

## **TEORIA GENERAL DEL PROCESO**

### **UNIDAD ACADEMICA N° 02**

#### **Lecturas Obligatorias**

- 1. MONROY GALVEZ, Juan.** *Derecho a la Tutela Jurisdiccional.* En Teoría General del Proceso. Palestra Editores. Lima, 2007, pp 453 – 464, 496 – 525. (Perú).
- 2. PICO I JUNOY, Joan.** *Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva.* En Las Garantías Constitucionales del Proceso. José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp 40 – 85. (España).
- 3. VESCOVI, Enrique.** *Principios Procesales.* Teoría General del Proceso. Editorial Temis S.A., Bogotá, 1984, pp 247 – 258. (Uruguay).
- 4. QUINTERO Beatriz y PRIETO Eugenio.** *Teoría de la Norma Procesal.* En Teoría General del Proceso., Tomo I, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1995. pp. 231 – 292. (Colombia).

Posteriormente a la vigencia del Código, algunas disposiciones legales parecen tender a modificar el estado de déficit cuantitativo de la actividad notarial, situación anómala que ha determinado también su percepción elitista en el escenario nacional. Lamentablemente las propuestas legislativas están vigentes pero aún no se cumplen. Mientras ello no ocurra, la transferencia de los casos que así se determinen constituirá una decisión apresurada y perjudicial.

En definitiva, la llamada *jurisdicción voluntaria* supone, desde la óptica histórica, la asunción de actividades que no son jurisdiccionales, entendido este concepto en su acepción estricta. Sin embargo, reconocemos la existencia de una actividad jurisdiccional que sin ser notoriamente contenciosa cumple una función preventiva y, en ese contexto, los antecedentes de una distorsión histórica —que no es otra cosa el concepto de *jurisdicción voluntaria*— bien podrían utilizarse como cauce para esta otra finalidad (preventiva) de la jurisdicción, cuya importancia contemporánea es considerable.

Si además de esta función preventiva, apreciamos que el juez también puede cumplir un rol asistencialista de los incapaces en los casos en que estos se encuentren desvalidos y, finalmente, si reconocemos que en los actos preliminares de un futuro proceso, debe haber una intervención judicial para ser consecuentes con su posterior utilidad, parece que provisionalmente estamos en condición de asegurar que los procedimientos no contenciosos deben seguir existiendo en los ordenamientos procesales, aunque en número reducido. Anotamos que lo expresado se sustenta en una perspectiva teórica, es decir, sin desconocer las razones de política jurídica citadas anteriormente.

MONKOY GALVEZ, Juan.

Teoría General del Proceso.

Palestra Editores. Lima, 2007

## Capítulo X

### El derecho a la tutela jurisdiccional

SUMARIO: 72. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL. 73. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL ANTES Y DURANTE EL PROCESO. 74. MANIFESTACIONES PROCESALES DEL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL. 74.1. EL DERECHO DE ACCIÓN. 74.1.1. ACEPCIONES DE LA PALABRA ACCIÓN. 74.1.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE ACCIÓN. 74.1.2.1. LA ACCIÓN EN EL DERECHO ROMANO. 74.1.2.2. LA POLÉMICA ENTRE BERNARD WINDSCHEID Y THEODOR MUTHÉ. 74.1.2.3. EL DERECHO DE ACCIÓN SEGUN OSKAR VON BÜLOW. 74.1.2.4. LAS TEORÍAS DE KÖHLER Y DEGENKOLB SOBRE EL DERECHO DE ACCIÓN. 74.1.2.5. ADOLFO WACH Y LA ACCIÓN COMO DERECHO A LA TUTELA JURÍDICA. 74.1.2.6. CHIOVENDA Y EL DERECHO DE ACCIÓN. 74.1.2.7. EL DERECHO DE ACCIÓN EN CALAMANDREI. LA RECTIFICACIÓN TÁCITA DE CALAMANDREI. 74.1.2.8. CARNELUTTI Y LA CONCEPCIÓN CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO DE ACCIÓN. 74.1.2.9. LA TEORÍA DE LA ACCIÓN EN EDUARDO J. COUTURE. 74.1.2.10. LA TEORÍA DE LA ACCIÓN DE VÍCTOR FAJÉN GUILLÉN. 74.1.2.11. LA ESCUELA DEL RÍO DE LA PLATA Y EL DERECHO DE ACCIÓN. 74.1.2.12. EL DERECHO DE ACCIÓN EN LA DOCTRINA PERUANA. 74.1.3. NUESTRA OPINIÓN SOBRE EL DERECHO DE ACCIÓN. 74.1.4. LA PRETENSÓN MATERIAL Y LA PRETENSÓN PROCESAL. 74.1.5. LA ESTRUCTURA INTERNA DE LA PRETENSÓN PROCESAL. 74.1.6. LA DEMANDA Y EL EMPLAZAMIENTO. 74.1.7. LA RECONVENCIÓN Y LA CONTRAPRETENSÓN. 74.1.8. EL FUNDAMENTO DE LA RECONVENCIÓN. 74.1.9. DISTINTAS DEFINICIONES DE RECONVENCIÓN. 74.1.10. NUESTRA OPINIÓN SOBRE LA RECONVENCIÓN. 74.1.11. ALGUNOS TEMAS POLÉMICOS EN MATERIA RECONVENCIONAL. 74.2. EL DERECHO DE CONTRADICCIÓN.

#### 72. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL.

Como se expresó en el capítulo anterior, la jurisdicción es un poder, pero también un *deber*. Esto último es así porque el Estado no puede sustraerse a su cum-

plimiento. Basta que un sujeto de derechos lo solicite o exija, para que el Estado se encuentre obligado a otorgarle tutela jurídica.

Por eso se dice, nos parece que con certeza, que la *jurisdicción* tiene como contrapartida el *derecho a la tutela jurisdiccional*. Se considera que éste es el que tiene todo sujeto de derechos –sólo por el hecho de serlo– y que lo titula para exigir al Estado haga efectiva su función jurisdiccional. Así lo regula el Artículo 1º<sup>378</sup> del Título Preliminar del Código Procesal Civil peruano.

### 73. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL ANTES Y DURANTE EL PROCESO

El derecho a la tutela jurisdiccional, en tanto derecho público y subjetivo, tiene dos planos de existencia. Usando las categorías aristotélicas de *potencia* y *acto*, nos parece factible ubicar el derecho a la tutela jurisdiccional antes y durante el proceso, respectivamente.

A) En el primer caso, el *derecho a la tutela jurisdiccional antes del proceso* consiste en aquel derecho que tiene toda persona, en tanto es sujeto de derechos, de exigir al Estado provea a la sociedad de los requisitos o presupuestos materiales y jurídicos indispensables para solventar un proceso judicial en condiciones satisfactorias. Resulta absolutamente irrelevante si esa estructura material y

jurídica que debe sostener el Estado va a ser usada o no. Lo trascendente es, única y exclusivamente, que ese andamiaje destinado a solucionar conflictos aplicando el derecho que corresponde al caso concreto debe estar siempre en aptitud de conceder a los ciudadanos la posibilidad de un tratamiento certero, eficaz y homogéneo a su exigencia de justicia.

Horacio D. ROSATI –profesor argentino que ha estudiado esta temática– expresa al respecto:

*«El derecho a la jurisdicción antes del proceso es el derecho a exigir del Estado –monopolizador del servicio de administración de justicia– el cumplimiento de los presupuestos jurídicos y fácticos necesarios para satisfacer el cometido jurisdiccional ante la eventualidad de una litis concreta»*<sup>379</sup>.

Es de opinión similar el apreciado constitucionalista Germán J. BIDART CAMPOS:

*«El derecho a la jurisdicción es un supuesto de la actividad procesal que, en su primera etapa, aparece como previo al proceso, pero que, no agotándose con el acceso al órgano judicial se desenvuelve al hilo del proceso hasta la sentencia firme»*<sup>380</sup>.

Como se advierte, el deber estatal de asegurar tutela jurídica a sus ciudadanos tiene exigencias que son previas al inicio de un proceso en concreto. Así, es imprescindible la existencia de un órgano estatal –autónomo, capaz y objetivo– encargado con exclusividad de la resolución de conflictos. Asimismo, es deber del Estado con-

378 «Artículo I.- Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.- Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso».

379 ROSATI, Horacio D. *El Derecho a la Jurisdicción antes del Proceso*. Buenos Aires. Depalma. 1984, p. 47.

380 BIDART CAMPOS, Germán J. *Régimen legal y jurisprudencia del amparo*. Buenos Aires. EDIAR. 1969, p. 17.

tar con pautas reguladoras de la actividad a realizarse al interior de un eventual proceso, es decir, debe proveer con anticipación la vigencia de normas procesales que aseguren un tratamiento social sencillo, didáctico y expeditivo del eventual conflicto que se pueda producir. Igualmente, el Estado debe proveer a la comunidad de una infraestructura adecuada a fin de que el servicio de justicia sea brindado en condiciones satisfactorias, cuando sea requerido.

Se trata, para expresarlo de otra manera, de que el Estado se comporte como lo haría una empresa de seguros respecto de sus asegurados. Es decir, teniendo y manteniendo las condiciones necesarias para dar atención inmediata al asegurado en el caso de que lo requiera, prescindiendo absolutamente de si el supuesto material generador de la atención —el siniestro— pudiera jamás presentarse.

Resulta irrelevante si todas o ciertas personas van a litigar alguna vez, el derecho a la tutela jurisdiccional antes del proceso le impone al Estado el deber de proveer a la comunidad de los elementos indispensables para que su pretensión sea procesalizada de la manera más idónea.

B) *El derecho a la tutela jurisdiccional durante el proceso*, en cambio, contiene el haz de derechos esenciales que el Estado debe proveer a todo justiciable que participe en un proceso judicial. Este mismo derecho puede desdoblarse —teniendo en cuenta su contenido y momento de su exigibilidad— en *derecho al proceso* y *derecho en el proceso*.

La historia guarda el 17 de junio de 1215 como la fecha en la que los barones ingleses arrancaron al Rey Juan sin Tierra —en las praderas de Runnymede— algunos

derechos básicos que les aseguraran un «juicio correcto». Lejos estaban los barones de saber que los derechos que reivindicaron aquel día iban con el tiempo a desarrollarse y consolidarse como un grupo de derechos esenciales e inalienables que, en cualquier sociedad contemporánea, son el fundamento supremo y la razón esencial para que los derechos y la libertad de un individuo no sean agraviados en un proceso, sea por el Estado sea por cualquiera que pretenda hacer un uso abusivo de aquél.

Refiriéndose a la trascendencia de estos derechos, cuyo reconocimiento constitucional es la mejor expresión de su destacada importancia, la profesora Ada PELLEGRINI GRINOVER nos dice:

*«El Estado de derecho sólo puede asumir su real estructura a través de estos instrumentos procesales-constitucionales que tutelan los derechos fundamentales del hombre. Se trata, siguiendo a COUTURE, de hacer que el derecho no quede a merced del proceso, ni que sucumba por ausencia o insuficiencia de éste; ya que no hay libertades públicas sino cuando se dispone de los medios jurídicos que imponen su respeto; y fundamentalmente, esos medios, sabemos, se ejercen a través de la función jurisdiccional»<sup>381</sup>.*

Este derecho al proceso empezó a manifestarse hace más de siete siglos —en el episodio histórico que antes describimos— y fue en principio el derecho de todo ciudadano a no ser condenado sin que medie un *juicio previo*.

Durante siglos de constante y permanente evolución, este concepto se fue enriqueciendo. Así, de *juicio previo*

381 PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Proceso y régimen constitucional*. Trad. de Julio O. Chiappini y Jorge W. Peyrano. En: *Juris*. 22 de mayo de 1982, p. 4.

pasó con el tiempo a ser *previo juicio* y, más adelante, lo que hoy conocemos con el nombre de *debido proceso legal*, concepto que implica no sólo que nadie puede ser «sorprendido» con los resultados de un proceso que no conoció, sino también que debe proveérsele de un plexo de derechos esenciales durante el desarrollo de éste.

Lo expresado al final del párrafo anterior es lo que denominamos *derecho en el proceso*. Una vez que un ciudadano empieza a involucrarse en un proceso, voluntaria u obligatoriamente, el Estado debe asegurarle que durante su tramitación no se encuentre en desventaja para expresar su posición jurídica, sea probando su derecho, alegando, impugnando y asegurando la ejecución de lo decidido en definitiva. Lo señalado es aplicable prescindiendo de la naturaleza de la materia jurídica (civil, penal, comercial, etc.).

El Estado, asimismo, ha provisto anticipadamente, a los sujetos que participan en un conflicto, de un ordenamiento procesal compuesto por normas, regularmente imperativas, respecto de su conducta al interior de un proceso judicial. Precisamente, su cumplimiento debe asegurar el derecho de participación de todos los sujetos en condiciones plenas.

El derecho en el proceso, llamado también *debido proceso objetivo* o *garantía de defensa en juicio*, es en realidad el derecho a recibir del Estado prestación de justicia al caso concreto. Para expresarlo de manera distinta, es el derecho a que un juez natural (competente) resuelva un conflicto con conocimiento, imparcialidad, aplicando el derecho que corresponda al caso concreto y cumpliendo con el procedimiento establecido.

Si a lo expresado sobre el derecho al proceso le agregamos lo descrito sobre el derecho en el proceso, nos encontramos con un conjunto de derechos esenciales a la persona humana, los que a su vez han configurado, luego de una lenta pero exitosa evolución histórica, una suerte de megaderecho que contemporáneamente ha recibido el nombre de debido proceso legal o *due process of law*<sup>382</sup>. En nuestra opinión, entre el derecho a la tutela jurisdiccional y el derecho a un debido proceso, existe la misma relación que se presenta entre la anatomía y la fisiología cuando se estudia un órgano vivo, es decir, la diferencia sólo reside en la visión estática y dinámica de

382 «Es un derecho fundamental, natural o humano que tiene toda persona que le faculta a exigir del Estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez responsable, competente e independiente; pues el Estado no sólo está obligado a proveer la prestación jurisdiccional (cuando se ejercitan los derechos de acción y contradicción) sino a proveerlas bajo determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo; por consiguiente, es un derecho esencial que tiene no solamente un contenido procesal y constitucional, sino también un contenido humano de acceder libre y permanente a un sistema judicial imparcial». TICONA POSTIGO, Víctor. *Análisis y Comentarios del Código Procesal Civil*. Lima. Grijley. 1995. T. I, p. 8.

Nota del Autor: Más adelante, en la misma obra, se enumeran los elementos que conforman el derecho a un debido proceso y se cita: Intervención de un Juez independiente, responsable y competente, la realización de un emplazamiento válido, el derecho a ser oído o derecho a audiencia, la oportunidad probatoria, la fundamentación del fallo, el control constitucional del proceso y la doble instancia. Por nuestra parte podríamos agregar: la defensa y asistencia de letrado, el derecho a ser informado de la acusación o la pretensión formulada, el uso del propio idioma, la publicidad del proceso, su duración razonable, entre otros. TICONA POSTIGO, Ver. *Ibidem*, pp. 9 y 10.

cada disciplina, respectivamente. El primero es el postulado, la abstracción; en cambio, el segundo es la manifestación concreta del primero, es su actuación.

#### 74. MANIFESTACIONES PROCESALES DEL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL

El derecho a la tutela jurisdiccional, descrito anteriormente desde la perspectiva del derecho constitucional, es decir, como expresión de uno de los derechos esenciales del hombre, tiene manifestaciones concretas dentro del proceso desde la mira del justiciable, vale decir del requerido de tutela jurisdiccional. Así, encontramos que tal derecho se empieza a materializar en el proceso a través del *derecho de acción* y del *derecho de contradicción*.

##### 74.1. El derecho de acción

Cuando anteriormente se hizo referencia a la trilogía en torno de la cual se desenvuelven los estudios procesales, se empezó a advertir la importancia del derecho de acción. De la misma manera que la jurisdicción —cuyo estudio, como ya se expresó también, está comprometido con otras disciplinas— el derecho de acción no tiene una naturaleza puramente procesal. Si bien ésta es su expresión concreta, se trata de un derecho tan estrechamente vinculado al ser de un sujeto de derechos, que su naturaleza es constitucional. El derecho de acción forma parte del elenco de derechos que son configurativos de los derechos humanos básicos.

Resulta de considerable importancia describir la evolución de los estudios sobre el derecho de acción. De he-

cho, el tránsito de la etapa precientífica a la científica de los estudios procesales ha sido, en buena medida, la evolución de los conceptos y las teorías acerca de la naturaleza jurídica del derecho de *acción*. Asimismo, cualquiera que sea la definición de derecho de acción que se asuma estará directamente ligada con la concepción del derecho y con la ideología jurídica que se tenga. En el plano concreto del proceso, el concepto de *acción* que se acoja será parte del sustento para la explicación de la naturaleza jurídica de las instituciones más importantes del derecho procesal.

A pesar de su trascendencia, el derecho de acción ha sido —y creemos que no ha dejado de serlo— uno de los conceptos más difíciles y complicados de ser definidos en la historia del derecho contemporáneo. Hay una frase muy conocida de Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO que ilustra, con claridad insuperable, la complejidad del concepto de *acción*:

«La jurisdicción se sabe qué es, pero no se sabe dónde está; el proceso se sabe dónde está, pero no se sabe qué es; la acción no se sabe qué es ni dónde está»<sup>383</sup>.

En la misma línea de ALCALÁ-ZAMORA se pronuncia el profesor argentino Amílcar MERCADER<sup>384</sup>.

383 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición...*, cit., p. 99.

384 «Es una verdadera estantigua mal pergeñada en las páginas narrativas de la literatura del derecho, que pasa como una sombra huidiza tras de la que se arrastran los más diversos predicados». Amílcar A. MERCADER. *La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico*. Buenos Aires. Depalma. 1944, p. 167.

#### 74.1.1. Acepciones de la palabra acción

Sin salirnos del campo jurídico, es perfectamente factible encontrar distintas acepciones en las que suele ser utilizado el vocablo *acción*. A efectos de no afectar el sentido, transcribimos las acepciones que COUTURE ha encontrado:

«De acción en sentido procesal se puede hablar, cuando menos, en tres acepciones distintas:

a) Como sinónimo de derecho; es el sentido que tiene el vocablo cuando se dice 'el actor carece de acción', o se hace valer la exceptio sine actione agit, lo que significa que el actor carece de un derecho efectivo que el juicio deba tutelar.

b) Como sinónimo de pretensión; es este el sentido más usual del vocablo, en doctrina y en legislación; se halla recogido con frecuencia en los textos legislativos del siglo XIX que mantienen su vigencia aún en nuestros días; se habla, entonces, de 'acción fundada y acción infundada', de 'acción real y acción personal', de 'acción civil y acción penal', de 'acción triunfante y acción desechada'. En estos vocablos, la acción es la pretensión de que se tiene un derecho válido y en nombre del cual se promueve la demanda respectiva. En cierto modo, ésta aceptación de la acción, como pretensión, se proyecta sobre la demanda en sentido sustancial y se podría utilizar indistintamente diciendo 'demanda fundada e infundada', 'demanda (de tutela) de un derecho real o personal', etc. Es, decimos, el lenguaje habitual del foro y de la escuela de muchos países.

c) Como sinónimo de facultad de provocar la actividad de la jurisdicción; se habla, entonces, de un poder jurídico que tiene todo individuo como tal, y en nombre del cual le es posible acudir ante los jueces en demanda de amparo a su pretensión. El hecho de que esta pretensión sea fundada o infundada no afecta la naturaleza del poder jurídico de accionar; pueden promover sus acciones en justicia aún aquellos que erróneamente se consideran asistidos de razón»<sup>385</sup>.

385 Eduardo J. COUTURE. *Fundamentos...*, cit., pp. 60 y 61.

Sin perjuicio de desarrollarse más adelante el concepto de acción que hace suyo el insigne maestro uruguayo, agregamos una acepción a las descritas. Se trata del concepto de acción como *procedimiento*, tal como suele utilizarse especialmente en los casos de justicia constitucional. Así, cuando se hace referencia a la acción de habeas corpus, acción de amparo o acción de inconstitucionalidad, en realidad no se está nombrando al *derecho*, tampoco a la *pretensión* y, por cierto, mucho menos al *poder jurídico de pedir tutela jurídica*. En realidad sólo se trata de la denominación que se le otorga a la actividad judicial realizada para la obtención de una declaración referida a la protección de un derecho constitucional determinado, en tal sentido, se está usando el concepto *acción* en reemplazo de la *vía procedimental utilizada*.

Estas distintas acepciones trajeron consigo situaciones a veces contradictorias y otras absurdas, como el famoso retruécano de REDENTI<sup>386</sup> (cuando el concepto usado en una proposición se invierte en la siguiente, a fin de que el sentido de la última sea contrario a la primera).

Estas imprecisiones conceptuales dieron lugar a un comentario de DEVIS ECHANDÍA<sup>387</sup>, que si bien se refiere al

386 «Con la acción (actividad procesal) se propone al juez la acción (pretensión), y él dirá si existe la acción (derecho)». REDENTI, ENRICO. *Cit.*, T. I, p. 52.

387 «Nuestro Código utiliza el término *acción* muy inapropiadamente, pues confunde la acción con la pretensión contenida en la demanda, como cuando se refiere a las acciones contenidas en ella y a la acumulación de acciones, a la competencia por la cuantía o valor de la acción y a las acciones de mayor o menor cuantía (art. 196), y cuando dice que el demandado es la persona contra quien se dirige la acción (art. 227). Otras veces usa el término en un sentido

ordenamiento procesal civil de su país a la fecha ya derogado, es útil para explicar el caos en el que se ha venido tratando el tema. Por lo demás, la frase transcrita es de plena aplicación al ordenamiento procesal civil peruano que estuvo vigente entre 1912 y 1993 y, en consecuencia, causa directa del lamentable uso que se ha hecho y aún se hace del instituto en estudio en el Perú.

Reiterando lo expresado a propósito de la evolución del concepto de acción, manifestamos que ésta es, a su vez, la historia del tránsito del procedimentalismo al procesalismo, vale decir, de la concepción tradicional y minusválida de la actividad procesal a su estudio científico. Sin embargo, la historia del derecho de acción es también el recuento de la evolución de los estudios científicos del proceso —desde sus albores, su crisis, hasta su reivindicación— concebido éste como instrumento para asegurar la vigencia de los derechos al interior de un Estado, pasando inclusive por su crisis originada en el exceso de disquisiciones teóricas.

Lo expresado en el párrafo anterior justifica que a continuación describamos las teorías más importantes respecto de la naturaleza jurídica del derecho de acción, empezando por aquéllas vigentes desde antes de su desarrollo científico hasta llegar a las contemporáneas.

material y no procesal, para distinguir la clase de pretensión o de litigio planteado en la demanda, y así dice que la acción es real, en el sentido de que el demandante persigue un determinado bien mueble o inmueble (art. 152, ord. 7<sup>o</sup>) y de que hay acción de nulidad cuando se pide la nulidad de un acto o contrato (art. 477)». DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Tratado de derecho...*, cit., T. I, p. 389.

## 74.1.2 Evolución histórica del concepto de acción

### 74.1.2.1. La acción en el derecho romano

No es novedad que aún a la fecha, en los estrados judiciales se utiliza el concepto *acción* en la acepción vigente en el derecho romano. Sin embargo, adviértase que en la etapa germinal de este derecho, la acción se encontraba emparentada con el ejercicio de la fuerza bruta, aquello que en el primer capítulo denominamos *acción directa*. J.M. URÍA describe así esta situación:

«(...) la actio, en los tiempos primitivos del Status Civitas, constituyó el acto de guerra con que una gens reaccionaba contra la violación de un derecho suyo, cierto y auténtico perpetrada por otra gens, para el efecto de recuperar, por la fuerza física o material, el territorio u otras cosas propias, de que se apoderó el Fur»<sup>388</sup>.

Sin embargo, casi desde la aparición del proceso en el derecho romano, concretamente en el *procedimiento de las acciones de la ley*, el concepto de acción adquiere un contenido distinto, concretamente se trata del conjunto de ritos —entiéndase formalidades— que se deben cumplir para iniciar y proseguir un proceso.

Gayo cita un caso que se ha hecho famoso como ejemplo del excesivo formalismo al que se adhirió el procedimiento durante esta etapa<sup>389</sup>. Una persona demandó a

388 URÍA, J.M. *Derecho romano*. Bogotá. Imprenta del Corazón de Jesús, p. 469.

389 «Unde eum qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est rem perdidisse, cum debuisset arbores nominare eo, quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur». (Por lo que se ha respondido que quien hubiere accionado acerca de vides cortadas

Esta influencia del derecho constitucional en el derecho procesal, que es recíproca —el derecho constitucional también está afectado por el derecho procesal— ha determinado que la naturaleza de las instituciones procesales básicas pueda ser explicada a partir de su esencia constitucional.

En tal consideración, nos parece que el *derecho de acción* es aquel derecho de naturaleza constitucional, inherente a todo sujeto —en cuanto es expresión esencial de éste— que lo faculta a exigir al Estado tutela jurisdiccional para un caso concreto. Como afirma FIX ZAMUDIO, al derecho de acción debe concebirsele «(...) como un derecho humano a la justicia»<sup>424</sup>.

Afirmada su esencia constitucional, notamos que al interior del derecho de acción hay algunas características que lo distinguen. Se trata de un derecho que es *público, subjetivo, abstracto y autónomo*. Expliquemos brevemente estos rasgos.

Como todo derecho, tiene un receptor u obligado cuando es ejercido. Es decir, alguien que soporta el deber de satisfacerlo. En el presente caso, el sujeto pasivo del derecho de acción es el Estado, hacia él se dirige el derecho, desde que su ejercicio no es nada más que la exigencia de tutela jurisdiccional para un caso específico. Ésta es la razón por la que estamos ante un derecho de naturaleza *pública*.

Es *subjetivo* porque se encuentra permanentemente presente en todo sujeto de derechos por la sola razón de

74.1.3. Nuestra opinión sobre el derecho de acción

En nuestra opinión, la naturaleza jurídica de las categorías esenciales básicas, como el *derecho de acción*, sueñe nutrirse de las exigencias humanas de un momento históricamente determinado. Con tal premisa, nos parece que el derecho procesal contemporáneo se encuentra fuertemente influido por la necesidad de hacer efectivos los derechos constitucionales. Todos los acontecimientos históricos de los últimos cincuenta años confirman la tesis que el bienestar y la grandeza de una sociedad sólo se logran cuando los derechos de los ciudadanos están garantizados respecto de la arbitrariedad de quien o quienes ejercen el poder. En este contexto, los derechos que otorgan a toda persona la oportunidad de exigir la eficacia de sus derechos materiales tienen una importancia crucial, por tanto, deben tener un reconocimiento constitucional.

424 FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso*. Presentado en las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Madrid (España) en el año 1985, p. 13.

serlo, con absoluta irrelevancia de si está en condiciones de hacerlo efectivo. Exagerando la tesis –aunque sin desvirtuarla– podríamos decir que un concebido tiene derecho de acción, con prescindencia de su aptitud para ejercerlo y de los mecanismos previstos en la ley para que –por representación– tal acto ocurra.

Es *abstracto* porque no requiere de un derecho sustancial o material que lo sustente o impulse, es decir, es un derecho continente, no tiene contenido; se realiza como exigencia, como demanda de justicia, como petición de derecho, con absoluta prescindencia de si este derecho tiene existencia.

Por otro lado, el derecho de acción es *autónomo* porque tiene requisitos, presupuestos, teorías explicativas sobre su naturaleza jurídica, normas reguladoras de su ejercicio, etc.

#### 74.1.4. La pretensión material y la pretensión procesal

Al ser abstracto, el derecho de acción carece de existencia material: es sólo un impulso de exigir tutela jurisdiccional al Estado. Sin embargo, es cierto también que realizamos tal actividad cuando tenemos una exigencia material y concreta respecto de otra persona o de otro sujeto de derechos, es decir, cuando tenemos un interés con relevancia jurídica respecto de un bien tutelado, que es resistido por otro.

El acto de exigir algo –que debe tener por cierto la calidad de caso justiciable, es decir, relevancia jurídica– a otro, antes del inicio de un proceso se denomina *pretensión material*. La pretensión material no necesariamente es el punto de partida de un proceso. Así, es factible que

un sujeto interponga una demanda sin antes haber exigido a la persona que ahora demanda, la satisfacción de la pretensión. Por otro lado, tampoco lo es porque puede ocurrir que al ser exigida la satisfacción de una pretensión material, ésta sea cumplida por el requerido. En consecuencia, puede haber pretensión material sin proceso y proceso sin pretensión material.

Veamos el siguiente ejemplo: concluido un contrato de arrendamiento, el propietario le solicita al arrendatario la devolución del predio. Sin embargo, este último le solicita un plazo mínimo para entregarle el bien. Si transcurrido este plazo el arrendatario devuelve el predio al propietario, no se habrá producido un conflicto de intereses, dado que la *pretensión material* del propietario fue satisfecha primariamente.

Adviértase que en el contrato se pactó un plazo y que el sistema jurídico concede a quien tenga un plazo vencido a su favor, la facultad de exigir judicialmente el cumplimiento de la prestación pendiente. Sin embargo, si bien no está previsto en el derecho positivo, el propietario requirió previamente al arrendatario el cumplimiento de la prestación sin necesidad de recurrir a los tribunales. Este acto de exigir la satisfacción de un interés con relevancia jurídica de manera extrajudicial, es la *pretensión material*.

Refiriéndose a la *pretensión material*, y tomando como ejemplo un préstamo de dinero, RAMÍREZ ARCILA<sup>425</sup> expresa:

425 RAMÍREZ ARCILA, Carlos. *La Pretensión Procesal*. Bogotá, Temis, 1986, p. 8.

no es posible en un Estado de derecho, sólo afirmamos que tiene muchas más alternativas de exigibilidad que el titular de una pretensión procesal, ergo, un demandante, dado que éste debe regular su conducta a lo que las normas procesales prescriben.

A pesar de lo expresado, la definitividad (autoridad de la cosa juzgada) y la coercitividad propias de la jurisdicción, le otorgan a la *pretensión procesal* privilegios de los cuales la exigencia privada carece. Hasta es la razón, además, de su trascendencia social.

#### 74.1.5. La estructura interna de la pretensión procesal

Siendo la pretensión procesal el núcleo de la demanda, y en consecuencia, el elemento central de la relación procesal, resulta necesario describir qué elementos la conforman.

Dado que se trata de una manifestación de voluntad por la que se exige algo de otro, la *pretensión procesal* debe tener *fundamentación jurídica*, es decir, atrás de la exigencia del pretensor, debe invocarse un derecho subjetivo que sustente el reclamo.

Si tomamos como ejemplo un contrato de arrendamiento cuyo plazo ha vencido, en donde el arrendatario no ha devuelto la posesión, el propietario deberá interponer una demanda de desalojo por vencimiento de contrato para lograr su recuperación. En esa demanda, las normas de derecho material que regulan el cumplimiento de los contratos, los plazos convenidos en ellos, así como el derecho de posesión, serán la fundamentación jurídica de la *pretensión procesal*.

«Al hacer la reclamación o petición directa, al cobrar directamente el dinero al deudor, el acreedor está ejerciendo una pretensión, la pretensión de que se le pague su dinero. De esta pretensión no podemos decir que sea genérica, porque se trata de un caso concreto. Tampoco podemos decir que sea procesal, porque para nada ha intervenido el proceso. Y como se trata de una intervención directa en la cual se ha ejercido una pretensión, para llamarla de alguna forma, unos le dicen material, otros sustancial, otros civil. Esta es, pues, la pretensión material, sustancial o civil, y es una pretensión que, como puede verse, tiene sujetos: sujeto activo y sujeto pasivo, el acreedor y el deudor; tiene objeto, que es el dinero que se reclama, y tiene causa, que es el contrato de préstamo».

