, para llevar a cabo en sus propios términos los fallos de los Tribunales (art. 18.2 LOPJ) existe el *proceso de ejecución*, ejecución forzosa o vía de apremio que también se reside en los órganos jurisdiccionales, pues, de conformidad con lo dispuesto en el art. 117.3 de la CE, la potestad jurisdiccional no sólo consiste en «juzgar», sino también en «hacer ejecutar lo juzgado».

## **LECCIÓN 21. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO**

### **1. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO**

A través del estudio de los principios del proceso, se puede observar en un corto espacio los criterios informadores de nuestro ordenamiento procesal, a la vez que puede destacarse la adecuación o no de nuestros distintos tipos de procesos con el modelo del «proceso justo» trazado por nuestra Constitución.

Debido a las características de esta obra no podemos entrar a efectuar una exposición detallada de todos ellos, por lo que vamos a prescindir del examen de los principios del «procedimiento» (oralidad, intermediación, publicidad, concentración y preclusión), así como de los principios procesales referentes a la formación del material fáctico (aportación e investigación) y su valoración (prueba libre y tasada), para centrar nuestro estudio en los principios del proceso más relevantes: los relativos a su estructura (contradicción e igualdad) y al objeto procesal (dispositivo y acusatorio).

### **2. PRINCIPIOS INHERENTES A LA ESTRUCTURA DEL PROCESO**

Por principios inherentes a la estructura del proceso cabe entender los que son consustanciales a la idea misma de proceso, de tal suerte que, si vienen a faltar, podrá hablarse de la existencia de una fórmula autocompositiva, de un mero procedimiento, pero nunca de un proceso.

Son principios inherentes a la esencia o estructura del proceso los de contradicción e igualdad, que alcanzan una dimensión constitucional por encontrarse implícitos en el derecho «a un proceso con todas las garantías» del art. 24.2 de la CE.

#### **A) Contradicción**

La existencia de dos posiciones enfrentadas, la del actor que interpone su pretensión y la del demandado oponiéndose a la misma, constituye una nota esencial de todo proceso. A diferencia de los procedimientos inquisitivos del Antiguo Régimen, en el proceso moderno, se ha reafirmado la idea de que la evidencia, presupuesto ineludible de la sentencia, no puede lograrse sino mediante la oposición entre dos ideas contrapuestas, a través del choque entre la pretensión o acusación y su antitético pensamiento, esto es, la defensa o resistencia.

En la actualidad, el antiguo brocardo *audiatur et altera pars*, se encuentra proclamado a nivel constitucional en los dos apartados del art. 24 de la CE, de un lado, en la exigencia de que nunca se produzca indefensión y, de otro, en el reconocimiento del derecho «a un proceso con todas las garantías», de entre

las cuales la primera de ellas ha de ser la posibilidad de contradicción.

Un proceso está presidido por el referido principio cuando a ambas partes, actor y demandado o acusador e imputado, se les permite efectivamente acceder al proceso a fin de poder hacer valer libremente sus respectivas pretensiones y defensas, mediante la introducción de los hechos que las fundamenten y su correspondiente práctica de prueba, así como cuando se le concede al acusado su derecho a ser oído con anterioridad a la sentencia.

Así pues, del principio de contradicción pueden destacarse las siguientes notas esenciales:

a) El *derecho de acceso al proceso*. El primer presupuesto que se deriva del principio de contradicción es la garantía del «libre acceso a los Tribunales» a fin de que, tanto el actor/acusador, como el demandado/imputado, puedan libremente ejercitar sus respectivos derechos de acción y de defensa y acceder al proceso, tanto a su fase declarativa, como a cualquiera de sus instancias.

Dicho libre acceso, que constituye la primera manifestación del derecho a la tutela, ha de ser, como señala el art. 24.1, *efectivo*. La efectividad se obtiene negativamente en nuestro ordenamiento mediante la declaración de ilegitimidad de toda clase de obstáculos que puedan limitar o restringir la comparecencia de las partes en el proceso.

De aquí la conveniencia de efectuar una interpretación adecuada al derecho a la tutela de instituciones, tales como la «fianza del extranjero y del acusador popular» (arts. 20.3 LOPJ, 270.2, 280 y 281 LECrim) o la regla *solve et repete* del proceso contencioso-administrativo, que, de ser aplicadas desproporcionadamente, pueden vulnerar el derecho a la tutela y el principio de contradicción.

Positivamente el libre acceso efectivo se asegura a través de la obligación del órgano jurisdiccional de poner *ab initio* en conocimiento de la parte pasiva del proceso su existencia. Dicha toma de conocimiento ha de efectuarse a través de la «citación personal» para los actos que tengan por objeto la comparecencia del demandado o imputado (SSTC 22/1987, 22/1988, 16/1989).

Pero, si la parte pasiva comparece; o no en el proceso, ése es su problema. Como se ha indicado en el tema anterior, no existe en nuestro ordenamiento una obligación de las partes de comparecencia, sino una mera «carga» procesal. El juez cumple con el principio de contradicción mediante la citación personal y traslado de la demanda al demandado; si no comparece, se expone a una sentencia en rebeldía y, en el caso del imputado, a una requisitoria de búsqueda y captura con la consiguiente detención.

b) *La adquisición del «status» de parte*. Una vez personadas las partes dentro del proceso, la vigencia del principio de contradicción exige que el ordenamiento procesal les confiera todo el status procesal de parte para que, con arreglo a su legitimación, puedan hacer valer con eficacia sus respectivas pretensiones y defensas.

Para ello, la primera prescripción que habrá de observarse es que no se produzcan en el proceso situaciones materiales de indefensión como consecuencia de la escasez de recursos económicos para litigar, a cuyo fin se establece la asistencia jurídica gratuita (*supra*, Lección 19) y, en el ámbito del proceso penal, el juez habrá de designar abogado de oficio al imputado (sea pobre o rico) que no quiera designar un abogado de su elección desde el mismo momento que resulte imputado en un determinado procedimiento.

Comparecidas formalmente las partes, el principio de contradicción exige también que la parte pasiva pueda conocer la pretensión a fin de poder contestarla con eficacia. En el proceso civil esta puesta en conocimiento se efectúa a través del traslado de la demanda: en el administrativo mediante la remisión del expediente, y en el penal con la puesta en conocimiento de la «imputación» (y no sólo de la acusación como reza el art. 24.2 CE) o del hecho punible cuya comisión se le atribuye, «en una lengua que comprenda» (art. 6 CEDH), así como de la ilustración al imputado de la totalidad de sus derechos constitucionales (al silencio, a elegir abogado, etc., *vide* arts. 17 y 24 CE, 520 LECrim).

A partir de aquí, todos los actos procesales están también presididos por el principio de contradicción, de tal manera que, como consecuencia del derecho «a la última palabra» que asiste a la defensa, tanto en los sucesivos escritos de alegaciones, como en la ejecución de la prueba, habrá de respetarse el mismo orden: en primer lugar, realizará el acto la parte demandante y posteriormente la demandada.

c) *El derecho a la «última palabra»*. Donde el derecho a la última palabra adquiere una significación especial, es en el proceso penal. Así lo consagra el art. 739 LECrim, como última manifestación del principio de contradicción en la primera instancia penal.

Tal y como el TC y el TS tienen declarado, la observancia de este trámite, principal manifestación del principio general de derecho de que «nadie puede ser condenado sin ser previamente oído», es de inexcusable cumplimiento no sólo en el proceso penal, sino también en cualquier procedimiento administrativo de carácter sancionador, lo que no impide que haya de configurarse como un derecho potestativo del acusado, pues puede renunciar a él y ejercitar su no menor derecho constitucional al silencio.

## **B) Igualdad de armas**

El principio de contradicción ha de ser complementado en el proceso contemporáneo con el de igualdad de armas (*die Waf fengleichheit*), porque no es suficiente que exista contradicción en el proceso, sino que, para que ésta sea efectiva, se hace preciso también que ambas partes procesales, actor y demandado, acusación -y defensa, ostenten los mismos medios de ataque y de defensa o, lo que es lo mismo, tengan idénticas posibilidades y cargas de

alegación, prueba e impugnación.

Como acontece con el principio de contradicción, el de igualdad, que se encuentra proclamado en el principio constitucional de «igualdad en la aplicación de la ley procesal» del art. 14 de la CE, y en el derecho a un «proceso con todas las garantías», al constituir un principio consustancial al proceso, ha de estar presente en todas y cada una de sus instancias, hasta la obtención de una resolución definitiva y firme.

Al principio de igualdad se atenta cuando se le confiere a alguna persona o grupo de personas determinados privilegios procesales carentes de justificación objetiva y razonable, o cuando, dentro del proceso y sin fundamento alguno, se le concede a alguna de las partes determinadas posibilidades de alegación, prueba o impugnación, que se le niegan a la contraria.

Lo primero es lo que puede ocurrir con los privilegios procesales de determinadas autoridades y funcionarios públicos, de entre los que nuestra Constitución tan sólo legitima la inviolabilidad del Monarca, la inmunidad e inviolabilidad parlamentaria y determinados «aforamientos». Ante tales privilegios, exenciones de incomparecencia incluidas, cuando no estén expresamente previstos en nuestra Ley Fundamental, ha de preguntarse siempre el intérprete acerca de su justificación, porque si respondieran a meros intereses corporativos o a procurar eludir la acción de la justicia como consecuencia de actos que nada tienen que ver con la independencia de la función desempeñada por el alto cargo, serían ilegítimos y se harían acreedores de derogación o impugnación constitucional.

Tampoco se oponen al principio de igualdad determinadas restricciones en las fases de alegaciones o de prueba que pudiera sufrir la parte demandada en los procesos sumarios o el imputado en la fase instructora (v.gr., la declaración de secreto sumarial, o su incomunicación en los supuestos que la justifican). La existencia en los procesos sumarios de determinadas especialidades en la relación jurídico material y en el título que posibilita la apertura de tales expeditivos procesos, unida a la ausencia de efectos materiales de cosa juzgada, justifican tales restricciones del principio de igualdad (SSTC 27/1981, 83/1983, 90/1992); la necesidad de garantizar el éxito de la instrucción o prevenir las comunicaciones entre coimputados justifican, asimismo, determinadas limitaciones temporales del principio de igualdad en la fase instructora (nunca en la del juicio oral). Tampoco contravienen dicho principio la vigencia de depósitos o cauciones para el ejercicio de recursos (SSTC 326/1994, 90/1989, 16/1986), o la obligación de pago de intereses en una cuantía superior a la normal cuando aparece objetivamente justificada (STC 76/1990). Más discutible parece el principio de autoejecución administrativa de las sentencias en el proceso contencioso-administrativo.

### **3. PRINCIPIOS REFERENTES AL OBJETO PROCESAL**

Si los principios de contradicción e igualdad son inherentes a la estructura del proceso, el *dispositivo* en el proceso civil y el *acusatorio* en el penal informan el objeto del proceso y nos indican a qué sujetos procesales, si a las partes o al juez, les corresponde la titularidad de la pretensión y cuál sea el grado de vinculación a la que, con respecto a ella, deba someterse el órgano jurisdiccional.

## **A) El principio dispositivo**

El principio dispositivo entraña, como su nombre indica, un poder de disposición por las partes del derecho de acción y del objeto del proceso. Su fundamento hay que encontrarlo en la disponibilidad jurídico material de los derechos subjetivos en conflicto, por lo que no ha de causar extrañeza alguna que dicho principio esté presente en todos los procesos en donde se discutan relaciones jurídico-privadas (proceso civil y laboral) e incluso en aquellos de Derecho público en los que puedan estar comprometidos derechos e intereses de la titularidad de los particulares (proceso contencioso-administrativo).

Más concretamente puede afirmarse que un proceso está regido por el principio dispositivo cuando en él concurren las siguientes notas esenciales: a) las partes son dueñas de los derechos e intereses materiales que se discuten en el proceso y ostentan, por lo tanto, la plena titularidad del derecho de acción; b) asimismo, son absolutamente dueñas de la pretensión y, por ende, de la continuación del procedimiento, y c) vinculan mediante sus pretensiones la actividad decisora del juez. Veamos un poco más detenidamente cada uno de tales caracteres esenciales.

a) *Poder de disposición sobre el derecho material.* Si los derechos e intereses jurídicos, que se pueden discutir en el proceso civil pertenecen al dominio absoluto de los particulares, a nadie se le puede constreñir a impetrar su tutela jurisdiccional o a ejercitar su defensa ante los Tribunales.

Como consecuencia de esta disponibilidad sobre el bien litigioso, *wo kein Kldger, da kein Richter* (donde no hay actor, que no haya ningún juez), *ne procedat iudex ex officio*. Tales axiomas jurídicos nos indican que, en un proceso regido por el principio dispositivo no puede el juez de oficio entablar un proceso entre las partes.

Ante el nacimiento de un conflicto, las partes son, pues, enteramente dueñas de acudir al proceso o de solucionarlo fuera de él, acudiendo a fórmulas autocompositivas o al arbitraje.

Esta regla vale para todos los procesos del Derecho privado con la sola excepción de los denominados por CALAMANDREI «procesos civiles inquisitorios», esto es, los relativos al estado civil de las personas (procesos de familia, filiación e incapacitación), en los que, debido al interés de la sociedad en obtener una certeza sobre tales cuestiones de estado, puede, en ocasiones, ejercitar la acción el Ministerio Público y comparecer en tales, procesos como

parte, actuando en nombre propio, pero en sustitución procesal de los menores e incapaces (arts. 74, 167, 215, 222 CC).

b) *Poder de disposición sobre la pretensión.* En los procesos civiles informados por el dispositivo, las partes, no sólo son dueñas del ejercicio de la acción o de la incoación del proceso, sino que lo son también de la pretensión y del proceso mismo, pudiendo disponer de él a través de toda una serie de actos que, con la fuerza de la cosa juzgada (allanamiento, renuncia y transacción) o sin ella (desistimiento y caducidad) ocasionan la terminación anormal, sin sentencia y con anterioridad a ella, del procedimiento.

Pero naturalmente, y al igual que acontece con la disponibilidad del derecho de acción, es necesario que las partes ostenten la titularidad de la pretensión, ya que, cuando ello no acontezca, la renuncia a la pretensión podrá declararse nula (art. 6.2 CC) y reconocerse legitimación al MF o a terceros para poder obtener la declaración judicial de dicha nulidad. Por la misma razón, en los procesos civiles inquisitorios, en los que las partes no ostentan poder de disposición alguno sobre la pretensión, tampoco pueden ocasionar la finalización anormal del procedimiento (cfr. art. 1814 CC).

c) *Vinculación del juez a la pretensión.* La tercera y última nota del dispositivo estriba en la obligación de congruencia del juez con respecto a la pretensión del actor y la resistencia del demandado (*ne eat iudex ultra petita partium*).

Tal y como establece el art. 218.1 de la LEC, «las sentencias deben ser congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito», obligación cuyo incumplimiento dejará expedita a la parte perjudicada el oportuno medio de impugnación ordinario contra la sentencia y, en última instancia, el recurso de amparo, pues el TC tiene declarado que el derecho a obtener del órgano jurisdiccional una sentencia congruente forma parte del contenido del derecho a la tutela (SSTC 11/1995, 88/1992, 69/1992, 142/1987, 177/1985, 14/1983, 20/1982, entre otras).

A los efectos de la determinación de la congruencia, lo decisivo es la correlación entre la pretensión y resistencia, reflejadas en los «suplicos» o «so, licitos» de los respectivos escritos de demanda y de contestación, con el fallo o parte dispositiva de la sentencia, de tal suerte que una sentencia será incongruente cuando su parte dispositiva otorgue más de lo solicitado por el actor (incongruencia supra petita; v.gr.: A pide que se condene a B al pago de 100 y el juez le condena al pago de 200), menos de lo resistido por el demandado (citra petita; v.gr.: A, que ha pedido que se condene a 100, obtiene de B el reconocimiento o allanamiento parcial de B a 50 y el juez sólo le condena al pago de 25 ), omite pronunciarse sobre alguna de las pretensiones u otorgue cosa distinta a la solicitada por las partes (extra petita; v.gr., solicitado exclusivamente el desahucio de un inquilino, el juez le condena exclusivamente al pago de una indemnización de daños y perjuicios).

Pero el principio de congruencia no ciñe su ámbito de aplicación

exclusivamente a la fase declarativa, sino que también es reclamable a la de impugnación, de tal manera que el tribunal ad quem (esto es, el tribunal superior que deba conocer del recurso) no puede gravar más al recurrente de lo que ya lo estaba por la sentencia impugnada del tribunal a quo (por ejemplo, B que ha sido condenado en primera instancia al pago de 50 recurre, él solo, la sentencia y en la segunda instancia se le condena al pago de 100), salvo que recurriera también alguna de las demás partes, en cuyo caso los límites de la congruencia vendrán determinados por el juego de las pretensiones en la segunda instancia (v.gr., B recurre la condena de 50, pero también recurre A solicitando la condena de B en la segunda instancia al pago de 100; en tal caso sería congruente una sentencia en la segunda instancia de condena al pago de 100). A esta regla se le conoce con la denominación de la «prohibición de la reformado in peius».

## **B) El principio acusatorio**

Si el principio dispositivo informa el objeto del proceso civil, el acusatorio cumple con similar función en el proceso penal. A través de él podemos determinar bajo qué distribución de roles y bajo qué condiciones se efectuará el enjuiciamiento de la pretensión penal.

Un proceso penal está presidido por el principio acusatorio cuando las fases de instrucción y de juicio oral se encomiendan a dos distintos órganos jurisdiccionales y la acusación es encomendada a un sujeto distinto al órgano jurisdiccional, que ha de dictar su sentencia con absoluto respeto al principio de congruencia con la pretensión penal.

Del reflejado concepto se infieren las siguientes notas esenciales:

a) *Desdoblamiento de la función instructora y decisora.* A diferencia del proceso penal «inquisitivo» del Antiguo Régimen, en el que tan sólo existía un juez inquisidor y decisor y un objeto de su actividad, el inquirido, tras la Revolución Francesa, ha pasado a convertirse en una nota definitoria del moderno proceso penal, consustancial al acusatorio, la de que las funciones de instrucción, de un lado, y las de enjuiciamiento y decisión, de otro, han de estar encomendadas a dos órganos distintos: al juez de Instrucción o Ministerio Público la primera, y al Jurado, Tribunal o juez de lo Penal, la segunda. Este desdoblamiento se produjo como consecuencia de la nefasta experiencia del proceso penal inquisitivo, en el que pudo observarse que la confusión de ambas funciones en un sólo órgano ocasionaba que, como consecuencia de que la actividad instructora conlleva una labor esencialmente inquisitiva, el juez que había dirigido la instrucción y sometido en la mayoría de las ocasiones al imputado a prisión preventiva, se constituía en la fase decisoria con prejuicios en torno a la culpabilidad del acusado e incluso con un interés objetivo en su condena.

A fin de prevenir, pues, el prejuzgamiento y evitar que el acusado sea juzgado por un órgano falto de *imparcialidad*, el Tribunal Constitucional, en su

célebre STC 145/1988 y jurisprudencia posterior, estimó que dicha acumulación de funciones es contraria tanto al derecho fundamental al juez legal imparcial como al principio acusatorio, que se encuentra implícito en el derecho constitucional a un «proceso con todas las garantías».

A partir de la reforma operada por la LO 7/1988, promulgada en cumplimiento de la anterior doctrina legal, se ha reinstaurado plenamente en nuestro ordenamiento esta nota esencial del acusatorio y así, la fase instructora es encomendada (con independencia de la «investigación preliminar», que puede efectuar el Ministerio Fiscal, de escaso uso en la práctica forense al Juez de Instrucción, a quien fundamentalmente se atribuye dicha fase dirigida a la investigación del hecho punible y la de su presunto autor mediante la incoación del «sumario» o de las «diligencias previas», nombre que recibe esta fase según el delito lleve aparejada una pena superior o inferior a los nueve años de privación de libertad), en tanto que la fase de juicio oral y la sentencia es conferida bien a los juzgados de lo Penal (que pueden imponer penas menos graves, de hasta tres años), bien a las Audiencias Provinciales (para la imposición de penas superiores).

*b) Distribución de las funciones de acusación y de decisión.* En segundo lugar, el principio acusatorio exige también el desdoblamiento de las funciones de acusación y de decisión o, lo que es lo mismo, el cumplimiento del aforismo *nemo iudex sine accusatore*. Pero, a diferencia del principio dispositivo civil, el cumplimiento de esta exigencia no se circunscribe al ejercicio de la acción, sino al de la interposición de la pretensión penal. En efecto, aun cuando lo normal es que un proceso penal empiece mediante denuncia o querrela de los particulares, nuestro ordenamiento también conoce la «iniciación de oficio» (arts. 303 y 308 LECrim), la cual no conculca el acusatorio, porque lo importante no es que la fase instructora pueda incoarse de oficio, sino que la fase de juicio oral sea abierta necesariamente a instancia de la acusación, es decir, que exista una parte, distinta al tribunal decisor, que formalice y mantenga a lo largo de todo el juicio oral la acusación o pretensión penal.

Precisamente, para garantizar una mayor imparcialidad en la decisión, la función de la acusación se otorgó a un órgano esencialmente imparcial, como lo es el Ministerio Fiscal, expresamente sometido al cumplimiento del principio de legalidad (art. 124 CE). Pero, en nuestro ordenamiento, no rige el principio de «oficialidad de la acción penal» o, lo que es lo mismo, no se le atribuye al MF el ejercicio de la acción penal en régimen de monopolio, tal como acontece en toda la Europa continental, sino que, por expreso mandato del art. 125 de la CE, nuestra LECrim conoce la acusación particular en sus dos manifestaciones de «popular», y «privada» (según el querellante sea o no el ofendido por el delito).

*c) Congruencia.* Al igual que el dispositivo en el proceso civil, también constituye una nota del acusatorio, en el penal, la existencia de una determinada vinculación entre la pretensión y la sentencia penal. Sin embargo, entre la congruencia civil y la penal subsisten determinadas diferencias que deben ser resaltadas.

La primera de ellas es la de que la correlación del fallo a la pretensión penal lo es esencialmente a su fundamentación y, dentro de ella, al *hecho punible*. La razón de dicha vinculación hay que encontrarla en el «derecho de defensa», pues se vulneraría dicho derecho y el no menor derecho constitucional al «conocimiento previo de la acusación» si el Tribunal pudiera extender su actividad cognoscitiva y decisoria a otros hechos distintos a los descritos en el escrito de acusación (SSTC 161 y 277/1994, 20 y 18/1989, 20 y 46/1987). Por consiguiente, existirá una vulneración del principio acusatorio y del art. 24.2 de la CE, cuando la sentencia condene al acusado por un hecho punible que no haya sido objeto de acusación, y con respecto al cual no se le ha permitido al acusado articular la correspondiente prueba de descargo.

Junto a esta congruencia fáctica, reclamable en cualquier tipo de proceso penal, subsiste otra vinculación a la fundamentación jurídica en el proceso penal «abreviado» (destinado a la imposición de penas privativas de hasta nueve años) y otra cuantitativa al título de condena en el proceso común (para delitos con penas superiores a los nueve años). En el primero de ellos, y como consecuencia de la doctrina del TC sobre la «heterogeneidad del bien jurídico protegido», dentro de un mismo hecho punible no se puede condenar por un delito distinto al calificado por la parte acusadora cuando tal cambio de calificación conlleve una diversidad de dicho bien jurídico (así, si el MF ha calificado un delito de tráfico de drogas como delito contra la salud pública, no puede el juez condenar por delito de contrabando). En el segundo, no se le autoriza al Tribunal, sin utilizar la fórmula del art. 733 de la LECrim (destinada a poner en conocimiento de la parte acusadora la eventual concurrencia de una distinta calificación jurídica del hecho), aplicar una pena superior en grado a la correspondiente al título de condena calificado, si bien dentro de dicho título invocado puede el Tribunal recorrer la pena en toda su extensión y puede incluso absorber, pero no imponer una pena más grave.

La congruencia penal, finalmente, también opera en la segunda instancia mediante la prohibición de la *reformado in peius*. La vigencia del acusatorio en la segunda instancia exige que no se pueda gravar más a un apelante de lo que ya lo estaba por la sentencia recurrida, salvo que el apelado impugne también la sentencia recurrida o se adhiera a la apelación ya iniciada (SSTC 3/1996, 120/1995, 279/1994, 153/1990, 17/1989, 202/1988, 143/1988 y ATC 315/1994).

## LECCIÓN 22. LA ESTRUCTURA DEL PROCESO

### 1. PROCESO INICIADO A INSTANCIA DE PARTE

En nuestro ordenamiento procesal todos los procesos se inician a instancia de parte; ello quiere decir que el órgano judicial no puede iniciar su actividad procesal hasta que alguien se lo pida en la forma establecida por la Ley.