Sin embargo, cuando la pretensión material no es satisfecha y el titular de esta carece de alternativas extrajudiciales para exigir o lograr que tal hecho ocurra, entonces sólo queda el camino de la jurisdicción. Esto significa que el titular de una pretensión material, utilizando su derecho de acción, puede convertirla -sin necesidad de hacerla desaparecer- en *pretensión procesal*, la que no es otra cosa que la manifestación de voluntad por la que un sujeto de derechos exige algo a otro a través del Estado, concretamente utilizando sus órganos especializados en la solución de conflictos, llamados también *jurisdiccionales*.

Notese que la *pretensión procesal* difiere sustancialmente de la *pretensión material*. A pesar de la homogeneidad de sus contenidos, los niveles de exigencia de cumplimiento son distintos. El titular de una pretensión material goza de una amplia libertad en el ejercicio de su exigencia puede enviar una carta notarial, requerir el cumplimiento a viva voz, en fin. No estamos diciendo que puede hacer lo que quiera, porque sabemos que eso

Por otro lado, además de la fundamentación jurídica, la pretensión procesal debe sustentarse en la ocurrencia de cierto número de hechos cuya eventual acreditación posterior a través de la actividad probatoria permitirá que la pretensión contenida en la demanda sea declarada fundada. En este caso, se trata de los *fundamentos de hecho*.

Si bien hay procesos en donde este elemento de la pretensión no existe, es decir, no hay hechos discutidos, esta situación es absolutamente excepcional. En el ejemplo antes dado, los fundamentos de hecho de la demanda de desalojo serían la ocupación del predio por parte del demandado, la existencia del contrato de arrendamiento, entre otros.

Estos dos elementos de la pretensión procesal, los fundamentos de derecho y de hecho, apreciados de manera conjunta, se conocen con el nombre genérico de *causa petendi, iuris petitum o iuris petitio*. Otros autores han castellanizado el concepto y se refieren a él como la *causa o razón de pedir*.

Asimismo, la pretensión procesal tiene un elemento central, éste es el *pedido concreto*, es decir, aquello que en el campo de la realidad es lo que el pretensor quiere sea una actuación del pretendido o, sea una declaración del órgano jurisdiccional.

Este elemento de la pretensión procesal recibe el nombre de *petitorio*, aun cuando en doctrina suele llamársele también *petitum o petitio*. Inclusive un sector de la doctrina identifica este *petitorio* con lo que se denomina el *objeto de la pretensión*. Tomando como base el ejemplo del que nos venimos sirviendo, el *petitorio* estaría conforma-

do por la recuperación de la posesión por parte del demandante.

#### 74.1.6. La demanda y el emplazamiento

El derecho de acción es —como se ha advertido— el medio que permite esta transformación de la pretensión material en procesal. Sin embargo, este medio, por ser abstracto, necesita de una expresión concreta, de allí que se instrumenta a través de un acto jurídico procesal llamado *demanda*. Este acto jurídico podemos definirlo como una declaración de voluntad a través de la cual un pretensor expresa su pedido de tutela jurídica al Estado y, a su vez, manifiesta su exigencia al pretendido respecto de un interés sustentado en un derecho subjetivo, es decir, con relevancia jurídica.

La demanda es el primer acto que ocurre en un proceso, es su punto de partida. En opinión de CHIOVENDA<sup>426</sup>:

«La demanda judicial, en general, es el acto con que la parte (actora), afirmando la existencia de una voluntad concreta de la ley que le garantiza un bien, declara la voluntad de que la ley sea actuada frente a otra parte (demandado), e invoca para este fin la autoridad del órgano jurisdiccional».

Es interesante también el concepto que ARLAS tiene de la demanda<sup>427</sup>:

«Es la petición que el actor dirige al juez para que produzca el proceso y a través de él satisfaga su pretensión. Es también un acto jurídico procesal, no un derecho».

426 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones...*, cit., T. I. 1954, p. 183.

427 ARLAS, José A. *Curso de Derecho Procesal*. Montevideo. M.B.A. 1974, p. 112.

En definitiva, la demanda es el instrumento procesal a través del cual se ejercita el derecho de acción. Asimismo, es el medio a través del cual se inicia el proceso, es decir, empieza esa compleja trama de relaciones jurídicas destinadas a obtener una solución del conflicto de intereses.

Por cierto, desde una perspectiva doctrinal, la demanda es la manifestación concreta del principio de la iniciativa privada, es decir, aquél que nos enseña que un proceso no puede empezar por decisión del órgano jurisdiccional, sino por interés directo del titular del derecho que sustenta la pretensión o exigencia.

Si bien la demanda es un acto procesal de singular importancia, se admite —en circunstancias muy concretas— que aspectos esenciales de ésta, como la pretensión, puedan ser *modificados*. Esta oportunidad sólo le está concedida al demandante, es decir, el titular del derecho de acción es el único apto para producir un cambio en la demanda. Sin embargo, siendo una circunstancia tan excepcional, el demandante sólo puede ejercer esta facultad dentro de un plazo precario, que dura hasta antes que la demanda sea notificada.

La razón es evidente, una vez conocidas por el demandado las pretensiones que la demanda contiene, una modificación del contenido de la demanda implicaría dos situaciones alternativas pero igualmente perjudiciales: un severo caso de indefensión para el demandado o, en todo caso, un injustificable retraso en el tramitación del proceso, dado que la modificación realizada con posterioridad al emplazamiento tendría que ser nuevamente notificada.

Una situación distinta de la modificación es la *ampliación* del petitorio contenido en la demanda, la que también puede ser intentada por el demandante, pero atendiendo a requisitos específicos: a) que en la demanda haya expresado que se reserva el derecho de hacerlo durante el iter procesal y b) esta ampliación sólo es procedente en aquellos casos en los que la pretensión contiene como exigencia una obligación de cumplimiento sucesivo, la que se va a ir venciendo o devengando con posterioridad a la notificación de la demanda o emplazamiento.

Tanto la modificación como la ampliación son también aplicables a la reconvencción, siendo titular de tales facultades, en este caso, el demandado-reconviniendo. Ambas facultades están reguladas en el nuevo Código Procesal Civil del Perú<sup>428</sup>.

El *emplazamiento* es el acto procesal a través del cual se pone en conocimiento del demandado el inicio de un proceso en su contra. Es un típico acto de notificación, sin embargo, tiene una considerable trascendencia en el proceso, habida cuenta de que es el momento en que la relación jurídica procesal queda perfeccionada.

428 «Artículo 428.- Modificación y ampliación de la demanda.- El demandante puede modificar la demanda antes que ésta sea notificada.

Puede, también, ampliar la cuantía de lo pretendido si antes de la sentencia vencieran nuevos plazos o cuotas originadas en la misma relación obligacional, siempre que en la demanda se haya reservado tal derecho. A este efecto, se consideran comunes a la ampliación de los trámites precedentes y se tramitará únicamente con un traslado a la otra parte.

Iguales derechos de modificación y ampliación tiene el demandado que formula reconvencción».

Ésta es la razón por la que los ordenamientos procesales regulan los requisitos para su actuación válida. Inclusive no debe olvidarse que el acto del emplazamiento es el que determina el inicio o la conclusión de muchos derechos o deberes para los sujetos en conflicto. Así, el emplazamiento determina la fijación definitiva de la competencia respecto del demandante, el inicio del cómputo del plazo desde el cual se incurre en mora cuando corresponda, la interrupción de la prescripción extintiva y otros efectos más que al derecho positivo respectivo le pueda interesar otorgarle.

El nuevo Código peruano enumera los efectos del emplazamiento en su artículo 438<sup>429</sup>.

#### 74.1.7. La reconvención y la contrapretensión

«La palabra reconvención deriva de la palabra latina reconventio, que a su vez deriva de conventio (demanda) y del prefijo re, que denota repetición, o de rei y conventio (la demanda del demandado): conserva, pues, el mismo sonido de la voz que proviene, de idéntica manera como ocurre con el resto de los idiomas derivados del latín (en francés es conocida por reconvention, en italiano por reconvenzione); e in-

429 «Artículo 438.- Efectos del emplazamiento.- El emplazamiento válido con la demanda produce los siguientes efectos:

1. La competencia inicial no podrá ser modificada, aunque posteriormente varíen las circunstancias que la determinaron.
2. El petitorio no podrá ser modificado fuera de los casos permitidos en este Código.
3. No es jurídicamente posible iniciar otro proceso con el mismo petitorio.
4. Interrumpe la prescripción extintiva».

cluso se forma de las mismas raíces en la lengua alemana, en la que se llama Wiederklage, palabra compuesta de Wieder, que se puede traducir por nuevo, nuevamente u otra vez, y de klage, que es demanda principal; y también se traduce reconvencción en alemán, alguna vez, por Widerklage, que equivale literalmente a contrademanda. Semejantemente ocurre en inglés, en el que se traduce la reconvencción con la palabra counter-claim»<sup>430</sup>.

El párrafo transcrito de SAMPONS DELGADO no sólo describe el origen etimológico de la palabra reconvención, sino que además sirve para acreditar que en algunos conceptos jurídicos, tal origen resulta harto explicativo de la naturaleza jurídica de las instituciones que así se denominan. Sin embargo, tal vez porque el proceso es aquella parte del derecho que se encuentra más ligado a la dinámica social, la acepción etimológica deviene muy pronto en anacrónica y por ello insuficiente para describir la utilidad práctica y actual de algunas de sus instituciones. Ésta es la razón por la cual resulta necesario ampliar algunos detalles sobre la reconvención.

#### 74.1.8. El fundamento de la reconvención

Las instituciones procesales son expresiones concretas del sistema procesal vigente en una determinada sociedad. Como los principios procesales son las líneas vectoriales que orientan la ideología de un determinado sistema, la manera más idónea de descubrir la naturaleza jurídica de una institución procesal es conocer cuál es el principio procesal que hace efectivo.

430 SAMPONS DELGADO, M. *La reconvención*. Barcelona. Colección Nereo. 1962, p. 8. punto 2o.

En el caso de la reconvencción, sin duda alguna, su fundamento no es otro que el *principio de economía procesal*. Como se sabe, el desarrollo de un proceso importa un consumo de tiempo, gasto y esfuerzo. Siendo así, concederle al demandado la oportunidad de demandar a quien lo haya emplazado utilizando el mismo proceso, va a significar, en principio, que no se requerirá de otro proceso; es decir, al mismo tiempo que cada una de las partes cumple con su rol original (demandante y demandado), puede invertir su calidad, sin dispendio de tiempo y tampoco de esfuerzo.

Refiriéndose al fundamento de la reconvencción, MORELLO afirma:

*«(...) se satisface con ello un principio de economía procesal pues se evita la multiplicidad de juicios y se facilita la acción de la justicia»<sup>431</sup>.*

Esta concepción de la reconvencción no es novedosa; con anterioridad al desarrollo científico del proceso ya se tenía la misma idea sobre su utilidad aun cuando por razones obvias no se hacía referencia al principio de economía procesal. Así se aprecia de la opinión de MANRESA Y NAVARRO:

*«La reconvencción ha sido introducida en beneficio público y de los mismos litigantes, pues interesa a la sociedad que se disminuyan los pleitos y a aquéllos el obtener la declaración de sus derechos con los menos dispendios e incomodidades posibles(...). Por estas razones nadie ha puesto en duda las ventajas de la reconvencción, admitida también en las legislaciones extranjeras(...)»<sup>432</sup>.*

431 MORELLO, Augusto M. y otros. *Códigos Procesales en lo Civil...*, cit., T. IV, p. 445. punto B.

432 MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada*. Madrid. Reus. 1944. T. III, p. 215.

#### 74.1.9. Distintas definiciones de reconvencción

A continuación detallaremos algunas definiciones de reconvencción, para al final describir la que hacemos nuestra.

a) El jurista argentino Roberto BERIZONCE dice: «La reconvencción es una nueva acción deducida por el demandado contra el actor en el escrito de responde, con el objeto de que el mismo juez que conoce en la demanda originaria principal la resuelva, por los mismos trámites y en una sola sentencia»<sup>433</sup>. Tenemos dos objeciones a esta definición. La primera es el uso que el profesor platense hace del concepto de *acción*. La reconvencción tiene como origen el ejercicio del derecho de acción por parte del demandado, pero tal afirmación no alcanza para decir que se trata de una «nueva acción». En realidad, con tal frase, BERIZONCE se está refiriendo a la pretensión dirigida por el demandado contra el demandante, dado que, como bien sabemos, el derecho de acción no va dirigido a la otra parte sino al Estado, representado en el proceso por el Juez.

La segunda es que la definición no precisa si hace referencia a la reconvencción o a una contrapretensión, tema que nos parece central para precisar la naturaleza jurídica de la institución en estudio.

b) El maestro Carlo CARLI-Clemente DÍAZ- dice: «La reconvencción es la demanda autónoma que el demandado, al contestar la demanda introduce en el proceso dirigida contra el actor, independientemente de la suerte de

433 O BERIZONCE, Roberto. *La Reconvencción*. En: *Jus*, VI, pp. 88 y 89.

la pretensión de éste»<sup>434</sup>. Participamos en mucho de la definición del notable procesalista. En estricto, si se afirma que la reconvencción es el ejercicio del derecho de acción, no queda duda que la reconvencción es la demanda del demandado. Asimismo, cuando CARLI afirma que la reconvencción es una demanda autónoma, la define diferenciándola de la contrapretensión.

c) Por otro lado, CARNELUTTI enseña: «Se habla de reconvencción siempre que el demandado, en lugar de defenderse contra la pretensión del actor, lo contraataca proponiendo contra él una pretensión. Así, en realidad, el demandado se transforma en actor»<sup>435</sup>. No compartimos algunos aspectos de la definición del maestro de Milán, quien afirma que el demandado contraataca al actor «en lugar de defenderse(...)», es decir, como si la reconvencción fuese excluyente del uso de los medios de defensa por parte del demandado respecto de la pretensión hecha valer en su contra. Por cierto, se trata de una afirmación inexacta dado que el demandado está apto para realizar simultáneamente ambos actos, defenderse y demandar al demandante.

Asimismo, es aplicable lo expresado anteriormente, a propósito de BERIZONCE, a la definición de CARNELUTTI, porque tampoco es posible saber si ésta se refiere en estricto a una reconvencción o a una contrapretensión.

d) CHIOVENDA se refiere a la reconvencción de la siguiente manera: «Con la reconvencción, el demandado tiende a obtener la actuación en favor propio de una vo-

luntad de la ley en el mismo pleito promovido por el actor, pero independientemente de la desestimación de la demanda del actor»<sup>436</sup>. Como se advierte, el maestro de Bolonia no hace referencia propiamente a la naturaleza jurídica de la reconvencción, sino simplemente a su aspecto procedimental, concretamente describe la conducta del demandado al interior de un proceso, al querer obtener lo que suele denominar la actuación de la voluntad concreta de la ley, sin sustentar opinión sobre su fundamento jurídico —queremos decir científico— de la actitud del demandado.

e) GOLDSCHMIDT tiene una propuesta sólida sobre la reconvencción. Dice de ella que: «se entiende bajo este nombre la pretensión que el demandado hace valer durante el curso del proceso contra el demandante, con propósitos de atacar, diferente en su esencia de la pretensión contenida en la demanda, pero que se ejercita a fin de que se ventile juntamente con ella(...)»<sup>437</sup>. Como se advierte, la definición describe los elementos más saltantes de la reconvencción. Así, al afirmar que es la pretensión del demandado, está declarando implícitamente que es consecuencia del ejercicio del derecho de acción por parte de éste. Por otro lado, precisa que la pretensión del demandado es esencialmente distinta de la pretensión del demandante y que sólo están identificadas en el hecho de que ambas participan de un mismo cauce procesal.

434 CARLI, Carlo. *La Demanda Civil*. Buenos Aires. Lex. 1973, p. 275.

435 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema...*, cit., T. II, p. 688.

436 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios...*, cit., T. II, p. 742.

437 GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Trad. de Leonardo Prieto Castro. Madrid. Labor. 1936.

f) En la misma línea de GOLDSCHMIDT, Jaime GUASP afirma que: «Reconvención, es, en efecto, la pretensión procesal interpuesta por el demandado frente al actor (...) es una verdadera reclamación de fondo, dirigida al órgano jurisdiccional, cuya característica estriba solamente en que su sujeto activo es el sujeto pasivo de otra pretensión anterior»<sup>438</sup>. Ésta es, en nuestra opinión, una aceptable definición de reconvención. Se reitera –sin citarlo– que la reconvención es producto del ejercicio del derecho de acción por parte del demandado. Asimismo, es pertinente la precisión de GUASP en el sentido de que la reconvención «es una verdadera reclamación de fondo(...)», esto es, una pretensión del demandado. Sin embargo, nos parece que se hubiera completado el concepto de reconvención, si el profesor español hubiera hecho referencia a la autonomía de la pretensión del demandado respecto de la del demandante.

#### 74.1.10. Nuestra opinión sobre la reconvención

Luego de los desarrollos teóricos descritos, nos quedamos con algunos elementos básicos que configuran la naturaleza jurídica de la reconvención. Así, sin duda se trata del ejercicio del derecho de acción por parte del demandado, ergo, esto sólo puede ocurrir en un proceso ya iniciado, en el que éste ha sido emplazado. Por tal mérito, el demandado incorpora al proceso una pretensión propia, absolutamente autónoma respecto de la pretensión contenida en la demanda, la que además está dirigida contra el demandante.

438 GUASP, Jaime. Cit., p. 260.

La reconvención puede ser confundida con la llamada contrademanda que, en nuestra opinión, aunque con distinto nombre, es la especie del género que es la reconvención. En efecto, la contrademanda es la pretensión intentada por el demandado dentro del mismo proceso, caracterizada porque guarda conexidad con la pretensión principal. Queremos decir que, en la contrademanda, la pretensión intentada por el demandado-reconviniente debe estar fáctica y jurídicamente relacionada con la pretensión del demandante.

Dado que los hechos y el derecho configuran la llamada *razón de pedir* o *iuris petitio*, que es uno de los elementos de la pretensión, en el caso de una contrademanda, la *razón* o *causa de pedir* es invertida por el demandado, quien considera que respecto de la misma situación de conflicto es el demandante quien tiene una obligación incumplida con él. Así, por ejemplo, si una persona demanda a otra el perfeccionamiento de un contrato de compraventa, habrá contrademanda si el demandado pretende la resolución del contrato. Como se advierte, mientras el demandante pretende perfeccionar una relación contractual, el demandado busca dejarla sin efecto.

Sin embargo, exigiendo a los conceptos un nivel de precisión, advertimos que aquello que se da en llamar contrademanda se debe nombrar, en estricto, contrapretensión, dado que están conectados los hechos y el derecho que configuran las pretensiones del demandante y el demandado, en tanto la de este último se opone directamente a la del primero. Por lo demás, no puede ser contrademanda porque si, de acuerdo con lo que ya se expuso, la demanda está dirigida al Estado, entonces la contrademanda también tendría como sujeto pasivo

al Estado. Por eso, nos parece correcto denominarla contrapretensión, dado que está dirigida al demandante, en tanto la pretensión está dirigida contra el demandado. El concepto de contrapretensión es también asumido por CARNELUTTI<sup>439</sup>.

Resulta importante destacar la diferencia que existe entre la reconvencción y el ejercicio del derecho de defensa por parte del demandado, sobre todo porque suelen confundirse, ya que regularmente se ejercen en el mismo plazo y a veces conjuntamente. Al usarse una defensa de fondo, el demandado contradice la pretensión dirigida contra él, discutiendo y contraprobando los hechos alegados por el demandante. Lo más exitoso que le podría

439 «a) Puede ocurrir que, frente a la pretensión, la contraparte, en lugar o además de discutirla, formule, a su vez, respecto al mismo conflicto de intereses una pretensión. Esta es la contrapretensión.

La característica peculiar de la contrapretensión consiste en que una pretensión se refiera al mismo conflicto de intereses respecto del que se deduzca una pretensión opuesta. Hay, por tanto, dos pretensiones en un mismo conflicto y, por ello, en un mismo litigio. La pretensión es condición *sine qua non* para que exista el litigio; pero éste puede presentar también dos pretensiones (recíprocas).

Cuando hay adhesión a la pretensión, una parte reconoce el derecho afirmado por la otra. Cuando hay discusión, una parte desconoce la propia obligación y, por tanto, el derecho de la contraparte, pero no afirma el derecho propio. Cuando hay contrapretensión, una de las partes no sólo desconoce la propia obligación, sino que afirma el propio derecho y, por tanto, la obligación de la contraparte.

b) La contrapretensión está, por consiguiente, en el mismo plano que la pretensión y que la discusión y, por lo tanto, en plano distinto de la defensa y de la excepción. A éstas corresponde la razón de la contrapretensión, que no es más que razón de una pretensión». Francesco CARNELUTTI. *Sistema...*, cit., T. II, pp. 15 y 16.

ocurrir a un demandado que usa una defensa de fondo es que se declare infundada la pretensión y, en consecuencia, quede liberado de su cumplimiento. En cambio, en el caso de la reconvencción, el demandado puede conseguir, si la reconvencción es declarada fundada, vincular al demandante a la ejecución de la pretensión contenida en la reconvencción.

#### 74.1.11. Algunos temas polémicos en materia reconvenccional

a) Hay un tema discutible en la doctrina sobre el instituto estudiado, es la llamada *reconvencción implícita*. Está referida al hecho de que, presentada una contestación, ésta contiene una pretensión dirigida al demandante, a pesar de lo cual el demandado omite identificarla como tal. La polémica se desplaza entre desconocer que tal declaración de voluntad sea una reconvencción, y la otra posición según la cual el juez puede reconocerla como tal y en consecuencia darle dicho trámite, sustituyendo la omisión del demandado. A ésta última se le denomina *reconvencción implícita formal*. No debe confundirse lo descrito con aquella en la que la sola oposición exitosa del demandado a la pretensión del demandante puede transformarse en una declaración de derecho implícita a su favor. Este sería un caso de *reconvencción implícita sustancial*.

En estricto, la discusión se centra en la *reconvencción implícita formal*. En nuestra opinión, que es también la de ROSENBERG<sup>440</sup>, un juez que advierte una reconvencción no

440 «Toda petición del demandado que presente contra el actor con forma de ataque, sobre la base de una pretensión de esta especie

declarada expresamente como tal debe darle el respectivo trámite, atendiendo a que lo trascendente es el fondo y no la forma. Por lo demás, los ordenamientos procesales alineados a una orientación publicística suelen tener regulado el aforismo *iura novit curia*; precisamente su aplicación le impone al juez el deber de aplicar en el proceso el derecho que corresponda, con prescindencia de si éste no fue nombrado por el titular o si fue citado defectuosamente. Nos parece que esta norma, integrada a una concepción publicística, asegura la intervención del juez para suplir la omisión incurrida por el demandado. El Código Procesal Civil peruano acoge el aforismo antes citado<sup>441</sup>.

b) Finalmente, debe advertirse que el plazo para interponer una reconvencción está menos ligado al tiempo que al acto con el que simultáneamente debe presentarse. Casi todos los ordenamientos suelen fijar como plazo para reconvenir el mismo que se tiene para contestar la demanda. Sin embargo, la doctrina considera que la oportunidad para reconvenir está ligada al acto de la contestación y no al plazo para hacerlo.

Por esa razón, si un demandado contesta la demanda antes del vencimiento del plazo, en tal fecha deberá

y que pueda ser también objeto de una demanda independiente, es una reconvencción, sin que sea necesaria su designación como tal». ROSENBERG, Leo. T. II. Trad. de Ángela Romero Vera. Buenos Aires: EJE. 1955, p. 80.

441 «Artículo VII.- Juez y Derecho.- El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes».

interponer reconvencción, de lo contrario, aun cuando hubiera un plazo adicional para contestar (y por tanto para reconvenir), éste se habrá perdido por efecto del acto de contestación de la demanda.

En el caso del Código peruano<sup>442</sup>, si bien la sumilla de la norma hace referencia a la reconvencción, en realidad lo que se ha normado es la contrapretensión, es decir, sólo se puede reconvenir una pretensión ligada por conexidad con la pretensión contenida en la demanda. La razón para ello es que el legislador ha privilegiado el principio de celeridad procesal, entendiendo que sólo se logra plasmar el principio de economía procesal, cuando se acumulan pretensiones conexas. Por otro lado, incidió también el hecho de que el concepto de *reconvencción* estaba lo suficientemente difundido en el quehacer forense nacional, como para reemplazar su uso.

En su aspecto formal, se exige que se presente en el mismo escrito en que se contesta la demanda, además se prescribe que la contrapretensión no altere la competencia radicada con la demanda y tampoco la vía procedimental elegida para ésta. Asimismo, se norma

442 «Artículo 445.- Reconvencción.- La reconvencción se propone en el mismo escrito en que se contesta la demanda, en la forma y con los requisitos previstos para ésta, en lo que corresponda.

La reconvencción es admisible si no afecta la competencia ni la vía procedimental originales.

La reconvencción es procedente si la pretensión en ella contenida fuese conexa con la relación jurídica invocada en la demanda. En caso contrario, será declarada improcedente.

El traslado de la reconvencción se confiere por el plazo y en la forma establecidos para la demanda, debiendo ambas tramitarse conjuntamente y resolverse en la sentencia».

que la contrapretensión se tramite conjuntamente con la pretensión y que se resuelvan ambas en la misma sentencia.

#### 74.2. El derecho de contradicción

El *derecho de contradicción* es, al igual que el derecho de acción, una expresión del derecho a la tutela jurisdiccional. Esto significa que el derecho de contradicción tiene las mismas características del derecho de acción. En consecuencia, estamos ante un derecho de naturaleza constitucional, además, subjetivo, público, abstracto y autónomo, que permite a un sujeto de derechos emplazado exigirle al Estado le preste tutela jurisdiccional.

Es notoria su naturaleza constitucional, inclusive con mayor nitidez que en el caso del derecho de acción. En realidad, debe ser difícil hallar un texto constitucional que no considere al derecho de contradicción —sea denominándolo como tal o de otra manera— como un derecho esencial al individuo y, en consecuencia, elemental para la existencia de un Estado de derecho.

De hecho, la tutela jurisdiccional del Estado sólo será efectiva cuando la decisión que se expida se haya obtenido en un proceso judicial válido. Ahora bien, para que un proceso sea válido, debe haberse hecho efectivo en su interior un conjunto de derechos —a los que alguna doctrina les llama *garantías*— los que por su importancia en una sociedad, tienen una base constitucional. Esto es lo que recibe el nombre de *debido proceso legal*<sup>443</sup>.

443 *Infra*, núm. 73.

Desde una perspectiva constitucional, la referencia al derecho de contradicción suele expresarse a través de una de las especies del *derecho a un debido proceso legal*, específicamente el llamado *derecho de defensa*. En cualquier caso, no queda duda de que el derecho en estudio tiene una esencial constitucional. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ transcribe una sentencia del Tribunal Constitucional español que describe con precisión la naturaleza constitucional-procesal que hay en el derecho en estudio<sup>444</sup>.

Lo de subjetivo se advierte en el hecho de que es inherente a un sujeto de derecho por la sola circunstancia de serlo. Es público en tanto el sujeto pasivo del derecho

444 «Este derecho fundamental hoy constitucionalizado, y como tal extensible, es de necesario reconocimiento en las leyes procesales en cualquier clase de procedimiento, con mayor o menor alcance, según su naturaleza o finalidad, así en el ámbito procesal, por la trascendencia del ejercicio del *ius puniendi* con respecto a los derechos esenciales del hombre, ha de ser singularmente exigente, sobre todo en la fase plenaria, acatando el viejo postulado *nulius in altera parte*, que impone la bilateralidad de la audiencia a ultranza, ante la presencia del principio acusatorio que exige equilibrio entre las personas acusadoras y acusadas, pero ha sido y es objeto de matizaciones en relación con la acción civil derivada del delito ejercitado contra terceras personas que responden en forma subsidiaria o por incidencia del responsable principal, o a causa de seguros legales o voluntarios, que se ejercita facultativamente dentro del mismo proceso penal en inserción acumulativa, y con un menor alcance en orden a los intereses a valorar, por ser de naturaleza privada. De esta forma, si bien con relación a la acción civil es siempre necesaria la audiencia —salvo en el supuesto de ausencia de oposición voluntaria por el perjudicado— en alguna de las fases sumarial o plenaria del proceso penal, para impedir la condena sin ser oído; sin embargo, tienen en su desarrollo menor alcance que el propio de la acción criminal, por estar limitada al peculiar objeto indemnizatorio o de resarcimiento(…)». GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Cit.*, pp. 98 y 99.

de contradicción es el Estado, siendo en este aspecto exactamente igual que el derecho de acción. Es abstracto porque consiste en la oportunidad que el Estado debe otorgarle al emplazado para que se defienda, con absoluta prescindencia de si lo hace o no. Finalmente, es autónomo porque existe con total independencia de que lo que expresa el emplazado tenga sustento real o fundamento jurídico.

Utilizando categorías distintas, DEVIS ECHANDÍA se refiere al derecho de contradicción de la siguiente manera:

*"Por consiguiente, el derecho de contradicción, lo mismo que el de acción, pertenece a toda persona natural o jurídica, y tanto su causa como su fin están constituidos por un interés público, que consiste en el derecho de obtener la decisión del conflicto que se le plantea al demandado mediante la sentencia que el órgano jurisdiccional debe dictar. Es un interés general porque solo secundariamente mira a la conveniencia del demandado y a la protección de sus derechos sometidos a juicio y de su libertad limitada con la imposición de las cargas y deberes que se deducen de la relación jurídico-procesal, en tanto que principalmente contempla la defensa de dos principios fundamentales para la organización social, como son el que prohíbe juzgar a nadie sin oírlo y sin darle los medios adecuados para su defensa, en un plano de igualdad de oportunidades y derechos con el demandante, y el que niega el derecho a hacerse justicia por sí mismo"*<sup>445</sup>.

En una opinión que no compartimos, MONROY CABRA considera que el derecho de contradicción es una modalidad del derecho de acción<sup>446</sup>. Nos parece que am-

445 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones ...* Cit., p. 208.

446 «El derecho de contradicción no es sino una modalidad del derecho de acción y se le otorga al demandado para que mediante el proceso y por una sentencia se le decida su pretensión. Frente a la pretensión del demandante existe la oposición del demandado.

bos no sólo son autónomos, aun cuando son expresiones del derecho a la tutela jurisdiccional, sino que mantienen una diferencia notable: el derecho de contradicción carece de libertad en su ejercicio, vale decir, está afectado de falta de voluntariedad. Puedo ejercitar mi derecho de acción casi cuando yo quiera, en cambio, solo puedo emplear mi derecho de contradicción cuando alguien — usando su derecho de acción— exija al Estado tutela jurídica y a través de tal ejercicio plantee una exigencia concreta dirigida contra mí.

En definitiva, el ejercicio del derecho de acción marca el inicio de un proceso, en cambio, el derecho de contradicción solo es posible ejercitarlo cuando un proceso ya se ha iniciado. El derecho de contradicción no puede ser ejercido atendiendo a la voluntad de su titular. Esa es la opinión de DEVIS ECHANDÍA<sup>447</sup> y también de PEYRANO<sup>448</sup>.

---

Al tratar sobre la relación procesal se expresó que, de acuerdo con la concepción moderna, dicha relación presenta un doble aspecto: relación de acción (entre el demandante y el Estado) y relación de contradicción (entre el demandado y el Estado)" (MONROY CABRA, Marco Genaro. *Cit.*, p. 161).

447 «La única diferencia que nosotros encontramos entre los dos derechos consiste en que la acción lo ejercita libre y voluntariamente el actor, al paso que el de contradicción surge por el ejercicio de la acción al ponerse en movimiento la jurisdicción, sin que se requiera acto ni consentimiento o voluntad del demandado, desde el momento en que la demanda es admitida y él figura como sujeto pasivo de la pretensión en ella contenida». DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones ...* Cit., p. 209.

448 «El ejercicio de aquel (merced a la formulación de la pretensión y la presentación de la demanda) es totalmente libre; mientras que el ejercicio del derecho si bien también es libre en el sentido de que puede optar entre defenderse o no, lo es menos porque cualquiera fuera la actitud que adoptare siempre —de algún modo— el

Otra diferencia interesante de ser anotada entre los derechos de acción y de contradicción se encuentra en el interés. El llamado interés para obrar es una condición de la acción que consiste en el estado de necesidad de tutela jurídica en la que se encuentra un sujeto de derechos, cuando no tiene otra alternativa para satisfacer su pretensión material que no sea el ejercicio de su derecho de acción. En tal virtud, el interés para obrar – en principio– debe ser invocado por el demandante, de lo contrario no será posible que posteriormente se expida un pronunciamiento válido sobre el fondo, sin embargo, bien puede este carecer de aquel. No obstante, es imposible concebir la idea de un demandado sin interés para contradecir, porque este es consustancial a su calidad de emplazado<sup>449</sup>.

Al margen de otras disquisiciones sobre la materia, apréciase que destacar el carácter abstracto del derecho de contradicción es, a su vez, descartar la tesis chioventiana que lo concibe como un contraderecho frente a la acción. Como es evidente, tal teoría parte, a su vez, de la

---

rol del demandado es la consecuencia del ejercicio previo del derecho de acción. Se es demandado por la voluntad del actor, y no por la voluntad propia». PEYRANO, Jorge W. *Procedimiento civil y comercial*, T. 2, Rosario, Juris, 1992, pp. 127 y 128.

449 «El interés para contradecir no puede faltar jamás, pero el interés para controvertir en el fondo faltará cuando la demanda se dirija contra quien no es el sujeto que debe discutirla y entonces, si bien su derecho a ser oído y a defenderse no puede ser puesto en duda, no lo tendrá sin embargo para que en sentencia de fondo se resuelva sobre la pretensión del demandante y sobre las excepciones que le oponga, distintas de la de su carencia de legitimación en la causa e interés para obrar, por conducir esta precisamente a una sentencia inhibitoria». DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones...* Cit., p. 210.

consideración de que el derecho de acción solo lo tienen quienes son titulares de un derecho sustancial, posición histórica ya superada en el desarrollo de los estudios científicos del proceso. Hoy podemos afirmar, sin hesitar, que ni la titularidad y tampoco el ejercicio del derecho de contradicción se afectan por el hecho de que el demandado no tenga fundamento alguno para discutir la pretensión del demandante. Exagerando la idea pero sin desvirtuarla, podemos afirmar que el derecho del demandado de allanarse al petitorio o reconocer la pretensión es consecuencia de su decisión de descartar el ejercicio de su derecho de contradicción que, por cierto, existió.

El derecho de contradicción se expresa en la imperiosa necesidad de aquel demandado sea informado oportunamente –entiéndase, notificado válidamente– de las incidencias que ocurren dentro del proceso en el que se está discutiendo un derecho que le puede afectar. Es tal la trascendencia de esta manifestación del derecho de contradicción, que un proceso –a pesar de haber concluido formalmente– no tendrá efectos contra aquella persona que no fue avisada de su existencia y que, en consecuencia, no pudo discutir su posición al interior de aquél.

A esto se refiere GONZÁLEZ PÉREZ cuando afirma:

*“La defensa no será posible si los afectados por la sentencia que pone fin al proceso no comparecen, por no haber tenido conocimiento del mismo. De aquí que constituya una garantía esencial la notificación a los acusados, demandados o titulares de derechos o intereses legítimos que pudiera resultar afectados por la sentencia de la existencia del proceso, a fin de que puedan comparecer”*<sup>450</sup>.

---

450 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Cit., p. 100.

El derecho de contradicción se expresa también en la necesidad de que el demandado tenga el derecho de presentar alegatos y medios probatorios destinados a sustentar sus posiciones. Como resulta evidente, sería poco importante que a un demandado se le comunicará el inicio de un proceso en su contra, si no se le permitiera expresar su posición dentro del proceso, y por cierto, si no se le concediera la facultad de acopiar medios probatorios destinados a otorgarle certeza a sus afirmaciones, sobre todo a los ojos del juez.

Este último desarrollo es muy importante porque permite advertir que si bien en su origen el derecho de contradicción es poco más o menos el equivalente del derecho de acción, aunque su titular sea el demandado en un proceso, una vez iniciado éste, su desarrollo y presencia en el proceso genera otro derecho mucho más extenso y complejo, nos referimos al derecho de defensa. Éste viene a ser el núcleo operativo y dinámico del derecho a un debido proceso al que nos referimos anteriormente, diferenciándose en que este último alcanza a todos los sujetos de la relación procesal.

En efecto, las manifestaciones del derecho de defensa -ser emplazado, por ser oído, poder probar, poder presentar recursos, etc.- no sólo aseguran el derecho del emplazado y luego demandado, sino de todos los partícipes en la relación procesal, incluido el demandante. Si se expediera una resolución contraria al titular del derecho de acción, es decir al demandante, y no se le concediera a éste el derecho de recurrir contra ella, se estaría afectando su derecho a un debido proceso, en tanto se obsta su defensa.

Así se explica la naturaleza constitucional del derecho de contradicción. De hecho, no es concebible que una ley lo desconozca, de ser así, a través del control difuso de la constitución, el juez estaría plenamente facultado a inaplicarla. Por otro lado, la única posibilidad de que los derechos esenciales de la persona respecto del Estado sean garantizados es que su discusión al interior de un proceso se produzca concediéndoles a los contendientes la posibilidad de ser oídos, de que aleguen, prueben o impugnen las decisiones,

Refiriéndose al artículo 101 del Código de Procedimientos Civiles italiano 1942 ("el juez, salvo que la ley disponga otra cosa, no puede pronunciarse sobre ninguna demanda, si la parte contra la cual se propone no ha sido regularmente citada y no ha comparecido"), SATTI expresa lo siguiente:

*"(...) es indiscutiblemente necesario para regular constitución y proceso, es más, para su misma existencia, porque un proceso en el cual no se hayan observado las reglas del contradictorio está privado jurídicamente de todo valor"*<sup>451</sup>.

El derecho de contradicción se encuentra regulado por el nuevo Código Procesal Civil peruano en sus artículos 2 *in fine* y 3<sup>452</sup>.

451 SATTI, Salvatore. *Manual de derecho...*, cit., vol. I, p. 143.

452 «Artículo 2.- (...) Por ser titular del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el emplazado en un proceso civil tiene derecho de contradicción».

«Artículo 3.- Regulación de los derechos de acción y de contradicción.- Los derechos de acción y de contradicción en materia procesal civil no admiten limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previstos en este Código».

## 2. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

### A) Contenido

El derecho a la tutela judicial efectiva tiene, en palabras del T.C., un *contenido complejo*<sup>43</sup> que incluye, a modo resumen, los siguientes aspectos:

- El derecho de acceso a los Tribunales;
- El derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente;
- El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; y
- El derecho al recurso legalmente previsto.

En consecuencia, no debe confundirse este primer apartado del art. 24 C.E. con el segundo, en el que se establecen múltiples garantías procesales. Así, por ejemplo, ya la STC 46/1982 de 12 de julio (f.j. 2.<sup>o</sup>), señaló:

«El artículo 24 de la Constitución, en sus dos epígrafes, previene dos supuestos íntimamente relacionados entre sí, pero que merecen un tratamiento diferenciado, ya que el segundo de ellos apunta preferentemente a las llamadas «garantías procesales» — así, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, asistencia letrada, información de la acusación, proceso público, utilización de los medios de prueba pertinentes y presunción de inocencia —, mientras que el primero, al proclamar el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos previniendo que nunca pueda producirse indefensión, establece una garantía, previa al proceso, que lo asegura, cuando se dan las circunstancias requeridas al efecto. Dicho de otro modo, el artículo 24.2 también asegura la «tutela efectiva», pero lo hace a través del concreto juego de los instrumentos procesales, mientras que el 24.1 asegura la tutela efectiva mediante el acceso al mismo proceso»<sup>44</sup>.

las partes, audiencia y contradicción, derecho de defensa y presunción de inocencia), las garantías de la actividad jurisdiccional (el juez ordinario predeterminado por la ley y el derecho a obtener una resolución fundada en derecho) y las garantías del juicio (el juicio con todas las garantías, el principio de legalidad, la acusación, la tutela efectiva y la publicidad del juicio).

<sup>43</sup> De entre las más recientes, vid. las SSTC 59/1997, de 13 de marzo (f.j. 4.<sup>o</sup>); 54/1997, de 17 de marzo (f.j. 2.<sup>o</sup>); así como la 43/1986, de 23 de abril (f.j. 1.<sup>o</sup>); y la 26/1983, de 13 de abril (f.j. 2.<sup>o</sup>).

<sup>44</sup> En la misma línea, vid. la STC 124/1997, de 1 de julio (f.j. 3.<sup>o</sup>).

De igual modo, la STC 89/1985, de 19 de julio (f.j. 1.º), establece que la tutela judicial «no es un concepto genérico dentro del cual se hayan de entender insertos derechos que son objeto de otros preceptos constitucionales distintos como es, por ejemplo, el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas» siendo posible la violación de los dos derechos «incluso en relación de causa a efecto, pero jurídicamente no es admisible una implicación recíproca por la que se afirma la existencia de una lesión porque se haya producido también la otra».

Atendiendo a la propia doctrina del T.C., seguidamente, vamos a analizar el citado contenido complejo del derecho a la tutela judicial efectiva.

### B) Derecho de acceso a los Tribunales

Bajo este epígrafe vamos a examinar las tres grandes materias que el Tribunal Constitucional incluye dentro de la garantía de la tutela judicial efectiva y que hacen referencia al acceso a los Tribunales, a saber:

- el derecho a la apertura del proceso;
- la llamada de la parte al proceso, con especial atención a los requisitos constitucionales de los actos de comunicación; y
- la exigencia de la postulación.

#### 1. Derecho a la apertura del proceso

Esta primera manifestación del derecho de acceso a los Tribunales incide sobre el demandante, esto es, aquella persona que reclama una determinada protección jurisdiccional. En este punto vamos a examinar la doctrina constitucional referente al alcance y contenido del citado derecho; su naturaleza; la prohibición de obstáculos excesivos o irrazonables al acceso al proceso; el principio del *favor actionis* o *pro actione* y sus manifestaciones; el antiformalismo y la subsanabilidad de los defectos procesales; para concluir en el estudio del derecho a la justicia gratuita.

##### 1.1. Alcance y contenido

El derecho a la apertura del proceso se encuentra recogido en el art. 24 de la Constitución cuando reconoce a todas las personas el derecho a

\* En similares términos vid. las SSTC 161/1993, de 7 de noviembre (f.j. 6.º); 246/1994, de 19 de septiembre (f.j. 2.º); 26/1983 de 13 de abril (f.j. 2.º).

obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos<sup>65</sup>.

El primer contenido, en un orden lógico y cronológico, del derecho a la tutela judicial efectiva lo constituye el acceso a la jurisdicción que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas<sup>66</sup>.

Se trata de un derecho prestacional de configuración legal. El derecho a la tutela judicial efectiva, y en concreto el acceso al proceso, no es un derecho de libertad, esto es, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución; sino un derecho de prestación, por lo que sólo puede ejercerse por las cauces que el legislador establece, o dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal. Por ello, no cabe deducir la existencia de un derecho incondicionado y absoluto a la prestación jurisdiccional; de igual modo, este derecho no podrá ejercitarse al margen de los cauces y del procedimiento legalmente establecidos<sup>67</sup>.

En este sentido, el T.C. nos recuerda que los requisitos y presupuestos legalmente establecidos no responden al capricho puramente ritual del legislador sino a la necesidad de ordenar el proceso a través de ciertas formalidades objetivas establecidas en garantía de los derechos e intereses legítimos de las partes<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> SSTC 54/1997, de 17 de marzo (f.j. 2.º); 217/1994, de 18 de julio (f.j. 2.º); 220/1993, de 30 de junio (f.j. 2.º); 6/1992, de 6 de enero (f.j. 5.º); 213/1990, de 20 de diciembre (f.j. 2.º); 166/1985, de 9 de diciembre (f.j. 5); 124/1984, de 26 de diciembre (f.j. 2.º); 131/1991, de 17 de junio (f.j. 2); 115/1984, de 3 de diciembre (f.j. 1.º); 90/1983, de 7 de noviembre (f.j. 2.º); 26/1983, de 13 de abril (f.j. 2.º); 11/1983, de 29 de marzo (f.j. 2.º).

<sup>66</sup> SSTC 55/1997, de 17 de marzo (f.j. 3.º); 54/1997, de 17 de marzo (f.j. 2.º); 36/1997, de 25 de febrero (f.j. 3.º); 82/1996, de 20 de mayo (f.j. 3.º); 80/1996, de 20 de mayo (f.j. 2.º); 172/1995, de 21 de noviembre (f.j. 2.º); 111/1995, de 4 de julio (f.j. 3.º); 217/1994, de 18 de julio (f.j. 2.º); 354/1993, de 29 de noviembre (f.j. 3.º); 220/1993, de 30 de junio (f.j. 2.º); 131/1991, de 17 de junio (f.j. 2.º); 100/1987, de 12 de junio (f.j. 2.º); 115/1984, de 3 de diciembre (f.j. 1.º).

<sup>67</sup> SSTC 123/1996, de 8 de julio (f.j. 3.º); 174/1995, de 23 de noviembre (f.j. 3.º); 140/1995, de 28 de septiembre (f.j. 6.º); 55/1995, de 6 de marzo (f.j. 2.º); 354/1993, de 29 de noviembre (f.j. 3.º); 220/1993, de 30 de junio (f.j. 2.º); 149/1993, de 3 de mayo (f.j. 2.º); 101/1993, de 22 de marzo (f.j. 3.º); 193/1992, de 16 de noviembre (f.j. 3.º); 114/1992, de 14 de septiembre (f.j. 3.º); 190/1991, de 14 de octubre (f.j. 4.º); 50/1990, de 26 de marzo (f.j. 3.º); 100/1987, de 12 de junio (f.j. 3.º); 99/1985, de 30 de septiembre (f.j. 4.º); 15/1985, de 5 de febrero (f.j. 2.º).

<sup>68</sup> SSTC 221/1994, de 18 de julio (f.j. 3.º); 132/1992, de 28 de septiembre (f.j. 2.º); 16/1992, de 10 de febrero (f.j. 3.º); 185/1987, de 18 de noviembre (f.j. 2.º).

En la configuración legal de este derecho, el legislador cuenta con un ámbito de libertad amplio en la definición o determinación de las condiciones y consecuencias del acceso a la jurisdicción<sup>69</sup>. No obstante, ni el legislador puede poner obstáculos a este derecho que no respeten su contenido esencial, ni nadie que no sea el legislador puede crear impedimentos o limitaciones a su alcance, ya que «sólo por Ley» puede regularse<sup>70</sup>.

Finalmente, debemos destacar que la vigencia de este derecho comporta la libre elección de la vía procesal que el litigante estime adecuada. El mandato contenido en el art. 24.1 C.E. encierra el derecho a escoger la vía judicial que se considere más conveniente para la defensa de derechos e intereses legítimos, aunque sólo sea porque no puede decirse que sean los mismos los efectos y consecuencias jurídicas que ofrecen los distintos tipos de procesos previstos en nuestro ordenamiento para la defensa de tales derechos e intereses. Por ello, siempre que la vía escogida sea procesalmente correcta, conforme a las normas legales vigentes, la privación o denegación de la misma, si fuera indebida, habrá de estimarse que equivale a una privación o denegación de la tutela judicial efectiva<sup>71</sup>.

Sin embargo, la apertura de un proceso no comporta, necesariamente, que deba sustanciarse hasta su fin. Así, en el proceso penal, no existe un derecho a la total tramitación del mismo, sino tan sólo el derecho a una decisión judicial razonada sobre las pretensiones deducidas, que bien puede ser el sobreseimiento o archivo de las actuaciones o, incluso, la inadmisión de la querrela presentada<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> SSTC 112/1997, de 3 de junio (f.j. 3.º); 143/1994, de 9 de mayo (f.j. 3.º); 253/1993, de 4 de octubre (f.j. 2.º); 114/1992, de 14 de septiembre (f.j. 3.º); 190/1991, de 14 de octubre (f.j. 4.º).

<sup>70</sup> SSTC 174/1995, de 23 de noviembre (f.j. 3.º); 140/1995, de 28 de septiembre (f.j. 6.º); 220/1993, de 30 de junio (f.j. 2.º); 50/1993, de 26 de marzo (f.j. 3.º); 99/1985, de 30 de septiembre (f.j. 4.º).

<sup>71</sup> SSTC 173/1996, de 12 de noviembre (f.j. 7.º); 20/1993, de 18 de enero (f.j. 5.º); 241/1991, de 16 de diciembre (f.j. 4.º); 197/1988, de 24 de octubre (f.j. 3.º); 125/1988, de 24 de junio (f.j. 3.º); 43/1983, de 16 de marzo (f.j. 6.º); 1/1987, de 14 de enero (f.j. 3.º); 90/1983, de 22 de julio (f.j. 2.º).

<sup>72</sup> SSTC 85/1997, de 22 de abril (ff.jj. 3.º y 4.º); 111/1995, de 4 de julio (f.j. 3.º); 191/1992, de 16 de noviembre (f.j. 1.º).

## 1.2. Titularidad

La titularidad del derecho que establece el art. 24.1 C.E. corresponde tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas a quienes el ordenamiento reconoce capacidad para ser parte en un proceso<sup>73</sup>.

El derecho a la tutela judicial corresponde por igual a españoles y extranjeros; ello es así no sólo por la dicción literal del art. 24.1 C.E., sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el art. 10.2 C.E., de conformidad con el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con el art. 6.1 del Convenio de Roma y con el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>74</sup>.

El art. 24 C.E. reconoce el referido derecho a los titulares no sólo de derechos subjetivos, sino también de intereses legítimos<sup>75</sup>. El interés legítimo viene identificado en la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio en el supuesto de que prospere la acción intentada, no debiendo necesariamente revestir un carácter patrimonial<sup>76</sup>. Este interés debe ser interpretado de forma amplia por parte de los Jueces y Tribunales, siendo este concepto más amplio que el interés directo o el derecho subjetivo, aunque sin que pueda alcanzar al mero interés abstracto en el cumplimiento de la legalidad<sup>77</sup>.

Entre los derechos e intereses legítimos para los que se tiene el derecho a recañar la tutela judicial efectiva, figura tanto el derecho a ejercitar la acción particular como la popular o pública<sup>78</sup>.

<sup>73</sup> SSTC 211/1996, de 17 de diciembre (f.j. 4.º); 123/1996, de 8 de julio (f.j. 3.º); 129/1995, de 11 de septiembre (f.j. 7.º); 91/1995, de 19 de junio (f.j. 2.º); 14/1995, de 24 de enero (f.j. 3.º); 34/1994, de 31 de marzo (f.j. 3.º); 64/1988, de 12 de abril (f.j. 1.º); 100/1993, de 22 de marzo (f.j. 2.º); 241/1992, de 21 de diciembre (f.j. 4.º); 111/1992, de 14 de septiembre (f.j. 4.º); 137/1985, de 17 de octubre (f.j. 2.º); 54/1983, de 22 de junio (f.j. 5.º); 19/1983, de 14 de marzo (f.j. 2.º).

<sup>74</sup> STC 99/1985, de 30 de septiembre (f.j. 3.º).

<sup>75</sup> SSTC 143/1994, de 9 de mayo (f.j. 3.º); 4/1985, de 11 de julio (ff.jj. 2.º y 3.º); 74/1984, de 27 de junio (f.j. 2.º).

<sup>76</sup> SSTC 101/1996, de 11 de junio (f.j. 2.º); 143/1994, de 9 de mayo (f.j. 3.º); 97/1991, de 9 de mayo (f.j. 2.º); 62/1983, de 11 de julio (ff.jj. 2.º y 3.º).

<sup>77</sup> SSTC 101/1996, de 11 de junio (f.j. 2.º); 93/1990, de 23 de mayo (f.j. 2.º); y AATC 136/1991, de 30 de abril (f.j. 4.º); 13/1989, de 16 de enero (f.j. 3.º).

<sup>78</sup> SSTC 526/1994, de 12 de diciembre (f.j. 2.º); 34/1994, de 31 de enero (f.j. 2.º); 147/1985, de 29 de octubre (f.j. 3.º); 103/1983, de 29 de noviembre (f.j. 2.º); 62/1983, de 11 de julio (f.j. 2.º).

Finalmente, el T.C. suele recordar a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilizan en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales<sup>74</sup>.

### 1.3. Prohibición de obstáculos excesivos o irrazonables al acceso al proceso

#### a) Consideraciones generales

Como ya hemos apuntado, el derecho al acceso al proceso del art. 24.1 C.E. puede verse conculcado por normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador<sup>75</sup>. Así, una norma que establezca un sistema de arbitraje obligatorio, en virtud del cual el acceso a la jurisdicción queda condicionado al consentimiento expreso de todas y cada una de las partes, esto es, se prescinde o suprime la voluntad de una de las partes, es contraria al art. 24.1 de la Constitución<sup>76</sup>.

Tales requisitos y obstáculos para el acceso al proceso serán constitucionalmente válidos si, respetando el contenido del derecho fundamental, están enlazados a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida<sup>77</sup>. Así, por ejemplo, los llamados privilegios o inmunidades de los Agentes diplomáticos se reputan legítimos desde un punto de vista constitucional<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> SSTC 55/1997, de 17 de marzo (f.j. 3.º); 235/1993, de 4 de octubre (f.j. 2.º); 19/1992, de 16 de noviembre (f.j. 2.º); 93/1990, de 23 de mayo (f.j. 2.º).

<sup>75</sup> SSTC 174/1995, de 23 de noviembre (f.j. 3.º); 172/1995, de 21 de noviembre (f.j. 2.º); 140/1995, de 23 de septiembre (f.j. 6.º); 221/1994, de 13 de julio (f.j. 3.º); 255/1991, de 20 de julio (f.j. 2.º); 132/1992, de 23 de septiembre (f.j. 2.º); 114/1992, de 14 de septiembre (f.j. 3.º); 19/1986, de 7 de febrero (f.j. 6.º); 69/1985, de 30 de mayo (f.j. 2.º); 9/1983, de 7 de noviembre (f.j. 2.º); 74/1983, de 30 de julio (f.j. 3.º).

<sup>76</sup> STC 174/1995, de 23 de noviembre (f.j. 3.º).

<sup>77</sup> SSTC 140/1995, de 23 de septiembre (f.j. 6.º); 114/1992, de 14 de septiembre (f.j. 3.º); 241/1991, de 16 de diciembre (f.j. 4.º); 158/1987, de 30 de octubre (f.j. 4.º); 140/1985, de 23 de julio (f.j. 2.º); 139/1987, de 23 de julio (f.j. 4.º).

<sup>78</sup> STC 140/1995, de 23 de septiembre (f.f.j. 8.º y 9.º).

En cualquier caso, la interpretación y aplicación de tales requisitos legales debe realizarse de la forma más favorable a la efectividad de derecho fundamental<sup>84</sup>.

*b) Obstáculos legítimos: el cumplimiento de los plazos legales; los trámites previos al proceso; y las fianzas, depósitos y consignaciones.*

*b.1. El cumplimiento de los plazos legales*

La necesidad de ejercitar la acción en un plazo determinado, de manera que de no ser aquél respetado podría entenderse caducado, representa legítimo presupuesto procesal que no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>85</sup>.

El cómputo de los plazos de prescripción y caducidad es una cuestión de mera legalidad ordinaria que corresponde resolver a los jueces y tribunales, ello no obstante, esta cuestión es susceptible de promoverse en recurso cuando en el cómputo que conduce a la inadmisibilidad sea apreciable un error patente, fundamentación irrazonable o arbitraria o se ha utilizado un criterio interpretativo desfavorable para la efectividad del derecho del art. 24 C.E.<sup>86</sup>

*b.2. Los trámites previos al proceso*

La necesidad de trámites previos al proceso en ningún caso excluye reconocimiento jurisdiccional, tan sólo supone un aplazamiento de la intervención de los órganos judiciales<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> SSTC 172/1995, de 21 de noviembre (f.j. 2.º); 140/1995, de 28 de septiembre (f.j. 6.º); 161/1993, de 26 de octubre (f.j. 1.º); 115/1992, de 14 de septiembre (f.j. 2.º); 98/1992, de 22 de junio (f.j. 3.º); 87/1992, de 8 de junio (f.j. 3.º); 31/1992, de 18 de marzo (f.j. 2.º); 241/1991, de 16 de diciembre (f.j. 4.º); 148/1988, de 14 de julio (f.j. 5.º); 139/1987, de 14 de julio (f.j. 4.º); 118/1987, de 8 de julio (f.j. 3.º); 79/1985, de 13 de julio (f.j. 5.º); 1985, de 28 de febrero (f.j. 2.º); 4/1985, de 18 de enero (f.j. 3.º); 126/1984, de 26 de diciembre (f.j. 2.º); 69/1984, de 11 de junio (f.j. 2.º); 19/1983, de 14 de marzo (f.j. 4.º); 1982, de 11 de octubre (f.j. 2.º).

<sup>85</sup> SSTC 104/1997, de 2 de junio (f.j. 2.º); 135/1996, de 23 de julio (f.j. 3.º); 335/1996, de 19 de diciembre (f.j. 4.º); 220/1993, de 30 de junio (f.j. 2.º); 101/1993, de 22 de junio (f.j. 3.º); 194/1990, de 29 de noviembre (f.j. 7.º); 15/1985, de 5 de febrero (f.j. 2.º).

<sup>86</sup> SSTC 104/1997, de 2 de junio (f.j. 2.º); 165/1996, de 28 de octubre (f.j. 4.º); 1996, de 23 de julio (f.f.j. 3.º y 6.º); 335/1994, de 19 de diciembre (f.j. 4.º); 322/1993, de noviembre (f.j. 3.º); 164/1993, de 18 de mayo (f.j. 2.º); 75/1993, de 1 de marzo (f.j. 2.º); 201/1992, de 19 de noviembre (f.j. 2.º); 89/1992, de 3 de junio (f.j. 3.º).

<sup>87</sup> SSTC 355/1993, de 29 de noviembre (f.j. 2.º); 145/1992, de 13 de octubre (f.j. 2.º); 217/1991, de 14 de noviembre (f.j. 5.º); 60/1989, de 16 de marzo (f.j. 6.º).

... Por ello, es completamente compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva la exigencia de tales trámites previos, que impliquen la búsqueda de una solución extraprocesal de la controversia, como son los de conciliación o reclamación administrativa previa<sup>33</sup>. La finalidad de este último trámite es poner en conocimiento del órgano administrativo el contenido y fundamento de la pretensión formulada y darle ocasión de resolver directamente el litigio, evitando así la necesidad de acudir a la jurisdicción<sup>34</sup>.

Por otro lado, la necesidad de obtener licencia del Juez o Tribunal para poder presentar querrela por presuntos delitos de calumnia o injuria causadas en juicio es una limitación razonable que opera como garantía del ejercicio efectivo de ese mismo derecho fundamental por parte de terceros<sup>35</sup>.

Finalmente, podemos destacar algún trámite previo que el T.C. lo ha declarado inconstitucionalidad: así, la exigencia de la autorización judicial previa concedida por el Juez ante el que se prestó la declaración presuntamente constitutiva de delito de falso testimonio, al no venir impuesta por norma legal alguna y sí sólo por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (anterior en todo caso a la vigente Constitución), procede estimar que tal exigencia vulnera el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, que no puede verse trabado por decisiones no apoyadas en normas legales<sup>36</sup>.

### b.3. Las fianzas, depósitos y consignaciones

De conformidad con la doctrina constitucional, en términos generales, el requisito de la fianza no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto no resulte prohibitiva o particularmente gravosa<sup>37</sup>. Por ello, la exi-

<sup>33</sup> SSTC 122/1997, de 3 de junio (f.j. 4.º); 17/1994, de 20 de enero (f.j. 6.º); 355/1993, de 29 de noviembre (f.j. 2.º); 191/1993, de 14 de junio (f.j. 3.º); 120/1993, de 19 de abril (f.j. 3.º); 65/1993, de 1 de marzo (f.j. 3.º); 14/1993, de 18 de enero (f.j. 3.º); 217/1991, de 14 de noviembre (f.j. 5.º); 60/1989, de 16 de marzo (f.j. 5.º); 5/1988, de 21 de enero (f.j. 3.º).

<sup>34</sup> SSTC 122/1997, de 3 de junio (f.j. 4.º); 17/1994, de 20 de enero (f.j. 6.º); 355/1993, de 29 de noviembre (f.j. 2.º); 191/1993, de 14 de junio (f.j. 3.º); 120/1993, de 19 de abril (f.j. 3.º); 6/1989, de 16 de marzo (f.j. 5.º).

<sup>35</sup> STC 100/1987, de 12 de junio (f.j. 3.º).

<sup>36</sup> STC 99/1985, de 30 de septiembre (f.j. 4.º).

<sup>37</sup> STC 202/1987, de 17 de diciembre (f.j. 6.º).

gencia de una fianza para el ejercicio de la acción popular, no es en misma contraria al contenido esencial del derecho reconocido por el art. 24.1 C.E., siempre y cuando su cuantía, en relación a los medios de quienes pretenden ejercitarla, no impida u obstaculice gravemente su ejercicio<sup>93</sup>.

Acercá de la cuantía de las fianzas o «contracautelas» para alzar las medidas cautelares que se hayan podido adoptar en un proceso, el T.C. indica que no debe medirse en atención a los medios económicos de aquél quien se le exige, sino tomando en consideración los perjuicios que puede ocasionarse a la otra parte<sup>94</sup>.

Respecto de la exigencia de ciertos depósitos para poder recurrir resoluciones judiciales (recursos de casación y revisión), el T.C. se ha pronunciado a favor de su constitucionalidad al no suponer obstáculos graves para la interposición del recurso, y responder a la razonable finalidad de evitar recursos meramente dilatorios y asegurar el posterior cumplimiento de la resolución judicial<sup>95</sup>.

Por último, con referencia a las consignaciones procesalmente obligatorias, el T.C. destaca que deben aplicarse con la flexibilidad suficiente para evitar que el presupuesto formal sea exigido de manera excesivamente rigurosa y desproporcionada<sup>96</sup>. Así, por ejemplo, la prueba del pago o consignaciones de las rentas vencidas, al objeto de admitir el recurso en determinados procesos arrendaticios, ha de considerarse subsanable su omisión y ha de arbitrarse un plazo a tal efecto<sup>97</sup>.

La validez constitucional de tales consignaciones se deriva de la necesidad de salvaguardar los intereses del arrendador evitando que el arrendatario se valga del pleito para dejar de satisfacer la renta durante la tramitación del mismo<sup>98</sup>.

<sup>93</sup> SSTC 147/1985, de 29 de octubre (f.j. 1.º); 108/1983, de 29 de noviembre (f.j. 1.º); 62/1983, de 11 de julio (f.j. 3.º).

<sup>94</sup> STC 202/1987, de 17 de diciembre (ff.jj. 5.º y 6.º).

<sup>95</sup> STC 29/1993, de 25 de enero (f.j. 3.º).

<sup>96</sup> SSTC 115/1992, de 14 de septiembre (f.j. 2.º); 87/1992, de 8 de junio (f.j. 3.º); 51/1992, de 2 de abril (f.j. 2.º); 31/1992, de 18 de marzo (f.j. 2.º); 12/1992, de 27 de enero (f.j. 3.º).

<sup>97</sup> STC 26/1996, de 13 de febrero (f.j. 3.º).

<sup>98</sup> SSTC 26/1996, de 13 de febrero (ff.jj. 2.º y 3.º); 344/1993, de 22 de noviembre (f.j. 2.º); 115/1992, de 14 de septiembre (f.j. 2.º); 82/1992, de 8 de junio (f.j. 3.º); 51/1992, de 2 de abril (f.j. 2.º); 31/1992, de 18 de marzo (f.j. 2.º); 46/1989, de 21 de febrero (f.j. 2.º).