Esta exigencia tiene sus raíces en principios y derechos recogidos en la Constitución, en concreto hunde sus raíces en estos dos principios:

a) El sometimiento de los jueces únicamente al imperio de la Ley (art. 117.1 CE) impone la aplicación ciega de ésta (recordemos ahora la imagen romántica de la justicia, representada por una dama con los ojos tapados por la tela y con la balanza de la ley en la mano), lo que significa que la Administración de justicia es (debe ser) ajena a toda arbitrariedad, favoritismos, prejuicios. En estas circunstancias no cabe que el proceso, que es el mecanismo formal de impartir la justicia, pueda ser iniciado de oficio por el órgano judicial, pues eso sería tanto como confesar de antemano que existe un prejuicio sobre la existencia y el contenido del conflicto, y sobre la manera de solucionarlo; el juez se convertiría en parte y dejaría de ser la figura imparcial que está sometida, desde su independencia, sólo al imperio de la ley.

b) Desde otro punto de vista, el derecho a la tutela efectiva (art. 24.1 CE), que consiste, como ya sabemos, en obtener del órgano judicial una resolución fundada en derecho, de fondo o en la forma, según las circunstancias (véase lección 18), siempre dentro del proceso, es un derecho no sólo fundamental sino *subjetivo*; eso significa que sólo puede ejercitarlo su titular (las personas, «todos», en la terminología del art. 24.1 CE), por lo que es impensable, por tanto, que se ejercite por aquél (el órgano judicial) que precisamente tiene el deber correlativo de tutelarlos y darles contenido.

Estos principios y derechos constitucionales imponen que todo tipo de proceso sea iniciado siempre tras la incitación de alguien ajeno al órgano judicial, incluso en aquellos procesos en los que se ventilan derechos de carácter público, como es el caso del proceso penal cuyo objeto es la declaración del derecho de penar (de imponer sanciones de carácter penal), que en cuanto tal es un derecho exclusivamente del Estado.

En estos procesos, la necesidad de no confundir al juez con la parte, ha hecho que históricamente se hayan distinguido dos órganos del Estado cuya actuación es imprescindible en el sistema procesal penal: el juez, órgano del Estado que es titular del derecho de penar y que impone las penas tras el proceso y tras la sentencia condenatoria; el Ministerio Fiscal, órgano del Estado que, junto con todos los ciudadanos, tiene el derecho de acusar y, por tanto, de pedir la iniciación de los procesos penales para perseguir a los que delinquen.

En los procesos en los que se ventilan derechos e intereses subjetivos y disponibles (como puede ser el proceso civil, el laboral o el proceso contencioso-administrativo) la

iniciación del proceso *ex officio* no sólo vulneraría los derechos y principios constitucionales que hemos visto anteriormente, sino que se quebrantaría el poder de disposición de aquellos derechos subjetivos en conflicto (si el órgano judicial, por ejemplo, pudiera iniciar un proceso contra mi deudor, sin contar con mi voluntad, acabaría por estar ejercitando mi derecho de crédito, que tal vez no quiero ejercitar, pues prefiero, quizá, condonar la deuda).

En los procesos en los que se ventilan derechos privados dispositivos, la doctrina ha entendido que rige el *principio dispositivo*, cuya eficacia directa sería precisamente imponer el proceso a instancia de parte, pues se dice que, en otro caso, el juez estaría disponiendo de los derechos materiales de las partes. No creemos que sea necesaria esta duplicación.

En cualquier caso, la importancia del principio dispositivo hay que buscarla en la posibilidad que su vigencia otorga a las partes de poder *truncar o disponer* del proceso mediante actos que pueden ser unilaterales o plurisubjetivos; así, la renuncia a la acción (art. 20 LEC), el allanamiento (arts. 21 LEC y 75 y 89.2 LJCA), el desistimiento (arts. 20 LEC y 74 LJCA) o la transacción (arts 19 LEC y. 1.809 CC) (ver nuestro Derecho Procesal Civil).

## **2. LAS GRANDES LÍNEAS ESTRUCTURALES PROCESALES DERIVADAS DE LA CONSTITUCIÓN**

### **A) El artículo 24 y el 117 de la Constitución**

La exclusividad que se reserva el Estado en orden a la tutela jurídica de los derechos, ha impuesto una complicadísima estructura formal en la que convergen, de una parte, los ciudadanos y demás personas con sus conflictos y de otra, el Estado que los resuelve, amparando los derechos y los intereses de aquellos que los tienen, mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Todo ese mecanismo podemos englobarlo bajo el término «proceso».

La Constitución, tal como hemos visto en las lecciones anteriores, no se ocupa de establecer cuál tiene que ser la estructura del proceso; bien es verdad que impone grandes principios como los de *contradicción, igualdad de armas y dispositivo* (estudiado s en la lección anterior), una de cuyas manifestaciones es el principio de *justicia rogada*; el de *publicidad* y, en fin, el de *oralidad* de las actuaciones procesales. Si hacemos excusa de estos grandes principios, realmente la estructura del proceso hay que deducirla de lo dispuesto en el art. 24 y en el art. 117 de la CE. Del primero, no sólo en cuanto regula lo que es el derecho a la tutela efectiva, sino en cuanto reconoce el *derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a utilizar los medios de prueba* sin que en ningún caso se pueda producir indefensión; del segundo, en cuanto que nos dice cuál es la esencia del acto jurisdiccional, que necesariamente ha de imponer un mecanismo formal previo que lo haga posible.

### **B) La estructura del proceso de declaración y del proceso de ejecución**

Sin temor a equivocarnos, es de la naturaleza y del contenido del acto esencial de todo proceso de donde cabe deducir su estructura, pues la sentencia lo condiciona de manera total.

En efecto, en la sentencia, que es el acto de enjuiciamiento que pone fin al proceso en su fase de declaración, el juez valora dos posiciones contrapuestas utilizando para ello criterios jurídicos; esa valoración no se puede hacer sin el imprescindible y puntual conocimiento de aquellas posiciones. Pero para ello, es necesario que esas posiciones se manifiesten mediante la aportación y alegación de los hechos que las conforman sustancialmente; dicho en otras palabras, es necesario que la contraposición se haga viva mediante el acopio de datos fácticos que la hagan evidente.

Pero al mismo tiempo, dado que el enjuiciamiento que se pide al juez es siempre jurídico, es evidente que será necesario disponer de los argumentos jurídicos que quieran utilizarse en el enjuiciamiento, para poder concretar que el hecho real de la vida que se quiere enjuiciar coincide con el que está previsto en la norma jurídica.

En la gran mayoría de los casos, no bastará con que el juez tenga a su disposición los hechos y los argumentos jurídicos sobre los cuales ha de enjuiciar; normalmente lo que una de las partes en conflicto pueda afirmar, la otra lo negará (en eso, como en otros casos, está la contraposición), resultando de ello que el juzgador tendrá la necesidad de averiguar cuál de las posiciones presentadas, y en qué medida, responde a la verdad, porque si así no fuera el juicio del juez al final del proceso se haría sobre hipótesis y no sobre realidades y sería un juicio desligado de la realidad y, en consecuencia, inútil.

Dicho esto, podemos decir que el proceso necesariamente se ha de estructurar en base a una serie de actos que se desarrollarán en el tiempo y que, sabemos, terminarán con el enjuiciamiento; actos que necesariamente deben de tender, en un caso, al acopio de datos fácticos, jurídicos y legales, y en otro, a probar su existencia.

Todos los procesos que conocemos tienen, pues, una estructura muy simple: existen unos *actos de alegación* y unos *actos probatorios*. Esta estructura mínima es necesaria para que el órgano judicial pueda juzgar, entendiendo este término en el sentido constitucional que ya conocemos derivado fundamentalmente del art. 117 de la CE.

Pero con esta estructura mínima procesal no se daría solución a los problemas que están planteados. Sabemos que en muchas ocasiones la tutela judicial efectiva no sólo necesita de un enjuiciamiento; además necesita una actividad complementaria que llamamos *ejecutiva*; lo dice el art. 117 de la CE: los jueces y Tribunales ejercen la función jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. En un amplísimo campo de los derechos, como es el caso, por ejemplo, de los derechos de obligaciones, no basta al acreedor que el órgano judicial juzgue declarando la existencia del crédito, porque la tutela efectiva de ese derecho requiere, para el caso de que el deudor no pague, que por el órgano judicial se lleve a cabo una actividad, que llamamos ejecutiva, que sustituya el incumplimiento del obligado. El juez tendrá que hacer lo necesario para propiciar que se consiga el mismo resultado que si se hubiese procedido al cumplimiento voluntario de lo ordenado en la sentencia.

Así pues, será necesaria la regulación de una serie de actos judiciales que hagan posible el cumplimiento forzoso del mandato judicial.

En el proceso de ejecución la solución estructural es tan simple como en el proceso de declaración. En la mayoría de las ocasiones, el órgano judicial tiene que realizar actos que implican la puesta a disposición de una serie de bienes a una de las partes contendientes: cuando el juez decide que la finca no es de A sino de B, o cuando decide que el cuadro no es de A sino de B, la tutela efectiva del derecho de propiedad puede requerir de una actividad judicial ejecutiva que haga posible la puesta a disposición del bien en favor del ganador.

En otras ocasiones, el órgano judicial tendrá que llevar a cabo una actividad consistente en la expropiación de bienes del deudor para hacer posible la generación de líquido que permita el pago de las deudas para así tutelar el derecho de crédito. Si el deudor no quiere pagar la cantidad a la que ha sido condenado, la tutela efectiva del derecho de crédito exige que el juez individualice bienes del deudor (embargo) que puedan liquidarse mediante su enajenación pública (subasta) para con ese dinero hacer pago de lo adeudado. En otras ocasiones, quizá lo que tenga que hacer el juez es ordenar la realización a un tercero de algo que el condenado no quiere hacer, y hacerlo a su costa. Por poner un último ejemplo, la tutela efectiva del derecho de penar del Estado implica no sólo la declaración de la existencia de una responsabilidad penal, sino el cumplimiento de las penas impuestas, lo que conllevará que el órgano judicial tenga que realizar actos tendentes a privar de la libertad a los que hayan sido condenados.

Pero, es evidente que no basta lo dicho; tener derecho a un proceso con todas las garantías, según la expresión que tiene el art. 24.2 de la Constitución, significa, según nuestro criterio que el proceso debe estructurarse en modo tal que se haga posible el ejercicio del derecho a la tutela efectiva que consagra el párrafo primero del art. 24 de la CE.

Desde este punto de vista, cabe deducir la misma estructura mínima del proceso que la que hemos deducido anteriormente al examinar el problema desde la perspectiva del contenido de la potestad jurisdiccional; en efecto, si queremos que el proceso sirva para amparar el derecho a la tutela efectiva, un mecanismo que posibilite el enjuiciamiento de los conflictos de derechos que requieran de tutela judicial, por lo que, también desde esta perspectiva, el proceso requerirá una estructura mínima compuesta de actos de alegación y de actos de prueba, que deberá llevarse a cabo bajo la vigencia e imperio de principios como el de igualdad, contradicción, publicidad, predominio del principio de oralidad y demás principios estructurales.

### **C) La necesidad del sistema de recursos**

La exigencia constitucional de un proceso con todas las garantías impone, sin ningún género de dudas, que éste se estructure teniendo como eslabón esencial y capital un *buen sistema de impugnación* de la sentencia judicial, que así aparece como importantísima garantía contra la arbitrariedad judicial. Nuestra Constitución no recoge como principio estructural del proceso la existencia de un sistema de impugnación; no olvidemos, sin embargo, que el *derecho al recurso* se encuentra previsto en el Protocolo nº- 7 (art. 2.1) del CEDH y en el art. 14.5 del PIDCP, por lo que, de acuerdo con lo que se establece en el art. 10.2 de la Constitución forman parte integrante de la misma.

Aun cuando las declaraciones internacionales citadas se refieren predominantemente al sistema de impugnación de las resoluciones judiciales penales, nadie ha puesto en duda la necesidad de que el proceso, cualquier proceso sea cual sea el orden jurisdiccional al que pertenezca, deba estructurarse con un sistema impugnatorio que permita revisar, al menos una vez, el fallo recaído. El TC ha entrado en este problema manteniendo una doctrina unánime y constante en el tiempo: el derecho al recurso se ve amparado siempre que a la parte en un proceso se le permita el acceso a la instancia legalmente preestablecida o el ejercicio de los recursos establecidos en la ley (véanse por todas las SSTC 110/85 y 78/1988).

El TC ha manifestado en múltiples ocasiones que no se tiene derecho a un recurso determinado, sino al que está previsto por la ley (véase por todas la STC 110/1985). Sin embargo, sobre todo en materia penal, dada la diferencia de naturaleza y de posibilidades que ofrecen unos y otros recursos, puede darse el caso, que aun quedando a salvo el derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho a la tutela efectiva quede mejor tutelado con uno que con otro recurso; por ejemplo, el recurso de casación por su carácter especial y extraordinario permite menor conocimiento del caso que el recurso de apelación, que admite una nueva y completa cognición; si la LECrim establece para las sentencias dictadas en los procesos por delitos graves sólo la posibilidad de recurrir en casación ante el TS, parece que tanto teórica como prácticamente da menos posibilidades de impugnación efectiva que a los que recurran las sentencias dictadas en los procesos por delitos menos graves, a los que se les permite acceder a la impugnación mediante el recurso de apelación.

Pero el problema es más importante, y crea no pocas dudas de adecuación de la legislación a la Constitución, en aquellos casos en los que la sentencia judicial no puede ser impugnada, pues el legislador no ha previsto recurso alguno que contra ella pueda interponerse.

#### **D) La importancia del derecho de defensa en la determinación de la estructura del proceso.**

Tanto desde una perspectiva como desde otra, lo importante es tener presente que esa estructura mínima debe aplicarse en forma tal que jamás se produzca indefensión para ninguna de las partes. La indefensión, como ha declarado desde antiguo el TC (véase, por todas, la STC 48/1984), es un concepto jurídico indeterminado que tiene aplicación en el caso concreto a fin de posibilitar una estructura procesal, tanto teórica como práctica, capaz de hacer posible la tutela efectiva de los derechos y la utilización del proceso en iguales condiciones para una y otra parte.

El derecho de defensa no sólo consiste en tener la posibilidad de que un abogado asista al acusado en un proceso penal (art. 118 LECrim). Con ser ésta la más común y llamativa de sus manifestaciones tiene muchas más. Así, el principio de la prohibición de la indefensión, lo mismo requiere que el emplazamiento a los interesados en el proceso contencioso-administrativo sea personal, rechazando el emplazamiento a través del BOE (SSTC 9/1981, 48/1983, 86/1984, 133/1986 y 65/1994, entre otras muchas), como el derecho a ser asistido por un intérprete cuando se desconozca la lengua española (STC 74/1987), como, en fin, la necesidad de que las sentencias sean congruentes con las pretensiones de las partes (por todas la STC 47/1985). Con estos tres ejemplos se quiere poner de manifiesto cómo la estructura del proceso se ve mediatizada tanto teórica como prácticamente por el principio constitucional de la defensa y, sobre todo, cómo es imprescindible interpretar las normas procesales que

determinan la estructura del proceso y por ende los derechos y poderes procesales, así como las cargas y deberes desde la óptica de la prohibición de la indefensión,

## **E) Conclusión**

En definitiva, todo cuanto llevamos dicho nos permite concluir afirmando que tanto desde la perspectiva del derecho a la tutela efectiva como desde el punto de vista del contenido y esencia de la potestad jurisdiccional, el proceso, como mecanismo en donde se lleva a cabo y se ejercen uno y otra, debe estructurarse necesariamente mediante unos actos mínimos, que en la fase de declaración son los actos alegatorios y los probatorios, y en la fase de ejecución son aquellos que hacen posible llevar a cabo el mandato condenatorio contenido en la sentencia judicial, todo ello impregnado por la prohibición constitucional de que se produzca indefensión para cualquiera de ambas partes y por la necesidad también constitucional de que existe un adecuado sistema de impugnación de resoluciones judiciales.

## **3. LA ESTRUCTURA DEL PROCESO DE DECLARACIÓN**

La Constitución no se ocupa directamente de ordenar, distribuir y disponer cuál deba ser la actividad del órgano judicial y de las partes en la realización y desarrollo de esos actos que hemos visto forman el esqueleto o la estructura básica del proceso. Sabemos que el acto de iniciación del proceso debe provenir de un tercero ajeno al órgano judicial (actor, demandante, querellante) pero no sabemos qué participación deben tener el juez y las partes en los actos alegatorios y actos probatorios.

La participación que deban tener las partes o el juez en esos actos viene determinada en gran medida por los principios constitucionales, pero también por la naturaleza del derecho material que se pone en juego en el proceso; así hay una tendencia legislativa sobre todo en el campo del proceso civil que hace que el órgano judicial tenga mayor intervención en aquellos procesos en los que están en juego derechos que son públicos, mientras que en los supuestos procesales en los que se ventilan derechos subjetivos disponibles la tendencia legislativa ha sido dejar intervenir poco al órgano judicial hasta el punto de convertirlo en un verdadero espectador de una lucha completamente ajena.

### **A) La intervención del órgano judicial y de las partes en los actos alegatorios y probatorios en el proceso penal**

A pesar de lo dicho anteriormente, en nuestro proceso penal, donde precisamente se ventila el derecho público de penar, rige el *principio acusatorio* (en contraposición con el *principio de investigación de oficio*), lo que en esencia quiere decir que el órgano judicial sólo juzga sobre los hechos que hayan sido acusados por las partes acusadoras y que hayan sido probados en el proceso por pruebas pedidas y practicadas por las partes. Ello quiere decir que, tanto los actos alegatorios como los probatorios, son siempre de parte.

Excepcionalmente el órgano judicial (art. 729 LECrim) puede realizar pruebas de oficio, pero siempre es un poder secundario y subordinado al de las partes (por ejemplo, art. 708 LECrim).

Una primera lectura de la LECrim nos puede llevar a conclusiones completamente contrarias. Para alguien que se inicie en el estudio del Derecho procesal, parecerá que el proceso penal se estructura dándole amplios poderes probatorios al órgano judicial. Nada más lejos de la realidad; en efecto, es verdad que la necesidad de preparar el juicio requiere en la gran mayoría de las ocasiones de una actividad investigadora que desarrolla el órgano judicial o el Ministerio Fiscal, en donde las partes quedan relegadas a un papel secundario. Pero toda esa actividad no es probatoria, sino investigadora pues permite tener el conocimiento y la base necesaria para poder acusar unos hechos como delictivos y para, más tarde, poder realizar en el juicio prueba sobre ellos.

El principio acusatorio impone, pues, la división estructural y funcional del proceso entre la instrucción y el juicio oral; la fase de instrucción, como fase necesaria de investigación previa al proceso propiamente dicho, requiere que sea llevado por el órgano judicial o por el Ministerio Fiscal en cuanto tienen los poderes y facultades necesarias para realizar actos que afecten a las personas y a los bienes, pero requiere, en el caso de que sea el órgano judicial quien investigue, que sea distinto al que va a juzgar, y algo más, el principio acusatorio impone que toda esa actividad investigadora no sea considerada material probatorio del juicio. Nuestro ordenamiento así lo acoge al establecer competencias funcionales diversas para una y otra fase (art. 14 LECrim) y lo impone sobre todo al ordenar en el art. 741 de la LECrim que el órgano judicial apreciará y valorará sólo las pruebas practicadas en el juicio, con lo que, de forma directa, está impidiendo que la investigación desarrollada en la fase de instrucción pueda tener otra eficacia que la de preparar el juicio y permitir la acusación.

Pero, fundamentalmente, lo que impone el principio acusatorio es que el órgano judicial falle sólo sobre los hechos acusados por las partes acusadoras y que, por tanto, exista correlación entre la acusación y la sentencia, porque si el órgano judicial fallara sobre hechos distintos de los acusados se violaría, además, un derecho fundamental reconocido en el art. 24.2 de la CE: no ser condenado sin ser oído, que es una manifestación clarísima del principio de defensa que impone ser informado sobre la acusación formulada contra uno.

En la fase instructora, cuyo fin es preparar el juicio y permitir la acusación, rige el principio de investigación de oficio por lo que el órgano judicial (el juez instructor) podrá desarrollar cuanta actividad investigadora estime conveniente, con independencia de que lo pidan las partes acusadas o acusadoras.

## **B) La intervención del órgano judicial y de las partes en los actos alegatorios y probatorios en los demás procesos**

En el proceso civil, laboral y contencioso-administrativo, rige el principio de aportación de parte, como contrapuesto al de investigación de oficio, aunque con distinta intensidad en lo que se refiere a la actuación del juez y de las partes en los actos alegatorios y en los actos probatorios.

En todos esos procesos, el órgano judicial no tiene ningún poder para aportar *elementos fácticos o jurídicos*, lo que significa no sólo que el órgano judicial fallará sólo cuando se le pida (lo que es manifestación tal como vimos anteriormente de principios y derechos constitucionales ya estudiados) sino que fallará sólo sobre lo pedido y sobre todo lo pedido. El principio de *congruencia*, por el que el órgano judicial debe fallar sobre lo pedido y sobre

todo lo pedido, es, pues, una manifestación del principio dispositivo, y vincula al órgano judicial.

La aplicación del principio de aportación de parte a la ejecución de los *actos probatorios* es parecida en los procesos civiles, laborales o contenciosoadministrativos. En el proceso civil, por ejemplo, el órgano judicial prácticamente no tiene ningún poder en este campo, por lo que no podrá realizar actos probatorios; son las partes, incluso, las que deciden si se realiza prueba o no (arts. 428.3 y 429 LEC) sobre qué hechos se practica y qué pruebas se practican (art. 429 LEC).

Tanto en el proceso laboral como el contencioso-administrativo, las partes tienen prácticamente todos los poderes en materia de realización de actos probatorios, aunque la LPL (art. 87) ya permite al órgano judicial hacer cuantas preguntas estime pertinentes a las partes, testigos y peritos.

En determinadas ocasiones, el órgano judicial puede practicar de oficio o a instancia de parte los medios de prueba que están recogidos en el art. 435 LEC (diligencias finales), pero esa facultad no es sustitutoria, sino complementadora de la realizada por las partes, y se realiza sólo sobre los hechos alegados por las partes y sobre los que existe contradicción. Es, en definitiva, un poder probatorio de segundo orden que no quita poder a las partes ni restringe sus facultades omnímodas en materia probatoria.

Estos poderes de las partes permiten el ejercicio del derecho a disponer de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE). Sin embargo, no se debe pensar que ese derecho constitucional es incompatible con una mayor actuación judicial en materia probatoria, como tampoco lo es con el derecho a la tutela efectiva. Además, si observamos el problema desde el punto de vista de la naturaleza del derecho material que se pone en juego en el proceso, si bien es verdad que el carácter dispositivo de ese derecho puede impedir que el juez conozca de lo que no se le ha pedido, no impone que el órgano judicial tenga que estar sometido exclusivamente a la prueba que hagan las partes en el proceso (por ejemplo, art. 752 LEC).

En realidad el derecho constitucional a utilizar los medios de prueba pertinentes lo que impone de manera principal es que en todos los procesos exista la posibilidad de realizar actos probatorios, precisamente los que los ciudadanos entiendan van encaminados mejor a defender sus derechos o intereses.

Sin embargo, no es éste un derecho absoluto, puesto que está limitado por la necesidad de que las pruebas solicitadas sean pertinentes y necesarias, valoración que hace el órgano judicial. La actividad judicial es, pues, importantísima en este campo, debiendo, tal como se ha expresado la jurisprudencia (SSTC 116/1983; 51/1985; 30/1986, 50/1988, 87/1992, 233/1992, 351/1993, 357/1993, 89/1995 y 1/1996, entre otras muchas), ejercerse en modo tal que no se desconozca ni obstaculice el derecho constitucional, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación, no implicando ello despojar al órgano judicial de su potestad de pronunciarse sobre la pertinencia de las pruebas propuestas por las partes, «sino acoger las peticiones de admisión a

prueba en cuanto no sea manifiesta la ausencia de adecuación entre la que se propone y la cuestión debatida», doctrina aplicada sin paliativos por el TS (véase STS 27 junio 1991).

### **C) Los poderes del órgano judicial en materia de interpretación y valoración de los actos probatorios. Los criterios de valoración libre y legal**

Si a las partes, por regla general, corresponde en toda clase de procesos la realización de los actos alegatorios y probatorios, quedando el órgano judicial reducido en su actividad a cuanto hemos dicho precedentemente, corresponde a él, en exclusiva, la labor de interpretación y valoración de la prueba.

La valoración de la prueba, y la actividad previa de interpretación, son actividades judiciales que consiguen el convencimiento o el rechazo sobre la veracidad de los hechos alegados al proceso y sobre los que ha incidido algún medio de prueba. El fin de esa actividad no es convencerse de la verdad absoluta de los hechos, sino adquirir el convencimiento sobre la certeza o verosimilitud de los hechos.

En realidad el órgano judicial no valora hechos, sino juicios acerca de la existencia o la manera de ser de ellos. Esos juicios son del propio juez (cuando es el juez quien percibe directamente el hecho; v. gr. el juez realiza un juicio acerca de si los desperfectos que observa personalmente en la casa son o no importantes para la resistencia de su estructura) o provienen de terceras personas que se lo ofrecen (el juez oye el dictamen del médico forense y lo valora en orden a la incidencia de determinados hechos en la muerte de una persona).

De una o de otra manera, el juez, al final del proceso, se encuentra ante una serie de juicios sobre la existencia o la manera de ser de los hechos, lo que no es otra cosa que el resultado de lo que podemos llamar procedimiento probatorio. Ante esos juicios, el juez tiene, primero, que interpretarlos: es decir, tiene que saber qué es lo que el testigo le ha querido decir o ha declarado; qué es lo que el documento privado dice, o qué es lo que realmente significa lo que ha percibido directamente en el reconocimiento judicial; en definitiva, el juez tiene que determinar el significado de cada uno de los juicios que tiene delante de sí como resultado de la prueba.