1.4. Principio del «favor actionis» o «pro actione» y sus manifestaciones: el antiformalismo y la subsanabilidad de los defectos procesales

Bajo la idea de otorgar la máxima virtualidad posible al derecho a acceder al proceso, el T.C. ha potenciado el denominado principio *favor actionis* o *pro actione*, que se concreta, básicamente, en dos consecuencias: el antiformalismo y la subsanabilidad de los defectos procesales.

a) El antiformalismo

El ordenamiento procesal tiene una serie de reglas formales que se encuentran establecidas en atención a lograr la seguridad jurídica a través de la legalidad. Por ello, el cumplimiento de las formalidades no se deja al libre arbitrio de las partes, ya que para la ordenación adecuada del proceso existen formas y requisitos impuestos que afectan al orden público y son de «obligada observancia».

Sin embargo, el T.C. ha insistido en que ningún requisito formal puede convertirse en un obstáculo que impida injustificadamente un pronunciamiento sobre el fondo, así como que, desde la perspectiva de la constitucionalidad, no son admisibles aquellos obstáculos que sean producto de un formalismo y que no se compaginen con el necesario derecho a la justicia, o que no aparezcan como justificados y proporcionados conforme a las finalidades para que se establecen, que deben, en todo caso, ser adecuadas a la Constitución<sup>100</sup>.

De igual modo, el T.C. nos recuerda que los requisitos formales no son valores autónomos con sustantividad propia, sino que sólo sirven en cuanto que son instrumentos dirigidos a lograr la finalidad legítima de establecer las garantías necesarias para los litigantes<sup>101</sup>.

El art. 24 de la Constitución no impide que los órganos judiciales rechacen *ab initio* aquellas pretensiones en virtud de una causa legal rectamente aplicada, pero sí impone a los juzgadores la exigencia de interpretar

<sup>100</sup> SSTC 172/1995, de 21 de noviembre (f.j. 2.º); 87/1995, de 6 de junio (f.j. 3.º); 95/1985, de 14 de noviembre (f.j. 5.º).

<sup>101</sup> SSTC 4/1995, de 10 de enero (f.j. 3.º); 221/1994, de 18 de julio (f.j. 3.º); 65/1993, de 1 de marzo (f.j. 2.º); 31/1992, de 18 de marzo (f.j. 2.º); 21/1990, de 15 de febrero (f.j. 5.º); 15/1990, de 1 de febrero (f.j. 3.º); 39/1988, de 9 de marzo (f.f.jj. 1.º y 2.º); 90/1986, de 2 de julio (f.j. 3.º); 57/1985, de 29 de abril (f.j. 3.º); 57/1984, de 8 de mayo (f.j. 3.º).

<sup>102</sup> SSTC 172/1995, de 21 de noviembre (f.j. 2.º); 87/1995, de 6 de junio (f.j. 3.º); 221/1994, de 18 de julio (f.j. 3.º); 17/1985, de 9 de febrero (f.j. 2.º).

los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una resolución sobre el fondo<sup>102</sup>.

Así, el rechazo de la acción basado en una interpretación restrictiva de las condiciones establecidas para su ejercicio comporta la vulneración del derecho reconocido en el artículo 24.1 C.E.<sup>103</sup>.

Todo ello viene dado por el hecho de que las disposiciones procesales han de ser interpretadas a la luz de la Constitución, esto es, en el sentido más favorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial del art. 24.1 de la Constitución, pues si bien las formas y requisitos del proceso cumplen un papel de capital importancia para su ordenación, no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución, con repudio por lo tanto de formalismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma<sup>104</sup>.

#### *b) La subsanabilidad de los defectos procesales*

El art. 24 de la Constitución no consagra una regla general y absoluta en favor de la subsanación de los vicios o defectos procesales, sin perjuicio de su tendencia, a favorecer la conservación de los actos procesales o la subsanación de los defectos susceptibles de reparación sin ruptura del proceso, visible en muy diversos preceptos legales y, en especial, en los arts. 11.3, 240.2, 242 y 243 de la L.O.P.J.<sup>105</sup>.

En consecuencia, el juzgador debe procurar, antes de rechazar una demanda, incidente o recurso defectuoso, la subsanación o reparación del defecto, siempre que no tenga su origen en una actividad contumaz o negligente del interesado y que no dañe la regularidad del procedimiento ni la

<sup>102</sup> SSTC 152/1996, de 30 de septiembre (f.j. 2.º); 172/1995, de 21 de noviembre (f.j. 2.º); 256/1994, de 26 de septiembre (f.j. 4.º); 122/1993, de 19 de abril (f.j. 2.º); 79/1991, de 15 de abril (f.j. 3.º); 78/1991, de 15 de abril (ff.jj. 3.º y 4.º); 57/1985, de 29 de abril (f.j. 4.º); 17/1985, de 9 de febrero (f.j. 2.º); 69/1984, de 11 de junio (f.j. 2.º); 59/1984, de 10 de mayo (f.j. 3.º); 19/1983, de 14 de marzo (f.j. 4.º); 3/1983, de 25 de enero (f.j. 1.º).

<sup>103</sup> SSTC 172/1995, de 21 de noviembre (f.j. 2.º); 34/1994, de 31 de enero (f.j. 2.º).

<sup>104</sup> SSTC 172/1995, de 21 de noviembre (f.j. 2.º); 90/1986, de 2 de julio (f.j. 3.º); 29/1985, de 28 de febrero (f.j. 3.º).

<sup>105</sup> SSTC 210/1996, de 17 de diciembre (f.j. 3.º); 38/1996, de 11 de marzo (f.j. 2.º); 65/1993, de 1 de marzo (f.j. 3.º); 39/1988, de 9 de marzo (f.j. 2.º); 5/1988, de 7 de marzo (f.j. 4.º); 162/1986, de 17 de diciembre (f.j. 2.º); 60/1985, de 6 de mayo (f.j. 4.º); 65/1983, de 21 de julio (f.j. 4.º).

posición jurídica de la otra parte (ejemplo: las normas relativas al incumplimiento de los plazos procesales)<sup>106</sup>.

La inadmisión de demandas, incidentes o recursos no debe contemplarse como sanción, sino más bien como un medio de preservar la integridad objetiva del procedimiento de forma que, si no se apreciare negligencia en la parte, y el defecto fuese susceptible de reparación sin daño para el proceso, procederá la apertura de un trámite de subsanación, trámite que puede apoyarse en la cláusula genérica del art. 11.3 L.O.P.J. y en la exigencia derivada del art. 24 C.E. de que los requisitos formales se interpreten y apliquen de modo flexible y atendiendo a su finalidad y de que a su incumplimiento no se anuden consecuencias desproporcionadas o excesivamente gravosas<sup>107</sup>.

Así, por ejemplo, tanto la firma del procurador como la del abogado son requisitos de cumplimiento subsanable, y sólo cuando no hayan sido subsanados tras habérseles dado a la parte la oportunidad para ello, podrán servir como motivos de inadmisibilidad sin lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>108</sup>. De igual modo, es plenamente subsanable la falta de habilitación de un abogado para ejercer su profesión fuera del ámbito colegial en el que está inscrito<sup>109</sup>.

En conclusión, los defectos subsanables no pueden convertirse en insubsanables por inactividad del órgano jurisdiccional, debiendo éste advertir tempestivamente de su existencia al interesado para que subsane dichos defectos. En caso contrario, puede conculcarse el art. 24 C.E. cuando un defecto subsanable en su día no se corrige por el juzgador, a pesar de po-

<sup>106</sup> SSTC 112/1997, de 3 de junio (f.j. 3.º); 84/1997, de 22 de abril (f.j. 2.º); 79/1997, de 21 de abril (f.j. 4.º); 69/1997, de 8 de abril (f.j. 6.º); 152/1996, de 30 de septiembre (f.j. 2.º); 149/1996, de 30 de septiembre (f.j. 2.º); 65/1996, de 16 de abril (f.j. único); 159/1995, de 6 de noviembre (f.j. 4.º); 78/1991, de 15 de abril (f.j. 3.º); 11/1982, de 29 de marzo (f.j. 3.º).

<sup>107</sup> SSTC 104/1997, de 2 de junio (f.j. 4.º); 19/1997, de 10 de febrero (f.j. 3.º); 210/1996, de 17 de diciembre (f.j. 2.º); 26/1996, de 13 de febrero (f.j. 3.º); 159/1995, de 6 de noviembre (f.j. 4.º); 221/1994, de 13 de julio (f.j. 2.º); 193/1993, de 14 de junio (f.j. 2.º); 201/1992, de 19 de noviembre (f.j. 2.º); 127/1991, de 6 de junio (f.j. 3.º); 213/1990, de 20 de diciembre (f.j. 2.º); 2/1989, de 13 de enero (f.j. 3.º); 164/1986, de 17 de diciembre (f.j. 1.º); 87/1986, de 27 de junio (f.j. 2.º); 81/1986, de 20 de junio (f.j. 5.º); 57/1984, de 8 de mayo (f.j. 3.º).

<sup>108</sup> SSTC 172/1988, de 3 de octubre (f.j. 3.º); 3/1987, de 21 de enero (f.j. 3.º); 87/1986, de 27 de junio (f.j. 2.º); 36/1986, de 12 de marzo (f.j. 2.º); 57/1984, de 8 de mayo (f.j. 3.º).

<sup>109</sup> SSTC 209/1996, de 17 de diciembre (f.f.j. 2.º y 3.º); 33/1996, de 11 de marzo (f.j. 3.º).

der hacerlo, y se convierte más adelante en insubsanable, motivo por el cual luego se dicta una Sentencia contraria a los intereses de la parte a la que se le ha impedido subsanar el defecto procesal<sup>110</sup>.

En todo caso, el juzgador debe efectuar un juicio de proporcionalidad entre el defecto observado y su entidad real (archivo de una demanda, resolución del proceso sin entrar sobre el fondo, etc.), es decir, obliga a tener en cuenta, de un lado, la finalidad que cumple el requisito formal y, de otro, la imposibilidad de que su incumplimiento o cumplimiento defectuoso opere, sin más, al margen de su trascendencia real en el proceso<sup>110bis</sup>.

### 1.5. El derecho a la justicia gratuita

La garantía de acceso al proceso podría quedar vacía de contenido si quienes carecen de recursos económicos suficientes para litigar no tuviesen reconocido el derecho a la justicia gratuita<sup>111</sup>.

El derecho a la gratuidad de la justicia, proclamado en el art. 119 C.E., es de configuración legal, es decir, corresponde al legislador determinar el contenido y concretas condiciones de ejercicio, atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y las concretas disponibilidades presupuestarias<sup>112</sup>. Sólo respecto del imputado en un proceso penal se impone al legislador la necesidad de proveerlo de un abogado de oficio<sup>113</sup>.

Se trata, por otro lado, de un derecho de naturaleza prestacional, lo que implica que el legislador no puede desconocer el mandato recogido en el art. 119 C.E. y desatender «a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar». Si bien estamos ante conceptos normativos relativamente abiertos o indeterminados, en ellos se encierra un núcleo indisponible que supone, sin duda, que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no pueden hacer frente a los gastos originados por el proceso sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia, al objeto de que

<sup>110</sup> SSTC 104/1997, de 2 de junio (f.j. 4.º); 79/1997, de 21 de abril (f.j. 4.º); 152/1996, de 30 de septiembre (f.j. 2.º); 149/1996, de 30 de septiembre (f.j. 2.º); 117/1990, de 21 de junio (f.j. 3.º); 3/1987, de 21 de enero (f.j. 2.º); 62/1986, de 20 de mayo (f.j. 2.º).

<sup>110bis</sup> SSTC 112/1997, de 3 de junio (f.j. 3.º); 104/1997, de 2 de junio (f.j. 4.º).

<sup>111</sup> SSTC 51/1996, de 26 de marzo (f.j. 4.º); 16/1994, de 20 de enero (f.j. 6.º); 138/1988, de 8 de julio (f.j. 2.º); 47/1987, de 22 de abril (f.j. 2.º); 28/1981, de 23 de julio (f.j. 4.º).

<sup>112</sup> SSTC 83/1997, de 22 de abril (f.j. 3.º); 16/1994, de 20 de enero (f.j. 3.º).

<sup>113</sup> SSTC 51/1996, de 26 de marzo (f.j. 5.º); 111/1995, de 4 de julio (f.j. 6.º); 217/1994, de 18 de julio (f.j. 2.º).

nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos. Ello constituye el parámetro a utilizar para valorar la legitimidad constitucional de los criterios fijados por el legislador<sup>114</sup>.

En concreto, nuestro T.C. ha tenido ocasión de manifestar que la utilización del doble del salario mínimo interprofesional como criterio objetivo para determinar el límite económico por debajo del cual se tiene derecho a la justicia gratuita es un criterio respetuoso con el contenido indisponible del art. 119 C.E.<sup>115</sup>.

Dentro del amplio margen de libertad que tiene el legislador para la configuración de este derecho, el T.C. entiende que se puede fijar a partir de criterios objetivos, como el de una determinada cantidad de ingresos, u optar por un sistema de arbitrio judicial dejándolo a la decisión discrecional de los jueces o de éstos y otras instancias, o puede utilizar fórmulas mixtas limitándose a establecer las pautas genéricas que debe ponderar el juez al conceder o denegar las solicitudes de gratuidad<sup>116</sup>.

En cualquier caso, se vulnera el art. 24.1 C.E. cuando el órgano jurisdiccional injustificadamente, por acción u omisión, cierra a una persona la posibilidad de suplir, por los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, su falta de postulación procesal<sup>117</sup>. Por contra, no se infringe si la falta de concesión de este beneficio se debe a la inactividad de la parte solicitante de amparo durante la sustanciación del proceso<sup>118</sup>.

## 2. La llamada de la parte al proceso: requisitos constitucionales de los actos de comunicación

### 2.1. Alcance y finalidad

El artículo 24 de la Constitución Española garantiza el derecho a acceder al proceso en condiciones de poder ser oído y ejercitar la defensa de

<sup>114</sup> STC 16/1994, de 20 de enero (f.j. 3.º).

<sup>115</sup> STC 16/1994, de 20 de enero (f.j. 4.º).

<sup>116</sup> STC 16/1994, de 20 de enero (f.j. 3.º).

<sup>117</sup> SSTC 131/1991, de 17 de junio (f.j. 2.º); 115/1984, de 3 de diciembre (f.j. 2.º).

<sup>118</sup> STC 133/1983, de 3 de julio (f.j. 2.º).

los derechos e intereses legítimos<sup>119</sup>. En consecuencia, los actos de comunicación de las decisiones judiciales (notificaciones, citaciones y emplazamientos), en la medida en que hacen posible la comparecencia del destinatario y la defensa contradictoria de las pretensiones, representan un instrumento ineludible para la observancia de las garantías constitucionales del proceso<sup>120</sup>.

Por todo ello, según doctrina reiterada del T.C., el emplazamiento a las partes debe realizarse por el órgano jurisdiccional con todo cuidado, cumpliendo las normas procesales que regulan dicha actuación a fin de asegurar la efectividad real de la comunicación<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> SSTC 100/1997, de 20 de mayo (f.j. 2.º); 99/1997, de 20 de mayo (f.j. 4.º); 86/1997, de 22 de abril (f.j. 1.º); 29/1997, de 24 de febrero (f.j. 2.º); 126/1996, de 9 de julio (f.j. 2.º); 121/1996, de 8 de julio (f.j. 2.º); 64/1996, de 16 de abril (f.j. 2.º); 148/1995, de 16 de octubre (f.j. 2.º); 108/1995, de 4 de julio (f.j. 2.º); 30/1995, de 6 de febrero (f.j. 2.º); 108/1994, de 11 de abril (f.j. 3.º); 103/1994, de 11 de abril (f.j. 3.º); 61/1994, de 23 de febrero (f.j. 2.º); 192/1993, de 14 de junio (f.j. 3.º); 118/1993, de 29 de mayo (f.j. 2.º); 106/1993, de 22 de marzo (f.j. 1.º); 236/1992, de 26 de diciembre (f.j. 1.º); 170/1992, de 26 de octubre (f.j. 1.º); 208/1991, de 30 de octubre (f.j. 2.º); 48/1990, de 20 de marzo (ff.jj. 2.º y 3.º); 37/1990, de 1 de marzo (ff.jj. 2.º y 8.º); 212/1989, de 19 de diciembre (f.j. 2.º); 192/1989, de 16 de noviembre (f.j. 3.º); 142/1989, de 18 de septiembre (f.j. 2.º); 109/1989, de 8 de junio (f.j. 2.º); 233/1988, de 2 de diciembre (f.j. 1.º); 110/1988, de 8 de junio (f.j. 2.º); 35/1986, de 21 de febrero (f.j. 1.º).

<sup>120</sup> SSTC 99/1997, de 20 de mayo (f.j. 4.º); 86/1997, de 22 de abril (f.j. 1.º); 77/1997, de 21 de abril (f.j. 2.º); 29/1997, de 24 de febrero (f.j. 2.º); 17/1997, de 10 de febrero (f.j. 1.º); 126/1996, de 9 de julio (f.j. 2.º); 121/1996, de 8 de julio (f.j. 2.º); 82/1996, de 20 de mayo (f.j. 3.º); 81/1996, de 20 de mayo (f.j. 3.º); 80/1996, de 20 de mayo (f.j. 2.º); 64/1996, de 16 de abril (f.j. 2.º); 25/1996, de 13 de febrero (f.j. 2.º); 190/1995, de 18 de diciembre (f.j. 2.º); 148/1995, de 16 de octubre (f.j. 2.º); 121/1995, de 18 de julio (f.j. 3.º); 108/1995, de 4 de julio (f.j. 2.º); 105/1995, de 3 de julio (f.j. 2.º); 10/1995, de 16 de enero (f.j. 2.º); 227/1994, de 18 de julio (f.j. 3.º); 65/1994, de 28 de febrero (f.j. 3.º); 318/1993, de 25 de octubre (f.j. 1.º); 234/1993, de 12 de junio (f.j. 3.º); 202/1993, de 24 de marzo (f.j. 2.º); 118/1993, de 29 de marzo (f.j. 4.º); 113/1993, de 24 de marzo (f.j. 1.º); 105/1993, de 22 de marzo (f.j. 1.º); 131/1992, de 28 de septiembre (f.j. 4.º); 78/1992, de 25 de mayo (f.j. 2.º); 126/1991, de 6 de junio (f.j. 4.º); 97/1991, de 9 de mayo (f.j. 1.º); 9/1991, de 17 de enero (f.j. 2.º); 48/1990, de 20 de marzo (ff.jj. 2.º y 3.º); 37/1990, de 1 de marzo (ff.jj. 2.º y 8.º); 142/1989, de 18 de septiembre (f.j. 2.º); 123/1989, de 6 de julio (f.j. 2.º); 16/1989, de 30 de enero (f.j. 2.º); 228/1988, de 30 de noviembre (f.j. 3.º); 205/1988, de 7 de noviembre (f.j. 3.º); 115/1988, de 10 de junio (f.j. 1.º); 72/1988, de 20 de abril (f.j. 2.º); 39/1987, de 3 de abril (f.j. 2.º); 114/1986, de 2 de octubre (f.j. 2.º); 82/1985, de 5 de julio (f.j. 2.º); 118/1984, de 5 de diciembre (ff.jj. 1.º y 2.º); 105/1984, de 15 de noviembre (f.j. 2.º); 102/1983, de 18 de noviembre (f.j. 1.º); 1/1983, de 13 de enero (f.j. 1.º); 9/1981, de 31 de marzo (f.j. 6.º).

<sup>121</sup> SSTC 118/1997, de 23 de junio (f.j. 2.º); 100/1997, de 20 de mayo (f.j. 2.º); 99/1997, de 20 de mayo (f.j. 4.º); 86/1997, de 21 de abril (f.j. 2.º); 80/1996, de 20 de mayo

El juez tiene el inexcusable deber de comprobar y asegurarse de que las citaciones y emplazamientos se hacen correctamente, esto es, llegan a su destinatario. Así:

a) Por lo que se refiere a la notificación por medio de telegrama o correo certificado, el órgano jurisdiccional debe vigilar, a través del oportuno acuse de recibo, que la comunicación ha tenido acceso a su destinatario, ya que, de lo contrario, la exigencia de comunicación se convertiría en un mero formalismo, ignorándose su verdadera esencia y finalidad<sup>122</sup>; y

b) Si la notificación tiene lugar respecto a terceros, en la diligencia de citación deben recogerse todos los extremos legalmente exigidos (art. 268 LEC), tales como la identificación completa del tercero, si se trata de un familiar o vecino próximo al destinatario, su estado y ocupación, su relación con la persona que deba ser notificada, la advertencia de la obligación que tiene de hacer llegar la cédula al interesado y las sanciones que conlleva el incumplimiento de tal obligación. La notificación practicada sin el cumplimiento de tales requisitos no permite garantizar el conocimiento efectivo por el destinatario, ni asegurar que la persona con la que se entendió la diligencia de notificación fuese la que señala el mencionado art. 268 LEC, y que ésta conociese su obligación legal de hacer llegar la cédula al interesado<sup>123</sup>.

## 2.2. La notificación personal

Ésta constituye la modalidad de notificación más segura para garantizar el conocimiento de los actos procesales a una determinada persona, y al que hay que acudir cuando se conoce el domicilio de la misma. Aún admitiendo que por notificación personal haya de entenderse toda aquella

(f.j. 2.º): 64/1996, de 16 de abril (f.j. 2.º); 121/1995, de 18 de julio (f.j. 3.º); 108/1995, de 4 de julio (f.j. 2.º); 216/1992, de 1 de diciembre (f.j. 2.º); 195/1990, de 29 de noviembre (f.j. 4.º).

<sup>122</sup> SSTC 155/1994, de 23 de mayo (f.j. 2.º); 142/1989, de 18 de septiembre (f.j. 2.º); 72/1983, de 20 de abril (f.j. 2.º); 157/1987, de 15 de octubre (f.j. 2.º); 22/1987, de 20 de febrero (f.j. 2.º); 1/1983, de 13 de enero (f.j. 1.º).

<sup>123</sup> SSTC 326/1993, de 8 de noviembre (f.j. 5.º); 196/1992, de 17 de noviembre (f.j. 3.º); 97/1992, de 11 de junio (f.j. 3.º); 41/1991, de 16 de febrero (f.j. 1.º); 3/1991, de 14 de enero (f.j. 1.º); 195/1990, de 29 de noviembre (f.j. 3.º); 216/1989, de 21 de diciembre (f.j. 4.º); 134/1989, de 7 de noviembre (f.j. 3.º); 155/1989, de 5 de octubre (f.f.j. 2.º y 3.º); 142/1989, de 18 de septiembre (f.j. 2.º); 110/1989, de 12 de junio (f.j. 2.º); 22/1987, de 20 de febrero (f.j. 2.º).

#### 2.4. Conocimiento extra-procesal del acto de comunicación: consecuencias

El conocimiento de la existencia de determinadas actuaciones judiciales por vías extra-procesales, siempre que ese conocimiento se haya producido en un momento hábil que permita al afectado no sólo comparecer sino ejercitar la plena defensa de sus derechos, no lesiona el art. 24.1 C.E., por cuanto la debida diligencia en su actuar impide, posteriormente, toda invocación de indefensión<sup>120</sup>.

### 3. La exigencia de la postulación

#### 3.1. Alcance

Las leyes procesales exigen que, en determinados casos, los particulares comparezcan en juicio representados por Procurador y dirigidos por Letrado, ya que éste es el único modo de tutelar jurídicamente sus pretensio-

1997, de 22 de abril (f.j. 1.º); 126/1996, de 9 de julio (f.j. 2.º); 180/1995, de 11 de diciembre (f.j. 1.º); 157/1987, de 15 de octubre (f.j. 2.º).

120 SSTC 118/1997, de 23 de junio (f.j. 2.º); 110/1997, de 3 de junio (f.j. 1.º); 99/1997, de 20 de mayo (f.j. 4.º); 97/1997, de 19 de mayo (f.j. 3.º); 56/1997, de 22 de abril (f.j. 1.º); 8/1997, de 14 de enero (f.j. 4.º); 121/1996, de 8 de julio (f.j. 2.º); 105/1995, de 3 de julio (f.j. 4.º); 30/1995, de 6 de febrero (f.j. 1.º); 15/1995, de 24 de enero (f.j. 1.º); 235/1995, de 12 de junio (f.j. 4.º); 234/1993, de 12 de junio (f.j. 2.º); 192/1993, de 14 de junio (f.j. 3.º); 118/1993, de 29 de marzo (f.j. 1.º); 106/1993, de 22 de marzo (f.j. 2.º); 102/1993, de 22 de marzo (f.j. único); 176/1992, de 2 de noviembre (f.j. 3.º); 167/1992, de 26 de diciembre (f.j. 2.º); 136/1991, de 3 de octubre (f.j. 3.º); 129/1991, de 6 de junio (f.j. 1.º); 126/1991, de 3 de junio (f.j. 4.º); 174/1990, de 12 de noviembre (f.j. 2.º); 107/1990, de 4 de junio (f.j. 1.º); 58/1990, de 28 de marzo (f.j. 2.º); 48/1990, de 20 de marzo (f.j. 2.º); 213/1989, de 19 de diciembre (f.j. 2.º); 196/1989, de 27 de noviembre (f.j. 2.º); 184/1989, de 6 de noviembre (f.j. 3.º); 142/1989, de 18 de septiembre (f.j. 2.º); 123/1989, de 6 de julio (f.j. 2.º); 110/1989, de 12 de junio (f.j. 2.º); 31/1989, de 13 de febrero (f.j. 3.º); 16/1989, de 30 de enero (f.j. 2.º); 252/1988, de 20 de diciembre (f.j. 2.º); 228/1988, de 30 de noviembre (f.j. 1.º); 194/1988, de 19 de octubre (f.j. 2.º); 97/1988, de 27 de mayo (f.j. 4.º); 87/1988, de 9 de mayo (f.j. 2.º); 24/1988, de 23 de febrero (f.j. 1.º); 208/1987, de 22 de diciembre (f.j. 2.º); 153/1987, de 13 de octubre (f.j. 4.º); 141/1987, de 23 de julio (f.j. 4.º); 108/1987, de 26 de julio (f.j. 2.º); 92/1987, de 3 de julio (f.j. 2.º); 77/1987, de 26 de mayo (f.j. 1.º); 150/1986, de 27 de noviembre (f.j. 2.º); 133/1986, de 29 de octubre (f.j. 4.º); 68/1986, de 27 de mayo (f.j. 2.º); 24/1986, de 14 de febrero (f.j. 2.º); 181/1985, de 20 de diciembre (f.j. 2.º); 108/1985, de 8 de octubre (f.j. 3.º); 83/1985, de 8 de julio (f.j. 4.º); 56/1985, de 29 de abril (f.f.j. 2.º y 4.º); 4/1985, de 18 de enero (f.j. 3.º); 3/1985, de 11 de enero (f.j. 1.º); 2/1985, de 10 de enero (f.j. 1.º); 102/1983, de 18 de noviembre (f.j. 2.º); 23/1982, de 13 de mayo (f.j. 1.º).

nes<sup>131</sup>. Por otro lado, la racionalidad técnica de tales profesionales evita el lógico apasionamiento del sujeto que se cree lesionado en sus intereses<sup>132</sup>.

En los casos en que se exige esta postulación y el particular acude directamente a los órganos jurisdiccionales debe procurarse su subsanación, y no convertir este hecho en un motivo de inadmisión o desestimación<sup>133</sup>.

### 3.2. Subsanabilidad de los defectos de postulación

Con anterioridad hemos analizado la doctrina del TC sobre la subsanabilidad de los defectos procesales. En materia de postulación se reitera esta postura flexible e informal, sentándose la doctrina de que antes de proceder a la inadmisión del acto procesal carente del requisito de la postulación debe procederse al intento de su subsanación mediante el ofrecimiento de un plazo para ello, pues de lo contrario, se origina de forma inmediata y directa la vulneración del art. 24.1 C.E., al obstaculizarse indebidamente el acceso del ciudadano a la jurisdicción<sup>134</sup>.

### 3.3. La gravedad de la postulación

#### a) Alcance

La exigencia de postulación en los casos de las personas con escasos recursos económicos no se satisface sólo con el nombramiento de procurador y letrado de oficio, sino que además debe procurarse que ese nombramiento se lleve a la práctica de manera real y efectiva. Así, el T.C. destaca que el art. 6.3.c. del Convenio de Roma no habla de «nombramiento» sino de «asistencia», concepto éste que va más allá del mero nombramiento<sup>135</sup>.

<sup>131</sup> ATC 33/1980, de 6 de octubre (f.j. 2.º).

<sup>132</sup> ATC 540/1984, de 26 de septiembre (f.j. único).

<sup>133</sup> SSTC 131/1991, de 17 de junio (f.j. 2.º); 140/1987, de 23 de julio (f.j. 3.º); 115/1984, de 3 de diciembre (f.j. 1.º); 42/1982, de 5 de julio (f.j. 3.º).

<sup>134</sup> SSTC 209/1996, de 17 de diciembre (f.j. 3.º); 43/1991, de 25 de febrero (f.j. 2.º); 39/1990, de 12 de marzo (f.j. 3.º); 10/1990, de 29 de enero (f.j. 2.º); 207/1989, de 30 de noviembre (f.j. 2.º); 174/1988, de 3 de octubre (f.j. 2.º); 95/1988, de 25 de mayo (f.j. 2.º); 69/1984, de 11 de junio (f.j. 2.º); 123/1983, de 16 de diciembre (f.j. 4.º); 10/1981, de 6 de abril (f.j. 1.º).

<sup>135</sup> SSTC 175/1994, de 6 de junio (f.j. 4.º); 135/1991, de 17 de junio (f.j. 2.º); 130/1990, de 15 de noviembre (f.j. 3.º); 106/1988, de 8 de junio (f.j. 3.º); 37/1988, de 3 de marzo (f.j. 6.º).

b) *Suspensión del curso del proceso: previa petición de postulación de oficio*

Los principios de igualdad y contradicción pueden resultar vulnerados si, solicitado el nombramiento de procurador y abogado de oficio por quien carece de medios económicos, no se suspende el curso del proceso principal hasta que dicho nombramiento se realice y la defensa se lleva real y efectivamente<sup>126</sup>.

Así, el TC en una ocasión ha anulado la sentencia dictada en un juicio ejecutivo por no haberse prestado atención a la petición del demandado de suspender el procedimiento para serle nombrados abogado y procurador en turno de oficio y oponerse a la demanda ejecutiva, lo que había anunciado en tiempo, sin fundamento alguno<sup>127</sup>.

C) *Derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente*

Esta manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva se compone de dos relevantes exigencias: que las sentencias sean motivadas jurídicamente, y que sean congruentes.

1. *La motivación de las sentencias*

1.1. *Alcance*

El TC afirma, constantemente, que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho que ponga fin al proceso<sup>128</sup>.

<sup>126</sup> SSTC 175/1994, de 7 de junio (f.j. 4.º); 28/1981, de 23 de julio (f.j. 4.º).

<sup>127</sup> STC 175/1994, de 7 de junio (f.j. 4.º).

<sup>128</sup> SSTC 101/1997, de 20 de mayo (f.j. 2.º); 54/1997, de 17 de marzo (f.j. 3.º); 26/1997, de 11 de febrero (f.j. 2.º); 176/1996, de 11 de noviembre (f.j. 3.º); 169/1996, 29 de octubre (f.j. 4.º); 112/1996, de 24 de junio (f.j. 2.º); 79/1996, de 20 de mayo (f.j. 3.º); 46/1996, de 25 de marzo (f.j. 3.º); 32/1996, de 27 de febrero (f.j. 4.º); 30/1996, de 26 de febrero (f.j. 3.º); 191/1995, de 18 de diciembre (f.j. 2.º); 159/1995, de 6 de noviembre (f.j. 4.º); 153/1995, de 24 de octubre (f.j. 2.º); 325/1994, de 12 de diciembre (f.j. 3.º); 22/1994, de 27 de enero (f.j. 2.º); 200/1992, de 19 de noviembre (f.j. 2.º); 184/1992, de 16 de noviembre (f.j. 2.º); 174/1992, de 2 de noviembre (f.j. 2.º); 159/1992, de 26 de octubre (f.j. 3.º); 125/1992, de 28 de septiembre (f.j. 2.º); 109/1992, de 14 de septiembre (ff.jj. 3.º y 4.º); 49/1992, de 2 de abril (f.j. 5.º); 173/1991, de 16 de septiembre (f.j. 2.º); 160/1991, de 8 de julio (f.j. 8.º); 142/1991, de 1 de julio (ff.jj. 2.º y 4.º); 32/1991, de 14 de febrero (f.j. 1.º); 15/1991, de 28 de enero (f.j. 2.º); 170/1990, de 5 de noviembre (f.j. 6.º); 158/1990, de

Por ello, una aplicación de la legalidad que sea arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no puede considerarse fundada en Derecho, siendo lesiva del art. 24.1 C.E. Así ocurre en los casos en los que la sentencia contiene contradicciones internas o errores lógicos que hacen de ella una resolución manifiestamente irrazonable por contradictoria y, en consecuencia, carente de motivación<sup>139</sup>.

Esta obligación de fundamentar las sentencias no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad del juzgador, en un sentido o en otro, sino que el deber de motivación que la Constitución y la Ley exigen imponen que la decisión judicial esté precedida de la argumentación que la fundamenta. No se trata de exigir a los órganos jurisdiccionales una argumentación extensa, exhaustiva o pormenorizada que vaya respondiendo, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, ni impedir la fundamentación concisa o escueta que en cada caso estimen suficiente quienes ejercen la potestad jurisdiccional; se trata de que la tutela judicial efectiva se anude con los extremos sometidos por las partes a debate<sup>140</sup>.

Por ello, la exigencia de motivación no implica necesariamente una contestación judicial expresa a todas y cada una de las alegaciones de las partes. Si el ajuste entre fallos y peticiones de las partes es sustancial y se

13 de octubre (f.j. 2.º); 134/1990, de 2 de julio (f.j. 2.º); 111/1990, de 18 de junio (f.j. 2.º); 94/1990, de 23 de mayo (f.j. 5.º); 79/1990, de 26 de abril (f.j. 3.º); 5/1990, de 26 de abril (f.j. 3.º); 364/1988, de 22 de diciembre (f.j. 4.º); 244/1988, de 19 de diciembre (f.j. 2.º); 214/1988, de 14 de noviembre (f.j. 2.º); 131/1988, de 4 de julio (f.j. 3.º); 84/1988, de 28 de abril (f.j. 1.º); 205/1987, de 21 de diciembre (f.j. 3.º); 10/1987, de 2 de febrero (f.j. 2.º); 32/1986, de 21 de febrero (f.j. 1.º); 19/1986, de 7 de febrero (f.j. 2.º); 158/1985, de 18 de octubre (f.j. 8.º); 111/1985, de 11 de octubre (f.j. 1.º); 99/1985, de 30 de septiembre (f.j. 4.º); 43/1985, de 22 de marzo (f.j. 2.º); 61/1983, de 11 de julio (f.j. 3.º); 77/1982, de 20 de diciembre (f.j. 4.º); 11/1982, de 29 de marzo (f.j. 2.º); 20/1981, de 8 de junio (f.j. 2.º); 9/1981, de 31 de marzo (f.j. 4.º).

<sup>139</sup> SSTC 68/1997, de 8 de abril (f.j. 4.º); 117/1996, de 25 de junio (f.j. 2.º); 112/1996, de 24 de junio (f.j. 2.º); 40/1996, de 12 de marzo (f.j. 2.º); 77/1994, de 14 de marzo (f.j. 2.º); 184/1992, de 16 de noviembre (f.j. 2.º); 159/1992, de 26 de octubre (f.j. 2.º); 159/1989, de 6 de octubre (ff.jj. 6.º y 7.º); 262/1988, de 22 de diciembre (f.j. 3.º).

<sup>140</sup> SSTC 54/1997, de 17 de marzo (f.j. 3.º); 39/1997, de 27 de febrero (f.j. 4.º); 26/1997, de 11 de febrero (f.j. 2.º); 123/1996, de 9 de julio (f.j. 10.º); 153/1995, de 24 de octubre (f.j. 2.º); 72/1995, de 12 de mayo (f.j. 2.º); 28/1994, de 27 de enero (f.j. 3.º); 34/1992, de 13 de marzo (f.j. 1.º); 121/1991, de 3 de junio (f.j. 2.º); 368/1993, de 13 de diciembre (f.j. único); 14/1991, de 28 de enero (f.j. 2.º); 75/1988, de 25 de abril (f.j. 3.º); 116/1986, de 8 de octubre (f.j. 5.º); 5/1986, de 21 de enero (f.j. 2.º); 93/1984, de 16 de octubre (f.j. 7.º); 41/1984, de 21 de marzo (f.j. 4.º); 61/1983, de 11 de julio (f.j. 3.º).

resuelven, aunque sean genéricamente, las pretensiones válidamente deducidas en juicio, no se conculca el art. 24 C.E., pese a que no haya pronunciamiento respecto de alegaciones concretas no sustanciales<sup>141</sup>.

En orden a la motivación de las sentencias, hemos de advertir que el T.C. ha admitido la motivación por remisión siempre, obviamente, que se remita a donde exista realmente motivación<sup>142</sup>.

De igual modo, el Alto Tribunal ha tenido oportunidad de declarar la constitucionalidad de los modelos predefinidos o formatos de resolución judicial, aunque se trate de una práctica que suscita evidente riesgo de indefensión del art. 24.1 C.E.<sup>143</sup>. Por ello, siempre dicha resolución judicial —al margen de su forma y extensión— debe estar suficientemente motivada, atendiendo congruentemente al núcleo de las pretensiones de las partes<sup>144</sup>.

En cualquier caso, la motivación de las sentencias debe, necesariamente, atender al sistema de fuentes normativas, esto es, tiene que fundarse en Derecho. La tutela judicial efectiva entraña, como presupuesto implícito e inexcusable, el deber de que los juzgadores resuelvan *secundum legem* y atendándose al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 del Código Civil), exigencia que, si bien no hará posible en el amparo constitucional el control genérico sobre la razonable interpretación de las normas seleccionadas como aplicables por los órganos judiciales, a los que constitucionalmente les corresponde esta función, sí permite reconocer una indebida denegación de la tutela judicial en la hipótesis de que el juzgador, desconociendo la ordenación constitucional y legal sobre el control de normas, quiebre el

<sup>141</sup> SSTC 26/1997, de 11 de febrero (f.j. 3.º); 169/1996, de 29 de octubre (f.j. 4.º); 128/1996, de 9 de julio (f.j. 10.º); 46/1996, de 25 de marzo (f.j. 3.º); 32/1996, de 27 de febrero (f.j. 4.º); 368/1993, de 13 de diciembre (f.j. único); 198/1992, de 19 de noviembre (f.j. 2.º); 159/1992, de 26 de octubre (f.j. 3.º); 14/1991, de 28 de enero (f.j. 2.º); 29/1987, de 6 de marzo (f.j. 3.º); 13/1987, de 5 de febrero (f.j. 3.º).

<sup>142</sup> SSTC 59/1997, de 18 de marzo (f.j. 4.º); 91/1995, de 19 de junio (f.j. 5.º); 27/1992, de 9 de marzo (f.j. 4.º); 146/1990, de 1 de octubre (f.j. 2.º); 184/1988, de 13 de octubre (f.j. 2.º); 174/1987, de 3 de noviembre (f.j. 2.º); y AATC 220/1988, de 15 de febrero (f.j. 2.º); 688/1986, de 10 de septiembre (f.j. 3.º); 417/1985, de 26 de junio (f.j. único).

<sup>143</sup> SSTC 39/1997, de 27 de febrero (f.j. 4.º); 128/1996, de 9 de julio (f.j. 10.º); 97/1996, de 10 de junio (f.j. 4.º); 125/1989, de 12 de julio (f.j. 1.º).

<sup>144</sup> SSTC 26/1997, de 11 de febrero (f.j. 3.º); 169/1996, de 29 de octubre (f.j. 4.º); 97/1996, de 10 de junio (f.j. 4.º); 74/1990, de 23 de abril (f.j. 3.º); 55/1987, de 13 de mayo (f.j. 1.º).

derecho del justiciable a que su pretensión sea resuelta según aquel sistema<sup>145</sup>.

Finalmente, debemos destacar que este deber de motivar y fundamentar las sentencias ha sido extendido por el T.C. a toda resolución judicial que limite o restrinja derechos fundamentales<sup>146</sup>.

1.2. *La necesidad de que la sentencia tenga una resolución de fondo como «contenido normal» del derecho*

Como regla general, la sentencia habrá de ser de fondo, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, si concurren los requisitos procesales para ello. Sin embargo, podrá ser de inadmisión o de desestimación por algún motivo formal, cuando concorra alguna causa de inadmisibilidad y así lo acuerda el juez o tribunal en aplicación razonable de la misma<sup>147</sup>.

<sup>145</sup> SSTC 79/1996, de 20 de mayo (f.j. 3.º); 45/1996, de 25 de marzo (f.j. 6.º); 159/1992, de 26 de octubre (f.j. 3.º); 23/1988, de 22 de febrero (f.j. 1.º); 13/1987, de 5 de febrero (f.j. 3.º).

<sup>146</sup> SSTC 123/1997, de 1 de julio (f.j. 4.º); 115/1997, de 16 de junio (f.j. 2.º); 98/1997, de 20 de mayo (f.j. 7.º); 66/1997, de 7 de abril (f.j. 2.º); 112/1996, de 24 de junio (f.j. 6.º); 62/1996, de 15 de abril (f.j. 2.º); 54/1996, de 26 de marzo (f.j. 7.º); 37/1996, de 11 de marzo (f.j. 6.º); 131/1995, de 11 de diciembre (f.j. 5.º); 128/1995, de 26 de julio (f.j. 4.º); 126/1995, de 25 de julio (f.j. 3.º); 86/1995, de 6 de junio (f.j. 3.º); 41/1984, de 21 de marzo (f.j. 4.º); 62/1982, de 15 de octubre (f.j. 2.º).

<sup>147</sup> SSTC 125/1997, de 1 de julio (f.j. 3.º); 104/1997, de 2 de junio (f.j. 2.º); 101/1997, de 20 de mayo (f.j. 2.º); 84/1997, de 22 de abril (f.j. 1.º); 55/1997, de 17 de marzo (f.j. 2.º); 36/1997, de 25 de febrero (f.j. 3.º); 135/1996, de 23 de julio (f.j. 3.º); 40/1996, de 12 de marzo (f.j. 2.º); 159/1995, de 6 de noviembre (f.j. 4.º); 55/1995, de 6 de marzo (f.j. 2.º); 27/1995, de 6 de febrero (f.j. 2.º); 217/1994, de 18 de julio (f.j. 3.º); 159/1994, de 23 de mayo (f.j. 2.º); 7/1994, de 17 de enero (ff.jj. 6.º y 7.º); 267/1993, de 20 de septiembre (f.j. 2.º); 101/1993, de 22 de marzo (f.j. 2.º); 92/1993, de 15 de marzo (f.j. 2.º); 184/1992, de 16 de noviembre (f.j. 2.º); 125/1992, de 23 de septiembre (f.j. 2.º); 49/1992, de 2 de abril (f.j. 5.º); 173/1991, de 16 de septiembre (f.j. 2.º); 160/1991, de 18 de julio (f.j. 3.º); 142/1991, de 1 de julio (ff.jj. 2.º y 4.º); 32/1991, de 14 de febrero (f.j. 4.º); 15/1991, de 23 de enero (f.j. 2.º); 170/1990, de 5 de noviembre (f.j. 6.º); 158/1990, de 18 de octubre (f.j. 2.º); 79/1990, de 26 de abril (f.j. 3.º); 5/1990, de 26 de abril (f.j. 3.º); 264/1988, de 22 de diciembre (f.j. 4.º); 244/1988, de 19 de diciembre (f.j. 2.º); 214/1988, de 14 de noviembre (f.j. 2.º); 131/1988, de 4 de julio (f.j. 3.º); 84/1988, de 28 de abril (f.j. 1.º); 205/1987, de 21 de diciembre (f.j. 3.º); 10/1987, de 2 de febrero (f.j. 2.º); 32/1986, de 21 de febrero (f.j. 1.º); 19/1986, de 7 de febrero (f.j. 2.º); 138/1985, de 18 de octubre (f.j. 3.º); 99/1985, de 30 de septiembre (f.j. 4.º); 43/1985, de 22 de marzo (f.j. 2.º); 126/1984, de 26 de diciembre (f.j. 2.º); 77/1982, de 20 de diciembre (f.j. 4.º); 14/1982, de 21 de abril (f.j. 5.º); 20/1981, de 8 de junio (f.j. 2.º); 9/1981, de 31 de marzo (f.j. 4.º).

La configuración legal del derecho a la tutela judicial conduce a que cuando el Juez resuelve sobre las pretensiones de las partes puede no resolver el fondo de la cuestión planteada e inadmitir una acción en virtud de la aplicación, razonada en Derecho y no arbitraria, de una causa legal, como puede ser la caducidad de la acción. Ahora bien, la propia naturaleza fundamental de este derecho conduce a que la interpretación de esos requisitos legales se realice de la forma más favorable a su eficacia; ello supone, entre otras cosas que ha de haber proporcionalidad entre la causa legal de inadmisión y el resultado a que conduce<sup>138</sup>.

Para concluir, debemos indicar que en ningún caso, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión incluye el derecho a la estimación de las pretensiones sustanciales de cada parte —lo que es de suyo lógicamente imposible—. Y, alguna resolución añade que ello resulta tan obvio como, al parecer, necesitado de reiteración una y otra vez en la jurisprudencia del T.C.<sup>139</sup>.

### 1.3. Finalidades de la motivación

La motivación de las sentencias cumple múltiples finalidades:

- a) Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad;
- b) Hace patente el sometimiento del Juez al imperio de la ley;
- c) Logra el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de su contenido; y
- d) Garantiza la posibilidad de control de la resolución judicial por los Tribunales superiores que conozcan de los correspondientes recursos<sup>140</sup>.

<sup>138</sup> SSTC 104/1997, de 2 de junio (f.j. 2.º); 101/1997, de 20 de mayo (f.j. 2.º); 135/1996, de 23 de julio (f.j. 3.º); 40/1994, de 15 de febrero (f.j. 2.º); 194/1992, de 16 de noviembre (f.j. 3.º); 32/1991, de 14 de febrero (f.j. 4.º).

<sup>139</sup> STC 132/1995, de 11 de septiembre (f.j. 2.º).

<sup>140</sup> SSTC 59/1997, de 18 de marzo (f.j. 4.º); 54/1997, de 17 de marzo (f.j. 3.º); 112/1996, de 24 de junio (f.j. 3.º); 54/1996, de 26 de marzo (f.j. 7.º); 46/1996, de 25 de marzo (f.j. 3.º); 32/1996, de 27 de febrero (f.j. 4.º); 191/1995, de 18 de diciembre (f.j. 2.º); 153/1995, de 24 de octubre (f.j. 2.º); 28/1994, de 27 de enero (f.j. 3.º); 22/1994, de 27 de enero (f.j. 2.º); 109/1992, de 14 de septiembre (f.j. 3.º); 199/1991, de 28 de octubre (f.j. 3.º); 142/1991, de 1 de julio (ff.jj. 2.º y 4.º); 15/1991, de 28 de enero (f.j. 2.º); 5/1990, de 18 de enero (f.j. 3.º); 55/1987, de 13 de mayo (f.j. 1.º); 13/1987, de 5 de febrero (f.j. 3.º).

1.4. *La motivación no comporta un derecho al acierto de las sentencias*

A pesar de que la sentencia debe motivarse en Derecho, ello no excluye que pueda ser jurídicamente errónea, constituyendo una infracción de ley o de doctrina legal. Sin embargo, el derecho a la tutela judicial efectiva no ampara el acierto de las resoluciones judiciales, de modo que la selección o interpretación de la norma aplicable corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, salvo que —como apuntamos con anterioridad— la resolución judicial sea manifiestamente infundada o arbitraria, en cuyo caso no podría considerarse expresión del ejercicio de la justicia, sino simple apariencia de la misma. En consecuencia, el art. 24.1 C.E. no ampara la mayor o menor corrección de la resolución judicial en la interpretación de la legalidad, sino la prohibición de toda arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad de la misma<sup>151</sup>.

En consecuencia, el derecho a la tutela judicial efectiva se define como derecho a la obtención de una resolución judicial fundada, sin incluirse en él un derecho al acierto de los órganos jurisdiccionales en la aplicación de la legalidad<sup>152</sup>.

2. *La congruencia de las sentencias*

2.1. *Alcance*

Hay incongruencia cuando existe un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han planteado los términos del debate procesal. Por consiguiente, para determinar si existe incongruencia en una resolución judicial, es preciso confrontar su parte dispositiva con el objeto del proceso, limitado por sus "elementos" subjetivos —partes— y objetivos

<sup>151</sup> SSTC 81/1997, de 22 de abril (f.j. 4.º); 58/1997, de 18 de marzo (f.j. 2.º); 20/1997, de 10 de febrero (f.j. 3.º); 2/1997, de 13 de enero (f.j. 3.º); 176/1996, de 11 de noviembre (f.j. 3.º); 153/1996, de 15 de octubre (f.j. 3.º); 112/1996, de 24 de junio (f.j. 2.º); 79/1996, de 20 de mayo (f.j. 3.º); 142/1995, de 3 de octubre (f.j. 5.º); 148/1994, de 12 de mayo (f.j. 4.º); 55/1993, de 15 de febrero (f.j. 5.º).

<sup>152</sup> SSTC 31/1997, de 22 de abril (f.j. 5.º); 58/1997, de 18 de marzo (f.j. 2.º); 2/1997, de 13 de enero (f.j. 3.º); 176/1996, de 11 de noviembre (f.j. 3.º); 112/1996, de 24 de junio (f.j. 2.º); 79/1996, de 20 de mayo (f.j. 3.º); 166/1995, de 20 de noviembre (f.j. 1.º); 142/1995, de 3 de octubre (f.j. 5.º); 129/1995, de 11 de septiembre (f.j. 5.º); 99/1995, de 20 de junio (f.j. 4.º); 32/1995, de 5 de junio (f.j. 5.º).

—causa petendi y *petitum*—, de manera que la adecuación debe entenderse tanto a la petición como a los hechos esenciales que la fundamentan<sup>153</sup>.

Sin embargo, alguna resolución del T.C. matiza que a efectos de estimar la incongruencia de la sentencia debe distinguirse entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas: respecto a las primeras, no sería necesario una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Más rigurosa es la exigencia de congruencia respecto a las pretensiones<sup>154</sup>.

## 2.2. Tipos de incongruencia

La falta de adecuación entre la parte dispositiva y las pretensiones deducidas en el proceso admite distintas manifestaciones: que la sentencia otorgue más de lo solicitado por el actor; que conceda menos de lo admitido por el demandado; o que resuelva cosa distinta de lo pedido por ambas partes, omitiendo así el pronunciamiento respecto de las pretensiones deducidas en juicio<sup>155</sup>.

<sup>153</sup> SSTC 11/1997, de 3 de junio (f.j. 2.º); 26/1997, de 11 de febrero (f.j. 3.º); 9S/1996, de 10 de junio (f.j. 2.º); 60/1996, de 15 de abril (f.j. 5.º); 30/1996, de 26 de febrero (f.j. 3.º); 191/1995, de 18 de diciembre (f.j. 3.º); 11/1995, de 16 de enero (f.j. 6.º); 315/1994, de 28 de noviembre (f.j. 2.º); 311/1994, de 21 de noviembre (f.j. 2.º); 505/1994, de 14 de noviembre (f.j. 2.º); 289/1994, de 27 de octubre (ff.jj. 2.º y 3.º); 222/1994, de 18 de junio (f.j. 2.º); 172/1994, de 7 de junio (f.j. 2.º); 169/1994, de 6 de junio (f.j. 2.º); 122/1994, de 25 de abril (f.j. 2.º); 83/1994, de 14 de marzo (f.j. 2.º); 4/1994, de 17 de enero (f.j. 4.º); 171/1993, de 27 de mayo (f.j. 2.º); 67/1993, de 1 de marzo (ff.jj. 2.º y 4.º); 44/1993, de 8 de febrero (f.j. 2.º); 200/1992, de 19 de noviembre (f.j. 2.º); 184/1992, de 16 de noviembre (f.j. 2.º); 125/1992, de 28 de septiembre (f.j. 2.º); 109/1992, de 14 de septiembre (f.j. 3.º); 9S/1992, de 22 de junio (f.j. 3.º); 59/1992, de 23 de abril (f.j. 2.º); 34/1992, de 18 de marzo (f.j. 2.º); 19/1992, de 14 de febrero (f.j. 4.º); 91/1989, de 16 de mayo (ff.jj. 2.º y 5.º); 58/1989, de 16 de marzo (f.j. 5.º); 45/1988, de 17 de mayo (f.j. 4.º); 206/1987, de 21 de diciembre (f.j. 4.º); 14/1984, de 3 de febrero (f.j. 4.º); 20/1982, de 5 de mayo (f.j. 1.º).

<sup>154</sup> STC 26/1997, de 11 de febrero (f.j. 4.º).

<sup>155</sup> SSTC 11/1995, de 16 de enero (f.j. 6.º); 315/1994, de 28 de noviembre (f.j. 2.º); 289/1994, de 27 de octubre (ff.jj. 2.º y 3.º); 172/1994, de 7 de junio (f.j. 2.º); 4/1994, de 17 de enero (f.j. 4.º); 67/1993, de 1 de marzo (ff.jj. 1.º y 4.º); 44/1993, de 8 de febrero (f.j. 2.º); 59/1992, de 23 de abril (f.j. 2.º); 34/1992, de 18 de marzo (f.j. 2.º); 18/1992, de 14 de febrero (ff.jj. 2.º y 4.º); 225/1991, de 28 de noviembre (f.j. 2.º); 183/1991, de 30 de septiembre (f.j. 2.º); 144/1991, de 1 de julio (f.j. 2.º); 39/1991, de 25 de febrero (ff.jj. 2.º y 3.º); 159/1990, de 26 de noviembre (f.j. 3.º); 60/1990, de 29 de marzo (f.j. 2.º); 126/1989, de 12 de julio (f.j. 2.º); 96/1989, de 29 de mayo (f.j. 5.º); 91/1989, de 15 de mayo (f.j. 2.º);

Hay incongruencia omisiva cuando no se deciden todos los puntos objeto de debate, ni se da respuesta a una pretensión de la parte, siempre que el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita<sup>154</sup>. En consecuencia, el T.C. viene exigiendo para admitir la relevancia constitucional de esta incongruencia que ante todo se haya planteado la cuestión a resolver y que su respuesta no pueda deducirse del conjunto de la decisión judicial<sup>157</sup>. Así, es necesario para poder apreciar una respuesta tácita —y no una mera omisión— que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita<sup>158</sup>.

La incongruencia por *extra petitum*, para que tenga relevancia constitucional, precisa realmente que el desajuste entre lo resuelto por el órgano judicial y lo planteado en la demanda o en el recurso sea de tal entidad que pueda constatarse con claridad la existencia de indefensión, esto es, requiere que el pronunciamiento judicial recaiga sobre un tema que no esté

45/1989, de 21 de febrero (f.j. 2.º); 226/1988, de 29 de septiembre (f.j. 4.º); 169/1988, de 29 de septiembre (f.j. 3.º); 156/1988, de 22 de julio (f.j. 2.º); 90/1988, de 13 de mayo (f.j. 2.º); 84/1988, de 28 de abril (f.j. 1.º); 42/1988, de 15 de marzo (f.j. 4.º); 206/1987, de 21 de diciembre (f.j. 4.º); 205/1987, de 21 de diciembre (f.j. 4.º); 191/1987, de 1 de diciembre (f.j. 2.º); 176/1987, de 10 de diciembre (f.j. 4.º); 163/1987, de 29 de octubre (f.j. 3.º); 142/1987, de 23 de julio (f.j. 3.º); 43/1987, de 16 de marzo (f.j. 6.º); 168/1986, de 20 de octubre (f.j. 3.º); 115/1986, de 6 de octubre (f.j. 2.º); 52/1986, de 21 de febrero (f.j. 1.º); 177/1985, de 18 de diciembre (f.j. 4.º); 167/1985, de 10 de diciembre (f.j. único); 34/1985, de 7 de mayo (f.j. 4.º); 14/1985, de 1 de febrero (f.j. 3.º); 20/1982, de 5 de mayo (f.f.jj. 2.º y 3.º); 12/1981, de 31 de marzo (f.j. 2.º).

<sup>154</sup> SSTC 111/1997, de 3 de junio (f.j. 2.º); 94/1997, de 8 de mayo (f.j. 2.º); 57/1997, de 18 de marzo (f.j. 5.º); 26/1997, de 11 de febrero (f.j. 3.º); 169/1996, de 29 de octubre (f.j. 4.º); 144/1996, de 16 de septiembre (f.j. 2.º); 123/1996, de 9 de julio (f.j. 11.º); 97/1996, de 10 de junio (f.j. 4.º); 85/1996, de 21 de mayo (f.j. 3.º); 58/1996, de 15 de abril (f.j. 2.º); 56/1996, de 15 de abril (f.j. 4.º); 91/1995, de 19 de junio (f.j. 4.º); 37/1994, de 14 de marzo (f.j. 2.º); 4/1994, de 17 de enero (f.j. 2.º); 108/1990, de 7 de junio (f.j. 2.º); 79/1990, de 26 de abril (f.j. 3.º); 5/1990, de 18 de enero (f.j. 3.º); 244/1988, de 19 de diciembre (f.j. 2.º); 45/1988, de 17 de marzo (f.j. 4.º); 42/1988, de 17 de marzo (f.j. 4.º); 8/1988, de 22 de enero (f.j. 4.º).

<sup>155</sup> SSTC 85/1996, de 21 de mayo (f.j. 3.º); 195/1995, de 19 de diciembre (f.j. 6.º); 37/1994, de 14 de marzo (f.j. 2.º); 4/1994, de 17 de enero (f.j. 2.º); 53/1991, de 11 de marzo (f.j. 2.º); 45/1988, de 17 de marzo (f.j. 4.º); 42/1988, de 15 de marzo (f.j. 4.º).

<sup>156</sup> SSTC 111/1997, de 3 de junio (f.j. 2.º); 94/1997, de 8 de mayo (f.j. 2.º); 57/1997, de 18 de marzo (f.j. 5.º); 39/1997, de 27 de febrero (f.j. 3.º); 26/1997, de 11 de febrero (f.j. 4.º); 85/1996, de 21 de mayo (f.j. 3.º); 58/1996, de 15 de abril (f.j. 2.º); 56/1996, de 15 de abril (f.j. 4.º).

incluido en las pretensiones procesales, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo debatido<sup>159</sup>. En definitiva, esta incongruencia se traduce en una vulneración del principio de contradicción y en una lesión del derecho de defensa<sup>160</sup>.

Al objeto de no incurrir en la incongruencia *extra petitum*, el juez o tribunal no puede alterar o modificar los términos del debate judicial, debiendo ajustarse al objeto del proceso<sup>161</sup>.

Sin embargo, esta incongruencia no existe, o no puede reconocerse, cuando la sentencia del Tribunal versa sobre puntos o materias que, de acuerdo con la ley, el Tribunal está facultado para introducir *ex officio*, como ocurre con las materias relativas a los presupuestos procesales por su carácter de orden público<sup>162</sup>.

### 2.3. La regla «iura novit curia»

Los tribunales no tienen necesidad, ni tampoco obligación, de ajustarse en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las normas aducidas por las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, siempre que no se altere la acción ejercitada, pues la tradicional regla encarnada en el aforismo «iura novit curia» les autoriza para ello<sup>163</sup>.

<sup>159</sup> SSTC 111/1997, de 3 de junio (f.j. 2.º); 191/1995, de 18 de diciembre (f.j. 3.º); 311/1994, de 21 de noviembre (f.j. 2.º).

<sup>160</sup> STC 91/1995, de 19 de junio (f.j. 3.º).

<sup>161</sup> SSTC 91/1995, de 19 de junio (f.j. 4.º); 311/1994, de 21 de noviembre (f.j. 2.º); 172/1994, de 7 de junio (f.j. 2.º); 58/1994, de 28 de febrero (f.j. 1.º); 171/1993, de 27 de mayo (f.j. 1.º); 214/1992, de 1 de diciembre (f.j. 3.º); 200/1992, de 19 de noviembre (f.j. 2.º); 124/1992, de 28 de septiembre (f.j. 2.º); 88/1992, de 8 de junio (f.j. 2.º); 91/1989, de 16 de mayo (ff.jj. 2.º y 5.º).

<sup>162</sup> SSTC 163/1996, de 28 de octubre (f.j. 2.º); 222/1994, de 18 de julio (f.j. 2.º); 77/1986, de 12 de junio (f.j. 2.º).

<sup>163</sup> SSTC 111/1997, de 3 de junio (ff.jj. 2.º y 3.º); 163/1996, de 28 de octubre (f.j. 2.º); 222/1994, de 18 de julio (f.j. 2.º); 172/1994, de 7 de junio (f.j. 2.º); 112/1994, de 11 de abril (f.j. 7.º); 92/1994, de 21 de marzo (f.j. 3.º); 58/1994, de 28 de febrero (f.j. 1.º); 171/1993, de 27 de mayo (f.j. 4.º); 95/1993, de 22 de marzo (f.j. 4.º); 90/1993, de 15 de marzo (f.j. 5.º); 232/1992, de 14 de diciembre (f.j. 1.º); 163/1992, de 26 de octubre (f.j. 2.º); 137/1992, de 13 de octubre (f.j. 2.º); 128/1992, de 28 de septiembre (f.j. 1.º); 62/1992, de 27 de abril (f.j. 2.º); 2/1992, de 13 de enero (f.j. 2.º); 183/1991, de 30 de septiembre (f.j. 2.º); 144/1991, de 1 de julio (f.j. 2.º); 95/1990, de 25 de mayo (f.j. 2.º); 48/1989, de 21 de febrero (f.j. 7.º); 151/1988, de 4 de julio (f.j. 3.º); 152/1987, de 7 de octubre (f.j. 3.º); 103/

D) Derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales

Dentro del contenido complejo que el T.C. atribuye al derecho a la tutela judicial, destaca el referente a la efectividad de las resoluciones judiciales. En este punto, podemos distinguir tres grandes materias que inciden directamente sobre dicha efectividad, a saber, la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales; las medidas cautelares; y la ejecución de las resoluciones judiciales firmes.

1. *La inmodificabilidad de las resoluciones judiciales (la eficacia de cosa juzgada)*

1.1. *Alcance*

El principio de inmodificabilidad de la sentencia integra el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. Este principio, en conexión con el de seguridad jurídica, recogido en el art. 9.3 C.E. garantiza a los que son o han sido partes en un proceso que las resoluciones judiciales dictadas en el mismo que hayan adquirido firmeza, no serán alteradas o modificadas al margen de los cauces legales previstos<sup>104</sup>.

En consecuencia, la inmodificabilidad de la sentencia no es un fin en sí mismo sino un instrumento para asegurar la efectividad de la tutela judicial: la protección judicial carecería de eficacia si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por sentencia firme<sup>105</sup>. Por ello, la eficacia de la cosa

1987, de 8 de junio (f.j. 3.-); 177/1985, de 18 de diciembre (f.j. 4.-); 14/1985, de 1 de febrero (f.j. 3.-); 20/1982, de 5 de mayo (ff.jj. 2.º y 3.º).