Esta operación lógica del juez, la interpretación, se realiza en el mismo momento en que obtiene o recibe el juicio. En un procedimiento como el nuestro, en donde teóricamente rige el principio de inmediación, el juez está obligado a interpretar la prueba en el mismo momento en que se produce.

Sólo cuando la prueba ha sido interpretada puede ser valorada; sólo entonces puede el juez determinar la veracidad del juicio de hecho, es decir, determinar que la declaración del testigo corresponde a la verdad, que la firma estampada en el documento corresponde al autor formal, etc. Y como en la generalidad de los casos tendrá ante su presencia diversos juicios contradictorios entre sí, el juez tendrá que determinar cuál de ellos es el que responde a la verdad de lo realmente ocurrido, estableciendo cuál debe

prevalecer sobre los otros.

Lo lógico es pensar que el órgano judicial no debe tener ninguna cortapisa en su labor de valoración de la prueba. En ese sentido, normalmente el órgano judicial valora las pruebas según su sano juicio, su sana crítica o, como dice el art. 741 de la LECrim, según su conciencia (véanse arts. 316.2, 334, 348, 376 LEC). Con esas expresiones nos quiere decir el legislador la misma cosa: que el órgano judicial es soberano para valorar la certeza o incerteza de los juicios que sobre los hechos alegados al proceso puedan haberse vertido en el proceso.

Pero, en otras ocasiones, el órgano judicial se ve forzado a valorar determinadas pruebas de acuerdo con unos baremos valorativos previamente fijados por la ley; son los casos de las llamadas pruebas legales, como la de interrogatorio, en la que la Ley (art. 316.1), afirma que la declaración perjudicial hace prueba contra su autor (excepto en el proceso penal), imponiendo, por consiguiente, el criterio de valoración de que «nadie declara contra uno mismo a no ser que sea verdad lo declarado»; y es el caso, igualmente, de la llamada prueba de documentos que, en todos los procesos (menos en los que se juzga el préstamo usurario), sea cual sea el orden jurisdiccional, hacen prueba, de acuerdo con lo que se establece en los arts. 1218 y 1225 del CC y 319 y 326 LEC, de la fecha del hecho que motiva su otorgamiento y del autor.

Las partes intervinientes en un documento público o privado, siempre que el documento sea auténtico, es decir, siempre que no haya duda sobre la coincidencia entre el autor material y el autor formal, están vinculadas a la fecha del mismo y a la disposición o manifestación concreta que en él se recoge. Eso no significa que sea verdad cuanto se dice o recoge en un documento auténtico, sino, al contrario, que las partes en él intervinientes no podrán negar que hicieron esa disposición, manifestación o llegaron a tal contrato precisamente entre ellas y en la fecha indicada en el documento.

La jurisprudencia del TS, sin ninguna razón de peso, ha venido arrinconando la llamada prueba de valoración legal o tasada, utilizando para ello la criticable doctrina de la apreciación conjunta de la prueba (por todas, la STS lá de 8 noviembre 1986), posiblemente porque mantiene la idea equivocada de que la prueba libre es más eficaz que la prueba tasada; sin embargo, las máximas de experiencia que han determinado el criterio legal de valoración responden en todos los casos a la lógica y al buen criterio establecido durante muchos años.

#### **4. LA ESTRUCTURA DEL PROCESO DE EJECUCIÓN. LA INTERVENCIÓN DEL ÓRGANO JUDICIAL Y DE LAS PARTES EN LOS ACTOS EJECUTIVOS**

a) Al contrario de lo que ocurre en el proceso de declaración, o si queremos en la fase declarativa del proceso, en la ejecución es el órgano judicial quien tiene una mayor intervención en la realización de los actos ejecutivos.

Realmente, si exceptuamos el acto de petición inicial del proceso de ejecución, que es siempre de parte, la intervención de éstas en la fase ejecutiva podría calificarse de mera colaboración de los órganos judiciales. La razón es bien sencilla: la ejecución no requiere de una labor intelectual del órgano judicial, no requiere de enjuiciamientos ni razonamientos, sino de llevar a cabo aquellos actos que sean necesarios para suplir la falta de voluntad del ejecutado en cumplir lo ordenado en la sentencia o, como ocurre en el proceso penal, realizar los actos necesarios para privar, *normalmente*, de libertad al que ha sido condenado en la sentencia penal. Siendo así, es el órgano judicial quien tiene que llevar a cabo todos esos actos ejecutivos, pues sólo su autoridad puede incidir de manera tan importante en el ámbito de los derechos y libertades del condenado. Y si esto es claro en el proceso penal, en donde parece obvio que sólo la autoridad judicial tiene capacidad para privar de libertad a una persona, también lo es en el campo del Derecho privado o en el campo del Derecho administrativo, en los que, igualmente, es obvio que sólo el juez puede incidir en los derechos subjetivos, fundamentalmente en el derecho de propiedad, de la manera que es necesario para llevar a cabo lo ordenado en la sentencia.

b) Si tomamos en consideración las distintas y posibles condenas que se pueden imponer en el campo del Derecho privado y del Derecho administrativo, nos daremos cuenta que es el órgano judicial quien realiza todos y cada uno de los actos necesarios para hacer posible ese cumplimiento. En efecto, si la sentencia condena a entregar cosas específicas (art. 701 LEC), sólo el órgano judicial está capacitado para aprehender esas cosas del patrimonio del ejecutado y ponerlas a disposición del ejecutante; el acto ejecutivo de *puesta a disposición* no requiere de más colaboración de las partes que aquélla dirigida a localizar el bien que se ha de aprehender; esa colaboración puede venir o se puede requerir a las partes. Si, por el contrario, la sentencia condena a realizar una actividad tendente a hacer algo o a deshacer lo hecho (arts. 705 y ss. LEC), la inactividad del condenado puede suplirse sólo y exclusivamente por el órgano judicial en cuanto que es el único que puede ordenar la realización de esa actividad a un tercero, aun cuando se haga a costa del condenado: vincular la actividad del tercero a la responsabilidad patrimonial del condenado, aun sin contar con su voluntad, es el resultado de un acto ejecutivo que sólo puede realizar quien tiene autoridad para ello, es decir, el juez. En estos casos, ni siquiera las partes tienen posibilidad de ejecutar actos ejecutivos subordinados o de ayuda al órgano judicial, porque quien realiza el acto sustitutorio de hacer o deshacer es un tercero. Si, por último, la condena es, directa o indirectamente, al pago de una cantidad de dinero, los actos básicos de ejecución sólo pueden ser realizados por el juez, porque éste es el único que puede, primero, mediante el *embargo*, deslindar los bienes patrimoniales del deudor que quedarán afectos a la responsabilidad en el cumplimiento de la obligación; y, segundo, realizar la *expropiación* de esos bienes para, liquidándolos, hacer pago de lo debido (arts. 571 y ss LEC).

Tanto con ocasión del embargo como de la expropiación, las partes pueden realizar actos dentro del proceso ejecutivo tendentes a una mejor consecución

de la finalidad prevista por la ley; y cabe aquí recordar que ambas partes están llamadas a designar y a señalar los bienes que han de ser objeto de embargo, a colaborar en la designación de aquellas otras personas que serán encargadas por el órgano judicial de tener en depósito o en administración los bienes embargados hasta tanto sean expropiados; igualmente, están llamados a colaborar en la designación de peritos necesarios para hacer la valoración de esos bienes que permita, en última instancia, la expropiación a través de la venta en pública subasta o a través de la adjudicación directa; o, en fin, están llamados a la realización de otra serie de actos diversos que en todo caso deben ser siempre calificados de *coadyuvantes* y *subsidiarios* de la actividad judicial.

En el campo de la ejecución penal, la necesidad del proceso de servirse de las partes es prácticamente inexistente; así, ni la parte acusadora puede realizar obviamente ninguna actividad ejecutiva, entre otras cosas porque el derecho de imponer la pena es del Estado; ni la parte acusada y condenada realiza actividad ejecutiva, en todo caso la soporta, pues sobre ella recae la actividad de ejecución penal que siempre realiza el Estado a través de los órganos judiciales correspondientes.

## **5. EL SISTEMA DE RECURSOS EN EL PROCESO ESPAÑOL**

a) Como hemos visto antes, un proceso con todas las garantías, tal como impone el art. 24. 2 de la CE, exige que se estructure teniendo como pieza básica la posibilidad de interponer recursos contra las resoluciones judiciales que pongan fin al proceso. Igualmente, hemos visto antes cuáles son las limitaciones que tiene este derecho al recurso y cuál es el ámbito que para él ha dado el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia constante.

Pero ahora lo que nos interesa es poner de manifiesto cómo parte importante de la estructura del proceso es la existencia de un elaborado sistema de impugnación de resoluciones judiciales, en el que existen actos de parte y del órgano judicial. A la parte le corresponde siempre la interposición del recurso, ejercitando el derecho de impugnación; al órgano judicial le corresponde siempre la decisión del recurso mediante una resolución judicial que se dicta tras un procedimiento que podemos llamar, en términos estrictos, «recurso».

Nuestro sistema de recursos prevé tres grandes bloques de impugnaciones:

- Un primer bloque va dirigido a posibilitar el recurso de las resoluciones *interlocutorias* que el órgano judicial va dictando a lo largo del procedimiento.

El proceso requiere, en su andadura normal y corriente, de una constante toma de decisiones por el órgano judicial: el juez, por ejemplo, debe decidir si se admite o no un medio de prueba; si se procede o no a un nuevo emplazamiento de la parte; si se cita o no a un tercero, etc. Todas esas resoluciones podemos denominarlas interlocutorias y requieren, para una mejor consecución de la justicia, que puedan ser impugnadas al sostenerse que infringen una norma de derecho positivo.

En el proceso civil (arts. 451 y ss. y 494 y ss, de la LEC) existen para estos casos los recursos de reposición y queja; en el proceso penal (arts. 216 y ss, 766 y ss. y 218 LECrim) los recursos de reforma y apelación, y excepcionalmente el de queja; en el proceso laboral, los de reposición y súplica (art. 187 y ss LPL) y en el proceso contenciosoadministrativo el de súplica y apelación (arts. 79 y ss LJCA).

- Igualmente, el sistema de recursos recoge la posibilidad de impugnar las sentencias que los órganos judiciales dictan en primera instancia. Sabemos que nuestro proceso, por regla general, está estructurado en doble instancia, lo que permite que el mismo asunto sea visto y juzgado dos veces por órganos judiciales distintos. De esa manera y con este sistema se propicia una mayor posibilidad de que la sentencia sea justa y se adecue mejor al Derecho. El mecanismo para hacer posible la doble instancia es el llamado recurso de apelación; no requiere este recurso para su interposición la alegación de que el órgano judicial ha violado una norma jurídica, sino tan sólo que la sentencia produce perjuicio a aquella parte que la impugna (gravamen) (arts. 457.2 Y 458.1 LEC).

Sin embargo, no siempre es así; en algunas ocasiones el sistema procesal no prevé ni siquiera la posibilidad de recurrir la sentencia que se haya podido dictar (por ejemplo, los supuestos que quedan fuera del recurso de suplicación en el proceso laboral, art. 189 LPL de 1995; o los que quedan fuera del recurso de apelación en el proceso contencioso-administrativo, art. 81 y ss LJCA. En otras ocasiones, la ley prevé una clase de recurso que no es propiamente una doble instancia sino un sistema donde no basta, para interponer el recurso, que exista perjuicio, siendo necesario demostrar que el órgano judicial ha infringido una norma jurídica.

Aun cuando el Tribunal Constitucional viene manteniendo que sólo cabe invocar el derecho fundamental al recurso cuando la ley haya autorizado su interposición frente a las resoluciones que se pretendan impugnar (véase, por todas, la STC 10/1991), es evidente que en los casos en los que no hay recurso alguno la laguna legal es, si así se pudiera expresar, contraria al espíritu constitucional; igualmente es evidente que no es lo mismo, y por consiguiente, no hay idéntica tutela del derecho al recurso, cuando se dispone del medio de gravamen que cuando lo disponible es un sistema de recursos especiales en donde es necesario demostrar que el órgano judicial infringió alguna norma jurídica.

- Por último nuestra legislación prevé la posibilidad de recursos que podemos llamar extraordinarios. Tienen este carácter porque se permiten sólo por motivos tasados en la ley y porque están fuera del sistema de doble instancia; normalmente estos medios de impugnación están pensados para anular sentencias dictadas en segunda instancia.

El recurso extraordinario por excelencia es el de casación, que está previsto para los cuatro órdenes jurisdiccionales (arts. 477 y ss LEC, 847 y ss LECrim, 203 y ss LPL y 93 y ss. LJCA); con este recurso se consigue anularlas sentencias siempre que concurren algunos de los motivos indicados en la ley, motivos que suponen todos ellos la violación en la sentencia o a lo largo del

proceso de normas jurídicas materiales o procesales, no permitiéndose o imposibilitando en gran medida, la revisión de la valoración de las pruebas efectuadas por el órgano judicial de instancia. En el ordenamiento procesal civil es destacable como recuso extraordinario el llamado de «infracción procesal» (arts. 468 y ss LEC) en el que sólo cabe denunciar la violación de normas procesales.

Es igualmente pieza importante en nuestro sistema de impugnación el mal llamado recurso de *revisión*, que puede ser catalogado como extraordinario, en cuanto que sólo es admisible por los motivos tasados en la ley, pero que sin embargo va dirigido a rescindir las sentencias firmes dictadas con unas determinadas condiciones jurídicas y fácticas entre las que no están la violación por el órgano judicial de ninguna norma sea material o procesal (arts. 509 y ss. LEC, 954 y ss LECrim, 234 LPL y 102 LJCA).

Realmente la revisión es, más que un recurso, un proceso independiente, eso sí, extraordinario, pensado para rescindir sentencias firmes; no es un recurso porque en él no se cuestiona la validez de la sentencia y la labor del Tribunal de revisión no es, por tanto, determinar si existe o no alguna causa o motivo que invalide la sentencia, sino sólo y exclusivamente sí, a la vista fundamentalmente de circunstancias que no han sido tenidas en cuenta por el juzgador, la sentencia debe rescindirse por ser esencialmente injusta. Podríamos concluir diciendo que la revisión es fundamentalmente una acción independiente que da lugar a un proceso cuya finalidad es rescindir sentencias firmes e injustas.

Digamos por último que también son recursos extraordinarios aquellos que van dirigidos a la impugnación de sentencias firmes que se han dictado en ausencia del condenado, siempre que esta ausencia no sea debida a voluntad de aquél. En el sistema procesal civil la llamada *audiencia al rebelde*, (art. 496 y ss. LEC) cumple en parte esta misión; en el proceso penal el llamado *recurso de anulación* (art. 797 LECrim).

b) Aunque no se trate de un recurso judicial, es evidente que dentro de la estructura que nuestro legislador ha previsto en orden a las impugnaciones, hay que citar al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 41 y ss LOTC) que va dirigido a establecer o preservar los derechos o libertades que hayan podido ser vulnerados, en lo que aquí interesa, por resoluciones y actuaciones judiciales, contra las que se hayan agotado todos los recursos previstos en la ley procesal.

## **LECCIÓN 23. LOS ACTOS PROCESALES**

### **1. CONCEPTO**

La doctrina suele afirmar que son actos procesales aquellos que desarrollan sus efectos primarios, directos y específicos, legalmente previstos, en la constitución, desarrollo y fin del proceso. A este conjunto de actos ordenados legalmente se le suele llamar procedimiento.

Dicho de esta manera, parece oportuno hacer dos observaciones. La primera, es que siendo el proceso ese conjunto de actos que lo conforman, no puede ser algo distinto al propio acto procesal; desde este punto de vista, parecería mucho más acertado afirmar que acto procesal es no sólo aquel que conforma el proceso sino también aquel que hace posible una relación o una situación procesal, en cuanto que, de todo acto procesal, inevitablemente se tiene que deducir un derecho, una carga, una facultad, etc. procesal. La segunda observación que debemos hacer es que no todo acto que produce efectos procesales puede considerarse un acto procesal.

Por ejemplo, el acto de otorgamiento de poder de procuradores que produce indudablemente efectos en el proceso no puede ser un acto procesal en cuanto que no conforma el proceso o no crea, por sí mismo, una situación procesal.

Por lo mismo, existen actos que aun no conformando el proceso deben de considerarse como procesales pues, en definitiva, crean una situación de la que necesariamente se ha de salir mediante una decisión judicial. Así, por ejemplo, la sumisión expresa (art. 55 LEC) no es un acto o un negocio configurador del proceso, pero sí que es procesal en cuanto que sus efectos y condiciones de validez están regulados por la norma procesal; piénsese que la existencia de la sumisión expresa es un factor determinante de la admisibilidad de la demanda por el juez al que las partes se han sometido, lo que es una característica de los llamados actos de causación, tal como veremos más adelante.

Digamos, por último, que el hecho de que un acto configure el proceso, y que produzca efectos procesales, no significa que igualmente no pueda producir efectos extraprocesales; por ejemplo, la demanda, que es el acto procesal de parte por excelencia, produce un conjunto de efectos materiales que vienen determinados por normas de naturaleza material: la demanda, por ejemplo, interrumpe la prescripción (art.1.945 CC); pone en situación de mora al deudor (art. 1.100 CC). E igual podríamos decir de la sentencia que también produce efectos materiales.

### **2. CLASES DE ACTOS PROCESALES**

Dentro del proceso, podemos distinguir actos que provienen del órgano judicial, actos que son realizados por las partes y, por último, actos que son realizados por terceras personas que intervienen o pueden intervenir en el proceso (por ejemplo, el testigo, el perito, etc.).

No interesa en este momento entrar en el estudio de los actos procesales de terceras personas, puesto que no ofrece un interés generalizado; entraremos,

pues, en el examen, primero, de los actos judiciales como actos provenientes del órgano judicial y, segundo, de los actos de parte.

### **3. ACTOS DEL ÓRGANO JUDICIAL**

Debemos distinguir entre estos actos: los actos del juez, los actos del secretario y los actos de los agentes.

#### **A) Actos del juez**

Normalmente los jueces (o el tribunal, si es un órgano colegiado), actúan en el proceso resolviendo la cuestión principal o las cuestiones procesales e incidentales necesarias para alcanzar su fin. Podemos, pues, decir que los jueces y Tribunales dictan *resoluciones* que no son sino actos decisorios.

junto a las resoluciones, los jueces y Tribunales tienen encomendado, aunque no de manera exclusiva, el llamado *impulso procesal* (art. 237 LOPJ) y *la ordenación del proceso* (art. 245.1 LOPJ). Con el impulso procesal el órgano judicial hace lo necesario para que el proceso prosiga su marcha dando ocasión a las partes para que realicen los actos que son efecto directo de los anteriormente realizados; este impulso, aunque en algunas ocasiones es función de los jueces llevarlo a cabo, tras la promulgación de la LOPJ vigente es fundamentalmente misión de los secretarios judiciales.

De otra parte, los jueces dirigen el proceso desde el punto de vista material dando al mismo la ordenación que se requiere en cada caso. Los actos de ordenación procesal material requieren, como mínimo, una elección entre distintas posibles alternativas y, en ese sentido, normalmente un acto de ordenación conlleva la resolución correspondiente (en forma de providencia).

El juez ordena materialmente el proceso, por ejemplo, cuando decide recibir el pleito a prueba, cuando rechaza la práctica de un medio probatorio, cuando pide explicaciones al perito o cuando expulsa de la Sala al acusado. En unos casos la ordenación del juez, que siempre es decisoria, se expresa a través de una providencia que es una de las clases de resoluciones judiciales que estudiaremos a continuación; en otros, la ley no exige que el juez formalice su decisión en una providencia, simplemente tomará una decisión judicial, ordenadora del proceso que se documentará en el acta judicial.

Los actos más importantes del juez son, evidentemente, las resoluciones. Con la resolución el juez decide no sólo el objeto procesal que se le ha planteado sino que decide todas y cada una de las cuestiones que puedan surgir a lo largo del proceso y que es necesario resolver previamente para alcanzar el fin del mismo. El juez decide, pues, en el fondo y en la forma; en el fondo, resolviendo la cuestión objeto del debate, y en la forma, las cuestiones que puedan surgir a lo largo del debate, sean estas formales o sustanciales.

El art. 245 de la LOPJ regula las tres únicas clases de resoluciones judiciales jurisdiccionales: la providencia, el auto y la sentencia.

- Las *providencias* (art. 248 LOPJ) se concretan en la determinación de lo ordenado por el juez o el tribunal «sin más fundamento ni adiciones que la fecha en que se acuerden, la firma o rúbrica del juez o presidente y del secretario». En ellas se resuelven los problemas atinentes á la ordenación material del proceso (art. 245.1.a LOPJ). No obstante lo dispuesto en la ley, nada impide que los jueces y los Tribunales puedan motivar algunas providencias cuando lo estimen necesario.

- La resolución judicial toma forma de *auto* (art. 245.1.b LOPJ) cuando decide recursos contra providencias, o cuando resuelve cuestiones incidentales, presupuestos procesales, nulidad de procedimiento o en aquellos otros supuestos en los que las leyes procesales imponen la forma de auto. Normalmente todas las resoluciones judiciales interlocutorias o formales, es decir decisorias de cuestiones o incidentes necesarios para la prosecución del proceso y para alcanzar la decisión final, revisten la forma de auto, aunque ello no es óbice para que existan casos excepcionales que serán estudiados en su momento.

El auto es una resolución escrita que está estructuralmente conformada por párrafos separados y numerados en los que se contienen los hechos y los razonamientos jurídicos que dan paso a la parte dispositiva. El auto está firmado por el juez, magistrado o magistrados que lo dicten.

La necesidad de razonamiento y de motivación del auto es una manifestación del art. 120 de la CE, que, como sabemos, obliga a motivar las sentencias. Aunque la sentencia es una resolución distinta, tal como de inmediato veremos, la necesidad de motivar la sentencia es la misma que existe para motivar los autos, pues el auto es siempre decisorio de cuestiones que directa o indirectamente afectan al derecho a la tutela efectiva consagrado en el art. 24 de la CE.

La resolución judicial adopta la forma de *sentencia* (art. 245.1.c LOPJ) cuando decida definitivamente el pleito o causa en cualquiera de las instancias existentes o en cualquiera de los recursos (con excepción de lo que hemos señalado para el caso de los autos) o cuando así esté ordenado por las leyes procesales.

La sentencia la dicta el juez, magistrado o magistrados que forman el tribunal; está estructurada formalmente con un encabezamiento, que recoge los datos del órgano judicial, de las partes y sus defensores, así como del objeto del pleito o de la causa, y de párrafos separados y numerados en los que se recogen los antecedentes de hecho, los hechos que se han probado, en su caso, y los fundamentos de derecho que dan lugar al fallo, o parte decisoria dispositiva (art. 248.3 LOPJ).

La sentencia puede dictarse de viva voz [(y así puede ocurrir en el proceso penal en los supuestos del art. 789.2 LECrim) (art. 245.2 LOPJ, nunca en el civil (art. 210.3 LEC)], aunque ello no evitará que posteriormente se documente incluyendo la fundamentación que exige el art. 120 de la CE (art.

247 LOPJ).

Digamos, por último, que la ley distingue de las sentencias definitivas, que como hemos visto son las que deciden el pleito o la causa en una instancia o en un recurso, las sentencias firmes que son aquellas contra las que no cabe recurso alguno, exceptuando los medios extraordinarios establecidos en la ley (art. 245.3 LOPJ) (art. 207 LEC).

Distinto a la sentencia firme es la ejecutoria, que es el documento público y solemne, que se encabeza con la frase «en nombre del Rey», y en el que se consigna una sentencia firme.

Cuando los autos y las sentencias deben ser dictados por un tribunal, su formación interna responde necesariamente a actos plurisubjetivos que provienen de aquellas personas que integran, como un colegio, el tribunal; de ahí que en los arts. 253 y siguientes de la LOPJ, se establezca todo un sistema procedimental que hace posible la formación de la sentencia, que se conoce con el nombre de deliberación y votación. En cualquier caso (art. 255 LOPJ) rige el principio de la mayoría absoluta, de modo que la cuestión o cuestiones se decidirán por ese criterio (art. 201 LEC).

Al regir el principio de la mayoría absoluta y al exigir el art. 259 de la LOPJ que todos los magistrados firmen la sentencia que ha dictado el tribunal, la ley prevé en el art. 260 la posibilidad de formular voto particular, que debe adoptar la forma de auto o sentencia, según se trate de una u otra resolución, en la que el magistrado disidente expresará su parecer y dictará la resolución que según su criterio debería haber sido dictada por el tribunal. (art. 205 LEC).

Punto importante es el mecanismo que establece la ley para la deliberación. Se delibera una propuesta de sentencia o de auto que ha sido elaborada por el magistrado ponente y, teóricamente, la votación y previa deliberación se hace separadamente sobre los distintos pronunciamientos de hecho o de derecho o sobre las distintas partes en las que pueda dividirse la decisión judicial (art. 254.1 LOPJ). Siendo así, si no resultare mayoría de votos sobre cualquiera de los pronunciamientos de hecho o de derecho éstos se someterán de nuevo a discusión y votación (art. 262.1 LOPJ). Si aún así la discordia no se resolviera en una segunda votación, el Presidente ordenará la celebración de una nueva vista a la que concurrirán los magistrados que formaban la Sala en la primera ocasión más dos más, si hubiese sido impar el número de los discordantes, y tres en el caso de haber sido par (art. 262 LOPJ) (art. 202 LEC) y se dictará sentencia de acuerdo con lo que se establece en los arts. 262 y 263 de la LOPJ.