<sup>104</sup> SSTC 1/1997, de 13 de enero (f.j. 5.-); 208/1996, de 17 de diciembre (f.j. 2.-); 122/1996, de 8 de julio (f.j. 4.-); 59/1996, de 15 de abril (f.j. 2.-); 23/1995, de 13 de febrero (f.j. 2.-); 151/1995, de 23 de octubre (f.j. 4.-); 106/1995, de 3 de julio (f.j. 3.-); 82/1995, de 5 de junio (f.j. 3.-); 135/1994, de 9 de mayo (f.j. 3.-); 39/1994, de 15 de febrero (f.j. 3.-); 380/1993, de 20 de diciembre (f.j. 2.-); 367/1993, de 13 de diciembre (f.j. 3.-); 304/1993, de 25 de octubre (f.j. 3.-); 34/1993, de 8 de febrero (f.j. 2.-); 142/1992, de 13 de octubre (f.j. 1.-); 231/1991, de 10 de diciembre (f.j. 5.-); 16/1991, de 28 de enero (ff.jj. 2.º y 3.º); 189/1990, de 26 de noviembre (f.j. 1.-); 185/1990, de 15 de noviembre (f.j. 2.-); 152/1990, de 4 de octubre (f.j. 2.-); 12/1989, de 25 de enero (f.j. 2.-); 193/1988, de 18 de octubre (f.j. 3.-); 119/1988, de 20 de junio (f.j. 2.-); 159/1987, de 26 de diciembre (f.j. 2.-); 15/1986, de 31 de enero (f.j. 3.-); 43/1985, de 22 de marzo (f.j. 2.-); 102/1984, de 12 de noviembre (f.j. 4.-); 62/1984, de 21 de mayo (f.j. 5.-); 24/1984, de 23 de febrero (f.j. 3.-); 77/1983, de 3 de octubre (f.j. 4.-).

<sup>105</sup> SSTC 22/1996, de 8 de julio (f.j. 4.-); 59/1996, de 15 de abril (f.j. 2.-); 23/1996, de 13 de febrero (f.j. 2.-); 106/1995, de 3 de julio (f.j. 3.-); 304/1993, de 25 de octubre (f.j. 3.-); 16/1991, de 28 de enero (ff.jj. 2.º y 3.º); 119/1988, de 20 de junio (f.j. 2.-).

juzgada de la sentencia obliga a los propios órganos judiciales a que respeten y queden vinculados por sus propias declaraciones jurisdiccionales firmes<sup>166</sup>.

### 1.2. Efectos

La cosa juzgada despliega un efecto positivo, en virtud del cual lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica; y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema<sup>167</sup>.

### 1.3. La aclaración de sentencias

El mal llamado «recurso de aclaración» es plenamente compatible con el principio de inmodificabilidad de la sentencia firme. No integra el derecho a la tutela judicial efectiva el beneficiarse de simples errores materiales o evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo, por lo que posteriormente pueda ser objeto de rectificación o aclaración<sup>168</sup>.

Por «error material» debe entenderse aquél cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica o nuevas y distintas apreciaciones de prueba, ni supone resolver cuestiones discutibles por evidenciarse el error directamente al deducirse, con toda certeza, del propio texto de la Sentencia, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones<sup>169</sup>.

<sup>166</sup> SSTC 106/1995, de 3 de julio (f.j. 3.º); 23/1994, de 27 de enero (f.j. 2.º); 380/1993, de 20 de diciembre (f.j. 3.º); 34/1993, de 8 de febrero (f.j. 2.º); 22/1993, de 18 de enero (f.j. 4.º); 142/1992, de 13 de octubre (ff.jj. 2.º y 3.º); 231/1991, de 10 de diciembre (f.j. 5.º); 16/1991, de 28 de enero (ff.jj. 2.º y 3.º); 207/1989, de 14 de diciembre (f.j. 4.º); 149/1989, de 22 de septiembre (f.j. 2.º); 12/1989, de 25 de enero (f.j. 3.º); 119/1988, de 20 de junio (f.j. 2.º); 159/1987, de 26 de diciembre (f.j. 4.º); 15/1986, de 31 de enero (f.j. 2.º).

<sup>167</sup> SSTC 207/1989, de 14 de diciembre (f.j. 4.º); 193/1988, de 18 de octubre (f.j. 3.º); 77/1983, de 3 de octubre (f.j. 3.º); AATC 1119/1989, de 10 de octubre (f.j. 3.º); 703/1985, de 17 de septiembre (f.j. 1.º).

<sup>168</sup> SSTC 208/1996, de 17 de diciembre (f.j. 2.º); 122/1996, de 8 de julio (f.j. 4.º); 23/1996, de 13 de febrero (f.j. 2.º); 82/1995, de 5 de junio (f.j. 3.º); 23/1994, de 27 de enero (f.j. 2.º); 380/1993, de 20 de diciembre (f.j. 3.º); 304/1993, de 25 de octubre (f.j. 3.º); 231/1991, de 10 de diciembre (f.j. 5.º); 16/1991, de 28 de enero (ff.jj. 2.º y 3.º); 119/1988, de 20 de junio (f.j. 2.º).

<sup>169</sup> SSTC 122/1996, de 8 de julio (f.j. 4.º); 23/1996, de 13 de febrero (f.j. 2.º); 82/1995, de 5 de junio (f.j. 3.º); 142/1992, de 13 de octubre (f.j. 2.º); 231/1991, de 10 de diciembre (f.j. 5.º).

En consecuencia, la alteración de la fundamentación jurídica y la sustitución del fallo por otro de signo distinto, realizadas mediante la modificación del relato fáctico probado y una nueva interpretación legal, sí entraña una transgresión del principio de inmodificabilidad de sentencias firmes<sup>170</sup>.

Finalmente, debemos destacar que la figura de la aclaración de resoluciones judiciales está sometida a una rigurosa interpretación restrictiva dado su carácter de excepción frente al principio de invariabilidad de la sentencia<sup>171</sup>.

#### 1.4. La firmeza de la sentencia y su nulidad

En este punto, se plantea el difícil dilema de determinar el órgano judicial competente para decretar la nulidad procesal *post sententiae* en el caso de infracciones de los derechos y garantías del art. 24 C.E.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, tras un período de reflexión, ha sentado la siguiente doctrina:

a) El propio órgano jurisdiccional de instancia, del cual parte la nulidad de la sentencia definitiva no puede, ni *ex officio* ni a instancia de parte, decretar el vicio procesal, pues ello lo impide el efecto de la cosa juzgada de la sentencia;

b) En consecuencia, para denunciar dicha nulidad debe acudirse a los recursos ordinarios y extraordinarios, que legalmente procedan contra la sentencia. Por ello será preciso interpretar las normas procesales que integren alguna vía rescisoria de sentencias firmes en el sentido más favorable para permitir la tutela en fase jurisdiccional;

c) Sólo en los supuestos de haber agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial, o no existir tales recursos, queda expedita la posibilidad de acudir en amparo al T.C., como último mecanismo válido

<sup>170</sup> SSTC 208/1996, de 17 de diciembre (f.f.jj. 2.º y 3.º); 122/1996, de 3 de julio (f.j. 4.º); 82/1995, de 5 de junio (f.j. 4.º); 23/1994, de 27 de enero (f.j. 2.º); 380/1993, de 20 de diciembre (f.j. 3.º); 142/1992, de 13 de octubre (f.j. 2.º); 231/1991, de 10 de diciembre (f.j. 5.º); 193/1988, de 18 de octubre (f.j. 3.º); 119/1983, de 20 de junio (f.j. 2.º).

<sup>171</sup> STC 23/1996, de 13 de febrero (f.j. 2.º).

para analizar y corregir la decisión judicial que ha infringido el art. 24 C.E.<sup>171</sup>.

Al objeto de agotar los recursos ante los tribunales ordinarios, el T.C. ha considerado que la revisión es una vía procesal válida antes de acudir al recurso de amparo. Así, tiene sentada la doctrina según la cual, el recurso extraordinario de revisión no supone una prolongación artificial del plazo para acudir al Alto Tribunal solicitando el amparo siempre que no se vislumbre en éllo una intención dilatoria o defraudatoria en la actuación del recurrente<sup>172</sup>.

En este punto, debemos destacar que el «recurso de audiencia al rebelde» debe considerarse, según el T.C., como un «recurso utilizable dentro de la vía judicial» para remediar situaciones de vulneración del principio de audiencia. La audiencia al rebelde se configura, de este modo, como un cauce adecuado para que los tribunales del orden jurisdiccional competente conozcan y resuelvan sobre las eventuales indefensiones ocasionadas en sus juicios, una vez producidas sentencias dictadas en procesos en los que no ha sido oída una parte por causas que no le sean imputables, y siempre que no pueda utilizar frente a ellas ningún recurso por ser firmes<sup>173</sup>.

Finalmente, respecto de la necesidad de acudir al «recurso de audiencia» hemos de advertir que su ámbito de aplicación ha sido ampliado para acoger todas las situaciones de indefensión imputables a un defecto de emplazamiento de los órganos jurisdiccionales (la Ley Procesal Civil sólo pre-

<sup>171</sup> SSTC 15/1996, de 30 de enero (f.j. 2.º); 134/1995, de 25 de septiembre (f.j. 1.º); 271/1994, de 17 de octubre (f.j. 5.º); 192/1993, de 14 de junio (f.j. 1.º); 188/1992, de 16 de noviembre (f.j. 3.º); 156/1992, de 19 de octubre (f.j. 2.º); 130/1992, de 28 de septiembre (f.j. 2.º); 54/1991, de 11 de marzo (f.j. 2.º); 155/1990, de 15 de noviembre (f.j. 2.º); 22/1989, de 1 de febrero (f.j. 2.º); 114/1988, de 2 de octubre (f.j. 3.º); 71/1985, de 12 de junio (f.j. 3.º).

Con esta doctrina se abandona la vía interpretativa utilizada por el T.C. en su sentencia 110/1988, de 8 de junio, en la que se equipara «sentencia definitiva» por «sentencia definitivamente ejecutada», y en virtud de la cual se permitía al juez de instancia poder *ex officio* y previa audiencia de partes declarar la nulidad de la sentencia por él dictada hasta tanto no hubiese sido ejecutada.

<sup>172</sup> SSTC 81/1996, de 20 de mayo (f.j. 2.º); 97/1992, de 11 de junio (f.j. 2.º); 67/1988, de 18 de abril (f.j. 1.º).

<sup>173</sup> SSTC 5/1997, de 13 de enero (ff.jj. 1.º, 3.º y 4.º); 15/1996, de 30 de enero (f.j. 2.º); 134/1995, de 25 de septiembre (f.j. 1.º); 310/1993, de 25 de octubre (f.j. 2.º); 153/1993, de 31 de mayo (f.j. 2.º); 8/1993, de 18 de enero (f.j. 3.º); 135/1991, de 3 de octubre (f.j. 3.º); 135/1990, de 15 de noviembre (f.j. 2.º).

vé este recurso para supuestos de emplazamientos legalmente correctos en los que, por diversos motivos, no surten sus efectos en orden a la personación del demandado). En consecuencia, este recurso debe ejercitarse tanto si ha existido un emplazamiento válido, obediendo la incomparecencia a causas extrañas al demandado, como si ha habido una irregularidad del emplazamiento realizado por el Juzgado o Tribunal<sup>175</sup>.

## 2. Las medidas cautelares

### 2.1. Alcance

La tutela judicial —nos indica el T.C.— no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la futura resolución definitiva que recaiga en el proceso<sup>176</sup>. Por ello el legislador no puede eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia, pues así vendría a privarse a los justiciables de una garantía que se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>177</sup>.

Las medidas cautelares no son susceptibles de vulnerar el art. 24.1 C.E. porque en el momento en que se producen las resoluciones judiciales cautelares, los derechos o intereses respecto de los cuales se ha solicitado dicha tutela se encuentran pendientes de resolución<sup>178</sup>.

Por último, debemos destacar que las medidas cautelares que afecten a la libertad personal o supongan una restricción de la libre disposición de los bienes, a falta de carácter reglado, deben fundamentarse en un juicio acerca de su razonabilidad para la consecución de la finalidad propuesta en atención a las circunstancias concurrentes<sup>179</sup>.

<sup>175</sup> SSTC 5/1997, de 13 de enero (ff. j. 3.º y 4.º); 15/1996, de 30 de enero (f. j. 3.º). Como precedentes de estas resoluciones: vid. SSTC 134/1995, de 25 de septiembre (ff. j. 1 y 5.º); 310/1993, de 25 de octubre (f. j. 3.º).

<sup>176</sup> SSTC 78/1996, de 20 de mayo (f. j. 3.º); 27/1995, de 6 de febrero (f. j. 5.º); 21/1994, de 18 de julio (f. j. 3.º); 238/1992, de 17 de diciembre (f. j. 3.º); 14/1992, de 10 de febrero (f. j. 7.º).

<sup>177</sup> SSTC 78/1996, de 20 de mayo (f. j. 3.º); 218/1994, de 18 de julio (f. j. 3.º); 10/1994, de 11 de abril (f. j. 5.º); 238/1992, de 17 de diciembre (f. j. 3.º); 14/1992, de 10 de febrero (f. j. 7.º); 237/1991, de 12 de diciembre (f. j. 2.º).

<sup>178</sup> STC 237/1991, de 12 de diciembre (f. j. 2.º); ATC 63/1993, de 25 de febrero (f. j. 1.º).

<sup>179</sup> SSTC 238/1992, de 17 de diciembre (f. j. 3.º); 66/1989, de 17 de abril (f. j. 2.º); 16/1987, de 28 de octubre (f. j. 2.º); 108/1984, de 26 de noviembre (f. j. 3.º); 63/1983, de 20 de julio (f. j. 3.º).

## 2.2. Posibilidad de adoptarlas «inaudita parte»

Las medidas cautelares pueden adoptarse sin audiencia previa de afectado por la misma pues, de lo contrario, se podría perjudicar en muchos casos la efectividad de la medida cautelar, y siempre la retrasaría en detrimento de su eficacia, lo cual podría llegar a menoscabar el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>180</sup>.

## 2.3. Posibilidad de modificarlas

Las medidas cautelares son provisionales y modificables en cualquier momento mientras se suscita el pleito principal; al adoptarse atendiendo a las circunstancias que rodean el pleito son modificables si cambian tales circunstancias. En consecuencia, las medidas cautelares no pueden, por su propia naturaleza, estar protegidas por el efecto de la cosa juzgada, aunque la LEC no prevea la modificación expresamente<sup>181</sup>.

## 2.4. La prisión provisional

La prisión provisional se configura como la medida dirigida a asegurar que los imputados no se sustraerán a la actuación de la justicia y comparecerán en su momento para dilucidar sus responsabilidades penales en que hayan incurrido<sup>182</sup>. En ningún caso, puede perseguirse con esta medida cautelar fines punitivos o de anticipación de la pena<sup>183</sup>, o fines de impulso de la instrucción sumarial, propiciando la obtención de pruebas de declaraciones de los inculpaados, etc.<sup>184</sup>. Todo ello nos ilustra la excepcionalidad de la prisión provisional<sup>185</sup>.

Para su adopción deben concurrir dos presupuestos:

- a) El *fumus boni iuris*, esto es, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; y

<sup>180</sup> STC 14/1992, de 10 de febrero (f.j. 7.º).

<sup>181</sup> SSTC 18/1994, de 18 de julio (f.j. 3.º); 14/1994, de 10 de febrero (f.j. 7.º); 66/1989, de 17 de abril (f.j. 2.º); y AATC 201/1992, de 1 de julio (f.j. 2.º); 1340/1987, de 9 de diciembre (f.j. 1.º); 340/1983, de 6 de julio (f.j. 1.º); 267/1983, de 8 de junio (f.j. 1.º).

<sup>182</sup> SSTC 128/1995, de 26 de julio (f.j. 3.º); 66/1989, de 17 de abril (f.j. 2.º).

<sup>183</sup> SSTC 128/1995, de 26 de julio (f.j. 3.º); 41/1982, de 2 de julio (f.j. 2.º).

<sup>184</sup> STC 128/1995, de 26 de julio (f.j. 3.º).

<sup>185</sup> SSTC 37/1996, de 11 de marzo (f.j. 4.º); 128/1995, de 26 de julio (f.j. 3.º); 13/1994, de 17 de enero (f.j. 6.º); 40/1987, de 3 de abril (f.j. 2.º); 34/1987, de 12 de marzo (f.j. 2.º); 32/1987, de 10 de marzo (f.j. 3.º); 41/1982, de 2 de julio (f.j. 2.º).

b) El *periculum in mora*, que debe integrarse con la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de esta medida, tal como evitar el riesgo de sustracción a la acción de la Justicia<sup>176</sup>.

### 2.5. Medidas cautelares contra los actos administrativos: la suspensión de su ejecutividad

El privilegio de autotutela atribuida a la Administración Pública no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el art. 103 del mismo Texto normativo<sup>177</sup>. En consecuencia, la ejecutividad de sus actos, en términos generales y abstractos, tampoco puede estimarse como incompatible con el art. 24.1 C.E.<sup>178</sup>.

Sin embargo, el T.C. señala que del derecho a la tutela judicial efectiva se deriva la potestad jurisdiccional para adoptar una medida cautelar y suspender la ejecución de tales actos al objeto de asegurar la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso, evitando así un daño irremediable en el mismo. La fiscalización plena, sin inmunidad de poder de la actuación administrativa impuesta por el art. 106.1 C.E. comporta que el control judicial se extienda también al carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos<sup>179</sup>. Así, el derecho del art. 24.1 C.E. se satisface facilitando que la ejecutividad del acto administrativo pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste resuelva sobre su suspensión<sup>180</sup>.

Por ello, son inconstitucionales las normas que impiden radicalmente suspender, por vía jurisdiccional, la ejecutividad de las decisiones de Administración<sup>181</sup>.

<sup>176</sup> SSTC 67/1997, de 7 de abril (f.j. 2.º); 66/1997, de 7 de abril (f.j. 4.º); 62/1997, de 15 de abril (f.j. 3.º); 128/1995, de 26 de julio (f.j. 3.º).

<sup>177</sup> SSTC 78/1996, de 20 de mayo (f.j. 3.º); 148/1993, de 29 de abril (f.j. 4.º); 22/1995, de 17 de febrero (f.j. 4.º).

<sup>178</sup> SSTC 78/1996, de 20 de mayo (f.j. 3.º); 66/1984, de 6 de junio (f.j. 3.º).

<sup>179</sup> SSTC 78/1996, de 20 de mayo (f.j. 3.º); 238/1992, de 17 de diciembre (f.j. 3.º); 14/1993, de 29 de abril (f.j. 4.º); 66/1984, de 6 de junio (f.j. 3.º).

<sup>180</sup> SSTC 78/1996, de 20 de mayo (f.j. 3.º); 238/1992, de 17 de diciembre (f.j. 3.º); 14/1993, de 29 de abril (f.j. 4.º); 66/1984, de 6 de junio (f.j. 3.º).

<sup>181</sup> SSTC 73/1996, de 20 de mayo (f.j. 3.º); 238/1992, de 17 de diciembre (f.j. 3.º); 14/1993, de 29 de abril (f.j. 4.º); 115/1987, de 7 de julio (f.j. 4.º).

### 3. La ejecución de las resoluciones judiciales firmes

#### 3.1. Alcance

El derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos exige también que el fallo judicial se cumpla en sus propios términos, pues sólo de esta manera el Derecho al Proceso se hace real y efectivo, y se garantiza el pleno respeto a la paz y seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente por una Sentencia dictada en un proceso anterior entre las mismas partes<sup>192</sup>.

De lo contrario, las resoluciones judiciales se convertirían en meras declaraciones de intenciones<sup>193</sup>, relegándose la efectividad de la tutela judicial a la voluntad caprichosa de la parte condenada. Por ello, ante la falta de cumplimiento voluntario de un determinado fallo judicial procede su imposición forzosa a la parte vencida<sup>194</sup>.

La ejecución ha de llevarse a cabo en los propios términos de la resolución, de acuerdo con el fallo, que es el que contiene el mandato de la Sentencia, sin posibilidad de modificarlo. En consecuencia, si un Tribunal se aparta sin causa justificada de lo provisto en el fallo de la Sentencia que debe ejecutarse, o introduce una cuestión nueva no contenida en dicho fallo, está vulnerando el art. 24.1 C.E. y por tanto es nula la resolución en que se opera la modificación<sup>195</sup>.

<sup>192</sup> SSTC 1/1997, de 13 de enero (f.j. 3.º); 59/1996, de 15 de abril (f.j. 2.º); 104/1994, de 11 de abril (f.j. 2.º); 39/1994, de 15 de febrero (f.j. 2.º); 251/1993, de 19 de julio (f.j. 3.º); 210/1993, de 28 de junio (f.j. 1.º); 206/1993, de 22 de junio (f.j. 2.º); 158/1993, de 6 de mayo (f.j. 3.º); 79/1993, de 1 de marzo (f.j. 1.º); 189/1990, de 26 de noviembre (f.j. 3.º); 12/1989, de 25 de enero (f.j. 2.º); 119/1988, de 20 de junio (f.j. 1.º); 92/1988, de 23 de mayo (f.j. 3.º); 53/1988, de 6 de abril (f.j. 2.º); 115/1986, de 6 de octubre (f.j. 3.º); 67/1984, de 7 de junio (f.j. 3.º); 61/1984, de 16 de mayo (f.j. 4.º); 77/1983, de 3 de octubre (f.j. 4.º); 26/1983, de 12 de abril (f.j. 2.º); 52/1982, de 7 de junio (f.j. 2.º).

<sup>193</sup> SSTC 18/1997, de 10 de febrero (f.j. 3.º); 316/1994, de 25 de noviembre (f.j. 2.º); 314/1994, de 28 de noviembre (f.j. 2.º); 219/1994, de 18 de julio (f.j. 1.º); 104/1994, de 11 de abril (ff.jj. 2.º y 3.º); 251/1993, de 19 de julio (f.j. 3.º); 210/1993, de 28 de junio (f.j. 1.º); 149/1989, de 22 de septiembre (f.j. 3.º); 167/1987, de 28 de octubre (f.j. 2.º); 33/1986, de 21 de febrero (f.j. 2.º); 106/1985, de 7 de octubre (f.j. 3.º); 32/1982, de 7 de junio (f.j. 2.º).

<sup>194</sup> SSTC 15/1986, de 31 de enero (f.j. 3.º).

<sup>195</sup> SSTC 18/1997, de 10 de febrero (f.j. 3.º); 1/1997, de 13 de enero (f.j. 3.º); 219/1994, de 18 de julio (f.j. 2.º); 210/1993, de 28 de junio (f.j. 3.º); 193/1993, de 14 de junio (f.j. 3.º); 152/1990, de 4 de octubre (f.j. 3.º); 159/1987, de 26 de octubre (f.j. 2.º); 118/1986, de 20 de octubre (f.j. 4.º); 16/1982, de 23 de abril (f.j. 2.º).

El contenido principal del derecho a la ejecución consiste, pues, en que la prestación jurisdiccional sea respetuosa con lo fallado y enérgica, si fuera preciso, frente a su eventual contradicción por terceros<sup>196</sup>.

Cuestión distinta plantear la ejecución provisional de las sentencias, no encuadrable en el derecho fundamental del art. 24.1 C.E. Esta ejecución viene establecida, en su caso, por el legislador y se encuentra sometida a ciertos requisitos sobre su procedencia o improcedencia que deben ser valorados por los órganos judiciales<sup>196b</sup>.

Finalmente, debemos destacar que pese a la imposibilidad de modificar los términos de lo fallado en ejecución, durante este trámite pueden plantearse y resolverse problemas relativos a una ejecución fraudulenta o simulada del fallo judicial, en la medida en que impliquen un incumplimiento efectivo de lo sentenciado<sup>197</sup>.

### 3.2. Competencia para la ejecución

El derecho a la ejecución se satisface cuando los Jueces y Tribunales a quienes corresponde hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 C.E.), según las normas de competencia y procedimiento aplicables, y con independencia de que la resolución a ejecutar haya de ser cumplida por un ente público, adoptan las medidas oportunas para el estricto cumplimiento del fallo, sin alterar el sentido y contenido del mismo. En principio corresponde al órgano judicial competente, en su caso, a petición de los interesados cuando proceda según las leyes, deducir las exigencias que impone la ejecución de la Sentencia en sus propios términos, interpretando en caso de duda cuál sean éstos, y actuar en consecuencia<sup>198</sup>.

### 3.3. Imposibilidad de ejecución: la ejecución por equivalente

Si bien en un principio, como hemos apuntado, la ejecución de la Sentencia debe efectuarse en sus propios términos, ello no impide que en determinados casos, legalmente previstos y por resolución motivada, pueda

<sup>196</sup> SSTC 13/1997, de 10 de enero (f.j. 3.º); 251/1993, de 19 de julio (f.j. 3.º).

<sup>196b</sup> SSTC 105/1997, de 2 de junio (f.j. 2.º); 37/1996, de 21 de mayo (f.j. 3.º); 30/1990, de 26 de abril (f.j. 2.º).

<sup>197</sup> STC 125/1987, de 15 de julio (f.j. 4.º).

<sup>198</sup> SSTC 23/1989, de 6 de febrero (f.j. 3.º); 167/1987, de 28 de octubre (f.j. 2.º); 125/1985, de 15 de julio (f.j. 2.º); 26/1983, de 13 de abril (f.j. 3.º).

modificarse su ejecución. Así, se destaca que tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo, como la ejecución en la que por razones atendibles, la condena es substituida por su equivalente económico (indemnizatorio) o por otro tipo de prestación<sup>199</sup>.

#### 3.4. Límites

El derecho a la ejecución de las sentencias firmes es de configuración legal y tiene un carácter prestacional que caracteriza al derecho a la tutela judicial efectiva en que viene integrado, y en tal sentido, sus concretas condiciones de ejercicio corresponde establecerlas al legislador, y ello hace indudable que el derecho a que se ejecuten las resoluciones judiciales firmes viene sometido a los requisitos y limitaciones formales y materiales que disponga el legislador.

Sin embargo, esta potestad legislativa no es absoluta, esto es, queda libre de todo vínculo constitucional, pues dentro del respeto debido al contenido esencial de los derechos fundamentales, resulta indiscutible que el art. 24.1 C.E. exige ausencia de condicionamientos que dificulten o entorpezcan la posibilidad de que lo resuelto por los órganos judiciales sea cumplido en sus propios términos<sup>200</sup>.

En consecuencia, para examinar la legitimidad o validez constitucional de los límites impuestos por el legislador en orden a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, deberá verificarse si responden a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan una debida proporcionalidad con dichas finalidades<sup>201</sup>.

De este modo, por razones de interés público o social, se justifica la imposibilidad de que la ejecución forzosa se dirija directamente contra bienes y derechos declarados inembargables; así como que, al objeto de salvaguardar el mínimo nivel económico vital para el deudor, se impida el

<sup>199</sup> SSTC 18/1997, de 10 de febrero (f.j. 3.º); 247/1993, de 19 de julio (f.j. 3.º); 210/1993, de 28 de junio (f.j. 1.º); 149/1989, de 22 de septiembre (f.j. 3.º); 92/1988, de 22 de mayo (f.j. 2.º); 293/1987, de 21 de diciembre (f.j. 2.º); 109/1984, de 26 de noviembre (f.j. 4.º); 69/1983, de 26 de julio (f.j. 3.º).

<sup>200</sup> SSTC 158/1993, de 6 de mayo (f.j. 3.º); 113/1989, de 22 de junio (f.j. 3.º); 153/1987, de 20 de octubre (f.j. 4.º).

<sup>201</sup> SSTC 158/1993, de 6 de mayo (f.j. 3.º); 113/1989, de 22 de junio (f.j. 3.º).

embargo de su salario por debajo de ciertas cantidades<sup>302</sup>. El límite cuantitativo a la embargabilidad de sueldos y pensiones es, pues, de fijación legislativa, pero debe, en todo caso, existir, ya que sólo así se puede preservar el principio de proporcionalidad en el sacrificio evidente que aquella limitación comporta para el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes<sup>303</sup>.

En este orden de ideas, el legislador puede establecer, mediante las normas de prelación de créditos (arts. 1.911 y siguientes del Código Civil), la posición preferente de unos acreedores sobre otros, y puede también disponer que sobre determinado derecho, ligado inseparablemente a la consecución de un fin público de realización de una obra, no quepa más acción ejecutiva que la que se armonice con esa misma finalidad pública. No se constriñe ilegítimamente con ello el derecho ex art. 24.1 de la Constitución<sup>304</sup>.

También al derecho a la ejecución de sentencias le es de aplicación el principio *pro actione*: una decisión de no ejecución de una Sentencia debe apoyarse en la concurrencia de una causa prevista por una norma legal, pero interpretada a su vez en el sentido más favorable a tal ejecución, sin que sea constitucionalmente válida la inexecución o la no resolución sobre el fondo de la pretensión de ejecución, salvo que así se decida expresamente en resolución motivada. La denegación de la ejecución no puede ser, pues, arbitraria ni irrazonable ni fundarse en una causa inexistente, ni en una interpretación restrictiva del derecho fundamental del art. 24.1 C.E.<sup>305</sup>.

### 3.5. Ejecución de resoluciones judiciales extranjeras

El Tribunal español a la hora de decidir sobre la ejecución en España de una resolución judicial extranjera, ha de tener en cuenta las garantías contenidas en el art. 24 C.E., de forma que dicha ejecución no se convier-

<sup>302</sup> SSTC 292/1994, de 27 de octubre (f.j. 1.º); 140/1989, de 20 de julio (f.j. 2.º); 39/1994, de 15 de febrero (f.j. 2.º); 158/1993, de 6 de mayo (f.j. 3.º); 113/1989, de 22 de junio (f.j. 3.º); 158/1987, de 20 de octubre (f.j. 4.º).

<sup>303</sup> SSTC 158/1993, de 6 de mayo (f.j. 3.º); 113/1989, de 22 de junio (f.j. 3.º).

<sup>304</sup> STC 169/1993, de 27 de mayo (f.j. 3.º).

<sup>305</sup> SSTC 18/1997, de 10 de febrero (f.j. 3.º); 9/1996, de 29 de enero (f.j. 3.º); 158/1993, de 6 de mayo (f.j. 3.º); 15/1993, de 3 de mayo (f.j. 4.º); 92/1988, de 23 de mayo (f.j. 2.º); 33/1987, de 12 de marzo (f.j. 3.º); 155/1985, de 12 de noviembre (f.j. 4.º).

ta en un medio para preservar la efectividad de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución<sup>296</sup>.

### 3.6. Ejecución de la condena de futuro

Si una Sentencia firme contiene una condena de futuro, dicha condena no puede sin más quedar inexecutada, pues ello entrañaría una vulneración del derecho reconocido en el art. 24.1 C.E.<sup>297</sup>.

## E) Derecho al recurso legalmente previsto

### 1. Alcance

El derecho que garantiza el art. 24.1 C.E. como hemos analizado, consiste en obtener de los órganos judiciales competentes a través de los procedimientos legalmente establecidos, una resolución fundada en Derecho a las pretensiones formuladas ante los mismos. Pero el derecho al recurso y, en general, al sistema impugnatorio, salvo en el proceso penal, no tiene vinculación constitucional. Por tanto, el legislador es libre para determinar su configuración, los supuestos en que procede y los requisitos que han de cumplirse en su formalización<sup>298</sup>.

<sup>296</sup> SSTC 23/1991, de 8 de abril (f.j. 2.º); 54/1989, de 23 de febrero (f.j. 3.º); 199/1987, de 16 de diciembre (f.j. 6.º); 43/1986, de 15 de abril (f.j. 2.º).

<sup>297</sup> STC 194/1993, de 14 de junio (f.j. 5.º).

<sup>298</sup> SSTC 125/1997, de 1 de julio (f.j. 3.º); 93/1997, de 8 de mayo (f.j. 3.º); 88/1997, de 5 de mayo (f.j. 2.º); 169/1996, de 29 de octubre (f.j. 2.º); 142/1996, de 16 de septiembre (f.j. 2.º); 38/1996, de 11 de marzo (f.j. 2.º); 26/1996, de 13 de febrero (f.j. 3.º); 172/1995, de 21 de noviembre (f.j. 2.º); 157/1995, de 6 de noviembre (f.j. 4.º); 138/1995, de 25 de septiembre (f.j. 2.º); 89/1995, de 6 de junio (f.j. 4.º); 149/1995, de 16 de octubre (f.j. 3.º); 326/1994, de 12 de diciembre (f.j. 3.º); 193/1994, de 23 de junio (f.j. 2.º); 105/1994, de 11 de abril (f.j. 4.º); 91/1994, de 21 de marzo (f.j. 2.º); 28/1994, de 27 de enero (f.j. 2.º); 374/1993, de 13 de diciembre (f.j. 2.º); 294/1993, de 18 de octubre (f.j. 2.º); 230/1993, de 12 de julio (ff.jj. 2.º y 3.º); 149/1993, de 3 de mayo (f.j. 2.º); 93/1993, de 22 de marzo (f.j. 1.º); 132/1992, de 28 de septiembre (f.j. 2.º); 115/1992, de 14 de septiembre (f.j. 2.º); 108/1992, de 14 de septiembre (f.j. 2.º); 9/1992, de 16 de enero (f.j. 2.º); 169/1991, de 19 de julio (f.j. 2.º); 96/1991, de 9 de mayo (f.j. 2.º); 51/1991, de 11 de marzo (f.j. 3.º); 43/1991, de 25 de febrero (f.j. 2.º); 92/1990, de 23 de mayo (f.j. 2.º); 64/1990, de 5 de abril (f.j. 2.º); 50/1990, de 26 de marzo (f.j. 3.º); 29/1990, de 26 de febrero (f.j. 2.º); 20/1990, de 31 de enero (f.j. 2.º); 157/1989, de 5 de octubre (f.j. 2.º); 36/1989, de 14 de febrero (f.j. 2.º); 6/1989, de 19 de enero (f.j. 2.º); 175/1988, de 3 de octubre (f.j. 1.º); 133/1988, de 9 de junio (f.j. 5.º); 37/1988, de 3 de marzo (f.j. 5.º); 5/1988, de 21 de enero (f.j. 2.º); 130/1987, de 17 de julio (f.j. 2.º); 109/1987, de 29 de junio (f.j. 2.º); 58/1987, de 19 de mayo (f.j. 2.º); 49/1987, de

Sin embargo, como reiteradamente destaca el T.C., una vez diseñado el sistema de recursos por las leyes de enjuiciamiento de cada orden jurisdiccional, el derecho a su utilización pasa a formar parte del contenido de la tutela judicial efectiva<sup>209</sup>.

El derecho a utilizar los recursos comprende el derecho a que el órgano jurisdiccional que revisé el proceso se pronuncie tras oír a las partes contradictoriamente, sin que pueda justificarse una resolución judicial *incausada parte* más que en los casos de incomparecencia por voluntad expresa o tácita o negligencia imputable a la parte<sup>210</sup>.

Finalmente, debemos advertir que el T.C., en recientes resoluciones, ha venido entendiendo que el principio *pro actione*, esto es, la doctrina de la interpretación más favorable, despliega sus efectos más expansivos en el momento del acceso a la jurisdicción, no cuando, obtenida una resolución judicial, se persigue su revisión en una instancia superior. En consecuencia, el principio «pro actione» sólo es de aplicación en el acceso a la jurisdicción y no cuando se trate de acceder a ulteriores recursos jurisdiccionales<sup>211</sup>. Esta doctrina contradice, en cierta medida, aquella según la cual en materia de admisión de recursos los tribunales ordinarios deben efectuar una lectura flexible y amplia de la legalidad (vid. el epígrafe E.3 del derecho a la tutela judicial efectiva).

## 2. Excepción en materia penal

El derecho a una tutela judicial efectiva, como hemos expuesto anteriormente, comprende no sólo el de acceso a los Tribunales, sino también

23 de abril (f.j. 2.-); 28/1987, de 5 de marzo (f.j. 1.-); 15/1987, de 11 de febrero (f.j. 3.-); 145/1986, de 24 de noviembre (f.j. 3.-); 20/1986, de 2 de julio (f.j. 3.-); 59/1986, de 19 de mayo (f.j. 6.-); 7/1986, de 21 de enero (f.j. 3.-); 2/1986, de 13 de enero (f.j. 2.-); 139/1985, de 18 de octubre (f.j. 3.-); 110/1985, de 8 de octubre (f.j. 2.-); 60/1985, de 6 de mayo (f.j. 2.-); 17/1985, de 9 de febrero (f.j. 1.-); 69/1984, de 11 de junio (f.j. 3.-); 59/1984, de 10 de mayo (f.j. 4.-); 57/1984, de 8 de mayo (f.j. 2.-); 54/1984, de 4 de mayo (f.j. único); 19/1983, de 14 de marzo (f.j. 2.-).

<sup>209</sup> SSTC 125/1997, de 1 de julio (f.j. 3.-); 93/1997, de 8 de mayo (f.j. 3.-); 88/1997, de 5 de mayo (f.j. 2.-); 9/1997, de 14 de enero (f.j. 2.-); 170/1996, de 29 de octubre (f.j. 2.-); 169/1996, de 29 de octubre (f.j. 2.-); 128/1996, de 9 de julio (f.j. 3.-); 82/1996, de 20 de mayo (f.j. 3.-); 186/1995, de 14 de diciembre (f.j. 2.-); 100/1995, de 20 de junio (f.j. 2.-); 37/1995, de 7 de febrero (f.j. 5.-); 28/1994, de 27 de enero (f.j. 2.-).

<sup>210</sup> STC 7/1991, de 17 de enero (f.j. 3.-).

<sup>211</sup> SSTC 101/1997, de 20 de mayo (f.j. 2.-); 93/1997, de 8 de mayo (f.j. 3.-); 36/1997, de 25 de febrero (f.j. 2.-); 9/1997, de 14 de enero (f.j. 2.-); 55/1995, de 6 de marzo (f.j. 2.-); 37/1995, de 7 de febrero (f.j. 5.-).

66

el derecho a los recursos que para cada género de procesos estén establecidos por el ordenamiento. El legislador, en principio, es libre para disponer cuál sea el régimen de recursos dentro de cada proceso, pero esa disponibilidad tiene un límite en el proceso penal que viene impuesto por el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, según el cual «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Ello permite que en nuestro ordenamiento el recurso de apelación cumpla tal función, y permite asimismo que en los delitos para cuyo enjuiciamiento así lo ha previsto el legislador sea la casación penal el recurso que tienen las partes de un proceso penal»<sup>212</sup>.

### 3. Interpretación amplia y flexible de la legalidad

Si bien la interpretación y comprobación de la concurrencia de las exigencias materiales y formales para la admisión de los recursos corresponde a los tribunales ordinarios<sup>213</sup>, éstos deben interpretar los presupuestos y límites para la admisión de los recursos de la forma más favorable posible a la eficacia del derecho al recurso<sup>214</sup>.

<sup>212</sup> SSTC 125/1997, de 1 de julio (f.j. 4.º); 93/1997, de 8 de mayo (f.j. 3.º); 169/1996, de 29 de octubre (f.j. 2.º); 142/1996, de 16 de septiembre (f.j. 2.º); 157/1995, de 6 de noviembre (f.j. 4.º); 89/1995, de 6 de junio (f.j. 4.º); 37/1995, de 7 de febrero (f.j. 5.º); 259/1994, de 3 de octubre (f.j. 1.º); 190/1994, de 20 de junio (f.j. 2.º); 102/1994, de 11 de abril (f.j. 3.º); 91/1994, de 21 de marzo (f.j. 2.º); 160/1993, de 17 de mayo (f.j. 2.º); 149/1993, de 3 de mayo (f.j. 2.º); 83/1992, de 28 de mayo (f.j. 1.º); 50/1990, de 26 de marzo (f.j. 3.º); 175/1988, de 3 de octubre (f.j. 1.º); 106/1988, de 8 de junio (f.j. 3.º); 78/1988, de 27 de abril (f.j. 3.º); 57/1988, de 3 de marzo (f.j. 5.º); 7/1986, de 21 de enero (f.j. 2.º); 140/1985, de 21 de octubre (f.j. 2.º); 110/1985, de 8 de octubre (f.j. 3.º); 19/1983, de 14 de marzo (f.j. 3.º); 42/1982, de 5 de julio (f.j. 3.º).

<sup>213</sup> SSTC 125/1997, de 1 de julio (f.j. 4.º); 138/1995, de 25 de septiembre (f.j. 2.º); 255/1994, de 26 de septiembre (f.j. 2.º); 162/1994, de 23 de mayo (f.j. 2.º); 119/1994, de 25 de abril (f.j. 3.º); 91/1994, de 21 de marzo (f.j. 2.º); 46/1994, de 16 de febrero (f.j. 2.º); 21/1994, de 27 de enero (f.j. 3.º); 251/1993, de 19 de julio (f.j. 3.º); 190/1993, de 14 de junio (f.j. 1.º); 93/1993, de 22 de marzo (f.j. 1.º); 13/1993, de 18 de enero (f.j. 3.º); 161/1992, de 25 de octubre (f.j. 2.º); 63/1992, de 29 de abril (f.j. 2.º); 30/1990, de 26 de febrero (f.j. 2.º); 10/1987, de 29 de enero (f.j. 2.º); 172/1985, de 8 de octubre (f.j. 2.º).

<sup>214</sup> SSTC 194/1996, de 26 de noviembre (f.j. 2.º); 38/1996, de 11 de marzo (f.j. 4.º); 186/1995, de 14 de diciembre (f.j. 2.º); 138/1995, de 25 de septiembre (f.j. 2.º); 100/1995, de 20 de junio (f.j. 2.º); 190/1994, de 20 de junio (f.j. 2.º); 91/1994, de 21 de marzo (f.j. 2.º); 218/1993, de 30 de junio (f.j. 2.º); 149/1993, de 3 de mayo (f.j. 2.º); 169/1992, de 26

Por ello, se infringe el derecho fundamental si la inadmisión del recurso se fundamenta en una causa inexistente, se efectúa sin razonamiento alguno o a través de una lectura irracional, arbitraria o rigurosa de la ley, impidiéndose así un pronunciamiento sobre el fondo de la impugnación<sup>215</sup>.

De igual modo, la decisión de inadmisión de un recurso es evidentemente desproporcionada y no resulta compatible con el art. 24 C.E. si se trata únicamente de la falta de firma de Letrado en el escrito de interposición del recurso. No siempre un defecto procesal en dicho escrito debe llevar, necesariamente, a la inadmisión del recurso, porque el Juez puede, en su caso, ponderar la trascendencia del defecto apreciado en orden a su esencialidad y a sus posibilidades de subsanación. En consecuencia, si bien las formas y requisitos procesales cumplen un papel de capital importancia para la ordenación del proceso, no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución<sup>216</sup>.

En relación a los plazos para recurrir, el T.C. ha establecido que no son un obstáculo irrazonable el que los recursos tengan un límite temporal para su interposición, ni que los mismos sean automáticos. Así, indica que el marcar un límite temporal al uso de los recursos no es, obviamente, atentatorio al derecho que proclama el art. 24.1 C.E.<sup>217</sup>, y que el automatismo de los plazos es una necesidad para una recta tramitación de los procesos y la seguridad jurídica de las partes, no pudiendo ninguna circunstancia puramente subjetiva ser tenida en cuenta como motivo de derogación de los plazos<sup>218</sup>.

de octubre (f.j. 2.-); 177/1991, de 19 de septiembre (f.j. 2.-); 113/1990, de 18 de junio (f.j. 3.-); 10/1990, de 29 de enero (f.j. 2.-); 175/1988, de 3 de octubre (f.j. 2.-); 3/1987, de 21 de enero (f.j. 3.-); 36/1986, de 12 de marzo (f.j. 2.-); 60/1985, de 6 de mayo (ff.jj. 3.ª y 4.ª); 17/1985, de 9 de febrero (f.j. 2.-); 95/1983, de 14 de noviembre (f.j. 2.-); 42/1982, de 5 de julio (f.j. 3.-).

<sup>215</sup> SSTC 125/1997, de 1 de julio (f.j. 4.-); 88/1997, de 5 de mayo (f.j. 2.-); 170/1996, de 29 de octubre (f.j. 2.-); 169/1996, de 29 de octubre (f.j. 2.-); 123/1996, de 9 de julio (f.j. 3.-); 38/1996, de 11 de marzo (f.j. 2.-); 136/1995, de 14 de diciembre (f.j. 3.-); 255/1994, de 26 de septiembre (f.j. 2.-); 142/1994, de 9 de mayo (f.j. 3.-); 126/1994, de 25 de abril (f.j. 3.-); 91/1994, de 21 de marzo (f.j. 2.-); 21/1994, de 27 de enero (f.j. 3.-); 190/1993, de 14 de junio (f.j. 1.-); 13/1993, de 18 de enero (f.j. 3.-); 9/1992, de 16 de enero (f.j. 2.-); 240/1991, de 12 de diciembre (f.j. 2.-); 32/1991, de 14 de febrero (f.j. 4.-); 163/1985, de 2 de diciembre (f.j. 2.-).

<sup>216</sup> SSTC 142/1994, de 9 de mayo (f.j. 3.-); 91/1994, de 21 de marzo (f.j. 2.-); 16/1992, de 10 de febrero (f.j. 3.-); 95/1988, de 25 de mayo (f.j. 2.-); 60/1985, de 6 de mayo (ff.jj. 3.ª y 4.ª); 57/1984, de 8 de mayo (f.j. 3.-).

<sup>217</sup> ATC 196/1984, de 28 de marzo (f.j. único).

<sup>218</sup> STC 36/1989, de 14 de febrero (f.j. 1.-); y ATC 311/1985, de 8 de mayo (f.j. 2.-).

Recientemente el T.C. se ha pronunciado también sobre la validez de la norma que impone al interesado la carga de poner en conocimiento al correspondiente órgano judicial la presentación del recurso en el Juzgado de Guardia y la consiguiente ineficacia de la presentación de documentos en dichos Juzgados, cuando no se observa aquella diligencia. Ello no es considerado como un obstáculo excesivamente gravoso o irrazonablemente impeditivo al acceso a la Justicia, pues no es intrínsecamente censurable desde la perspectiva constitucional el desplazamiento parcial al ciudadano de deberes de cooperación con la oficina judicial para una mejor dispensación de la justicia [esta doctrina tiene lugar en el orden laboral, en el que la celeridad tiene un rango distintivo]<sup>219</sup>.

#### 4. *Constitucionalidad de las consignaciones previas para recurrir*

La exigencia de consignar o depositar determinadas cantidades como requisito necesario para acceder a los recursos previstos por la ley, no pueden considerarse contraria al art. 24.1 C.E. puesto que responden a una finalidad legítima cual es evitar posibles maniobras dilatorias en su planteamiento y asegurar el cumplimiento de las Sentencias. En principio, las decisiones judiciales que inadmiten un recurso por falta de tales requisitos no pueden considerarse contrarios a dicho precepto constitucional, sin perjuicio de que los órganos judiciales deban procurar en todo momento interpretar las normas correspondientes en el sentido más favorable al acceso a los recursos, admitiendo, si ello fuera necesario por las circunstancias del caso, medidas sustitutorias que —sin merma de las garantías a que responden— permitan cumplir la misma finalidad pretendida por la ley<sup>220</sup>.

De igual modo, la falta de acreditación del pago o consignación, al constituir un defecto subsanable, sólo puede fundar una resolución de inadmisión del recurso previa la concesión de un plazo para su subsanación sin que se haya cumplido el requisito. Así lo exigen el principio de interpretación de las normas procesales en el sentido más favorable a la efectividad

<sup>219</sup> SSTC 167/1996, de 28 de octubre (f.j. 2.º); 116/1996, de 25 de junio (f.j. 2.º); 99/1995, de 10 de junio (f.j. 2.º); 2/1996, de 15 de enero (f.j. único); 87/1995, de 6 de junio (f.j. 3.º); 68/1995, de 9 de mayo (f.j. 2.º); 48/1995, de 14 de febrero (f.j. 3.º).

<sup>220</sup> SSTC 100/1995, de 20 de junio (f.j. 2.º); 186/1994, de 20 de junio (f.j. 5.º); 151/1989, de 26 de septiembre (f.j. 2.º); 56/1986, de 12 de marzo (f.j. 2.º); 76/1985, de 26 de junio (f.j. 2.º); 46/1984, de 28 de marzo (f.j. 2.º); 80/1983, de 7 de noviembre (f.j. 2.º) 3/1983, de 25 de enero (f.j. 1.º).

del derecho a la tutela judicial efectiva y la regla general del art. 11.3 L.O.P.J.<sup>221</sup>.

### 5. Prohibición de la «reformatio in peius»

Constituye una línea doctrinal constante del T.C. que la interdicción de la reforma peyorativa constituye un principio general del Derecho procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 C.E., a través del régimen de garantías legales de los recursos y, en todo caso, de la prohibición constitucional de la indefensión<sup>222</sup>.

La figura de la reforma peyorativa consiste en la situación que se produce cuando la posición jurídica de la parte procesal que interpone un recurso resulta empeorada exclusivamente como consecuencia de su recurso, es decir, sin que medie impugnación directa o incidental de la contraparte y sin que el empeoramiento sea debido a poderes de actuación de oficio del órgano jurisdiccional. Ello significa que los pronunciamientos de la Sentencia de instancia que no hayan sido impugnados por ninguno de los litigantes quedan excluidos de toda posibilidad de revisión por parte del órgano jurisdiccional superior, al quedar delimitada la actividad decisoria de tal órgano, tanto subjetiva como objetivamente, por lo ante él planteado<sup>223</sup>.

Esta figura no es otra cosa que una modalidad de incongruencia procesal. Admitir que el tribunal decisor del recurso tiene facultad para modificar de oficio, en perjuicio y sin audiencia y contradicción del recurrente, la Sentencia íntegramente aceptada por la parte recurrida es tanto como autorizar que el recurrente pueda ser penalizado por el hecho mismo de interponer su recurso, lo que supone introducir un elemento disuasorio del

<sup>221</sup> SSTC 100/1995, de 20 de junio (f.j. 2.º); 344/1993, de 22 de noviembre (f.j. 2.º); 162/1986, de 17 de diciembre (f.j. 3.º); 90/1986, de 2 de julio (f.j. 2.º).

<sup>222</sup> SSTC 144/1996, de 16 de septiembre (f.j. 4.º); 45/1993, de 8 de febrero (f.j. 2.º); 53/1992, de 3 de abril (f.j. 4.º); 12/1992, de 14 de febrero (f.j. 2.º); 40/1990, de 12 de marzo (f.j. 1.º); 120/1989, de 3 de julio (f.j. 1.º); 143/1988, de 12 de julio (f.j. 2.º); 116/1988, de 20 de junio (f.j. 1.º); 91/1988, de 20 de mayo (f.j. 2.º); 15/1987, de 11 de febrero (f.j. 2.º); 115/1986, de 6 de octubre (f.j. 2.º); 84/1985, de 8 de julio (f.j. 2.º).

<sup>223</sup> SSTC 45/1993, de 8 de febrero (f.j. 2.º); 120/1989, de 3 de julio (f.j. 1.º); 116/1988, de 20 de junio (f.j. 1.º); 84/1985, de 8 de julio (f.j. 2.º); 92/1987, de 3 de junio (f.j. 2.º).

ejercicio del derecho a los recursos legalmente previstos que no contempla el ordenamiento procesal<sup>224</sup>.

VESCOVI, Enrique.  
Teoría General del Proceso.  
Editorial Temis S.A.,  
Bogotá, 1984.

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS PROCESALES

1. *Problemática.*—El proceso, como también el procedimiento, se rige, en general, por diferentes principios, aun cuando las legislaciones positivas no se afilian a ningún sistema puro.

El estudio histórico de los diferentes procesos, nos ha mostrado cómo los diversos principios han sido sucesivamente admitidos, rechazados y vueltos a instaurar, en una especie de *corsi e ricorsi*. Así encontramos una lucha, que se repite sin cesar, entre oralidad y escritura, entre celeridad y la búsqueda de mayores garantías que conduce a entretener los trámites, entre libertad de formas y sujeción a estas, entre el predominio de las partes o del juez en la dirección del proceso; entre tarifa legal y libre apreciación de la prueba, entre unidad y multiplicidad de instancias, etc. Toda reforma ha tenido, a menudo, como consecuencia, luego de un período más o menos prolongado, una propensión a ser modificada volviendo al sistema anterior.

No obstante ello puede trazarse, como en todas las actividades humanas, una línea de progreso. El proceso ha pasado, de ser un duelo privado, a convertirse en una función pública; el formalismo inicial, prácticamente sin sentido, ha cedido a los mecanismos más avanzados y, en general, se procura que la función jurisdiccional satisfaga las necesidades superiores de la colectividad, antes que el interés particular del litigante. La abolición del sistema de tarifa legal en la evaluación de la prueba, es casi universalmente admitida, así como la tendencia hacia la inmediatez (que apareja la oralidad o el proceso por audiencias) y la abreviación. También el aumento de los poderes del juez, sin desmedro de las garantías del debido proceso.

Efectuado este planteo general corresponde, ahora, entrar al estudio de los principios en particular.

2. *¿El principio dispositivo o el inquisitivo?* —El principio dispositivo es el que asigna a las partes, y no al juez, la iniciativa del proceso, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso. En el inquisitivo, en cambio, es el órgano jurisdiccional el que tiene esos poderes; él es quien debe actuar por sí e investigar (*inquirere*).

Un proceso está dominado por el principio dispositivo, entonces, cuando las partes pueden iniciarlo libremente y tienen la disponibilidad de este y de sus diversos actos. En el inquisitivo es el tribunal el que lo inicia, averigua y decide con libertad, sin estar encerrado en los límites fijados por las partes.

En el proceso penal, la oposición se plantea entre el principio inquisitivo (de oficialidad) y el acusatorio (dispositivo). En este el ejercicio de la acción depende de la parte (acusadora) y las facultades del juez quedan limitadas.

Podemos decir que, en general, en el área latinoamericana, siguiendo en esto la tendencia española y de la mayoría de los países occidentales, predomina el principio dispositivo en el proceso civil y el principio mixto (inquisitivo en la etapa sumarial y acusatorio o dispositivo en el plenario) en el penal. (*Infra*, 2.3.).

2.1. *Principio dispositivo. Subprincipios que lo integran.*—La mejor forma de analizar el principio dispositivo es la de considerar diversos *subprincipios* que lo componen y que, en cada caso, se oponen al sistema inquisitivo.

En primer lugar, el proceso debe comenzar por *iniciativa de parte*. El juez no puede hacerlo de oficio. Se aplican los aforismos romanos, que continúan rigiéndonos, de *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iure ex officio*. No hay jurisdicción sin acción, se dice, la cual es puesta en movimiento por el interesado.

Este principio se halla consagrado, en el proceso civil, en casi todos los países del mundo. Solo por excepción, en algún proceso, se admite la promoción de oficio. En los países socialistas aparece la iniciación de oficio, también con carácter excepcional pero con mayor frecuencia. Más bien la modificación proviene de la posibilidad de que no el directamente interesado, sino la parte pública (ministerio público, *ombudsman*, *relator action*, o quien ejerce la acción popular) pueda iniciar la acción. En el proceso inquisitivo, el juez puede iniciar el proceso libremente.

En nuestro Continente, donde estos fenómenos en realidad no han aparecido aún, se mantiene casi intacto el principio. E inclusive los más modernos códigos —y también el Código Modelo— introducen una norma expresa que prohíbe la iniciación del proceso de oficio por el juez: códigos de Cuba (art. 3º), del Brasil (art. 262), de Colombia (art. 2º), etc.

El *objeto del proceso (thema decidendum)* lo fijan las partes, y es dentro de esos límites como el juez debe decidir. Hasta las pruebas son aquellas que las partes soliciten. Si el tribunal dispone alguna,

para mejor proveer, lo será respecto de los hechos que las partes han invocado.

En consecuencia, el tribunal deberá fallar de conformidad con lo *alegado y probado* por las partes (*secundum allegata e probata*). Él no conoce otros hechos fuera de los que las partes invocan, ni otras pruebas que las que estas presentan. Su sentencia debe fijarse dentro de los límites de las pretensiones deducidas por el actor y aquello que reconoce o controvierte el demandado; si va más allá, será *ultra petita* o *extra petita* (según resuelva más de lo pedido o fuera de lo pedido) y esto no es admisible en el proceso dispositivo. Este principio es el llamado de *congruencia* de las sentencias, y de acuerdo con él, el tribunal debe resolver todo lo que las partes piden, pero no más; en otras palabras, conforme (congruente) a lo solicitado por las partes. "A las acciones deducidas", dice el Código de Procedimiento Civil uruguayo (art. 460). Lo que sí puede modificar el juez, es el derecho invocado (*iura novit curia*).

Los *recursos*, en especial la *apelación*, solo pueden ser deducidos por las partes que han sido agraviadas (perjudicadas) y el tribunal superior no tendrá más facultades de revisión que aquellas que han sido objeto del recurso. Al punto que se dice que la expresión de agravios es como la acción (pretensión) de la segunda (o tercera) instancia. El límite de la sentencia es, en este caso, lo pedido por el apelante: *tantum devolutum quantum appellatum*.

Las partes pueden, además, *disponer* no solo de los actos procesales, sino del propio proceso, esto es, de los derechos (sustanciales) planteados durante el mismo; ya sea el actor *desistiendo* de su pretensión, el demandado *allanándose* a ella, realizando una *transacción*, en la cual ambos se hacen concesiones recíprocas, o, también, pueden abandonar el proceso dejando de proseguirlo, lo que, pasado un tiempo, produce su *caducidad* (perención). Sin embargo, hay ciertos derechos indisponibles, sobre los cuales no cabe ni el desistimiento, ni la transacción.

Finalmente, digamos que el *impulso procesal* se realiza por medio de las partes y no de oficio. Son ellas quienes realizan los actos que hacen progresar el procedimiento o lo dejan abandonado.

Estas especialidades, como hemos dicho, caracterizan el proceso de la mayoría de los países que se rigen por el principio dispositivo. No obstante él, si bien prevalece, no se manifiesta, en muchos lados, en términos absolutos. En realidad podríamos decir que, sobre todo en nuestros sistemas procesales más modernos, los procesos son mixtos, con *predominio* del principio dispositivo.

Las principales modificaciones de nuestros códigos modernos aparecen en lo concerniente a facultades del juez, tanto en materia probatoria como en el impulso procesal.

Así, varios códigos del área establecen el *impulso procesal de oficio* e inclusive han dispuesto que los *plazos* procesales son *perentorios*, por lo cual vencen automáticamente, sin necesidad del acuse de rebeldía, que es, en último término, un acto de impulso procesal. Esto sucede en los modernos códigos de la Nación Argentina (art. 155), de Colombia (arts. 2º y 118), de Cuba (arts. 39 y 795), de Brasil (art. 262) y el antiguo de Honduras (de 1906, art. 129), bastante adelantado para su época. El mismo principio se recoge en el Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica.

En este sentido se sostiene que el juez debe ser el verdadero *director* del proceso, figura que se proclama como solución intermedia entre la posición del *espectador* y la del *dictador* (ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO).

También aparecen ampliadas, en general, las *facultades probatorias* del juzgador.

En primer lugar existe, en todos los códigos del área, la facultad del tribunal de decretar *diligencias para mejor proveer*, que son medidas de contenido probatorio, a los efectos de, una vez terminado el período correspondiente, y antes de dictar la sentencia, obtener una mejor ilustración sobre los hechos del litigio.

Fuera de esta facultad que nos viene de la legislación española, algunos códigos modernos, siguiendo en especial al nuevo Código de Procedimiento Civil italiano (de 1940, modificado en 1942 y 1950), han otorgado al juez mayores poderes en la averiguación de la verdad, que inclusive han llevado a parte de la doctrina a sostener que se establece un sistema inquisitivo (H. DEVIS ECHANDÍA). La mayoría, en cambio, entiende que esta facultad del juez no es incompatible con el proceso dispositivo, pues el juzgador debe atenerse a los hechos alegados por las partes, pero su neutralidad no puede conducirlo a no investigar por sí mismo la verdad de esos hechos (J. RODRÍGUEZ U.).

Lo cierto es que ya el Código mexicano de 1932 (del Distrito Federal) establecía que los tribunales "podrán decretar en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad de los puntos cuestionados" (art. 279). También estatua que "para conocer la verdad de los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento..." (art. 278).

Estas disposiciones u otras con el mismo sentido, se reproducen en el Código de la Nación Argentina (arts. 26, 2º y 4º, 452, etc.) incluyendo normas ya aprobadas por la ley núm. 14.237. También en los de Brasil (art. 342), Colombia (arts. 179, 180, 243, 244, etc.) y Cuba (art. 43, etc.). Inclusive algunos códigos más antiguos facultan al juez para disponer pruebas de oficio: El Salvador (de 1857), art. 259, Uruguay (de 1877), art. 332.

Igualmente se han aumentado las facultades del juez en materia de apreciación de la prueba, estableciendo el sistema de libre valoración racional o de la sana crítica.

Ade más se amplían en los nuevos códigos, las facultades del juez en la etapa de proposición, sobre todo para rechazar las demandas por defectos formales y aun en el caso de "improponibilidad objetiva" o "inadmisibilidad" para darle el trámite que corresponda. Y en general aparecen normas expresas que otorgan al magistrado importantes facultades dentro del procedimiento.

En definitiva, y sin perjuicio del principio dispositivo, no cabe duda de que la tendencia moderna (en el mundo y que se refleja en el área) es hacia la ampliación de las facultades del juez. Ya no se puede entender el proceso como "cosa de las partes" (*Sache des parteien*).

2.2. *El principio dispositivo en el proceso penal. Sistema acusatorio, inquisitivo y mixto.*— Como hemos visto en la historia, el proceso penal —lo mismo que el civil en muchas etapas primitivas— es un combate simulado o una lucha privada donde el actor lleva por la fuerza al ofensor ante el tribunal (o la asamblea del pueblo). Es decir, que en su origen predomina el sistema acusatorio —similar al proceso dispositivo— que se mueve, exclusivamente, mediante la actividad privada del acusador, por lo general el ofendido (o sus familiares) o simplemente el acusador privado (*vindex*). Al prevalecer el proceso oficial, cuando la autoridad adquiere poder, se pasa al proceso inquisitivo, originado en los países orientales e introducido en Grecia y Roma (en ciertas épocas). Este proceso renace en la Edad Media, sobre todo en el régimen de la Iglesia (como sucedía en la Inquisición). La Revolución francesa reivindica el proceso acusatorio (oral, público y contradictorio), pero luego, según hemos dicho, se opta por el sistema mixto, que pasa a casi todos los países (con excepción del régimen del *common law*).

Los principales caracteres del proceso *acusatorio* podemos reseñarlos así:

a) La acción penal no se ejerce de oficio, sino a pedido de la víctima del delito, sus familiares o cualquier ciudadano, pues, en general, existe la acción popular. La acusación es la base indispensable del proceso.

b) Las partes (acusado y acusador) están en posición de igualdad, mientras que el juzgador actúa un tanto como espectador, con pocos poderes.

c) El tribunal opera, muy a menudo, con un jurado popular; en algunos períodos, inclusive está constituido por una asamblea. Con frecuencia actúa en única instancia.

d) El acusado goza, por lo común, de libertad hasta la condena; la prisión preventiva no existe sino excepcionalmente.

e) Las pruebas son las que solicitan las partes; el juzgador carece, en general, de poderes de investigación, como en el proceso civil.

f) El procedimiento es oral, público y contradictorio.

g) La sentencia hace cosa juzgada; rara vez se admite el indulto o la gracia.