La votación de una sentencia o un auto comenzará con el voto del magistrado ponente de los demás magistrados por orden inverso a su antigüedad y, por último, votará el Presidente (art. 254.2 LOPJ). En cuanto a las incidencias determinadas por la imposibilidad de votar, véanse arts. 256 y ss LOPJ).

*Las sentencias* (también los autos definitivos) una vez que han sido pronunciadas y firmadas no pueden ser modificadas, aunque sí podrán ser *aclaradas* en algún punto oscuro o se podrá suplir cualquier omisión que puedan contener (art. 267 LOPJ) (art. 214 LEC).

Estas aclaraciones o rectificaciones, que en absoluto pueden afectar a la esencia de lo decidido, pueden hacerse de oficio, dentro del día siguiente hábil a la publicación de la sentencia, o a instancia de parte siempre que el llamado

recurso de aclaración se presente dentro de los dos días siguientes al de la notificación (art. 267.3 LOPJ).

Distinto a la aclaración o a la rectificación a que se ha hecho referencia anteriormente, es la corrección de errores materiales manifiestos o de errores aritméticos, que podrán ser rectificadas en cualquier caso y en cualquier momento (art. 215 LEC).

## **B) Actos del secretario**

- El secretario judicial tiene la función de la fe pública judicial y de la documentación (art. 279 y ss de la LOPJ y 145 y ss LEC); al mismo tiempo el secretario judicial *ordena formalmente* el proceso (arts. 288 y ss de la LOPJ) (arts. 223-224 LEC).

Los actos del secretario, que son válidos para llevar a cabo las funciones anteriormente dichas, son las *actas*, las *diligencias*, y *notas* (art. 279.1 y 288 de la LOPJ).

Junto a las anteriores funciones, el secretario judicial lleva a cabo otra importantísima que conocemos como de *notificación y comunicación* de actos procesales, que será estudiada más adelante.

- Mediante las *actas judiciales* (art. 280 LOPJ) el secretario deja constancia de la realización de un acto procesal, incluso de un hecho que tenga, dice la Ley (art. 280), trascendencia procesal. Se trata, pues, de una función de documentación de los actos procesales que exijan por su naturaleza que quede constancia de los mismos por escrito, dando fe el secretario de su existencia mediante *inc` autorización del acta*.

Esta función de documentación con fe pública es el secretario el único que puede ofrecerla dentro del ámbito judicial, y dice la Ley que lo hace sin necesidad de precisar una intervención adicional de testigos (art. 281 LOPJ ).

Podrán los secretarios habilitar a uno o más oficiales de los que ejerzan sus funciones en el juzgado o Tribunal para que puedan autorizar las actas que se precise levantar de los actos judiciales que se realicen a la presencia judicial, responsabilizando por completo al oficial autorizante; se trata de habilitaciones temporales, que duran en tanto en cuanto no sean revocadas (art. 282 LOPJ).

- Los secretarios igualmente dan fe del momento de presentación de los escritos ante el juzgado o el Tribunal o de la realización de los actos procesales, lo que harán mediante las llamadas diligencias de constancia, es decir, actos del secretario en los que se hace constar el día y hora de la presentación de los escritos de las partes que estén sujetos a la realización dentro de un plazo perentorio.

La LOPJ establece la obligación de los secretarios de dar cuenta al tribunal o

al juez de los escritos y de los documentos presentados por las partes en el proceso, lo que harán mediante las diligencias de ilación de cuenta en el mismo día de su presentación o en el siguiente día hábil (arts. 284 y 286.2 LOPJ ). En los supuestos en los que no sea necesaria la documentación de la dación de cuenta, ésta se hará de forma oral.

Corresponde a los secretarios la ordenación formal del proceso, lo que lo hace mediante las diligencias de ordenación. Ya hemos visto anteriormente cómo al juez corresponde la ordenación material; al secretario le corresponde la formal o, lo que es lo mismo, la mera andadura del procedimiento con independencia del contenido sustancial del mismo; por ejemplo, el secretario en su función de ordenación nunca decide, sino que ordena el proceso tal como está establecido en la ley: concede el plazo para presentar los escritos, señala fecha para la celebración de vista, etc. (arts. 288 y ss LOPJ).

- Por último, los secretarios pueden proponer al juez la resolución que, de acuerdo con la ley, deba de revestir la forma de providencia o auto; la ley excluye la propuesta de las providencias en las que se revisen las diligencias de ordenación y los autos decisorios de cuestiones incidentales o resolutorios de recursos, de procesamiento o que determinen limitación de derechos (art. 290 LOPJ).

Estas propuestas de resolución serán aceptadas o no por el órgano judicial y, en cualquier caso, se sujetarán en cuanto a su forma a la de la resolución judicial que deba dictarse; por último, deberán ir siempre firmadas por el secretario que las propone (art. 291 LOPJ).

### **C) Actos judiciales de los agentes**

Los agentes judiciales (art. 487 LOPJ) realizan actos procesales en cuanto que son ejecutores de determinados actos integrantes del proceso de ejecución; así, por ejemplo, son ejecutores de los embargos y de los lanzamientos en los procesos que lo requieran.

## **4. LOS ACTOS DE PARTE**

Son actos de parte aquellos que provienen de las personas que integran la posición procesal de demandante o demandado y que o bien configuran el proceso o bien producen efectos procesales.

Siguiendo a GOLDSCHMIDT podemos clasificar los actos de parte como actos de *postulación y causación*.

Los *actos de postulación* van dirigidos a conseguir, mediante un influjo psíquico, una decisión del juez de contenido determinado. Entre ellos podemos distinguir los actos de *petición*, en los que se postula o se exige del juez una resolución de contenido determinado, pudiendo ser de fondo o de forma; los

actos de *alegación* que se realizan en función de una petición y mediante los cuales la parte presenta al juez afirmaciones de hecho y de derecho con la finalidad de lograr, gracias a ellos y con base en ellos, la resolución postulada; actos de *producción de prueba* que están fundamentalmente destinados a convencer al juez de la verdad de una alegación de hecho; y por último, actos de *conclusión o deducciones*, que no son propiamente alegaciones o afirmaciones de hechos y derechos, sino apreciaciones de los resultados que, a juicio de la parte, hayan ido ocurriendo o sucediendo en el mismo proceso, o apreciación de la existencia o el contenido del derecho extranjero (art. 12 CC), de la máxima de experiencia y su importancia en la cuestión debatida; en estos actos el influjo psíquico se hace mediante la conclusión o deducción.

*Los actos de causación* producen directamente efectos en el proceso y crean de forma directa una situación jurídica procesal. Son actos de causación, por ejemplo, el pacto de prorrogación del fuero (sumisión expresa, art. 55 LEC) que crea el derecho de las partes de excluir el fuero legal; la admisión de hechos, que produce el efecto de evitar la prueba en el proceso civil (art. 281.3 LEC); igualmente lo es, por poner un último ejemplo, la *litis denunciado* regulada en el art. 1.468 del CC para los casos de saneamiento por evicción.

## 5. CARACTERÍSTICAS DE LOS ACTOS PROCESALES

Aunque los actos procesales entran dentro de la categoría general de los actos jurídicos, presentan, sin embargo, importantes diferencias con, sobre todo, los actos de los particulares en el ámbito jurídico privado. Podríamos afirmar que los actos procesales exigen capacidad procesal, son actos unilaterales, no están sometidos a impugnación por defecto de voluntad y son siempre, por último, recepticios. En efecto:

a) Los actos procesales de parte tienen que realizarse por aquellos que tienen las capacidades que las leyes de enjuiciamiento exigen. Baste decir en este momento que las leyes procesales exigen que (*aunque excepcionalmente no tiene por qué ser así: por ejemplo, art. 6.1.4º-, 5º- y 7º-*) las partes tengan *personalidad* (es decir, que sean sujetos de derechos y de obligaciones), que tengan *capacidad para comparecer* en juicio (es decir, que tengan el pleno ejercicio de sus derechos y de sus obligaciones, por lo que no serán capaces los menores de edad no emancipados, los ausentes y los sometidos a la tutela o curatela); igualmente, y tal como se ha estudiado en la lección 17, la parte tiene que suplir su incapacidad de *postulación*, lo que hace mediante la intervención del abogado y del procurador.

En lo que se refiere a los actos que provienen de los servidores del órgano judicial, éstos realizan actos válidos no tanto porque sean capaces (dándole a la capacidad el sentido que hemos visto hace un momento) como por el hecho de que tengan la habilitación legal para llevarlos a cabo; es decir, que sean realmente funcionarios del Estado (jueces, magistrados, secretarios o agentes) al servicio de un órgano concreto y, en el caso de los jueces y magistrados, que tengan *jurisdicción y competencia*.

La jurisdicción se entiende aquí como la especial habilidad para conocer, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en cualquiera de los distintos órdenes jurisdiccionales, tal como se ha estudiado en la lección 9. La competencia hace referencia al poder de un órgano jurisdiccional de conocer dentro de un concreto orden jurisdiccional de una determinada materia, con conexión a un determinado territorio, y en alguna de las manifestaciones que tiene la función jurisdiccional. La «capacidad», pues, de los jueces y magistrados viene dada por la concurrencia en ellos de los requisitos de jurisdicción y de competencia. La diferencia que existe entre el requisito de la competencia y el de la jurisdicción, es que el primero es de mera anulabilidad y el segundo es de nulidad absoluta.

b) Los actos procesales son normalmente actos unilaterales y recepticios, lo que quiere decir que se perfecciona cuando la declaración de voluntad, que es su contenido, llega al conocimiento del destinatario de la misma: el juez o las partes.

El hecho de que los actos procesales sean unilaterales no impide que a veces en alguno de ellos intervengan más de una persona; no estamos por ello ante un negocio jurídico bilateral o un acuerdo procesal.

Ha sido en el campo del derecho probatorio en donde más problemas se han planteado en ese sentido, hablándose por cierta doctrina de acuerdos probatorios y de acuerdos sobre la carga de la prueba. Podemos decir que de esos llamados acuerdos probatorios no se derivan derechos ni obligaciones para las partes, especificándose, en cambio, de forma concreta, sobre qué recae la función jurisdiccional del juez.

En la mayoría de las ocasiones en las que intervienen más de una persona en un acto procesal, realmente lo que se produce es un conjunto de actos unilaterales recepticios mutuamente (así, por ejemplo, en el caso del desistimiento, que es un acto de renuncia al proceso, se completa según el art. 20.3 LEC la jurisprudencia por un acto de la parte contraria aceptando dicho desistimiento). Por último, diremos que el carácter imperativo (vease lección 25) que tienen las normas de Derecho procesal, impide hablar de acuerdos procesales, entre otras cosas porque el efecto del acto procesal no se produce tanto por la declaración de voluntad del agente como por imperio de la propia ley.

En otras ocasiones el acto no es unilateral sino complejo, pues en él intervienen como agentes necesarios varias personas, formando un colegio, todos al mismo nivel de importancia y en la misma posición jurídica: es el caso de la sentencia dictada por un tribunal.

c) El régimen jurídico de los actos procesales es distinto al de los demás actos jurídicos en lo que se refiere a la voluntad y a la causa.

El acto procesal, como cualquier otro acto jurídico, puede ser estudiado desde la perspectiva de su contenido y desde la de su forma; podemos decir que contenido de un acto procesal es la expresión de un pensamiento y forma es el modo en que se expresa ese pensamiento; a través de la forma se exterioriza lo que se ha pensado internamente, objetivando algo tan subjetivo como es el pensamiento.

Pues bien, el Derecho exige que la proyección al exterior del pensamiento sea voluntaria: es lo que se llama voluntariedad del acto. En la voluntariedad, también en el ordenamiento procesal, la ley se mueve en base a ficciones para

mantener que la proyección del pensamiento al exterior ha sido voluntaria; si, por ejemplo, el procurador tiene que firmar todos los escritos de parte, si éstos van acompañados por las copias prevenidas por el legislador y si la firma del abogado autoriza al acto escrito presentado por el procurador, difícilmente se puede pensar que la exteriorización del pensamiento no ha sido voluntaria. Por eso REDENTI afirma que el requisito de la voluntariedad está incluido en el requisito de forma, por lo que sólo se podrá impugnar la validez o la existencia de un acto procesal por falta de voluntariedad cuando vaya acompañada de una falta de requisito formal.

Distinto de la voluntariedad es la *voluntad final o causal*; de ésta decimos que es un elemento esencial al exigir que el agente haya previsto, al menos empíricamente, los efectos del acto y que haya ejecutado el acto precisamente para conseguir los efectos que de él se derivan por ley.

En el ordenamiento privado los actos jurídicos que carezcan de este requisito son nulos, inexistentes en la terminología de la ley (art. 1261 CC ), o al menos anulables. Sin embargo, en el ámbito procesal no es posible deducir la nulidad o la anulabilidad de la falta de voluntad final o causal, pues los efectos jurídicos de todos los actos procesales se producen no tanto por la voluntad del sujeto agente como por obra de la propia ley procesal. Cabe decir que en el Derecho procesal no existe la voluntad dispositiva.

El problema de la causa tiene un tratamiento distinto al general en los actos jurídicos procesales y se confunde con lo que llamamos *interés procesal* o si queremos *necesidad de tutela jurídica*; vamos a poner dos ejemplos que quizá ilustren el problema planteado; así, el art. 283 de la LEC no permite la práctica de las pruebas impertinentes o innecesarias; por su parte, el art. 392 de la LEC, *en relación con el art. 387*, no admite la tramitación de cuestiones incidentales si no tienen relación inmediata con el asunto principal que sea objeto del pleito en que se promuevan. Los dos ejemplos son válidos pero quizá el segundo nos dé una idea más aproximada de que, cuando hablamos de proceso, la causa hay que referirla al interés procesal en obtener la tutela jurídica. En cualquier caso, no existe un mecanismo formal en nuestro ordenamiento capaz de anular actos procesales por inexistencia de causa.

## **6. LUGAR DE REALIZACIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES**

El principio general establecido en la LOPJ (art. 268.1), es que los actos judiciales deben practicarse en la sede del órgano jurisdiccional. Obsérvese que la ley se refiere a los actos judiciales, concepto más restringido que el de acto procesal pues no incluye a los actos de parte y a los actos de terceras personas. La LEC (art. 129) habla con más propiedad de «actuaciones del juicio». Pero en cualquier caso, puesto que los actos de parte y los actos de terceras personas que intervienen en el proceso están dirigidos al juez y deben ser necesariamente recibidos por éste, el principio general que establece la LEC en orden a los actos judiciales se extiende necesariamente a todos los demás actos.

La LOPJ establece (art. 258.2) (*también LEC en art. 129*) la posibilidad de que los órganos judiciales puedan realizar actuaciones en cualquier lugar de su territorio, fuera de la sede judicial, cuando fuese necesario o conveniente, dice la ley, para la buena administración de la justicia. En efecto, hay actuaciones procesales que por su naturaleza deben realizarse fuera de la sede judicial: por ejemplo, la práctica de la prueba de reconocimiento judicial de un edificio (art. 354 y ss. LEC) o la entrada y registro en la oficina o sede de una sociedad o de una empresa (art. 545 y SS. LECrim) conlleva la realización de actos del juez, del secretario, de las partes, incluso de peritos y de testigos, que necesariamente se han de practicar por su propia naturaleza en el sitio que se inspecciona o se reconoce o en el sitio que se registra. Otras veces, en los supuestos de enfermedad de un testigo (art. 364 LEC), el órgano judicial si lo estima conveniente para la mejor administración de justicia se traslada a la residencia o domicilio del testigo enfermo para recoger su testimonio.

Fuera de los dos supuestos establecidos en el art. 268 de la LOPJ, el art. 269 establece aquellos otros en los que se puede autorizar la celebración no ya de un acto concreto fuera de la sede judicial, sino la realización del juicio o proceso entero.

## **7. TIEMPO DE LOS ACTOS PROCESALES**

La LOPJ se ocupa en dos sentidos del tiempo en relación con los actos procesales.

a) En un primer sentido, establece el tiempo hábil (horas, días, meses) para la realización de actos procesales. En tal sentido regula lo que se denomina año judicial, es decir el período ordinario en el que los tribunales ejercerán su jurisdicción y que va desde el 1 de septiembre al 31 de julio de cada año natural, por lo que el mes de agosto no sólo es período de vacaciones sino período inhábil para realizar la actividad procesal ordinaria.

Lo anterior no significa que no se pueda realizar actividad procesal en el mes de agosto. El art. 183 de la LOPJ establece que para las actuaciones judiciales que se declaren urgentes por las leyes de enjuiciamiento, serán hábiles los días del mes de agosto (art. 131 LEE). Y el art. 184 LOPJ establece que para las actuaciones criminales todos los días del año serán hábiles siempre que se trate de actos de instrucción.

Además de los días del mes de agosto, son inhábiles para la realización de actos procesales (art. 182 LOPJ) los domingos, los días de fiesta nacional, los festivos en las respectivas Comunidades Autónomas y en la localidad que se trate, pudiéndose realizar en estos días actuaciones procesales penales referentes a la instrucción de las causas (art. 201 LECrim). Aunque pueden los jueces y tribunales habilitar días inhábiles para la realización de actos que se consideren urgentes (véanse arts. 131 LEC y 43 LPL).

Por último, la ley regula cuáles son las horas hábiles para la realización de las actuaciones procesales: lo son las que van desde las 8 de la mañana a las 8

de la tarde (art. 182.2 LOPJ). Para los actos de notificación y ejecución en el proceso civil también son hábiles las horas que van desde las ocho a las diez de la noche (art. 130.3).

b) En un segundo sentido, el tiempo aparece como nota importantísima en la ordenación de la ejecución de actos procesales. En efecto, el procedimiento, como conjunto de actos que se suceden y que se anteponen los unos a los otros, está ordenado necesariamente entre otras cosas por el factor tiempo; el orden lógico de las cosas (no podrá existir contestación a la demanda si antes no se ha producido la demanda porque el primer acto supone el segundo) no sirve en todos los supuestos para establecer la coordinación temporal de los actos procesales; es entonces cuando la Ley establece una prioridad temporal *ad hoc* de unos sobre otros, no sólo para evitar confusiones o para evitar que varios actos se realicen al mismo tiempo, sino también para evitar que el proceso se eternice. De ahí que la Ley establezca *prejudicialidades* (necesidad de resolver unas cuestiones con anterioridad a otras), *preclusiones* (prohibiciones de ejecutar actos procesales cuando han sido ejecutados otros distintos), *términos* (día y hora concretas en los que hay que realizar un determinado acto procesal) y *plazos* (período de tiempo dentro del cual hay que realizar un determinado acto procesal).

Con estos mecanismos, la Ley establece lo que podemos llamar el orden lógico de las cosas dentro del proceso organizándolo temporalmente.

La ordenación temporal de los actos afecta por igual a los del juez y a los de las partes; lo que ocurre es que la aplicación de los plazos y de los términos a los actos judiciales hace que éstos puedan ser considerados como *impropios*, pues si en el caso de las partes, el incumplimiento del plazo o del término conlleva la imposibilidad de realizar el acto, ya que son perentorios, en el caso de los plazos y términos judiciales, su inobservancia no impide que el órgano judicial pueda y deba reprogramar el acto programado aunque sea en un término o en un plazo impropio: no es lógico pensar que si el juez no dicta la sentencia en el plazo previsto en la ley no pueda dictarla fuera de plazo; de ahí que hablemos de plazos y términos impropios.

EL mandato constitucional (art. 24) de realizar los actos procesales sin dilaciones y el correspondiente derecho a obtener la tutela judicial en un proceso sin dilaciones indebidas, tiene mucho que ver con lo que estamos diciendo, aunque la doctrina del Tribunal Constitucional (véase la STC 30/1981 por todas ) deja mucho que desear, y permite que podamos hablar no ya de plazos o términos impropios sino de la inexistencia, de hecho, de plazos o términos para los actos del juez. El derecho reconocido a las partes a la indemnización de daños y perjuicios (art. 132 LEC) y a exigir las responsabilidades que procedan por incumplimiento de los plazos y términos señalados por las actuaciones judiciales queda, pues, en letra mojada.

Los plazos son improrrogables (art. 134 LEC), en ellos no se contarán los días inhábiles (art. 133 LEC) y en los señalados por meses se contarán por meses naturales sin excluir los días inhábiles (art. 133 LEC)

Los plazos empiezan a correr desde el día siguiente al que se hubieren establecido mediante el emplazamiento, citación o notificación, (art. 303 LEC)

y terminan a las 24 horas del último día (art. 133.1 LEC); ello no obstante si el acto procesal consiste en el presentación de un escrito que esté sujeto a plazo, podrá efectuarse hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo.

## **8. LA FORMA DE LOS ACTOS PROCESALES**

### **A) La oralidad o la escritura**

Quiere la Constitución (art. 120.2) y establece el art. 229.1 de la LOPJ el principio de que los actos procesales se expresen, predominantemente, en forma oral, sobre todo en el proceso penal.

Esto significa que en nuestro ordenamiento jurídico es perfectamente válido que los actos procesales tengan forma oral o escrita; lo único que exige la CE y la LOPJ es que los procesos sean predominantemente orales, sobre todo el proceso penal.

La exigencia del artículo 120 de 1a CE al imponer la estructura procesal predominantemente oral, significa que es inconstitucional un proceso estructurado exclusivamente a base de actos procesales escritos; significa igualmente que el conjunto de los actos procesales deben ser mayoritariamente orales, con independencia de que sean actos del juez o actos de las partes.

Lo importante de esta decisión del constituyente no está en el hecho de que el proceso sea oral por el hecho de serlo, porque tan eficaz puede ser un proceso oral como un proceso escrito, y ambos son capaces de llevarnos a una sentencia que exprese con toda exactitud lo que la Constitución quiere que sea la función jurisdiccional. La importancia está en que, bajo nuestro punto de vista, se propician importantes consecuencias; en efecto, si el acto procesal es oral, porque así lo impone la Constitución, es evidente que debe llevarse a cabo y recibirse al mismo tiempo, es decir de forma simultánea; ello quiere decir que si el acto lo realiza el juez, o, al contrario, lo lleva a cabo la parte, uno y otra deben de estar comunicados de forma directa, sin intermediarios, por lo que se impone una estructura procesal basada en la inmediación. Ello quiere decir que el principio de oralidad hace imposible que se realicen actos procesales fuera de la presencia judicial.

No existe ningún proceso totalmente oral en nuestro ordenamiento procesal, ni incluso en el campo procesal penal, pues siempre existe la posibilidad o incluso la necesidad de que determinados actos procesales se manifiesten en forma escrita; piénsese que un acto tan importante en el proceso penal como la querrela o como la acusación por ejemplo, (auto de procesamiento), adoptan la forma escrita. Lo que la ley quiere es que todos aquellos actos que suponen el núcleo central del proceso (fundamentalmente los actos probatorios), tengan la forma oral, para así poder concentrarlos en una vista y que se realicen de forma necesaria ante la presencia judicial.

Cuando los actos son verbales, la LOPJ impone la *documentación* (art. 230), para permitir su constancia y su reproducción en instancias superiores. Se exige en la documentación, no tanto una forma concreta de hacerla o de llevarla a cabo, cuanto que se adopten las garantías imprescindibles de autenticidad. En este sentido, destaca la regulación dada por la LO 16/1994 al

artículo 230 de la LOPJ en cuanto establece que los juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la LO 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter personal y demás leyes aplicables. Tales medios también podrán ser utilizados por quienes demanden la tutela judicial de sus derechos e intereses.

## **B) La lengua**

Los actos procesales deben expresarse en lengua castellana, como lengua oficial de Estado Español; aunque el art. 231 de la LOPJ se refiere a las actuaciones judiciales, y en concreto a los jueces, magistrados, fiscales, secretarios y demás funcionarios, el principio general establecido es igualmente aplicable a todos y cada uno de los actos procesales, provengan de quien provengan, lo que no es óbice para que también a todos ellos se puedan aplicar las excepciones recogidas en la propia-LOPJ, y el principio de la traducción cuando se produzca el desconocimiento de la lengua castellana por el agente del acto procesal.

Como excepciones al uso de la lengua castellana por los funcionarios al servicio del órgano judicial, el art. 231.2 de la LOPJ establece que también se podrá usar la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma si ello no produce indefensión a las partes, al desconocer todas ellas o alguna de ellas el idioma oficial de la Comunidad Autónoma.

En lo que se refiere a los actos de parte, así como los de terceras personas, se permite en todo caso la utilización de la lengua oficial de la Comunidad Autónoma, tanto si los actos son orales como escritos (art. 231.3 LOPJ), aunque estas actuaciones estarán sometidas a la traducción al castellano para adquirir plena validez y eficacia cuando los actos procesales en cuestión deban de surtir efecto fuera de la jurisdicción de los órganos judiciales sitos en la Comunidad Autónoma, o cuando alguna de las partes alegue indefensión por desconocimiento de la lengua oficial de esa Comunidad.

Distinto es el problema cuando la lengua de que se trate no sea una de las españolas. Ningún acto procesal escrito de parte puede expresarse en lengua extranjera, primero, porque el juez no tiene obligación de conocer el idioma extranjero; segundo, porque se trata de un proceso que se sigue ante una autoridad española, y tercero, porque esos actos escritos provienen normalmente del procurador y van firmados por abogado y por consiguiente deben de expresarse en la lengua oficial. Por el contrario, cuando se trata de actos orales de parte (personalísimos) o de terceras personas, el desconocimiento por éstos de la lengua castellana impone lógicamente que se exprese en su propia lengua aunque para la plena validez del acto deberá ir acompañada de la traducción de intérprete jurado o de persona conocedora de la lengua empleada siempre que preste previamente juramento o promesa de ser fiel en su traducción.

### **C) La publicidad interna y externa**

Los actos procesales son, en principio, públicos, aunque la Ley (art. 232 y ss LOPJ) admite excepciones.

La publicidad es una exigencia de la Constitución (art. 120); se recoge en ella un principio que no admite en la época actual discusión en cuanto que supuso, en su momento, el fin del proceso inquisitivo y el nacimiento del proceso moderno. La publicidad implica, entre otras cosas, el control social sobre el desarrollo de la actividad judicial (véase por todas STC 96/87) y posibilita igualmente la más plena vigencia del principio de defensa.

De ahí que nuestra LOPJ distinga la publicidad interna y la externa; en ese sentido, los actos procesales son públicos para las partes, para que así puedan en todo momento ejercer sin ninguna cortapisa los derechos que engloba el derecho a la tutela efectiva y el derecho de defensa; igualmente, los actos procesales son públicos para la sociedad entera a fin de que la actividad judicial pueda ser en todo caso controlada por los integrantes de la llamada soberanía popular.

Excepcionalmente, los actos procesales que se desarrollan en el período de instrucción o de investigación dentro del proceso penal son secretos desde el punto de vista externo (art. 301 LECrim); la razón de la falta de publicidad de estos actos es clara, pues frente al bien jurídico que supone la publicidad se contraponen el bien jurídico que se pretende tutelar mediante la investigación de conductas presumiblemente delictivas, que se vería dificultada en su realización y éxito si la sociedad en su conjunto fuera conocedora de los pormenores de todos y cada uno de los actos que va realizando el Juez de Instrucción cuando investiga la comisión de conductas o hechos delictivos.

El art. 232.2 de la LOPJ permite que por razones de orden público, y de protección de los derechos y libertades, los jueces y los tribunales puedan limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones.

Estas razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, en absoluto pueden afectar a la publicidad interna, en modo que en ningún caso las partes pueden verse privadas de conocer los actos que se desarrollan en el proceso, pues ello las dejaría indefensas.

Distinto es el problema que se presenta en la LECrim (art. 302) al permitir que en determinadas ocasiones las diligencias sumariales o de investigación sean secretas incluso para las partes personadas en el proceso. Las mismas razones que tuvo el legislador para establecer el secreto de las actuaciones sumariales, evitando la publicidad externa, las tiene aquí para en supuestos excepcionales evitar el conocimiento de los actos incluso para las partes que están personadas. Este secreto que siempre es temporal (no puede extenderse por un período superior a un mes, aunque puede prorrogarse) no afecta al derecho a la tutela efectiva ni al derecho de defensa, pues las posibilidades, facultades o derechos que la ley reconoce a las partes personadas podrán ejercitarse con posterioridad al levantamiento del secreto, que según el artículo citado deberá alzarse necesariamente con diez días de antelación a la conclusión del sumario, precisamente para posibilitar el ejercicio de los derechos que a las partes puedan corresponder tras el conocimiento de los actos hasta ese momento secretos.

Son siempre secretas (art. 233 LOPJ) las deliberaciones de los tribunales y el resultado de las votaciones, siempre que el disidente o disidentes no emitan voto particular.

## **9. LA NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES**

a) La LOPJ, en los arts. 238 a 243, se refiere a algunos aspectos de la nulidad de los actos procesales. En,él art. 243 regula, de manera muy parca la nulidad de los actos de *parte*-(*vid.* también arts. 226.2 y 231 LEC) y en los arts. 238 y siguientes, se regulan las causas de nulidad de pleno derecho de los actos judiciales, o de lo que más generalmente llama *actuaciones judiciales*, y el procedimiento para su declaración. (*vid.* también arts. 225 y SS LEC).

En estas normas, pues, no se regula la anulación y rescisión de las resoluciones judiciales que dan lugar normalmente a los recursos ordinarios y extraordinarios regulados en las leyes procesales y cuyo objeto es decidir si fundamentalmente la resolución se adapta o no a la ley y, en consecuencia, si debe ser o no anulada o rescindida por una violación de las normas jurídicas aplicables. Trata, pues, la LOPJ sólo y exclusivamente de lo que puede ser entendido como nulidad formal de los actos judiciales y sola y exclusivamente por las causas igualmente formales que están recogidas en el art. 238 de la *LOPJ* (*vid.* art. 227,1 LEC)

b) Recoge la LOPJ el principio de conservación de los actos procesales, que se manifiesta fundamentalmente en lo dispuesto en el art. 242.2 y en el art. 243 (*vid.* también arts. 230 y 231 LEC). En definitiva, el principio de conservación, que tiene vigencia y tratamiento en la Teoría General del Derecho, cumple en el proceso la misma función que en el resto del ordenamiento jurídico: la seguridad y la certeza jurídicas imponen que se conserve la validez de los actos procesales cuando la nulidad de los mismos acarrea o puede acarrear más perjuicios que beneficios. Así pues, el art. 243 establece el principio general de que aquellos actos de parte que carecen de los requisitos exigidos por la ley para ser considerados como tales pueden ser subsanados en los casos, condiciones y plazos previstos en las leyes procesales.

Por ejemplo, el art. 138 de la LJCA, los arts. 81.1, 197 y 209.3 de la LPL y el art. 418 LEC entre otros, regulan supuestos en los que es posible subsanar actos de parte, que deberían ser considerados como inexistentes, pero que en virtud de los principios citados de seguridad y certeza jurídicas e igualmente en razón del principio de economía procesal, pueden subsanarse, completarse y producir desde entonces plenos efectos jurídicos.

Igualmente, el principio de conservación también tiene su manifestación en el art. 242, tanto en su párrafo primero como en el segundo. En el primero porque, aun siendo el proceso una concatenación de actos en los que unos son

la causa de otros y, por consecuencia, la inexistencia o nulidad de uno debería de acarrear la de los otros, establece el legislador el principio contrario de que la nulidad de un acto no implica por sí misma la de los sucesivos que fueran independientes de aquél, ni tampoco de aquellos otros cuyo contenido quedaría invariable en el supuesto de que no se hubiere cometido la infracción a que se dio lugar; por ejemplo, la nulidad de todo lo actuado en un proceso no implique que haya que repetir todas y cada una de las actuaciones procesales, como el testimonio de los testigos, o el dictamen emitido por el perito, que no se anulan porque, con independencia de la nulidad que afecta a todo el proceso, deberían tener el mismo contenido si se volvieran a repetir.

Igualmente, el principio de conservación se manifiesta en el párrafo segundo del art. 242, en el que se permite que la nulidad de una parte de un acto, no implique la nulidad de las demás partes siempre que sean independientes entre sí. Cabe poner el mismo ejemplo que anteriormente hemos citado: la nulidad de la vista del juicio oral no implica la nulidad de la declaración del testigo.

c) Establece el art. 238 de la LOPJ (*ahora también en el art. 225.2 LEC*), que los actos judiciales son nulos de pleno derecho en los siguientes casos:

- *Cuando se produzcan con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.*

La jurisdicción hace referencia a la habilidad para enjuiciar dentro de cada uno de los órdenes jurisdiccionales, de modo que se tiene falta de jurisdicción cuando, por ejemplo, el juez civil conoce de asuntos penales. La falta de jurisdicción no se refiere, pues, a la inexistencia de ésta: si el art. 238 se refiere a los actos judiciales, ello implica que siempre provienen de un órgano judicial, sea unipersonal o colegiado.

La referencia a la falta de competencia objetiva o funcional implica que no son nulos de pleno derecho los actos judiciales emanados de un órgano territorialmente incompetente, entre otras cosas porque, o bien la competencia territorial es dispositiva (como ocurre en determinados casos en el orden jurisdiccional civil) o bien, no siendo dispositiva, la ley establece distintos y sucesivos criterios de atribución de la competencia territorial hasta el punto de hacer prácticamente competentes territorialmente a todos los órganos integrados en un orden jurisdiccional competente (véase, por ejemplo, artículo 15 LECrim).

- *Cuando se realicen bajo violencia o bajo intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave.*

Esta es una causa que ya fue recogida en la LEC *derogada* como motivo de revisión (art. 1796.4) y que ahora adquiere nota de generalidad y, por consiguiente, aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales. En definitiva, se recoge aquí el principio establecido en Teoría General del Derecho de que los actos que han sido realizados bajo violencia o intimidación de sufrir un mal inminente y grave son actos a los que les falta un requisito importantísimo cual es la voluntad.

El art. 239 de la LOPJ establece que los jueces, una vez que hubiere cesado la intimidación o la violencia, declararán nulo todo lo actuado bajo aquéllas y promoverán la formación de la causa criminal correspondiente contra los culpables. [vid. art. 226. 1 LEC]. En el art. 226.2 LEC se regula la nulidad por esta causa de los actos de parte o de terceros (testigos, peritos, etc) que intervengan en el proceso]

*--Cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión.*

La LEC (art. 225 se olvida del adverbio «efectivamente, aunque si lo recoge en el art. 227.1 LEC). La Ley quiere que la ausencia total y absoluta de normas de procedimiento, así como la vulneración de los principios de audiencia, asistencia y defensa vaya acompañada de indefensión para una de las partes procesadas, de modo que se puede decir que sólo cabrá la nulidad de pleno derecho de los actos judiciales cuando éstos produzcan indefensión a cualquiera de las partes.

Tal como está redactado el art. 238.3, creemos que puede predicarse de él su inconstitucionalidad, porque la exigencia de las normas de procedimiento, así como la exigencia de aplicación de los principios de audiencia, asistencia letrada y defensa tienen sustantividad propia en la Constitución o, dicho de otra manera, la Constitución no liga la aplicación de esos principios a la indefensión. Con esta norma de la LOPJ pierde vigor la exigencia de aplicación de las normas procesales convirtiendo todo, sin fundamento alguno, en una cuestión importantísima dentro del proceso (derecho de defensa) pero que no lo es todo en el campo procesal.

d) La nulidad de los actos judiciales se hará valer a través de los medios normales de impugnación y se conocerá en los recursos establecidos en la Ley contra la resolución de que se trate (*art. 240.1 LOPJ, art. 227.1 LEC*).

La norma tiene sentido porque vino a modificar la legislación vigente suprimiendo la llamada *nulidad de actuaciones* que, como incidente, podía ser tramitada en el seno del pleito principal. El art. 240, en línea de principio, suprime este incidente e impone que todas las cuestiones que se refieran a la nulidad de los actos judiciales se conozcan a través de los correspondientes recursos lo que, tal como se desprende de lo ya dicho, sería una obviedad de no conocer el trasfondo de la norma en cuestión.

Permite el art. 240.2 de la LOPJ que la nulidad sea declarada de oficio por el órgano judicial, aunque establece un límite temporal; de modo que sólo se podrá declarar de oficio la nulidad de un acto procesal siempre que no hubiese sido dictada la sentencia en la instancia correspondiente. Para declarar de oficio la nulidad de cualquier acto judicial se debe dar audiencia a las partes.

La norma que estamos estudiando, ha dado lugar a un gran debate doctrinal y sobre todo jurisprudencial. Clamorosos casos de indefensión advertidos por el órgano judicial cuando se tramitaba la ejecución de la sentencia firme dieron lugar al planteamiento de recursos de amparo, incitados por los propios órganos judiciales, que dieron lugar primero a la STC 11011988 y posteriormente a la sentencia sobre cuestión de inconstitucionalidad 91/1990.

En la primera de las sentencias citadas, el TC para resolver el problema que se había creado por la ejecución de una sentencia penal cuando constaba que él condenado no había sido citado al juicio, interpretó el término de sentencia definitiva como «sentencia que definitivamente no había sido ejecutada» para así evitar una escandalosa violación de normas constitucionales; pero para

conseguir este fin loable, no sólo tiró por tierra conceptos jurídicos procesales que estaban acuñados desde hacía decenas de años, sino que también puso en entredicho un principio importantísimo dentro de nuestro ordenamiento jurídico cual es el de la inmutabilidad de las sentencias firmes pasadas en autoridad de cosa juzgada.

La sentencia 110/1988 provocó no pocos recursos de amparo en los que se argumentaba la violación de derechos constitucionales, fundamentalmente el de defensa, por la aplicación del art. 240.2 de la LOPJ, lo que motivó que la Sala Segunda del TC acordara plantear ante el Pleno del mismo la cuestión de inconstitucionalidad acerca del art. 240.2.

El TC en Pleno dictó una sentencia que ha de ser calificada como extraordinariamente confusa pues para salvar la constitucionalidad del artículo cuestionado admitió que el recurso de amparo es uno «de los demás medios que establezcan las leyes procesales» a que se refiere el art. 240 en su párrafo primero, por lo que parece ser que la argumentación implícita que hace la sentencia es que existiendo ese recurso o medio extraordinario que consagra como tal al propio TC la sentencia no deviene firme y, por consiguiente, no se ataca la fuerza de cosa juzgada. El error del TC, bajo nuestro criterio está en darle solución jurisprudencial a lo que sólo tiene solución legislativa, pues en definitiva todo pasa por ampliar los supuestos de revisión de sentencias firmes para adaptar dicho recurso extraordinario a los términos y contenidos de la Constitución.

La reforma del art. 240 LOPJ por la LO 13/99 de 14 de Mayo, consagrada legislativamente por la LEC (art. 228) ha supuesto una malísima solución legislativa. Ahora caben incidentes de nulidad de actuaciones que se promueven con posterioridad a dictarse la sentencia, es decir cuando ya se ha terminado el proceso y no cabe, pues, hablar de incidente. Se podrá pedir la nulidad de lo actuado, también de la sentencia, cuando contra ella no quepa recurso alguno, o existiendo, no sea posible plantear el problema de la nulidad, siempre que se hayan producido defectos de forma, o se haya dictado sentencia incongruente, y se haya causado indefensión. La solución es lastimosa, rompe los esquemas procesales e incide en una tesis del TC dictada con absoluto desconocimiento de la técnica y teorías procesalistas. Esperamos que en la próxima reforma de la LOPJ y de la LEC, se acabe con esta aberración jurídica.

En cualquier caso, no está de más preguntarse si esa sería buena solución para que el órgano judicial que está sometido a violencia o intimidación declare nulo todo lo actuado una vez finalizado el proceso por sentencia firme.

La doctrina, por ejemplo MARTÍN DE LA LEONA, no ha tenido inconveniente en admitir *antes de la reforma de la LOPJ de 1999*, que en estos casos el límite temporal que está establecido en el art. 240 no es aplicable a los supuestos del art. 239 por lo que, en definitiva, esta causa es la única que podría ser entendida como de nulidad absoluta o más propiamente como causa de rescisión de resoluciones, incluso firmes. Para nosotros la solución debería buscarse preservando los derechos de aquella parte que en el proceso no utilizó la violencia o la intimidación, intentando que la nulidad de lo actuado no afecte en mayor grado a esa parte de lo que ya le haya podido afectar de

forma indirecta la violencia o intimidación ejercida sobre el juez. En definitiva, creemos que la resolución no debería anularse si no es perjudicial a la otra parte. Por igual razón, debe anularse cuando le es perjudicial o cuando la violencia o intimidación provino de ambas partes.

## **LECCIÓN 24. ACTOS DE COMUNICACIÓN**

### **1. LAS COMUNICACIONES PROCESALES EN GENERAL**

Los órganos jurisdiccionales realizan una actividad que trasciende siempre los estrechos límites de las paredes del edificio donde radican; precisan comunicarse con el exterior, bien para hacer llegar las resoluciones que dicten a las personas a las que se refieran o puedan parar perjuicios, bien para poner en su conocimiento las actuaciones que se van a practicar o pueden rezar para la defensa de sus intereses, bien para dar traslado de las actuaciones de otras partes en el proceso.

Es claro que todas las resoluciones, sean del juez o tribunal (providencias, autos o sentencias), sean del secretario judicial (diligencias de ordenación), en cuanto actividad de decisión de cuestiones litigiosas o de impulso y, por ello, base de la actividad procesal, están destinadas por su propia naturaleza a ser dadas a conocer a aquéllos a quienes interesen (art. 270 LOPJ). Es obvio también que, para permitir la oportuna defensa de sus intereses en el proceso, han de conocer cada parte las actuaciones que realice la contraria y que dirija al órgano judicial.

La exigencia constitucional de que el proceso se estructure respetando el principio de la publicidad interna impone un adecuado sistema de comunicación de todos los actos procesales. Ello quiere decir, que se ha de encomendar a un órgano la práctica de las comunicaciones, que han de existir unas determinadas formas de comunicación en razón de lo que deba hacerse y unos medios a través de los cuales llegue a su destinatario la comunicación.

Ya hemos visto (Lección 15) que el secretario judicial es el encargado por la LOPJ de llevar a cabo la comunicación de los actos procesales (art. 279.3). Como responsable de la adecuada organización del servicio, bajo la dirección del secretario se han de practicar las comunicaciones, sea materialmente por él, sea por el funcionario que designe (art. 152.1 LEC).

Eso no quita para que en determinadas poblaciones se puedan crear Servicios Comunes de Notificaciones, que deberán practicar todos los actos de comunicación de los tribunales del tipo concreto de que se trate, con lo que se despoja al tribunal de donde haya surgido la comunicación de la posibilidad de realizarla a través de su personal, puesto que se encomienda al servicio común (arts. 272 LOPJ y 163 LEC).

a) Los actos que el órgano jurisdiccional realiza para comunicarse con los sujetos que intervienen en el proceso fundamentan su participación en él, al poner en su conocimiento las distintas contingencias que vayan surgiendo en la tramitación.

Junto a una finalidad de impulso, cumplen también los actos de comunicación con un objetivo de publicidad para las partes y posibilitan la

defensa de los derechos e intereses legítimos ante los tribunales, de donde se sigue su entronque constitucional como instrumento para evitar la indefensión (art. 24.1 CE). Como dispone la LPL, los actos de comunicación se efectuarán de modo que garanticen el derecho a la defensa y los principios de igualdad y de contradicción (art. 53.1).

b) Estos actos procesales de comunicación se instrumentan a través de las *notificaciones*, acto de comunicación autónomo y diferente de los que sean objeto de ella, que sirve para comunicar otro acto, generalmente del juez. No es un acto rogado, puesto que se produce con independencia de que sea o no pedido por la parte, poniendo en conocimiento de todas las partes e interesados los actos provenientes del órgano judicial.

c) junto con los actos de comunicación realizados por el tribunal, la nueva LEC ha introducido el *traslado* a las restantes partes del escrito o documento presentado por una de ellas. Cuando todas las partes estuvieren representadas por procurador, deberán trasladar con carácter previo a los procuradores de las restantes las copias de los escritos y documentos que vayan a presentar al tribunal, entregando en el servicio de recepción de notificaciones del Colegio la copia o copias de los escritos y documentos, destinadas a los procuradores de las restantes partes y litisconsortes, disposición que no es aplicable cuando se trate del traslado de la demanda o de otro escrito que pueda originar la primera comparecencia en juicio (art. 276).

Sobre las notificaciones, el TC ha tenido ocasión de crear un importante y consolidado cuerpo de doctrina, particularmente en lo referido a las garantías para que lleguen a conocimiento de los interesados y le permitan actuar en el proceso, preservando el principio de contradicción (*audiatur et altera pars*) y salvaguardando la defensa.

Las notificaciones, citaciones o emplazamientos han de ser ejecutados de modo que sirvan en plenitud a su objetivo, que no es otro que el de permitir al destinatario, conocida la resolución causante, disponer lo conveniente para la mejor defensa de los derechos e intereses cuestionados (SSTC, entre otras muchas, 64/1996, 121/1995, 227/1994, 142/1989; 16/1989; 205/1988; 22/1987, ó 1/1983); de modo que se exige con especial rigor el cumplimiento de todos los requisitos legalmente establecidos para garantizar, en la mayor medida posible que dichos actos han llegado a conocimiento del interesado, debiendo constar con claridad los datos identificativos de la persona a quien se dirige (SSTC 18/1995, 141/1991 ó 42/1987).

## **2. PRÁCTICA DE LAS COMUNICACIONES**

Las distintas leyes procesales contienen una regulación específica de la práctica de las comunicaciones para cada orden jurisdiccional. No obstante, la nueva LEC 2000 se ha aprobado con vocación de convertirse en la norma supletoria de los preceptos de otras leyes sectoriales, y con cierto detalle se extiende en esta materia. Con todo, la regulación es confusa y algo caótica, con innecesarias reiteraciones normativas (arts. 28, 154, arts. 155.1, 155.4 y 158), de donde resulta un sistema poco claro, que no logra definir los tipos de comunicaciones y delimitar la forma en cada caso procedente para llevarlas a cabo.

Cuatro son las formas de practicar las comunicaciones: a través de procurador; por remisión por correo o telégrafo al domicilio del que la deba recibir; por entrega de la copia de la resolución o de la cédula, y por edictos (arts. 152.1 y 164 LEC).

### **A) Por medio de procurador**

En general, todas las comunicaciones que hayan de realizarse con las partes personadas, que estén representadas por procurador, se harán a través de él (arts. 152.1-1<sup>á</sup> y 153 LEC).

No en vano, el procurador, mientras se halle vigente el poder, deberá recibir los emplazamientos, citaciones, requerimientos y notificaciones de todas clases, incluso las de sentencias que se refieran a su parte, durante el curso del asunto y hasta que quede ejecutada la sentencia, teniendo estas actuaciones la misma fuerza que si interviniera en ellas directamente el poderdante sin que le sea lícito pedir que se entiendan con éste, así como las copias de los escritos y documentos que los procuradores de las demás partes entreguen (arts. 28.1 y 2 y 153 LEC).

Estos actos de comunicación se realizarán en la sede del tribunal o en el servicio común de recepción de notificaciones que, organizado por el Colegio de Procuradores, ha de existir en todos los edificios judiciales. A este servicio se remitirá, por duplicado, copia de la resolución o la cédula, surtiendo plenos efectos la recepción las notificaciones en dicho servicio, así como la entrega de copias de escritos y documentos para su recogida por los procuradores, uno de cuyos ejemplares será devuelto al tribunal (arts. 28.3 y 154 LEC).

Los actos de comunicación que se practiquen a través de los servicios de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores, así como los que se hagan a la Abogacía del Estado y al Ministerio Fiscal, se tendrán por realizados el día siguiente a la fecha de recepción que conste en la diligencia (art. 151.2 LEC).

### **B) La remisión por correo, telegrama o medios semejantes**

Como norma general, salvo cuando las partes estén representadas por procurador o cuando se ordene que los traslados, emplazamientos, citaciones y requerimientos se practiquen a los litigantes en persona (art. 28.4 LEC), deberá hacerse la comunicación por remisión, de la copia de la resolución o de la cédula, a través de *correo certificado*, telegrama o cualquier otro medio técnico que permita en los autos dejar constancia fehaciente de la recepción, de su fecha y del contenido de lo comunicado (art. 152.1.2' LEC). Lo propio habrá de hacerse en las comunicaciones con testigos, peritos y otras personas que, sin ser parte en el juicio, deban intervenir en él (art. 159.1 LEC).

En estos casos, el secretario dará fe en los autos de la remisión y del

contenido de lo remitido, y unirá el acuse de recibo o el medio a través del cual quede constancia de la recepción; el envío puede hacerse de manera simultánea a varios de los lugares que se pueden designar como domicilio a efectos de comunicaciones, a instancia de parte y a costa de quien lo interese (art. 160.1 y 2 LEC).

En realidad la LEC ha mostrado una enorme preocupación por la determinación del domicilio, precisamente para realizar las comunicaciones y muy especialmente cuando se trate de una parte procesal, pues entonces está en juego preservar la contradicción, de modo que si el litigante no ha logrado conocer siquiera la existencia del procedimiento se habrá vulnerado irremisiblemente su posibilidad de contradecir y su derecho de defensa.

A este propósito, funcionando la LEC como disposición general, el domicilio del actor es el que figure en la demanda o en el escrito con el que inicie el proceso. El actor deberá designar, asimismo, el domicilio del demandado, para su primer emplazamiento o citación, pudiendo señalar varios lugares en donde, por su orden, entienda que puede efectuarse con éxito la comunicación, así como las circunstancias que conozca del demandado y puedan ser de utilidad para su localización, como número;s de teléfono, de fax o similares. Para realizar los actos de comunicación pueden designarse como domicilio el que aparezca en el padrón municipal. o el que conste oficialmente a otros efectos, así como el que aparezca en el Registro Oficial cuando se trate de empresas y otras entidades, o el que aparezca en publicaciones de colegios profesionales si se trata de personas que ejerzan profesión para la que deban colegiarse obliga! oriamente; también podrá designarse como domicilió, a estos efectos, el lugar en que se desarrolle actividad profesional o laboral no ocasional (art. 155.2 y 3 LEC).

Si las partes no estuviesen representadas por procurador, las comunicaciones efectuadas en cualquiera de estos lugares que se hayan designado como domicilios, surtirán plenos efectos en cuanto se acredie la correcta remisión de lo que haya de comunicarse aunque no conste su recepción por el destinatario, salvo que la eomi iización tuviera por objeto la personación en juicio o la realización o intervención personal de las partes en determinadas actuaciones procesales y no constare la recepción por el interesado, en cuyo caso se habrá de intentar por medio de la entrega de copia de la resolución o de cédula (art. 155.4 LEC).

Hasta tal punto llega la preocupación de la LEC por la recepción de la primera comunicación del proceso, que permite al tribunal realizar averiguaciones sobre el domicilio, y establece medidas para prevenir la rebeldía estratégica, en la que se pueda colocar una persona para evitar o dificultar que se siga un proceso contra él.

Así, cuando el demandante manifestare que le es imposible designar un domicilio o residencia del demandado, a efectos de su personación, se utilizarán los medios oportunos para averiguar esas circunstancias, pudiendo dirigirse el tribunal a los Registros, organismos, colegios profesionales, o a las entidades o empresas donde pudiera desarrollar actividad laboral o profesional. Si de estas averiguaciones resulta el conocimiento de un domicilio o lugar de residencia, se practicará la comunicación por

correo, telegrama o medio similar, o mediante entrega si se trata de la personación del sujeto pasivo. De todos modos, en ningún caso se considerará imposible la designación de domicilio a efectos de actos de comunicación si dicho domicilio constara en archivos o Registros Públicos, a los que pudiere tenerse acceso (art. 156.1 a 3 LEC).

Al propio tiempo se dispone que, cuando haya realizado infructuosamente estas averiguaciones, el tribunal comunicará el nombre del demandado y los demás datos de identidad que les consten al Registro Central de Rebeldes Civiles, que existirá en el Ministerio de Justicia, al que podrá dirigirse cualquier tribunal que deba averiguar el domicilio de un demandado para comprobar si consta en él, en cuyo caso podrá acordar directamente la comunicación edictal. El demandado inscrito en ese Registro podrá solicitar la cancelación de la inscripción comunicando el domicilio al que se le pueden dirigir las comunicaciones judiciales, y el Registro remitirá el domicilio indicado a los tribunales en que conste que existe proceso contra dicho demandado, resultando válidas las practicadas a partir de ese momento en ese domicilio (art. 157 LEC),

### **C) La entrega directa al destinatario**

a) Cuando no haya podido hacerse la comunicación por medio de procurador, porque las partes no actúen representadas por él, o cuando se trate del primer emplazamiento o citación del demandado, la comunicación se hará por remisión al domicilio de los litigantes (art. 152.1.32 LEC); pero si no pudiera acreditarse que el destinatario ha recibido la comunicación que tenga por objeto su personación en juicio o la realización o intervención personal de las partes en determinadas actuaciones procesales, se deberá hacer *entrega directamente al destinatario* de la copia de la resolución o de la cédula (art. 158 LEC).

Esta entrega deberá hacerse bien en la sede del tribunal, o bien en el domicilio de la persona que deba ser notificada, requerida, citada o emplazada, y se documentará por medio de diligencia firmada por el secretario judicial o funcionario que la efectúe y por la persona a quien se haga, cuyo nombre se hará constar. Si el destinatario es hallado en el domicilio y se niega a recibir la copia de la resolución o la cédula, o no quiere firmar, la diligencia acreditativa de la entrega, se le advertirá de esta obligación y si insiste en su negativa, el funcionario le hará saber que la copia de la resolución o la cédula quedan a su disposición en la Secretaría del Tribunal, produciéndose los efectos de la comunicación, de todo lo cual quedará constancia en la diligencia (art. 161.1 y 2 LEC).

Si el domicilio donde se pretende practicar la comunicación fuera el lugar en que el destinatario tenga su domicilio según el padrón municipal o a efectos fiscales, o según Registro Oficial o publicaciones de Colegios profesionales, y no se encontrara allí, podrá efectuarse la entrega a cualquier empleado o familiar, mayor de catorce años que se encuentre en ese lugar, o al conserje de la finca, si lo tuviere, advirtiéndolo al receptor que está obligado a entregar la copia de la resolución o la cédula al destinatario, o a darle aviso, si sabe su paradero. Si la comunicación se dirige al lugar de trabajo no ocasional del destinatario, en ausencia de éste, la entrega se efectuará a persona que manifieste conocerle o, si existiere dependencia encargada de recibir documentos u objetos, a quien estuviere a cargo de ella.

En ambos casos, en la diligencia se hará constar el nombre del destinatario y la fecha y la hora en la que fue buscado y no encontrado, así como el nombre de la persona que recibe la copia de la resolución o la cédula y la relación de dicha persona con el destinatario, produciendo todos sus efectos la comunicación así realizada (art. 161.3 LEC).

Cuando no se encuentre a nadie en el domicilio al que se acuda para la práctica de un acto de comunicación, el secretario judicial o funcionario designado procurará averiguar si vive allí su destinatario, y si ya no residiese o trabajase en ese lugar y alguna de las personas consultada conociese el actual, se consignará en la diligencia negativa de comunicación (art. 161.4 LEC).

b) Además de las diferentes formas de comunicación del tribunal con las partes y los sujetos que deban intervenir en el procedimiento, la LEC introduce una especie de fórmula híbrida, consistente en la remisión a su domicilio por correo, telegrama o medio semejante, de una *cédula de emplazamiento para que comparezca ante el tribunal* con el fin de entregarle personalmente una notificación o hacerle un requerimiento; la cédula expresará con la debida precisión el objeto para el que se requiere la comparecencia del emplazado, indicando el procedimiento y el asunto a que se refiere, con la advertencia de que si no comparece sin causa justificada dentro del plazo señalado, se tendrá por hecha la comunicación de que se trate o por efectuado el traslado. Este supuesto se previene para cuando el destinatario tuviera su domicilio en el partido donde radique la sede del tribunal y no se trate de comunicaciones de las que dependa su personación o deba realizar personalmente actuaciones procesales o intervenir personalmente en ellas (art. 160.3).

## **D) Los edictos**

a) El último recurso para realizar actos de comunicación por parte del tribunal son los *edictos*, que en realidad se trata de un modo que cumple formalmente con las exigencias de dar a conocer alguna actuación procesal, pero que realmente carece de toda eficacia práctica, pues la lectura de los anuncios que se fijan en el tablón del tribunal no surtirá efectos más que por casualidad, y lo propio sucederá cuando se inserte el edicto en diarios oficiales, que surtirá efectos en un porcentaje mínimo de casos, salvo en relación con los que no lo necesitan ni merecen esta actuación procesal, como los interesados que conocen de antemano la existencia del procedimiento y prestan atención a la posible fijación o inserción de estos anuncios.

Los edictos se han de publicar cuando no puede conocerse el domicilio del destinatario de la comunicación, porque resultan infructuosas las averiguaciones realizadas (art. 156.4 LEC), o cuando el actor no hubiese designado otros posibles domicilios y no se hubiese podido averiguar el actual (art. 161.4 LEC), o cuando el demandado figure inscrito en el Registro Central de Rebeldes Civiles (art. 157.2 LEC).

La comunicación edictal se hará fijando la copia de la resolución o la cédula en el tablón de anuncios del tribunal, quedando cumplida de ese modo la publicidad legalmente exigible. La LEC, con buen criterio, ha puesto fin prácticamente a la inserción de los edictos en diarios oficiales o en otros medios privados de comunicación, puesto que este medio de publicidad sólo se ordena a instancia de parte, y a su costa, en cuyo caso se publicará en el Boletín Oficial de la Provincia, de la Comunidad Autónoma, en el Boletín Oficial del Estado o en un diario de difusión nacional o provincial (art. 164).

Quedan en vigor, sin embargo, otros preceptos que en leyes procesales regulan las comunicaciones por edictos, que directamente exigen la inserción en diarios oficiales, como sucede en el art. 236.1 de la LOPJ, que dispone que «la publicidad de los edictos se entenderá cumplida mediante la inserción, en los Boletines Oficiales que señalen las leyes procesales» (así también, arts. 178 y 762.3 LECrim y 59 LPL). A fuerza de repetitivos, debe señalarse el problema que ha provocado el rechazo parlamentario al plan. estratégico del Gobierno en la tramitación de la LEC, que iba naturalmente acompañada de modificaciones (esencialmente de derogación de preceptos del Libro 111) en la LOPJ. La falta de aprobación de las reformas de la LOPJ han mantenido en vigor regulaciones paralelas de las mismas materias (en no pocas ocasiones diferentes) en la LEC de 2000 y en la LOPJ, que no se han salvado solamente con la disp. final 17' de la LEC, que deja sin aplicación las normas sobre abstención y recusación, el régimen de la nulidad de actuaciones y la aclaración y adición de sentencias. Existen disposiciones dispares sobre un mismo extremo, cuya preeminencia no resulta del todo clara, pues si bien la LEC es norma posterior, el rango normativo orgánico de la LOPJ es indudable, y el legislador de 1985 no salvó ninguno de los preceptos de este rango. El problema interpretativo podría intentar salvarse considerando que el carácter orgánico de un precepto le viene concedido no exactamente por la voluntad del legislador, sino por la materia que regule, que constitucionalmente deba revestir esta forma y ese rango, de modo que las disposiciones que por su contenido carezcan de esa exigencia constitucional no puede el legislador conferírsela; si se razona de este modo, parece claro que los preceptos sobre actuaciones procesales carecen de sentido orgánico, porque ni desarrollan derechos fundamentales o libertades públicas, ni aprueban Estatutos de Autonomía o el régimen electoral general, sino que se encuentran entre las demás previstas en la Constitución (art. 81.1 CE), pero en este caso estas disposiciones no integran el contenido propio de una ley orgánica definida en la Constitución, como la LOPJ, que debe regular constitución, funcionamiento y gobierno de los juzgados y Tribunales (art. 122.1 CE).

LO 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal modifica el art. 236.1, añadiéndose un segundo párrafo:

«1.La publicidad de los edictos se entenderá cumplida mediante la inserción, según proceda, en los Boletines Oficiales que señalen las leyes procesales.

Cuando expresamente así se prevea, tal publicidad y comunicaciones podrán sustituirse, en los términos que regularmente se determinen, por la utilización de medios telemáticos, informáticos o electrónicos.

2. La publicación en cualquier otro medio se podrá acordar a petición y a costa de la parte que lo solicite.»

Desde una perspectiva constitucional, el carácter supletorio y excepcional de las comunicaciones por medio de edictos y su consideración como remedio último, requiere el agotamiento previo de aquellas otras modalidades que, por

ofrecer la seguridad de la recepción por el destinatario, dotan de una mayor efectividad al derecho a cuya protección las comunicaciones sirven (SSTC 26/1999, 143/1998, 97/1997, 108/1995, 303/1994 y 108/1994, entre otras muchas).

Como dice la STC 121/1996 (FJ2), «1º) desde sus inicios (STC 9/1981), tiene establecido este Tri unal que el art. 24.1 CE contiene un mandato implícito al legislador y al intérprete par promover el derecho de defensa, lo que lleva a exigir en lo posible el emplazamiento personal de los demandados (STC 81/1996); 2º) no siendo por sí misma inconstitucionalJa citación o emplazamiento por edictos sólo resultará admisible cuando no conste el domicilio de quien debe ser emplazado o se ignore su paradero, y sólo podrá utilizarse cómo remedio último de comunicación del órgano judicial con las partes procesales (SSTC 312/1993, 51/1994, 227/1994, 303/1994, 108/1995 y 160/1995, entre otras); 3º-) por ello, el uso de los edictos impone con carácter previo al órgano judicial una diligencia específica que implica el agotamiento de todas aquellas modalidades de comunicación capaces de asegurar en mayor grado la recepción por su destinatario de la notificación a realizar, y que por esto mismo aseguran también en mayor medida la posibilidad de ejercer el derecho de defensa (SSTC 36/1987, 234/1988 y 81/1996, por todas); 4º-) este deber de diligencia incluye, desde luego, el cumplimiento de las formalidades legalmente exigidas en cada caso (SSTC 227/1994 y 80/1996), pero no puede reducirse a una mera legalidad de la comunicación, pues la cuestión esencial estriba en asegurar que el destinatario del acto efectivamente lo reciba, debiendo ser agotadas todas las formas racionalmente posibles de comunicación personal antes de pasar a la meramente edictal (SSTC 51/1994 y 160/1995, entre las más recientes); 5º-) por último, el deber de diligencia del órgano judicial no debe entenderse en términos tan amplios como para excusar la propia negligencia del destinatario de la comunicación (SSTC 80/1996, 81/1996 y 82/1996) o un comportamiento del mismo contrario a la buena fe (SSTC 78/1993, 100/1994, 227/1994 y 160/1995, por todas).

Así pues, el TC deberá comprobar (STC 82/1996, FJ 3) «1º-) que la decisión fue efectivamente adoptada *inaudita parte*; 2º-) que ello no ocurrió por voluntad expresa u tácita o negligencia imputable al ahora recurrente (SSTC 112/1987, 251/1987 5 66/1988, entre otras muchas); 3º-) que la ausencia de posibilidad de defensa le deparó un perjuicio real y efectivo en sus derechos e intereses legítimos (STC 367/1993, por todas); 4º-) por último, y dado que la indefensión alegada nace de una defectuosa notificación, que el recurrente no tuviera conocimiento por otros medios del procedimiento contra él seguido».

Es verdad que, como se apunta en la STC 65/1999, «la citación por edictos se convierte en una modalidad de carácter supletorio y excepcional. Aunque la mismii no es contraria al ordenamiento vigente debe ser utilizada cuando no es posible recurrir a otros medios más efectivos. Es un procedimiento que sólo puede ser empleado cuando se tiene la convicción o certeza de la inutilidad de cualquier otra utodalidad de citación, lo que quiere decir que previamente han de agotarse todas aquellas otras modalidades que aseguren más eficazmente la recepción por el destinatario de la correspondiente notificación y que, en consecuencia, garanticen en mayor medida el derecho de defensa (SSTC 234/1988, 174/1990, 203/1990, 97/1992 y 312/1993, entre otras)». Porque, además de estar formalmente justificada, la declaración de tener a personas interesadas en un proceso en ignorado paradero, presupuesto de hecho para acudir al sistema de edictos, ha de constar con fundamento material, exigencia ésta que se cumple cabalmente y en plenitud cuando, en atención a criterios de razonabilída se alcance la certeza de no ser posible la comunicación con ellas por otros medios (ST 156/1995).

b) La EC ha suprimido de su articulado otro modo de practicar las comunicaci es, tradicional en nuestro sistema procesal: las que se hacían en *estrados*, cuando se hubiere declarado o constituido en rebeldía un litigante;

sin embargo, dada la dispersión normativa sobre esta materia, todavía la LPL (art. 59) mantiene la previsión de realizar en estrados las notificaciones, citaciones o emplazamientos.

Se trata, desde luego, de comunicaciones ficticias, establecidas para cumplir formalmente con la necesidad de hacer saber a las partes las resoluciones que se dicten en el proceso, aunque permanezcan ausentes del mismo. A través de este medio se harán las notificaciones, citaciones o emplazamientos leyendo en audiencia pública las resoluciones que deban notificarse, o en que se haya mandado hacer la citación.

### **3. TIPOS DE COMUNICACIONES**

Las leyes de enjuiciamiento suelen dividir los diferentes actos de comunicación del tribunal con las partes y con quienes deben intervenir en el procedimiento en cuatro categorías diferentes: notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos. Consisten las notificaciones en la comunicación de una resolución, diligencia o actuación judicial; las citaciones señalan además un momento, día y hora, para comparecer ante el tribunal al objeto de realizar un acto procesal; los emplazamientos abren un período de tiempo durante el cual puede realizarse un acto procesal; los requerimientos consisten en una intimación judicial para hacer o no hacer lo que en él se ordena, de forma inmediata o dentro del plazo que fije.

Junto con ellos, la comunicación del tribunal con terceros para recabar o exigir su colaboración se denominan oficios, cuando se dirijan a una autoridad o funcionario, y mandamientos, cuando se remita a funcionarios públicos con atribuciones directamente relacionadas con la Administración de justicia.

Los oficios y mandamientos se cursan de un modo diferente al resto de las comunicaciones judiciales, pues se remiten directamente a la autoridad o funcionario a que vayan dirigidos, pudiendo utilizarse medios electrónicos, informáticos o similares a este fin, pero las partes pueden solicitar al tribunal diligenciar personalmente estos despachos (art. 167 LEC).

#### **A) Notificaciones en sentido estricto**

Las notificaciones propiamente dichas consisten en la mera comunicación de una resolución judicial, de la que no deriva directa ni inmediatamente actuación alguna de los litigantes o de terceros.

Se han de notificar todas las resoluciones judiciales y las diligencias de ordenación a todos los que sean parte en el proceso; asimismo, se ha de dar a conocer la existencia del proceso a las personas que, según los mismos autos, puedan verse afectadas por la sentencia que en su momento se dicte, cuando lo disponga el tribunal o lo prevea la ley. Esta comunicación se llevará a cabo también cuando el tribunal advierta indicios de que las partes están utilizando el proceso con fines fraudulentos (art. 150 LEC).

Las notificaciones se hacen mediante entrega de la copia literal de la resolución que se haya de notificar, dentro de los tres días siguientes a su fecha o publicación (art. 151.1 LEC).

Además de estos requisitos, en la notificación de resoluciones se ha de indicar si ésta es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello (art. 248.4 LOPJ).

La inadvertencia de estos extremos por el encargado de notificar la resolución ha sido objeto de varios pronunciamientos del TC, que ha sentado doctrina entendiendo que la falta no supone necesariamente una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, porque sólo hay indefensión con relevancia constitucional cuando el órgano judicial niegue la posibilidad de un recurso legalmente establecido sin justificación razonable, pero no cuando el interesado no se vio impedido de la posibilidad de recurrir, pues la inadvertencia de los recursos no es vinculante para las partes. Es preciso, además, distinguir entre la nueva falta de indicación y la mención equivocada, e incluso entre aquellos supuestos en que la parte esté asistida de letrado y en los que no tiene tal asistencia, pues tiene transcendencia constitucional que, en virtud de una mención inexacta, se hiciera adoptar a la parte una postura procesal equivocada, no exclusivamente atribuible a su negligencia o impericia (SSTC 36/1989, 146/1988, 145/1986, 172/1985 y 70/1984).

## **B) Citaciones**

Consiste la citación en el acto de comunicación por el que se hace saber a las partes o a tercero una resolución judicial que señala día y hora para la realización de un acto personal del citado (v.gr., acto del juicio, diligencia de prueba).

Las citaciones se hacen mediante cédula, en la que se expresará:

1º- El tribunal que hubiese dictado la resolución y el asunto en que haya recaído.

2º- El nombre y apellidos de la persona a quien se haga.

3º- El objeto de la misma, y

4º- El lugar, día y hora en que ha de comparecer el citado, con

5º- La prevención de los efectos que, en cada caso, la ley establezca (arts. 152.2 LEC, 175 LECrim y 58 LPL).

En las citaciones no se admitirá ni consignará respuesta alguna del interesado, salvo que así se hubiera mandado (art. 152.3 LEC).

En el proceso penal se establece la llamada citación cautelar del imputado, sólo para ser oído, ante el juez o ante el MF, si no procede desde luego su detención o la ley establece otra cosa; cuando el citado no comparezca ni justifique causa legítima que se lo impida, la orden de comparecencia podrá convertirse en orden de detención (arts. 486 a 488 LECrim).

También en el proceso penal, cuando el testigo o perito no comparezca sin causa legítima, se le volverá a citar con las prevenciones oportunas: multa de 200 a 5.000 euros, y tras el segundo llamamiento, la de ser procesado por el delito de denegación de auxilio (arts. 175, 178, 420 y 463 LECrim). Si es el imputado quien no comparece, se expedirá la oportuna requisitoria: orden de búsqueda y captura (arts. 512 y ss.

LECrim).

En el proceso civil el demandado que no comparezca en forma en la fecha de la citación será declarado en rebeldía (art. 496.1 LEC).

### **C) Emplazamientos**

El emplazamiento es el acto procesal por medio del cual se comunica a las partes una resolución que abre un plazo para realizar durante él una determinada actividad.

Es preciso destacar la relevancia constitucional del emplazamiento de los demandados para garantizar el juicio contradictorio y la defensa, sea en el proceso civil, laboral o contencioso-administrativo, con el fin de que puedan comparecer ante el órgano jurisdiccional donde se sigue el proceso contra ellos.

Aun cuando en el proceso penal es menor la trascendencia de este tipo de comunicaciones, se ha de producir también el emplazamiento de las partes cuando se trata de comparecer ante el órgano ad *quem* en los recursos devolutivos.

El modo de practicar los emplazamientos no difiere del establecido para las citaciones: en la sede del órgano jurisdiccional o por cédula en el domicilio del emplazado. El problema se plantea cuando se desconoce el domicilio de la persona a quien debe hacerse el emplazamiento, en cuyo caso ha de practicarse por edictos.

El TC ha producido una copiosa doctrina (entre otras, STC 108/1985 y las allí citadas), estimando que el emplazamiento edictal, como acto de comunicación dirigido a lograr la comparecencia de las partes legitimadas como demandadas, no garantiza en adecuada y suficiente medida la defensa, por la muy posible falta de conocimiento de los particulares de esas llamadas genéricas en los «Boletines Oficiales», con lo que ha de imponerse el emplazamiento personal para garantizar la defensa cuando los legitimados como partes fueren conocidos e identificados, determinando su omisión una vulneración del artículo 24.1 de la CE, salvo que, habiéndose efectuado sólo el emplazamiento edictal, existiera plena certeza de que los afectados tuvieron conocimiento de la existencia del proceso, pudiendo en él comparecer y ser oídos (ver también la STC 37/1984, sobre citación edictal de la parte en el proceso laboral).

Con mayor razón podían plantearse las objeciones cuando la nueva LEC de 2000 ha suprimido la inserción obligatoria de los edictos en los diarios oficiales, de modo que sólo deben fijarse ahora en el tablón de anuncios del tribunal; de esta manera, que el interesado llegue efectivamente a conocer el contenido de las comunicaciones resulta prácticamente imposible.

A diferencia de las notificaciones, en la cédula de emplazamiento, como parece lógico, en lugar de indicar el día, hora y lugar para la comparecencia, deberá expresarse el período de tiempo, el plazo en que deba comparecer o actuar el emplazado, y el juzgado o Tribunal ante quien haya de realizarlo

(arts. 152.2 LEC y 175.111 LECrim).

El proceso contencioso-administrativo presenta algunas peculiaridades a este respecto; por una parte, el emplazamiento de la Administración que dictó el acto o disposición objeto del recurso, se entiende efectuado por la reclamación del expediente (art. 50 LJCA). Por otra parte, la propia Administración viene obligada a emplazar a quienes aparezcan como interesados en el expediente administrativo (art. 49.1 LJCA). Por último, la publicación del anuncio de la interposición del recurso en los Boletines Oficiales correspondientes servirá de emplazamiento para los interesados que no hubieran podido ser emplazados personalmente (art. 49.4 LJCA).

## **D) Requerimientos**

El requerimiento es un acto de comunicación que contiene una especial intimación judicial, por el que se ordena a alguna de las partes o a un interesado en el procedimiento realizar una actuación a la que viene obligado.

El requerimiento se hace notificando la providencia en que se ordene y expresando el secretario haberle hecho la intimación, debiendo admitirse la respuesta que diera el requerido mediante su consignación en la diligencia (arts. 152.2 y 3 LEC y 60.1 LPL).

## **4. NULIDAD Y SUBSANACIÓN DE LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN**

Las leyes procesales sancionan con la nulidad la práctica de los actbs de comunicación que se aparten de lo dispuesto en ellas (art. 166.1 LEC), aunque esta regla no puede entenderse de forma absoluta, como se ha dicho en la lección anterior, por dos razones: en primer lugar, porque la nulidad por la realización de las actuaciones fuera del tiempo establecido en las leyes sólo tendrá lugar si lo impusiere la naturaleza del término o plazo (art. 241 LOPJ), de modo que la nulidad deriva de la infracción legal y de que el acto defectuoso pudiera causar indefensión.

Esta prevención de nulidad ha de entenderse siempre y cuando no se pierdan expectativas procesales, de tal forma que si el interesado comparece en fase de recurso hay que considerar nula la actuación si no ha podido intervenir en el juicio (STC 22/1987, donde se dice que tener derecho a una doble instancia es tener derecho a ser oído y defenderse en ambas, y verse privado de hacerlo en una acarrea la privación de una garantía fundamental: la de poder defenderse ante dos tribunales distintos).

Sin embargo, serán nulos los actos de comunicación cuando se hubiera prescindido total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento o con infracción de los principios de audiencia, asistencia o defensa y se haya producido efectiva indefensión (art. 238 LOPJ).

En segundo lugar, porque, dada la finalidad esencial que las comunicaciones persiguen, cuando la persona notificada, citada, emplazada o requerida se hubiere dado por enterada en el asunto, y no denunciase la nulidad de la diligencia en su primer acto de comparecencia ante el tribunal, surtirá ésta desde entonces todos sus efectos, como si se hubiere hecho con arreglo a las disposiciones de la ley (art. 166.2 LEC; ver también arts. 180 y 181 LECrim y 61 LPL).

## **LECCIÓN 25. TIPOLOGÍA DE PROCESOS**

### **1. LOS PROCESOS DECLARATIVOS: SISTEMATIZACIÓN**

En una primera sistematización, todo el conjunto de procesos que contempla nuestro ordenamiento pueden ser clasificados en *procesos declarativos y de ejecución*. Los primeros de ellos tienen por objeto, de conformidad con la naturaleza de la pretensión, declarar la existencia de un derecho subjetivo o relación jurídica, modificarla, constituirla o anularla, o condenar al deudor al cumplimiento de una determinada prestación. En el proceso o fase declarativa, de lo que se trata es de otorgar «satisfacción jurídica» a una determinada pretensión mediante la solución definitiva del conflicto a través de la creación de un «título jurisdiccional de ejecución», el cual abrirá las puertas al proceso de ejecución, destinado a la realización judicial del derecho del acreedor reconocido en dicho título o sentencia firme.

Los procesos declarativos son, a su vez, susceptibles de ser sistematizados con arreglo a distintos criterios. Atendiendo a la amplitud o limitación de su objeto y a la extensión de los efectos de la sentencia, tales procesos declarativos se clasifican en *ordinarios, sumarios y especiales*. De conformidad con la naturaleza de la relación jurídico-material debatida, pueden distinguirse procesos de Derecho público y de Derecho privado; al primer grupo pertenecen el *proceso penal*, el *constitucional* y el *contencioso-administrativo*, en tanto que dentro del segundo se encuentra el *proceso civil* y el *de trabajo*. Veamos un poco más detenidamente cada uno de estos distintos tipos de procesos.

### **2. PROCESOS ORDINARIOS, ESPECIALES Y SUMARIOS**

#### **A) Los procesos ordinarios**

Los procesos ordinarios están destinados a la composición de cualquier tipo de relación jurídica. A ellos pueden, pues, acudir las partes para solucionar su conflicto con la sola excepción de aquellas materias que hayan de ser ventiladas a través de un procedimiento especial.

Los procesos ordinarios o plenarios, en segundo lugar, se caracterizan por la plenitud de su cognición. En ellos ha de plantearse la totalidad de la relación jurídico material debatida, a diferencia de los «sumarios», en donde tan sólo cabe formalizar determinados aspectos de dicha relación.

Como consecuencia de dicha plenitud en el conocimiento jurisdiccional de la pretensión, en tercer lugar, las sentencias en ellos recaídas gozan de la totalidad de los efectos materiales de la cosa juzgada y, de modo particular, el efecto negativo o excluyente, consistente en la imposibilidad de volver a reproducir el conflicto en un proceso ulterior cuando haya recaído una

sentencia firme en un proceso ordinario y naturalmente se cumplan las tres identidades de la cosa juzgada.

Finalmente, el proceso ordinario se distingue también de los especiales y sumarios por el mayor incremento de las garantías de las partes y de las posibilidades de alegación, prueba e impugnación. De este modo, mantienen una fase amplia de alegaciones, en la que las partes pueden fundamentar sin limitación alguna sus respectivas pretensiones y resistencias, pueden practicar la totalidad de los medios de prueba para evidenciar los hechos que las fundamentan y contra la sentencia pueden interponer el recurso de apelación y/o el de casación, cuando cumplan con la suma de gravamen.

Pero, al mismo tiempo, y como consecuencia de dicha amplitud de las garantías procesales y del tradicional mantenimiento de arcaicos principios procedimentales de la escritura y mediación (ahora desterradas con la LEC 1/2000) nuestros procesos ordinarios solían caracterizarse por la «lentitud» en su tramitación.

Todos los procesos materiales cuentan, al menos, con un proceso declarativo ordinario: así, el proceso penal mantiene cuatro (el común para delitos graves, el abreviado para los delitos menos graves y leves, el de faltas para el conocimiento de tales contravenciones, junto con el procedimiento ante el tribunal del jurado) y el civil, con la nueva LEC de 2000, conoce dos procesos declarativos ordinarios (el ordinario y el verbal).

## **B) Procesos especiales**

Han sido precisamente la lentitud, carestía e ineficacia de los procesos ordinarios, las que han motivado que el legislador, a lo largo de la historia, haya extraído del conocimiento de tales procesos determinadas relaciones jurídicas materiales para confiar su solución a procedimientos sustancialmente acelerados, que hoy conocemos bajo la denominación de «procesos especiales».

La característica primordial de tales procesos reside, pues, en la especialidad de su objeto. A diferencia de los ordinarios en los que, como se ha dicho, se puede deducir cualquier género de objeto procesal, en los procedimientos especiales tan sólo se puede debatir la relación jurídico material para cuya protección fue creado el procedimiento especial.

Tales relaciones jurídicas pueden serlo de cualquier naturaleza, tanto dispositivas (arrendamientos, retracto., impugnación de acuerdos, Seguridad Social, personal, injurias y calumnias... ), como no dispositivas (procesos de familia, paternidad y filiación, procesos penales contra «aforados»... ), pero, en todo caso, ostentan la virtualidad de que, cuando en torno a ellas surge cualquier conflicto, habrá de solucionarse a través del correspondiente procedimiento especial. En otro caso, la parte demandada (o el propio juez en el proceso penal) podrá oponer la excepción de «procedimiento inadecuado».

Pero se asemejan con los procesos ordinarios en que la cognición es amplia, como lo son también los medios de ataque y de defensa, y, sobre todo, en que las sentencias en ellos recaídas gozan asimismo de la plenitud de los efectos materiales de la cosa juzgada.

### **C) Procesos sumarios**

La causa de la creación de los procesos sumarios es la misma que la de los especiales: la lentitud y demás defectos de los procesos declarativos y, dentro de ellos, del antiguo civil de «mayor cuantía» o *solemnis ordo iudiciarius* (como así se le conocía en la Edad Media al proceso civil común, que, inspirado en la *litis contestatio* del Derecho romano, a lo sumo servía los intereses de una aristocracia que podía perder su tiempo y dinero con tan lento y farragoso proceso).

Por esta razón, los comerciantes obtuvieron del poder real, en los albores de la Edad Moderna, los procesos sumarios ejecutivos que, inspirados en el Derecho canónico y ligados a determinadas cláusulas contractuales (las «guarentigias» y el *pactum executivum*) mediante los cuales el deudor renunciaba a oponer excepciones y se sometía al proceso de ejecución en caso de incumplimiento de la deuda, pronto se manifestaron como más rápidos y eficaces que el *solemnis ordo*.

El proceso sumario se caracteriza, en primer lugar, por tener una cognición limitada a un solo aspecto o parte de la relación material debatida (así, por ejemplo, a la protección de la posesión frente a los actos de despojo o de perturbación en su pacífica tenencia, y a las tasadas excepciones que posibilita el juicio cambiario). Por tanto, tienen las partes limitados sus medios de ataque y, sobre todo, de defensa: el deudor tiene restringidas sus posibilidades de plantear excepciones o motivos de oposición frente a la pretensión de condena. Además, suelen tener limitados los medios de prueba. Finalmente, y como consecuencia de dicha limitación de la cognición, las sentencias recaídas en los procesos sumarios, no producen los efectos materiales de la cosa juzgada o, para ser más exactos, los limitan a la relación jurídica debatida en el proceso sumario.

### **3. TIPOLOGÍA MATERIAL DE PROCESOS**

El proceso es un instrumento de la jurisdicción para la aplicación del Derecho objetivo a los casos concretos. Partiendo, pues, de este carácter instrumental del proceso con respecto a la aplicación del Derecho material, pueden distinguirse tantos procesos como disciplinas sustantivas contempla nuestro ordenamiento. De este modo, en una primera clasificación, pueden distinguirse los procesos para la aplicación del Derecho público, de aquellos en los que se individualizan normas del Derecho privado. AL primer grupo pertenece el proceso penal, el contencioso-administrativo y el constitucional, en tanto que en el segundo pueden encuadrarse el proceso de trabajo y el proceso civil.

## **A) El proceso penal**

El proceso penal se encuentra regulado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 y disposiciones de reforma posteriores, de entre las que cabe efectuar una mención especial de la operada por la LO 7/1988, creadora de los «Juzgados de lo Penal» y del «proceso penal abreviado».

El objeto del proceso penal es la pretensión punitiva, que consiste en la petición de aplicación de una pena al acusado fundamentada en la presunta comisión de un hecho punible. Las pretensiones penales son siempre, pues, de condena y su elemento esencial lo constituye el «hecho punible». Frente a la pretensión penal, que es ejercitada por las partes acusadoras (esto es, el Ministerio Fiscal, el ofendido-acusador privado y el acusador popular) se opone la defensa, que es una parte dual, integrada por dos sujetos procesales, el imputado y su abogado defensor, cuya misión consiste en hacer valer dentro del proceso el derecho fundamental a «la libertad» que ha de asistir a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente. El proceso penal se rige por el principio «acusatorio», del que nos hemos ocupado más arriba.

El procedimiento penal aparece dividido en dos fases: la instructora y la del juicio oral. La primera de ellas, que recibe el nombre de «sumario» y en el proceso ordinario, o «diligencias previas» en el abreviado, transcurre ante el juez de Instrucción y su función consiste en preparar el juicio oral, mediante la determinación del hecho punible y de su presunto autor, denominado imputado o procesado. Para el logro de tales funciones el juez Instructor ha de practicar actos de investigación y medidas de aseguramiento o cautelares que, en muchas ocasiones, suelen entrañar graves limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales (así, puede disponer la prisión provisional, la entrada y registro, la intervención de las comunicaciones, etc.). Cuando se han cumplido estos dos objetivos (que han de ser corroborados en una subfase denominada «intermedia») se abrirá la de juicio oral; pero, si no se determinara alguno de aquellos elementos (hecho punible o autor), el proceso finalizará mediante «auto de sobreseimiento».

A diferencia de la fase instructora, que está regida por el principio de la «escritura» y del secreto de las actuaciones, la del juicio oral, como su nombre indica, está presidida por los principios de oralidad, inmediación y publicidad. La fase de juicio oral está destinada a formalizar la pretensión penal o acusación y a probar, bajo los principios de contradicción e igualdad, los hechos que la fundamentan, tras lo cual, el juez o tribunal pronunciará su sentencia, contra la cual, y como consecuencia del «derecho a los recursos» que asiste al acusado (art. 24.1 CE en relación con el art. 14.5 PIDCP), siempre podrán las partes interponer bien el recurso de apelación (delitos leves), bien el de casación (delitos graves).

En el proceso penal, y de conformidad con la gravedad del hecho punible, subsisten tres procesos ordinarios y ciertos procesos especiales. Los procesos

ordinarios se denominan el «sumario ordinario», para el conocimiento de delitos con penas privativas superiores a los nueve años, con instrucción por un juez y, juicio oral residenciado en la Audiencia Provincial; «el proceso penal abreviado» con diligencias previas atribuidas a los Jueces de Instrucción y la fase del juicio oral con conocimiento, bien por los juzgados de lo Penal (que pueden imponer penas de hasta cinco años de privación de libertad), bien por las Audiencias Provinciales (de cinco a nueve años), los «juicios de faltas», de los que conocen los juzgados de Instrucción y el proceso ante el Tribunal del jurado, para el enjuiciamiento de un número importante de delitos (art. 1 LOPJ, ver lección 8). Los procesos especiales son muy escasos y pueden dividirse en especiales por razón de las personas (causas contra «aforados»: así, contra un Diputado, un Magistrado, etc.) y por razón de la materia (injurias y calumnias, terrorismo, etc.).

## **B) El proceso administrativo**

La fuente reguladora moderna del proceso administrativo fue la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, que instauró el sistema «judicialista», conforme al cual, habían de ser los tribunales y no un órgano de la Administración (por ejemplo, el «Consejo de Estado» francés) quienes han de obtener la sumisión de la Administración Pública al imperio del Derecho (art. 103.1, en relación con el art. 106.1 CE). Dicho sistema judicialista también ha sido consagrado y potenciado (así, en el procedimiento de ejecución de sentencias por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa).

Aquella Ley de 1956, residenció en las Salas de lo Contencioso de los actuales Tribunales Superiores de justicia, en la Audiencia Nacional y en el TS, el conocimiento de todas las pretensiones contra actos y disposiciones emanadas de la Administración. La Ley Orgánica del Poder judicial de 1985, por su parte, anunció la creación de los Juzgados de lo Contencioso que han sido finalmente instaurados por la Ley 29/1998.

A los Juzgados y Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, que son órganos jurisdiccionales ordinarios especializados en la aplicación del Derecho administrativo, les corresponde conocer del igualmente denominado recurso «contencioso-administrativo». Dicho recurso, previo el cumplimiento de determinados presupuestos (v.gr. la interposición del recurso administrativo de alzada y potestativo de reposición), puede ser interpuesto tanto contra actos administrativos, cuanto contra Reglamentos y demás disposiciones con rango inferior a la ley, y en ellos puede pedirse la anulación del acto o disposición impugnada y, en su caso, la condena a la Administración al reconocimiento de una situación jurídica individualizada (por ejemplo, la de servicio activo de un funcionario), de un determinado derecho subjetivo (v.gr., una licencia de obra), o al pago de una indemnización de daños y de perjuicios.

De lo dicho, se desprende que las pretensiones administrativas son siempre o declarativas puras o mixtas: de un lado, declarativas de nulidad o

constitutivas de anulación del acto o disposición impugnada y, de otro, de condena al cumplimiento por la Administración de una determinada prestación.

En el ordenamiento procesal administrativo coexisten dos procesos administrativos ordinarios con tres especiales. Los dos procesos ordinarios son el común y el abreviado, que están regidos por los principios dispositivo, investigación de oficio de la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales, oralidad, inmediación y única o doble instancia. En ellos, como consecuencia de la presunción de legitimidad del acto o disposición impugnada, se produce una inversión de los roles de las partes: el actor es por regla general el administrado (con la excepción del proceso de «lesividad»), quien ha de interponer el recurso contencioso administrativo y reclamar el expediente de la Administración, la cual asume normalmente el papel de demandada, siendo defendida por la Abogacía del Estado (o letrados de las CCAA o de las corporaciones locales). Asimismo, en virtud del principio de «autotutela administrativa», la regla general es la no suspensión de los efectos del acto impugnado, salvo que pueda producirse un grave perjuicio, en cuyo caso puede el demandante solicitar la adopción de medidas cautelares tales como la suspensión del acto. La fase de ejecución hoy es confiada a los Juzgados y Tribunales administrativos.

Los procesos especiales son la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, la cuestión de ilegalidad y el de suspensión de acuerdos de las corporaciones locales. El proceso de amparo administrativo ofrece la común característica de erigirse en el «amparo ordinario» (art. 53.2 CE) y es el utilizado en 1ª práctica para solicitar el restablecimiento de los derechos fundamentales infringidos por el Poder Ejecutivo. Las ventajas que reporta dicho proceso (innecesariedad de plantear el recurso administrativo previo, rapidez en su tramitación, etc.) lo hacen sumamente atractivo para los administrados, quienes en ocasiones abusan de su ejercicio.

### **C) El proceso constitucional**

Los procesos que pueden plantearse ante el Tribunal Constitucional se regulan por la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y están informados por los principios dispositivo, escritura y única instancia. Pueden clasificarse en dos grandes grupos: a) de protección de derechos fundamentales, y b) de control constitucional de la legalidad (ver, supra, Lección 10).

a) Protección de derechos fundamentales. La función de protección de los derechos fundamentales la efectúa el TC mediante el recurso de amparo, a través del cual no puede hacerse valer cualquier derecho constitucional vulnerado, si no tan sólo los auténticos derechos fundamentales, esto es, los contemplados en los arts. 14 a 29 y 30.2 de la CE.

Para obtener dicha protección es necesario cumplir con determinados requisitos previos, de entre los que destaca el cumplimiento del principio de

«subsidiariedad» (art. 53.2), que obliga a plantear, antes de acudir ante el TC, el amparo ante los tribunales ordinarios a fin de que se le otorgue al Poder Judicial la posibilidad de restablecer rápidamente el derecho vulnerado. Si ello no ocurriera, una vez agotados todos los medios de impugnación ordinarios, es cuando se puede interponer, en el plazo de veinte días, contra la última sentencia recaída, el recurso constitucional de amparo. A través del amparo, el TC no sólo efectúa una labor subjetiva de protección de tales derechos constitucionales, sino que también asume otra objetiva de creación de doctrina legal, vinculante para los tribunales ordinarios (art. 5.1 LOPJ) y para el Poder Legislativo, quien, en no pocas ocasiones, se ve obligado a reformar la legalidad ordinaria para coherirla con nuestra Ley Fundamental.

b) Control constitucional de la legalidad. La función de control constitucional de la legalidad a fin de obtener la sumisión efectiva de todos los Poderes del Estado a la Constitución la efectúa el TC a través de tres procedimientos

- Conflictos de competencia. Los conflictos constitucionales de competencia los pueden plantear tanto el Estado como las CCAA. Mediante ellos se pueden trasladar al TC disposiciones o actos que puedan vulnerar el reparto de competencias efectuado por la Constitución y los respectivos Estatutos de Autonomía. Tras las alegaciones de las partes, el TC decide a quién le corresponde ejercitar la competencia, si a la Administración Central o a la Autonómica, sobre una materia determinada.

-Control abstracto de la constitucionalidad. Esta función se ejercita mediante el «recurso de inconstitucionalidad», que pueden plantear, dentro del plazo de tres meses posteriores a la publicación de una ley, cincuenta Diputados o Senadores, el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal, el Presidente del Gobierno y los órganos ejecutivos y legislativos de las CCAA contra las leyes y disposiciones con rango de ley (las disposiciones inferiores obsérvese que se impugnan a través del recurso contencioso-administrativo) que puedan infringir la CE.

Mediante el recurso de inconstitucionalidad, el TC anula aquellas leyes que vulneren nuestra Ley Suprema, asegurando el principio de supremacía y jerarquía constitucional.

- Control concreto de la constitucionalidad. El control concreto de constitucionalidad se efectúa, sin sometimiento a plazo alguno para su interposición con respecto a la publicación de la ley, a través del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Dicha cuestión no es más que una duda que puede tener, en el curso de un proceso, un juez o Tribunal acerca de la constitucionalidad de una ley aplicable a un caso concreto. En tal supuesto, el órgano judicial ha de suspender el plazo para dictar sentencia y trasladar dicha duda al TC a fin de que la resuelva mediante sentencia. Si el TC estimara dicha cuestión, la norma, objeto de la misma es anulada con los mismos efectos *erga omnes* que las sentencias recaídas en los recursos de inconstitucionalidad.

## **D) El proceso laboral**

El proceso de trabajo se regula en la Ley de Procedimiento Laboral de 1995 (Texto Refundido, Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril) que contempla un proceso ordinario y diversos procesos especiales (Seguridad Social, conflictos colectivos, despido, etc.).

El proceso laboral transcurre ante los juzgados de lo Social, en primera instancia, las Salas de lo Social de los TSJ (segunda instancia) y la Sala de lo Social del TS (casación). Los órganos de lo social son, pues, órganos jurisdiccionales ordinarios especializados en la aplicación del Derecho del Trabajo.

El proceso ordinario está informado por los principios dispositivo, investigación de oficio, oralidad, inmediatez, rapidez, economía y doble instancia. Es un proceso ágil, sencillo, rápido, poco costoso para las partes y que posibilita la averiguación de la verdad material. Se trata, pues, de un proceso modélico, que parece haber servido de ejemplo de reforma tanto para la nueva LJCA de 1998 como para la LEC 1/2000.

En él se puede hacer valer cualquier pretensión fundada en el Derecho del trabajo. Lo usual es que tales pretensiones sean mixtas, esto es, de un lado, pretendan el reconocimiento de una determinada relación laboral o derecho subjetivo y, de otro, la condena a la contraparte al cumplimiento de una prestación (por ejemplo, a la readmisión en un despido); pero el proceso laboral también conoce algunas pretensiones constitutivas (así, el proceso de conflicto colectivo normativo o de intereses, en el que de lo que se trata es de crear una nueva norma laboral que sustituya a aquella que no es aceptada por alguna de las partes).

La principal característica del procedimiento laboral es la oralidad. Tanto la conciliación intraprocesal, como la ejecución de la prueba transcurren verbalmente a presencia del juez de lo Social, lo que posibilita que el órgano judicial pueda intervenir en la prueba, suscitando preguntas a sus intervinientes en orden a descubrir con exhaustividad la relación jurídico material debatida. El proceso de trabajo permite, pues, descubrir la verdad material, frente a la meramente «formal» que suelen presentar las partes. La oralidad permite, además, un tratamiento concentrado del material de hecho, lo que dota al proceso de trabajo de una gran rapidez. También rige en este proceso el principio de investigación que autoriza al juez a apreciar de oficio la concurrencia de los presupuestos procesales. La instauración, finalmente, de determinadas obligaciones procesales de las partes, tales como la de exhibición del patrimonio, aportación de documentos, etc., otorgan asimismo a dicho proceso una gran «eficacia», lo que permite configurar a nuestro proceso laboral como un auténtico proceso «social».

## **E) El proceso civil**

El proceso civil se regula por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, así como por una multiplicidad de leyes materiales que han consagrado no pocos procesos civiles especiales (Código Civil, Ley Hipotecaria, de Propiedad Horizontal, Industrial, Intelectual, etc.).

Los procesos civiles transcurren ante los Jueces de Primera Instancia e Instrucción (o de «Primera Instancia» en las localidades en donde existe especialización civil), que, como su nombre indica, conocen de la fase declarativa y de ejecución; la apelación se confía a las Audiencias Provinciales, y la Sala de lo Civil, del TS conoce del recurso de casación.

La pretensión civil, que puede plantearse en cualquiera de sus distintas manifestaciones (declarativa, constitutiva o de condena; *vide* art. 5 LEC), ofrece la singular característica de estar fundada en normas pertenecientes al Derecho privado (Derecho civil o mercantil). La relación jurídico material discutida pertenece, pues, al dominio de las partes «con la sola excepción de los procesos civiles *inquisitorios*», de los que nos ocupamos en la Lección 21) y de aquí que en el proceso civil el principio dispositivo sea absolutamente hegemónico.

Además del dispositivo, el proceso civil está también informado por los principios de aportación de los hechos por las partes, valoración conjunta de la prueba, oralidad, intermediación y doble instancia. La instauración de los principios de oralidad e intermediación, junto con la de las obligaciones procesales, aproximan a nuestra justicia civil al modelo de la «justicia civil social» que inauguró Franz Klein con su célebre reforma a la ZPO austriaca de 1895.

En la actualidad, coexisten dos procesos ordinarios con un sinnúmero de procesos especiales y sumarios. Los procesos ordinarios son: el «ordinario» para el conocimiento de pretensiones con un valor económico superior a las 500.000 pesetas y el «juicio verbal» para las demás demandas de cuantía inferior.

Debido a la lentitud y demás problemas apuntados de los procesos ordinarios, el legislador, desde hace ya mucho tiempo, ha mantenido la política de extraer determinados objetos litigiosos de tales procesos para intentarles otorgar una composición más acelerada a través del correspondiente procedimiento especial. Dicha política legislativa hoy, tras la instauración de la oralidad, no se justifica, si bien, debido a su introducción tardía en el debate parlamentario (en el que el grupo popular hubo de admitir las enmiendas del socialista dirigidas a la instauración de la oralidad), han permanecido los procesos especiales y sumarios en nuestro ordenamiento. La otra cara de la moneda de toda esta política legislativa es que nuestro sistema procesal civil se caracteriza por la existencia de una frondosa selva de procedimientos especiales (se han llegado a contabilizar más de treinta), que tampoco asegura un tratamiento más rápido de los litigios. Por esta razón, debiera el legislador proceder a la supresión de la práctica totalidad de los mismos.

## LECCIÓN 26. EL DERECHO PROCESAL

### 1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PROCESAL

Lo dicho hasta ahora nos permite afirmar que el Derecho procesal es el conjunto de normas que regulan los requisitos y los efectos del proceso.

Se pone, como es evidente, el acento en el proceso; con ello se sigue no sólo una tradición ya consolidada, sino que también se da al proceso la categoría que debe de tener entre las instituciones que conforman eso que hemos venido estudiando y que ahora denominamos Derecho procesal. Frente a los conceptos de jurisdicción o de acción, entendidos como derecho a la tutela efectiva, el concepto de proceso aparece como la proyección de todo un conjunto de exigencias de distinto tipo, pero fundamentalmente sociales y jurídicas, que han hecho necesario el nacimiento de esa realidad que denominamos Derecho procesal. Al ser el Derecho procesal el conjunto de normas que regulan los requisitos y efectos del proceso, en él no sólo hay que incluir las que podemos denominar normas procedimentales (normas estrictamente reguladoras del proceso) sino aquellas otras que denominamos orgánicas, en razón a que regulan la creación *de los órganos judiciales*, así como la actividad y coordinadas dentro de las cuales actuarán los mismos.

El Derecho procesal es fundamentalmente un conjunto de normas jurídicas instrumentales, *es derecho instrumental*. Es, tal como se ha dicho por gran parte de la doctrina, un Derecho para el Derecho, es decir un Derecho que sirve para que se puedan tutelar los derechos que tienen no sólo los ciudadanos sino todos los integrantes de una determinada comunidad social organizada. Sin las normas instrumentales del Derecho procesal, por tanto sin el proceso, no cabría sostener que el ordenamiento jurídico concede derechos subjetivos e intereses debidamente tutelados y amparados; la violación de esos derechos o intereses quedarían sin tutela si no existiesen normas jurídicas instrumentales que permiten la realización y puesta en funcionamiento de un mecanismo que llamamos proceso, que está pensado fundamentalmente para otorgar la tutela jurídica a aquellos que la necesiten, dando así seguridad y certeza jurídicas a las relaciones y situaciones jurídicas.

Conviene no olvidar que no todas las normas de Derecho procesal pueden considerarse instrumentales; dentro del Derecho procesal existen normas que establecen derechos y obligaciones procesales; baste recordar aquí la obligación de pagar las costas procesales (véase, por ejemplo, el art. 241 y ss LEC) y el correlativo derecho de la parte vencedora.

El Derecho procesal pertenece a la categoría del *Derecho público*, no tanto porque con sus normas se estén defendiendo intereses de naturaleza pública, como por el hecho de que las normas del Derecho procesal fundamentalmente van dirigidas a regular la actuación de los órganos judiciales, que como sabemos son órganos del Estado.

No debemos olvidar que la promulgación de la CE de 1978 ha acentuado de forma

muy importante la visión del proceso como mecanismo al servicio de los ciudadanos y titulares de derechos materiales, dejando de lado, en cierta medida, la visión procesal que ponía el acento en la actividad jurisdiccional desarrollada por los órganos jurisdiccionales; como hemos dicho a lo largo de esta obra el proceso aparece, tras la Constitución, como un mecanismo de tutela jurídica más que como un mecanismo de desarrollo de una función estatal.

Pero, eso no significa que las normas de Derecho procesal no vayan dirigidas fundamentalmente a regular la actividad de los órganos judiciales dentro del proceso, y en consecuencia la de las partes. Siendo así, podemos decir sin temor a equivocarnos que las normas de Derecho procesal pertenecen al Derecho público.

El que el Derecho procesal pertenezca al Derecho público determina una importante característica del mismo: sus *normas son imperativas, o, lo que es lo mismo, no cabe derogarlas por voluntad de las partes*. Sabemos que lo que diferencia a una norma imperativa de una norma dispositiva es que el efecto jurídico que se deriva de la realización del supuesto de hecho de la norma se produce, en el primer caso, con independencia de cuál sea la voluntad de los sujetos intervinientes en la relación o situación jurídica que regula la norma, mientras que en las normas de carácter dispositivo los sujetos pueden regular la eficacia jurídica de acuerdo con sus intereses, o, dicho de otra manera, las partes pueden componer el conflicto de sus intereses de forma diversa a como está establecido en la norma jurídica, de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad.

Las normas de Derecho procesal, al ser imperativas, deben aplicarse en todo caso; ello quiere decir no sólo que las partes no podrán dar a las normas unos efectos distintos a los establecidos por la ley, sino que no podrán regular el proceso por normas distintas a las establecidas en la ley. No existe, pues, la posibilidad de un Derecho procesal convencional, de ahí que los cuerpos legislativos procesales hayan establecido sin ningún género de dudas el principio de legalidad en materia procesal (véase por ejemplo el art. 1 tanto de la LECrim como de la LEC).

Suele la doctrina plantearse el problema de si existen normas de derecho dispositivo dentro de nuestro Derecho procesal; es típico el ejemplo de los arts. 55 y 56 de la LEC que, como sabemos, permiten a las partes crear, mediante lo que se conoce como el pacto de sumisión, la competencia de un juez inicialmente incompetente desde el punto de vista territorial. Acertadamente GÓMEZ ORBANEJA estableció con claridad que una cosa es que las partes puedan determinar un efecto jurídico distinto al establecido en la norma, y otra cosa completamente distinta es que puedan elegir entre dos efectos jurídicos establecidos en la norma y sobre los cuales se permite la elección; como dice el autor citado «hacer uso de esta disposición no es abolir la ley, sino excluir, conforme a la misma ley, que opere un precepto jurídico que pudiéramos llamar primario».

En realidad, la única disposición posible que tenemos frente al proceso es no utilizarlo, y ello sólo será posible cuando los derechos que se ponen en juego en el mismo sean de carácter dispositivo; pero no olvidemos que entonces de lo que se está disponiendo realmente no es de normas o de derechos de carácter procesal, sino de normas o derechos que son en todo caso materiales.

## **2. LA EFICACIA DE LAS NORMAS PROCESALES**

Las normas procesales no tienen una eficacia ilimitada ni en el tiempo ni en el espacio. En el tiempo, porque aun cuando la voluntad del legislador es normalmente regular las situaciones de hecho para siempre o con carácter de permanencia, también es cierto que esas situaciones de hecho pueden cambiar a lo largo del tiempo, por lo que parece necesario en muchas ocasiones regular con otras normas jurídicas aquello que deba ser el proceso en cada momento. En el espacio, porque las normas jurídicas procesales emanan de unos órganos legislativos concretos, que, en cuanto tales, pertenecen a un Estado por lo que su eficacia debe de estar limitada, ya lo veremos de inmediato, a los confines territoriales o de soberanía del Estado de donde emane.

### **A) Eficacia temporal de las normas procesales**

Dado que el derecho se desarrolla en el tiempo, puede ocurrir (y de hecho ocurre con mucha frecuencia en los últimos años) que a una norma jurídica le suceda otra que regule el mismo supuesto de hecho aunque de manera diversa. El problema que hay que resolver es qué norma de entre las dos es la aplicable.

La duda que planteamos, en principio, no debería existir, porque si el legislador ha entendido que el proceso queda regulado de mejor manera con la nueva norma (en otro caso no hubiera procedido a la modificación) aquélla debería ser de aplicación inmediata, por tanto deberíamos mantener que debe aplicarse al proceso actual sin detenernos en el examen del tiempo en que surgió ese proceso o el objeto de la litis. En realidad, la vigencia del principio de irretroactividad de las leyes (art. 9 CE y art. 2 CC) aplicado de forma estricta en el campo procesal, nos llevaría a sostener no sólo que las normas procesales nuevas no pueden regular situaciones o relaciones jurídicas procesales preexistentes sino que se aplicaran exclusivamente a las situaciones y relaciones procesales existentes durante su vigencia.

Sin embargo, el razonamiento no puede ser tan lineal y estricto. En efecto, el principio de irretroactividad de las normas procesales (art. 2 LEC) nos permite afirmar que el cambio de norma procesal no debe afectar ni puede afectar al efecto procesal ya producido, pero esto no es suficiente porque normalmente es extremadamente difícil saber cuáles son los efectos procesales ya producidos, dado que no están claros cuáles son los efectos inmediatos de los actos procesales; de ahí que no sea tan fácil aplicar el principio por el que la norma procesal nueva ni afecta ni puede afectar a los actos procesales que han producido ya sus efectos procesales. Sólo teniendo claras estas ideas, sabremos si la norma procesal nueva vincula o no a actos procesales posteriores, dependiendo la respuesta de que se consideren o no como efectos inmediatos de actos procesales realizados con anterioridad a la modificación normativa.

La dificultad de la solución, caso por caso, ha movido al legislador a la búsqueda de soluciones globales; normalmente se ha resuelto este problema promulgando, de forma separada en los textos legales, las llamadas normas de derecho transitorio, acogiendo algunas de estas dos soluciones globales:

a) Una primera solución tiene su base en la negación de efectos procesales determinantes de la prosecución del proceso, y en ese sentido, la nueva norma se aplicaría de forma inmediata a todos los actos procesales que se desarrollan con posterioridad a su entrada en vigor.

b) Una segunda solución sería estimar que empezado un proceso bajo el imperio de una ley o de un conjunto de normas, debe terminarse conforme a lo dispuesto en esa misma ley o en ese mismo conjunto de normas, con independencia de cuál sea la regulación que se haga en la nueva.

La primera solución no es válida en cuanto que la realización de cualquier acto procesal determina de forma inmediata el nacimiento de poderes o facultades procesales para la parte contraria a aquella que realizó la actividad; si la nueva ley suprime alguna de esas facultades o de esos poderes se produciría, sin más, una situación de injusticia y de falta de paridad en la posición procesal de las partes. La segunda solución tampoco es válida pues en el proceso los actos ulteriores no deben entenderse como meras consecuencias de la incoación del proceso, sino únicamente como hechos condicionados por la demanda.

Siendo así, parece conveniente pensar que el proceso puede dividirse en etapas, concibiendo éstas como un conjunto de actos y efectos jurídicos consumados, de modo que se entendería como una nueva etapa aquella que se inicia necesariamente con una petición que produce en cadena una serie de efectos jurídicos predeterminados por la ley.

Las normas de derecho transitorio que se han promulgado a raíz de las reformas llevadas a cabo en nuestra legislación procesal, han ido por el camino anteriormente expuesto; han partido de un proceso dividido en etapas en tendiendo por éstas las instancias. Así, las disposiciones transitorias de la *LEC vigente* hablan de instancias, *de recursos extraordinarios, de trámite de ejecución o de proceso cautelar*, en modo tal que la instancia, *el recurso, la ejecución, etc.*, promovida se regulará por la ley vigente en el momento de su promoción (presentación de la demanda, interposición del recurso de apelación o del recurso de casación).

## **B) Eficacia de la norma procesal en el espacio**

Establece el art. 149.1.6ª de la CE, que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas. Ello quiere decir que corresponde en exclusiva a las Cortes Generales la emanación de cualquier norma de contenido procesal.

En rigor, las especialidades del derecho sustantivo aplicable en alguna de las Comunidades Autónomas no da lugar a la creación de un verdadero Derecho procesal autónomo, o, si queremos decirlo con palabras más certeras, de un Derecho procesal emanado y promulgado por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

El caso más llamativo de «especialidad» sustantiva que puede dar lugar a la especialidad procesal, los recursos de casación y de revisión que son aplicables en algunas de las Comunidades Autónomas, con buen criterio han tenido su base legislativa en normas promulgadas por las Cortes Generales (véanse los arts. 1.729 y ss. LEC *derogada*; no obstante, el Parlamento de Galicia aprobó la Ley 11/1993, de 15 julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho Civil especial de Galicia. En algunas ocasiones, la especialidad del derecho sustantivo se ha entendido de forma totalmente general y desnaturalizada, confundiéndolo con las especialidades y particularidades culturales y lingüísticas; es el caso del art. 9. 1 de la Ley Vasca 40/1982 que reconoce a los justiciables en el País Vasco el derecho a usar la lengua oficial de su elección en sus relaciones con la Administración de Justicia sin que se pueda exigir traducción alguna (véase art. 231.4 LOPJ y STC de 26 de junio de 1986).

Al ser las normas procesales emanación exclusiva de las Cortes Generales, su aplicación se extiende sólo y exclusivamente al territorio nacional y a *todo el territorio nacional*, pues la eficacia de la norma en cuanto emanación de la soberanía popular, no puede extenderse más allá de los confines territoriales de esa soberanía; por consiguiente, las normas procesales españolas sólo tienen eficacia dentro del territorio español; y aquellas que regulan supuestos especiales referidos a Comunidades Autónomas concretas sólo tienen eficacia en el territorio español que conforman esas Comunidades Autónomas.

El principio de territorialidad de la eficacia de las normas procesales tiene su manifestación negativa en el art. 8.2 del CC y *art. 3 LEC*. Cuando estas normas nos dicen que las leyes procesales españolas serán las únicas aplicables a las actuaciones que se sustancien en territorio español, sin perjuicio de las remisiones que las mismas puedan hacer a las leyes extranjeras, respecto a los actos procesales que hayan de realizarse fuera de España, lo que nos quiere decir el legislador, es que al igual que las normas procesales españolas tienen sus límites territoriales en los de la Nación española, por la misma razón de soberanía, las extranjeras no podrán en ningún caso aplicarse en España.

Lo anterior no significa que, en algunas ocasiones, determinados y concretos actos procesales que integran un proceso español no deban regirse por normas procesales extranjeras. En muchas ocasiones, dada la existencia de elementos extranjeros en el proceso español, es necesario realizar actuaciones procesales en el extranjero: puede ser necesario tomar testimonio a un testigo en el extranjero, o emplazar a una de las partes en el extranjero, o comunicar una determinada resolución judicial a alguien en el extranjero; en todas estas ocasiones el juez extranjero llevará a cabo las actuaciones que le pida el juez español en virtud de lo que se conoce como auxilio jurisdiccional internacional, pero aplicando su propia ley y no la ley española. De ahí que esos actos, que conforman el proceso español, y que van a tener eficacia en el proceso español, se desarrollen bajo la aplicación de la norma procesal extranjera.

### **3. LAS FUENTES DEL DERECHO PROCESAL**

Entendemos por fuentes del Derecho procesal a la causa última o, si queremos, al fundamento que permite que enjuiciemos la legitimidad objetiva y la validez de las reglas jurídicas que lo componen. Desde este punto de vista,

la única fuente del Derecho procesal es el órgano legislativo estatal, es decir las Cortes Generales, y dicho de forma más concreta y técnica, los actos legislativos que son promulgados por ellas. En este orden de cosas, si como hemos visto el art. 149.1,6` CE establece como competencia exclusiva del Estado lo que se denomina legislación procesal, hay que entender que el único fundamento y causa de ese Derecho procesal son los actos legislativos que necesariamente son emanados por las Cortes Generales, entendiendo por acto legislativo no sólo la ley en sentido estricto, sino fundamentalmente y de forma primordial la Constitución.

A esta misma conclusión hay que llegar con la lectura del art. 117 de la CE, norma fundamental en el ámbito procesal. La referencia a la ley no sólo en lo que se refiere a la organización de los jueces y Tribunales, sino a sus competencias y a las normas que ha de regir los procedimientos en los que actúan, revelan de forma inequívoca que la Constitución reserva la categoría de fuente del Derecho procesal a las Cortes Generales y, como manifestación de las mismas, a las normas emanadas de ellas; todo ello con la excepción que hemos estudiado en referencia al art. 149.1.6 de la CE.

De entre los actos normativos promulgados por las Cortes Generales, el primordial es la Constitución. En lo que se refiere a ella, el art. 5.1 de la

LOPJ ya afirma que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y que vincula a todos los jueces y Tribunales; lo que quiere decir que en la medida en que en la CE existan preceptos de carácter o con contenido procesal, su aplicación será inmediata, por lo que podemos considerar que la CE es la primera de las fuentes del Derecho procesal.

De cuanto llevamos dicho en esta obra, el lector habrá podido concluir que nuestro proceso, el vigente en todos los órdenes jurisdiccionales, está conformado por los principios y por los mandatos contenidos en la CE; de hecho, la promulgación de la CE, supuso una modificación del entendimiento de lo que es el proceso, de lo que es la función jurisdiccional y de lo que es, algo esencial en nuestra disciplina, el derecho a la tutela efectiva que se reconoce en el art. 24. Los derechos fundamentales que regula la CE, así como las normas que se contienen en los arts. 117 y ss., determinan y concretan la forma de ser del proceso.

Junto a la CE, son igualmente fuentes del Derecho procesal los actos normativos con carácter de ley promulgados por las Cortes Generales; es decir, las que tienen carácter de ley orgánica o las que tienen el carácter de ley ordinaria (también lógicamente decretos legislativos y decretos leyes); así lo avalan no sólo las normas constitucionales citadas, sino otras muchas normas de la Constitución que hacen referencia directa a la ley como único fundamento de validez de las reglas jurídicas que componen el Derecho procesal (véase los arts. 39.2, 53.1, 55.2, 70.2, 122.2, 123, 124.3, 125, 127.1 y 2 entre otros más).

Por exclusión a lo que hemos dicho anteriormente, no son fuentes de Derecho procesal las normas emanadas del Poder Ejecutivo, así como tampoco lo es la costumbre. Si en el momento actual nadie cuestiona que los Reales Decretos y Reglamentos no son en ningún caso fuentes del Derecho procesal,

todavía se sigue planteando la doctrina el dilema de si la costumbre y los Principios Generales del Derecho lo son. Para nosotros se arrastra aquí una metodología equivocada que ha propiciado el Código Civil, ahora en la redacción de su art. 1. Nosotros entendemos que en el Derecho procesal no es de exacta aplicación lo regulado en el art. 1 del Código Civil, cuando establece que las fuentes del ordenamiento jurídico español (y el Derecho procesal es una parte del ordenamiento jurídico) son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. En efecto, a pesar de los términos amplios que recoge el CC, la costumbre no puede ser manifestación normativa de Derecho procesal porque no emana del Poder Legislativo y porque, aunque así fuese, la única costumbre que reconoce nuestro Derecho como fuente de regulación jurídica es la del lugar; no existen costumbres generales, de las que se pueda predicar su aplicación generalizada en todo el territorio nacional, por lo que si se permitiera que la costumbre fuese fuente de creación del Derecho procesal, tendríamos que admitir la existencia de distintos Derechos procesales según el territorio en los que se desarrollase el proceso, lo que pugnaría con los principios elementales que consagra la Constitución. Todo ello sin olvidar el principio de legalidad establecido en los distintos cuerpos legislativos procesales que como hemos visto imponen la aplicación estricta de sólo y exclusivamente las normas contenidas en ellos.

En lo que se refiere a los Principios Generales del Derecho, que de acuerdo con el art. 1 del CC también deben considerarse fuente del Derecho, hoy no cabe duda que los únicos principios que pueden y deben tener tal consideración son los que emanan de la propia CE, es decir, los que están recogidos en sus normas, por lo que afirmar que junto a la CE como fuente de Derecho procesal debe considerarse la de los Principios Generales del Derecho no es sino una repetición y duplicidad innecesaria.

Distinto es el caso de la jurisprudencia que, como sabemos, también es objeto de consideración por el art. 1 del CC; el Código Civil establece que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

La función de complemento que se da a la jurisprudencia choca, sin embargo, con la realidad en el campo del Derecho procesal. En efecto, el TS con su doctrina constante no sólo interpreta la ley de una manera determinada, lo que significa complementar o conformar el ordenamiento jurídico, sino que ha creado verdadero Derecho procesal *antes de la vigente LEC*, como es el caso, por ejemplo, del litisconsorcio necesario y su tratamiento procesal; en este caso concreto la jurisprudencia no *complementó o conformó* un ordenamiento pues éste inexistente, no *complementó o conformó* la norma, que no *existió*, sino que la *creó* a través de la doctrina. De hecho, pues, la jurisprudencia ha sido y es verdadera fuente del Derecho procesal, lo que podría sostenerse que choca con aquellas normas de la CE de las que podemos deducir que ésta quiere que el Derecho procesal sea Derecho creado y determinado por la norma jurídica positiva contenida en la ley.

Por su parte el art. 5 de la LOPJ da a la jurisprudencia del TC el carácter de conformadora o complementadora del ordenamiento jurídico, en cuanto que obliga a los jueces y Tribunales a aplicar e interpretar las leyes de acuerdo con la interpretación que de las mismas resulte de las resoluciones dictadas por el TC.

## **4. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO PROCESAL**

Al igual que con el resto de las normas del ordenamiento jurídico, la interpretación del Derecho procesal se debe hacer según los principios establecidos en el art. 3 del CC y en el art. 5 de la LOPJ.

Según este último artículo, la interpretación de las normas procesales debe hacerse por los órganos judiciales en consonancia con los preceptos y principios constitucionales y de acuerdo con los criterios que emanen del TC extraídos de su doctrina constante. Con ello, no se hace sino someter la ley ordinaria al imperio de la CE, que es la que define el sentido y el espíritu de todo el ordenamiento jurídico.

Hasta tal punto es importante la regla contenida en el art. 5 de la LOPJ que se permite a los órganos jurisdiccionales plantear la cuestión de inconstitucionalidad de las normas procesales aplicables al caso cuando entendieren, en razón de la interpretación que deben hacer de las mismas, que éstas son contrarias a la CE; e igualmente permite plantear la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma procesal al ordenamiento constitucional.

En los años que lleva vigente la CE y, sobre todo, desde que el TC lleva ejerciendo su jurisdicción, la labor interpretativa que los jueces y Tribunales han hecho de las normas procesales, acomodándolas a los preceptos y principios constitucionales, ha hecho posible un fenómeno que pienso es único dentro de nuestro ordenamiento jurídico procesal: sin necesidad de cambiar la ley, la jurisprudencia ha dado vida, por vía interpretativa, a un proceso en algunos casos completamente distinto al que existía con anterioridad a la vigencia de la CE; son las mismas normas, pero interpretadas de manera distinta.

Dentro de los márgenes establecidos por el art. 5 de la LOPJ, las normas procesales deben de interpretarse, según se establece en el Código Civil (art. 3), de acuerdo con el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. Cabe, igualmente, la interpretación analógica, de acuerdo con lo que se establece en el art. 4 del CC.

## **5. LEYES PROCESALES BÁSICAS**

Junto a otras leyes total o parcialmente procesales, o junto a otros cuerpos jurídicos esenciales en nuestro ordenamiento jurídico, como puede ser el Código Civil que contiene un sinnúmero de normas procesales, creemos importante hacer en este momento una reseña, aunque sea breve, de las principales leyes procesales que conforman, por decirlo de alguna manera, el núcleo básico de nuestro ordenamiento procesal. Entre ellas destacamos las siguientes:

### **A) Ley Orgánica del Poder Judicial**

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial, derogó la vieja Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 y aquellas otras leyes de contenido orgánico que se vinieron promulgando a lo largo de los años en los distintos órdenes jurisdiccionales. Regula la Ley Orgánica en seis libros todo lo referente a la organización territorial y composición de los órganos jurisdiccionales, lo referente al modo de como actúan los jueces y los Tribunales y el régimen personal de los funcionarios y demás personal al servicio de la Administración de Justicia.

La Ley Orgánica ha sido modificada y completada por la Ley Orgánica 7/1988 que creó los juzgados de lo Penal y ha sido desarrollada por la Ley 38/1988 de Demarcación y Planta Judicial. Una reforma más amplia se ha introducido por la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, que ha afectado a diversas e importantes materias, tales como la selección y formación del personal jurisdiccional, el régimen de responsabilidad disciplinaria, competencias y potestad reglamentaria del CGPJ, entre otras. *Posteriormente, ha sido modificada en otras partes por la LO 5 /1997 y LO 13/1999.*

## **B) La Ley de Enjuiciamiento Civil**

La LEC, promulgada el 7 de enero de 2000 derogó la de 1881 que recogía, de una parte, la tradición histórica de nuestro derecho procedimental y, de otra, las escasísimas creaciones que contenía la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. Es una ley no sólo vieja sino anticuada, de escasísima técnica jurídica y deficiente conceptualización jurídico procesal; en ella se *contenían* normas generales y particulares de la llamada jurisdicción voluntaria y se *regulaban* con gran desorden tres procesos declarativos ordinarios, múltiples procesos especiales, diversas tramitaciones para el recurso de apelación, así como muy defectuosas normas reguladoras de la ejecución procesal y de las medidas cautelares.

La vigente LEC acaba con los procedimientos escritos, establece la oralidad, consigue solamente la inmediatez y dice (el legislador) reducir destacadamente el número de procesos ordinarios y especiales. Desgraciadamente no es así.

Sin embargo, técnicamente es una ley aceptable y regula, el tiempo lo confirmará, un proceso más eficaz que el anterior y sobre todo una ejecución que supera la ineficacia de la anterior.

Seguros estamos que la LEC debería ser reformada, sin miedo, sin prisas, pero sin descanso, tantas veces como la práctica demuestra su ineficacia en aspectos puntuales o generales de la misma.

## **C) La Ley de Enjuiciamiento Criminal**

En el momento de su promulgación, 14 de septiembre de 1882, la LECrim fue una ley revolucionaria que acabó con un estado de cosas absolutamente inaceptable y, sobre todo, acabó con un proceso claramente inquisitivo que permitía, entre otras cosas, la absolución en la instancia. Estableció la ley el principio de la separación entre las funciones de instrucción y las de conocimiento y fallo que se otorgaron a dos órganos judiciales distintos.

La LECrim ha sufrido importantes modificaciones que han alterado, en muchas ocasiones, el espíritu liberal y progresista que la animaba desde el momento de su promulgación. La Ley de 8 de abril de 1967 y la Ley Orgánica de 11 de noviembre de 1980, violaron de forma clara las ideas y los principios que inspiraron al legislador del siglo pasado; la reforma introducida por la Ley Orgánica 7/1988 de 28 de diciembre, volvió la legislación procesal penal a los principios inspiradores de la LECrim. últimamente, al igual que la LEC, la LECrim ha sido modificada por la Ley 10/1992 de 30 de abril de medidas urgentes, por la LO 5/1995, de 22 de mayo del Tribunal del Jurado, por la LO 10/1995 de 23 de noviembre, del CP, y por la, ya citada, Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

#### **D) Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa**

La Ley, de 27 de diciembre de 1956, permitió en su momento llevar a la práctica la tutela de los intereses y derechos de los ciudadanos frente a los actos ilegales de la Administración. *La LJCA 29/1998 de 13 de julio ha conformado un estupendo marco judicial en 1a materia.* Ley técnica, moderna, inspirada en una importante corriente doctrinal, ha sido objeto de *magnífica acogida por la doctrina y por la práctica.*

#### **E) Ley del Procedimiento Laboral**

La LPL, recogida en el Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (que sustituye al texto articulado en 1990 y que desarrolló la Ley de Bases de 13 de abril de 1989), es una ley innovadora en muchos aspectos procesales, con no pocos avances que desde el punto de vista doctrinal pueden considerarse heterodoxos; tiene, sin embargo, la virtud de ser regulación de un proceso que en términos generales y prácticos puede decirse que ofrece la tutela jurisdiccional de forma más apropiada que el resto de las leyes que regulan los procesos de otros órdenes jurisdiccionales.

#### **F) Otras leyes**

Pueden también considerarse como leyes básicas procesales la LO 2/1989 de 13 de abril que regula el Proceso Penal Militar; y la LO 2/1979 de 3 de abril que regula 1a Composición, Organización y Funcionamiento del Tribunal Constitucional a través de los distintos procesos constitucionales.