A su vez, el proceso *inquisitivo* tiene los siguientes rasgos:

a) La acción es ejercida por el procurador real (después el ministro público), pero también es promovida de oficio por el propio magistrado, a menudo luego de una denuncia secreta o aun anónima.

b) El imputado carece de derechos; el juez es el conductor del proceso y actúa inquisitivamente, investigando en forma directa y buscando la verdad, con frecuencia a través de la confesión y mediante el uso de la tortura.

c) La jurisdicción es ejercida por magistrados permanentes, que representan al emperador, al rey o al poder público, y se admite la doble instancia.

d) El acusado es sometido a prisión preventiva e incomunicación. En el fondo se le presume culpable, salvo prueba en contrario.

e) La prueba se supedita al sistema de tarifa legal; el proceso es secreto y escrito y no contradictorio.

f) Aparecen, al menos en algunas etapas históricas, institutos de perdón (gracia, indulto, etc.).

De la unión de estos dos sistemas surge el *mixto*, que, como hemos dicho, comienza con una etapa predominantemente inquisitiva, el sumario, y luego nace el sistema acusatorio (dispositivo) en el plenario.

Es el régimen que se inaugura en Francia, a partir del Código de Napoleón (1808), que pasa a España (Ley de enjuiciamiento penal de 1872) y luego a nuestros países latinoamericanos. Responde a estos caracteres:

a) La *acción penal* es ejercida por el órgano estatal, ministerio público, sin perjuicio de que el damnificado pueda ejercer la acción civil resarcitoria. Sin embargo, el sumario comienza, a menudo, por iniciativa del propio juez, quien, según algunos autores, ejerce así la acción (o la jurisdicción sin acción).

b) La *jurisdicción* es ejercida durante el sumario, por el juez técnico; durante el plenario, actúa el juez técnico o el tribunal popular (o aquel, con jurado).

c) Los *poderes del juez* son absolutos en la etapa inquisitiva, en la cual las facultades del imputado son muy restringidas; en cambio, el plenario es oral, público y contradictorio. Y la doctrina sostiene que las pruebas recogidas en la etapa inquisitiva deben ser repetidas en el juicio público.

d) La *prisión preventiva* puede aparecer durante la etapa del sumario, solo con el fin de evitar la pérdida de los elementos de convicción, la huida del imputado o en virtud de su excesiva peligrosidad.

e) Se parte del principio de *inocencia*. La prueba es valorada por el sistema de libre convicción (jurado) o racionalmente conforme a la sana crítica (si hay juez técnico).

f) Generalmente se admiten los *recursos* de apelación, casación y revisión.

Este sistema, mixto, es el que ha predominado, como decimos, en la mayoría de los países del área, aunque con variantes. En los modernos movimientos tendientes a la reforma de los códigos procesales penales de Iberoamérica, y en el propio Anteproyecto de Código Procesal Penal modelo, redactado por el profesor argentino JORGE CLARÍA OLMEÑO, también se acoge este sistema.

2.3. *El principio de oficialidad del proceso penal. Indisponibilidad. Irretractabilidad.*—Nos referimos al proceso mixto, el más común entre nosotros. (En el acusatorio rige el principio dispositivo en toda su extensión; en el inquisitivo, los que regulan este).

En el proceso penal, en función del interés público que siempre está en juego no solo en el procedimiento organizado por el Estado, sino en el objeto de la controversia (violación de la ley penal y su sanción), el principio dispositivo estudiado para el proceso civil, sufre importantes modificaciones.

Efectivamente: en cuanto al ejercicio de la acción (pretensión), sobresale el *principio de oficialidad*, puesto que el órgano que ejerce la pretensión penal es, por lo común, de carácter público (el ministerio público o ministerio fiscal, según las designaciones).

Inclusive, como hemos dicho, el propio órgano jurisdiccional (cuando no, según los sistemas, la autoridad administrativa o el propio ministerio público o fiscal) empieza la investigación y da comienzo al procedimiento. También, según algunos, ejerce la acción (pretensión), de oficio.

O sea, que la acción penal se promueve en forma *necesaria*, esto es, indispensable. Frente al hecho con apariencia delictiva, el proce-

so penal debe ser promovido indispensablemente. (Para algunos, en esto consiste el principio de oficialidad). Es lo que CLARÍA-OLMEDO designa con la expresión de "promoción necesaria e irtractabilidad" y que otros denominan principio de inevitabilidad. Aquí no cabe la cuestión de oportunidad, esto es, la evaluación de si conviene o no promover la pretensión, como sucede en el proceso civil.

Otra consecuencia del principio de oficialidad es la *indisponibilidad*; contrariamente a lo que afirmamos en el civil, el proceso penal es indisponible, en principio, por las partes procesales penales: tanto el acusador como el acusado.

O sea, que en todo caso debe continuarse el ejercicio de la acción hasta el final; inclusive el pedido de sobreseimiento o absolución, constituye el agotamiento de aquella (pretensión punitiva). Pero no cabe el desistimiento del acusador público. Así como tampoco cabe el allanamiento, o cualquiera de las otras figuras que analizamos en el proceso civil similares a esta (reconocimiento, etc.). Igualmente, cualquier forma de transacción queda excluida.

Sin embargo, debe señalarse que todo lo dicho es sin perjuicio de que, en algunos sistemas, se mantiene el principio *acusatorio*, al menos respecto de ciertos delitos que se persiguen solamente por la parte perjudicada (delitos de acción privada), o, según otros, se exige la conformidad de esta para promover el proceso. Es lo que se llama el instituto de la *instancia del ofendido*; sin cuya denuncia o manifestación de voluntad, no puede promoverse la pretensión punitiva por los órganos estatales. Se trata de casos de excepción en los cuales se reconoce que la persecución puede causar mayor daño que la falta de investigación del delito (por ejemplo: delitos de violación, estupro, rapto, de difamación o injurias, de lesiones, en ciertos casos, etc.).

3. *Los principios de oralidad y escritura. Inmediación y concentración.*—Se distinguen dos tipos de procesos, según se utilice la oralidad o la escritura. Y todavía podríamos agregar que esta divergencia excede el simple marco del problema para abarcar dos tendencias procesales opuestas, no solo porque en un procedimiento se celebren los actos oralmente y en el otro por escrito y mediante actas, sino por otras múltiples características diferenciales. Así, MAURO CAPPELLETTI, uno de los más fervientes partidarios de la oralidad, enseña que ello significa la introducción en el proceso de los postulados básicos de *inmediación, concentración, publicidad, eventualidad y apreciación racional de la prueba*.

Especialmente los países romanistas, entre los que nos contamos, sufrieron una evolución, a partir del derecho común (proceso romano-

cañónico) y a fines de la Edad Media, que, bajo el nombre de *oralidad*, implicó la lucha contra los sistemas de la época. En particular contra el procedimiento escrito, secreto, realizado en etapas separadas, sin contacto directo entre las partes y el juez, con un sistema complejo de apreciación de la prueba, basada en la tarifa legal, que fijaba reglas matemáticas para la evaluación de aquella.

De este proceso, dice CAPPELLETTI, dominado por el principio de que "*quod non es in actis non est in mundo*", de larga duración, se sale en virtud de la aplicación de los nuevos principios científicos del Renacimiento. Y se plasman en el Código francés, al cual siguen rápidamente los de Italia, Alemania y los demás países europeos y el resto del mundo civilizado. Con excepción de España, como ya hemos dicho, donde predomina, a causa de que las tendencias modernizadoras son derrotadas, el antiguo sistema escrituralista, que es el que hereda Hispanoamérica.

3.1. *Oralidad y proceso por audiencias. Precisiones terminológicas.*—En primer lugar, debe aclararse que cuando hablamos de *oralidad*, lo hacemos para usar un término que es de común conocimiento y aceptación, aunque sabemos de antemano que prácticamente no hay régimen alguno de derecho positivo exclusivamente oral, sino que todos son mixtos (podríamos exceptuar el Tribunal de Aguas de Valencia y casi ningún otro).

Los procesos que hoy se consideran como orales, tienen, en general, una fase de proposición escrita, una o dos audiencias orales (prueba y debate; a veces, inclusive la sentencia dictada al final de la última) y luego recursos de apelación o casación, también escritos. Son, por lo tanto, mixtos. Más correctamente deberíamos llamarlos *procesos por audiencia*, ya que en esta (*trial*) es donde se realiza la parte sustancial del juicio. En el proceso penal oral, como hemos visto, hay también una fase de preparación: la instrucción del sumario, que es predominantemente escrita, y luego el juicio (plenario) se desarrolla en la audiencia (oral).

O sea que la oralidad, tal como la entendemos actualmente, no implica desaprovechar un medio de comunicación tan preciso y depurado como la escritura (según subrayan, con razón, quienes la defienden). Lo que rechazamos es el proceso escrito y secreto, sin inmediación y concentración (especialmente para la prueba y el debate oral).

3.2. *Oralidad y otros principios procesales: inmediación, concentración, publicidad.*—La oralidad —ya lo hemos dicho— debe ser estudiada juntamente con otros principios.

En primer término, el de *inmediación*, que requiere que el sentenciador tenga el mayor contacto personal con los elementos subjetivos

y objetivos que conforman el proceso (PEYRANO). Su antítesis está formada por el principio de mediación, inspirado quizá en el resquemor de que el contacto vivencial (especialmente del juez y las partes) pueda afectar la imparcialidad del juzgador; sustenta la conveniencia de que el tribunal guarde una relación impersonal e indirecta con aquellos elementos.

Porque la inmediatez supone, además, la *participación* del juez en el procedimiento, convirtiéndose, también, en un protagonista, lo cual lo hace intervenir directamente en su desarrollo; esto lleva, como decimos, equivocadamente a pensar que puede perder su imparcialidad, prejulgar... Por el contrario, resulta difícil, dice PEYRANO, concebir una herramienta más poderosa para la búsqueda de la verdad histórica, que conferir al oficio el derecho-deber de observar y escuchar a los litigantes, a sus defensores y a los testigos y peritos. Y agrega que solo cuando el proceso es "vivido" por el juez, puede este ponderar las reacciones y gestos de partes y declarantes, pautas inapreciables para descubrir al mendaz o comprobar la veracidad de los dichos.

Es natural que esto supone mantener la *identidad del juez* (que recibe la prueba y que falla), que es una de las principales exigencias del sistema oral. (Cuya falta funda una de las objeciones a estos principios).

Así concebida la inmediatez, es tan importante, o más, que la oralidad misma. El propio KLEIN, autor de la Ordenanza austriaca que tanto resultado ha dado, fundaba la virtud del nuevo Código en la inmediatez: decía él que lo esencial era que el juez y las partes (luego los testigos) "se miraran a los ojos".

A su vez, la oralidad, el proceso por audiencias, es el que mejor se compagina con el principio de *concentración*, que propende a reunir toda la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos y a evitar la dispersión, lo cual, por otra parte, contribuye a la aceleración del proceso.

Es natural que dicha concentración se cumpla fundamentalmente por medio de la audiencia, realizándose la parte fundamental del procedimiento en un solo acto (aun cuando haya que prolongarla si no se puede agotar en una jornada) en el que se concentran la recepción de la prueba, el debate oral y la sentencia. De ese modo es como el tribunal puede tener una cabal y completa comprensión de las cuestiones debatidas y del objeto del proceso, y estar mejor habilitado para decidir.

Resulta, pues, que la oralidad, juntamente con la inmediatez y la concentración, parece realizar mejor la verdadera función del proceso que es, según lo recuerda CARNELUTTI, siguiendo las enseñanzas de los juristas medievales (como BULGARO), un "*actum trium personarum*" y no una serie sucesiva de actos, en los que hay una trasmisión escrita

entre dichas tres personas. Resulta, así, el modo natural de resolver las controversias. Pues entre dos que disputan y someten su conflicto a un tercero, lo lógico parece ser que se reúnan y dialoguen.

Es el modo, también, de poder cumplir con el principio de *publicidad*, que permite la apertura del proceso, para que la potestad jurisdiccional pueda ser controlada por quienes tienen interés en hacerlo. Y de esa manera se pueda realizar el ideal democrático de que las funciones del Estado estén sometidas al contralor popular, que es el natural destinatario de ellas (el verdadero protagonista de las normas jurídicas y de su aplicación judicial).

MAURO CAPPELLETTI agrega que la tendencia a la democratización de la justicia y hacia la socialización del proceso, a fin de facilitar el acceso a la justicia a todos por igual y, naturalmente, en especial a quienes están más desamparados y carecen de medios (con la idea de tratar desigualmente a los desiguales para conseguir la igualdad), se cumple mejor mediante estos principios.

Todo lo cual no deja de ser discutido, como veremos en seguida. Empezando por quienes sostienen que la inmediatez, la concentración y aun la publicidad (aunque esta más difícilmente) pueden darse, también, en un proceso escrito. Esto, aun cuando teóricamente posible, no lo es en la práctica. Y en definitiva, si incorporamos estos principios y los realizamos plenamente, solo podemos hacerlo por medio de un proceso oral (o por audiencias).

3.3. *Posibilidades prácticas de la oralidad. Número de jueces. Medios económicos.*—Quizá el argumento más efectivo (para mí, efectista) contra la oralidad, fuera de los tradicionales de que la escritura es más permanente y permite una mayor garantía a los litigantes y al juez una mayor meditación leyendo y releendo los expedientes, es el de que ella requiere un gran número de jueces. Por esta y otras razones, mayor disponibilidad de medios económicos, y como la mayoría de los países, empezando por los latinoamericanos, carecen de esos medios, debemos continuar con el juicio escrito.

Y se menciona el ejemplo de muchos países (caso típico son los Estados Unidos, pero también se ha citado el de algunas provincias argentinas, donde habría comenzado con éxito y luego sucumbido bajo el elevado número de causas) donde la fijación de una audiencia se demora años. Con lo cual se pierden muchos de los beneficios del sistema.

Los datos de varios Estados norteamericanos (al menos algunos de ciertos tribunales, entre los miles que existen) demuestran que es el proceso más lento y más caro del mundo. Sin embargo, frente a esto podemos oponer los datos de los países escandinavos y de Austria.

En este último país, donde hay muchos jueces y muy pocos funcionarios (dos o tres por juzgado), el proceso es el más rápido del orbe y no resulta muy costoso.

Cabría, para contestar el argumento contrario, señalar, en primer término, que siendo la verdadera forma de administrar justicia, el Estado tiene el deber de establecer dicho sistema.

Y sobre esto parece no haber duda. Pues, en primer lugar, como hemos dicho, resulta esencial para que se cumpla la verdadera función del juez. Además, son tan reconocidas las bondades del sistema que, cuando el legislador, aun el latinoamericano, desea organizar procesos eficaces en materias de interés social (menores, familia, agraria, laboral, etc.), recurre al proceso oral, concentrado, con intermediación y público, como forma de abreviar el procedimiento y obtener una mejor justicia.

Por otro lado, cabe preguntarse si es cierto que el proceso oral es más caro, o si es que se compara un buen proceso oral, un ideal, con un mal proceso escrito (que también, por supuesto, es muy caro y largo, de lo cual no hay duda).

Porque si no, ¿cómo explicarse que un proceso en el que las incidencias inútiles, las argucias, las nulidades, pueden ser rechazadas de plano, con lo cual se eliminan muchos trámites, puede ser más largo que el escrito? O también, ¿cómo es posible que un proceso donde la presencia del tribunal facilita la conciliación y los acuerdos transaccionales disminuyendo el número de juicios, la duración general sea mayor? O, dicho de otro modo: si el mismo tribunal (unipersonal o colegiado) tiene que fallar y estudiar exactamente igual número de asuntos, ¿cómo puede demorar más reuniéndose en una audiencia (o dos) con las partes y sus asesores y recoger la prueba, resolver los incidentes en el acto y dictar la sentencia al fin de la audiencia, que cuando tiene que estudiar y resolver, por interlocutoria, los incidentes, luego estudiar todo el expediente para analizar la prueba, solo en este momento solicitar una diligencia para mejor proveer (por ejemplo, llamar a las partes o los testigos para hacer las preguntas que pudo formular en el mismo acto), y, finalmente, preparar la sentencia?

Lo que pasa, realmente, es que hay una multiplicidad de funcionarios que efectúan la tarea del juez: el actuario que toma la prueba y dirige las repreguntas y aclaraciones, el secretario que provee y a veces hace las sentencias, o los relatores, etc., lo que, naturalmente, nadie puede compartir.

En definitiva, si se aumenta el número de jueces a expensas de los funcionarios y se disminuye la burocracia del expediente en favor

de la sencillez y la intermediación, creemos que jamás podrá demostrarse que el proceso oral es más caro y lento, sino más barato y rápido que el escrito.

Sabemos que la oralidad requiere jueces activos y abogados presentes en el tribunal; que esto supone un cambio de mentalidad y de hábitos en nuestros países. Pero, frente al desastroso sistema actual, desesperadamente escrito, como se ha dicho, debemos ensayar la oralidad, entendida mediante el sistema de audiencias, con la incorporación de la institución de la audiencia preliminar austriaca, que el Anteproyecto de Código para Iberoamérica prevé, como medio de mejorar la justicia.

Y en lo que se refiere al proceso penal, donde también en muchos de nuestros países aun el plenario es escrito —como en el Uruguay, donde el juez condena al imputado sin haberlo visto nunca, sin interrogarlo, sin conversar con él—, debemos proclamar el sistema oral, público y contradictorio del plenario, como fórmula indispensable para el mejor cumplimiento de la tarea de juzgar.

4. *El principio de igualdad. Bilateralidad y contradicción.*—El principio de *igualdad* domina el proceso y significa una garantía fundamental para las partes. Importa el tratamiento igualitario a los litigantes y se entiende que resulta del principio constitucional de igualdad ante la ley (ALSINA).

La igualdad supone la *bilateralidad* y la *contradicción*, esto es, que el proceso se desarrolla, aunque bajo la dirección del juez, entre las dos partes, con idénticas oportunidades de ser oídas y admitida la contestación de una a lo afirmado por la otra, en forma de buscar, de esa manera, la verdad. El juez, al sentenciar, conoce los argumentos de ambas partes.

Según COUTURE, el principio se formula y resume a través del precepto: *audiatur altera pars* ('oigase a la otra parte'). Es lo que se denomina el principio de la *bilateralidad de la audiencia*: ante la petición de una parte debe oírse a la otra, para saber si la acepta o contradice. El proceso, en su avanzar, se desarrolla, entonces, mediante el sistema dialéctico de la *contradicción*.

En la época moderna se suele hablar de las *garantías del debido proceso*, como el grupo de las mínimas que debe haber para que pueda realmente decirse que existe un proceso. También suele afirmarse que existe el principio de la *inviolabilidad de la defensa*, como manifestación de que debe existir en todo momento "una oportunidad razonable de defensa"; al decir de COUTURE, recogiendo una expresión del derecho del *common law*, "su día ante el tribunal" ("*his day in Court*"), que resume dichas mínimas garantías. Sin lo cual, se ha llegado a declarar

inconstitucionales las leyes que así no lo autorizan, o se niega la aprobación de una sentencia extranjera (*exequatur*) si resulta que no se han respetado. Estas mínimas garantías, siguiendo a los autores, las podemos sintetizar así: debida comunicación de la demanda al demandado y razonable plazo para comparecer y defenderse; plazo de prueba en el cual las presentadas se comunican al adversario; iguales oportunidades de exponer sus alegatos y plantear sus recursos ante la sentencia debidamente notificada.

Sin embargo, ni la doctrina, ni la jurisprudencia de la mayoría de nuestros países, consideran que los procesos cautelares, o las medidas ejecutivas, que difieren la eventualidad de la controversia para luego de perfeccionada la medida (de garantía), ni los procesos monitorios, que invierten la carga del contradictorio y su apertura a la oposición de excepciones después de la sentencia inicial que dicta el juez, verificándose los presupuestos en la documentación presentada, implican la violación de dichos principios.

Lo fundamental es que el litigante se encuentre en condiciones de ser oído y de ejercer sus derechos en la forma y con las solemnidades que establecen las leyes procesales. De ahí que la igualdad se vincule, indisolublemente, al principio de la bilateralidad de la audiencia y al contradictorio que predomina en todo el curso del procedimiento.

5. *Los principios de lealtad, buena fe y probidad. La regla moral en el proceso.*—Modernamente se han introducido, entre los principios procesales, aquellos que reclaman una conducta de las partes en el desarrollo del proceso, acorde con la moral. Y, en consecuencia, la posibilidad de sancionar la violación de los "deberes morales".

Es cierto que durante un tiempo se discutió la posibilidad de que el derecho sancionara el incumplimiento de reglas morales, en el plano filosófico, pero ya entrado nuestro siglo, primero los civilistas y después los procesalistas, lo admitieron, con ciertas restricciones. Que, especialmente, se refieren a la imprecisión general de la moral, frente a la necesaria precisión del derecho.

Fue entonces cuando la doctrina primero y más tarde el derecho positivo, establecieron esas reglas, las cuales, salvo voces aisladas, se admiten.

Desde que dejó de concebirse el proceso como un duelo privado en el cual el juez era solo el árbitro y las partes podían utilizar todas las artimañas, argucias y armas contra el adversario para confundirlo, y se proclamó la finalidad pública del propio proceso civil, comienza a reclamarse de los litigantes una conducta adecuada a ese fin y a atribuir al juzgador mayores facultades para imponer el *fair play*.

Ya en el Código italiano de 1940, siguiendo la doctrina, se proyecta incluir el *deber de decir verdad* (proyecto de SOLM), y después se aprueba la regla general de "comportarse con lealtad y probidad" (art. 88), lo que constituye una típica regla moral en el proceso.

A partir de allí y de la reproducción de esta u otra fórmula similar, en nuestros propios códigos latinoamericanos más modernos, o en la tendencia mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia, se proclama, en general, el deber de no utilizar el proceso o los medios y recursos legales, sino de conformidad con los fines (lícitos) para los cuales se instituyen. Y la posibilidad consecuente de poder imponer esa conducta de alguna manera (sea directa o indirecta) y sancionar la contraria a dichas reglas.

Es, dentro de este contexto como se establece (ya sea por la ley, aunque todavía raramente, o por la propia doctrina y jurisprudencia) el deber (carga) de exhibir los documentos y pruebas, aun en poder del adversario, rechazándose —al menos en toda su extensión— el principio de que nadie está obligado a presentar pruebas en su contra (*nemo tenetur laedere contra se*); la posibilidad del juez de repeler de plano incidentes o nulidades con fines meramente dilatorios; el reconocimiento de la necesidad de sancionar con pago de costas e inclusive de daños y perjuicios, no la simple sucumbencia, sino el abuso del derecho, etc. En los anteproyectos de Códigos Modelos (del proceso penal y civil) para Iberoamérica, se parte de la existencia de estos deberes morales y se sanciona la conducta inmoral de las partes.

En definitiva, existe toda una gama de deberes morales, que se han recogido como normas jurídicas, y una serie de sanciones para su incumplimiento en el campo procesal, que son la necesaria consecuencia de considerar al proceso como un instrumento para la defensa de los derechos, pero no para ser usado ilegítimamente para perjudicar, u ocultar la verdad y dificultar la recta aplicación del derecho, por lo cual debe actuarse en él de conformidad con las reglas de la ética. Deber que alcanza, en primer término, a las partes, pero también a sus representantes y asistentes, así como al juzgador y sus auxiliares.

Esto demuestra que no se desconoce que en el proceso, pese a ser un conjunto de actos que deben cumplirse conforme a ciertas formalidades, so pena de sanción (nulidad), debe tenerse en cuenta el finalismo de esos actos. Es justamente por eso por lo que se declara (*infra*, cap. XIX) que no hay nulidad si, pese a la infracción formal, el acto ha logrado el fin perseguido.

6. *El principio del formalismo procesal y de la legalidad de las formas.*—El proceso, como conjunto de actos, está sometido a ciertas formalidades. Según estas, los actos deben realizarse de acuerdo con ciertas condiciones de tiempo y de lugar y de conformidad con cierto modo y orden. Así, las audiencias serán celebradas en la sede del tribunal, y solo por excepción podrá interrogarse a un testigo en su domicilio. También deben efectuarse en día y hora fijados. Asimismo existe un orden de desarrollo de los actos: demanda, contestación, prueba, alegatos, sentencia, etc.

Es decir, que los actos están sometidos a reglas; unas generales (*infra*, cap. xv) y otras especiales para cada uno en particular. Y esas formas y reglas significan una garantía para la mejor administración de la justicia y la aplicación del derecho, especialmente para la obtención de ciertos valores que éste se propone, tales como la seguridad y la certeza.

O sea, que las formas no se establecen porque sí sino por una finalidad trascendente, y a ello obedecen. De esta manera, pues, no estamos ante el *formalismo* primitivo o ante la presencia de formas que tuvieron un objeto y que permanecen, actualmente, vacías y carentes de sentido (formas residuales). Esas sí que deben ser suprimidas, y es de hacer notar que algunas de ellas continúan rigiendo:

Frente a este formalismo sin sentido, se produce una reacción total contra toda forma, lo que es peligroso y puede provocar mayores males. En efecto, si suprimiéramos todas las formas, la actividad procesal de las partes para la reclamación de sus derechos quedaría librada a un acto gracioso de la autoridad, que es arbitrario, con lo que llegaríamos al caos.

Luego hay que manifestar que las formas son necesarias, en cuanto cumplan un fin, representen una *garantía*. Por eso se proclama el principio no de fórmulas rígidas, sino *idóneas* para cumplir su función (fin); de modo que si en ciertos casos se alcanza dicha finalidad, pese a la violación de las formas, el acto no genera *nulidad* (*infra*, cap. xix).

Las formalidades de los juicios son impuestas por la ley, por lo que el principio del formalismo debemos complementarlo con el de la *legalidad de las formas*. Este principio es el opuesto al de las *formas judiciales*, que deja en libertad al juez para imponer la forma de los actos procesales. Este último sistema tampoco asegura a las partes las mismas garantías, pues las somete a la posible arbitrariedad judicial.

En general, en nuestros sistemas se parte del principio de que la ley es la que establece el orden y las formalidades de los juicios; inclusive el principio está incorporado a la mayoría de nuestras Constituciones.

Este principio excluye también, por consiguiente, la posibilidad de que dichas formas puedan ser establecidas por la autoridad administrativa. Cabe considerar, entonces, como violatorias de las normas constitucionales, si las hay, o de los principios generales que significan una garantía a los derechos de los justiciables, las disposiciones dictadas por el poder ejecutivo (Ministerio de Justicia, Consejo de la Magistratura, etc.) regulando ciertos procedimientos judiciales.

Por otra parte, el principio de la legalidad de las formas y el del formalismo impiden, asimismo, que las partes las modifiquen, aunque sea de común acuerdo y en forma bilateral. Es decir que, en principio, las formalidades procesales y las reglas que regulan los juicios son *indisponibles* en principio y, salvo excepciones, al menos *anticipadamente*.

Por eso se establece que dichas reglas son irrenunciables, no valiéndolo los pactos en contrario. Así se sostiene que no pueden modificarse contractualmente las reglas sobre responsabilidad por las costas, ni renunciarse a que se formule la previa intimación que prevé la ley para caer en mora, ni a las excepciones que pueda oponer el deudor.

Esto, naturalmente, no quiere decir que luego, abierto el período de excepciones, el deudor renuncie a oponerlas como demandado; o corriendo el plazo para los recursos, la parte renuncie a ellos y se someta de manera expresa a la sentencia que le causa agravio. También es posible que bilateralmente las partes renuncien al período de prueba, etc.

Solo en los casos en que la ley prevé estas renunciaciones es posible realizarlas *por anticipado*. Así sucede en ciertos contratos (prenda, hipoteca, etc.); la ley admite por anticipado la renuncia a las excepciones, etc. (No obstante, algunos juristas entienden que tal renuncia sería inconstitucional, lo que a nuestro juicio sería aceptable solo si existiera una norma expresa en la Constitución, que resultara de este modo violada).

7. *Principio de economía. Celeridad del proceso. Abreviación y garantías.*—El proceso insume un tiempo, como actividad dinámica, que se desarrolla durante cierto lapso (*infra*, cap. xviii).

El tiempo significa, naturalmente, una demora en obtener el pronunciamiento judicial, que es el fin perseguido. Significa un lapso en el cual las partes deben realizar un esfuerzo, inclusive económico; así como el Estado.

El principio de economía tiende a evitar esa pérdida de tiempo, de esfuerzos, de gastos.

La *lentitud de los procesos* es un grave problema que ha preocupado a los juristas y políticos de todas las épocas y, con mayor razón, en la nuestra; de aceleración de toda la vida humana. De modificaciones constantes (inflación, etc.) que hacen más grave la demora.

Son reiteradas las afirmaciones de que la justicia lenta no es justicia. COUTURE, decía, al respecto, en una recordada página, que "el tiempo en el proceso, más que oro, es justicia".

A tal punto se ha llegado en la mencionada conclusión, que se ha erigido en principio constitucional —y a veces supraconstitucional, en el ámbito internacional— el de que resulta un derecho el obtener una decisión en un *plazo razonable*. En el ámbito latinoamericano, el problema es de los más agudos, pues nuestra justicia, como hemos dicho, y nuestro procedimiento siguiendo la herencia española, son de los más lentos del universo. Por eso no ha sido de extrañar que el tema de la aceleración de los procesos y sus medios constituya una constante en nuestras Jornadas. (Ese tema, justamente como base para la modificación de los códigos del Continente, fue tratado en las V Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, de Bogotá, en 1970).

Se reconoce, asimismo, que al mal de la lentitud se agrega —o se favorecen reciprocamente— el del aumento de las argucias de los malos litigantes. Esto es, se favorece la triquiñuela.

Por eso entre los remedios contra la demora se ha buscado no solo la economía de esfuerzos y gastos, sino también (y a esto en definitiva conduce la abreviación) la supresión de incidencias y recursos que no tienen otro fin que la dilación del proceso.

Así se ha proclamado la *perentoriedad de los plazos*, el *impulso de oficio*, el *aumento de poderes del juzgador*, especialmente para imprimir al procedimiento una marcha adecuada, rechazar incidencias, recursos y pruebas de simple fin dilatorio, la *disminución de los recursos*, sobre todo los de efecto suspensivo, la *ejecución provisional de la sentencia*, la *notificación automática*, la introducción de *procesos abreviados*, ya sean sumarios, monitorios, etc. Todo lo cual estudiamos en diversas partes de este libro.

Como también la disminución del costo económico (economía de gasto) que da lugar a toda una problemática sobre el acceso a la justicia.

Asimismo se relacionan con la economía, aun cuando se funden en diversas razones, el principio de eventualidad, el de concentración, el de preclusión.

Sin embargo, en la búsqueda de una justicia rápida no debemos olvidar las debidas garantías procesales. Puesto que habrá un límite en la supresión o disminución de trámites (recursos, incidencias) constituido por aquellos imprescindibles para garantizar los debidos derechos de las partes en juicio. En general, como ya hemos dicho, se proclama la garantía del debido proceso legal (*supra*, núm. 4).

8. *Otros principios: preclusión, eventualidad, publicidad, etc.*— Existen otros múltiples principios procesales. Cada autor expone los

suyos; algunos los designan de manera diversa; los agrupan según diferentes criterios. Los expuestos nos parecen los más universales, por un lado, y, por el otro, los más importantes y necesarios para la organización de un procedimiento correcto.

Sin embargo, no queremos terminar sin la mención de dos principios que, por lo demás, hemos ya enunciado, en relación con los expuestos.

Nos referimos, en primer lugar, al de *eventualidad*, que según los autores argentinos A. M. MORELLO y JORGE W. PEYRANO, que lo sigue, consiste en una consecuencia de la *preclusión*. Y por ello comenzamos por explicar éste. La palabra *preclusión* fue introducida por CHIOVENDA en el léxico procesal, y proviene de la voz latina *praeclusio*, que significa clausurar, cerrar (el paso), impedir.

El principio de preclusión se opone al sistema de desenvolvimiento libre del procedimiento. Este último (p. ej. Alemania) significa la libertad de las partes para introducir en la instancia, en cualquier tiempo, argumentos de derecho o producción de probanzas, libertad que solo cesa cuando la vista de la causa se cierra por suficientemente debatida.

La preclusión ha sido definida como el efecto de un estadio del proceso que al abrirse clausura, definitivamente, el anterior. Esto es, que el procedimiento se cumple por etapas que van cerrando la anterior, como, según los autores, las esclusas de un canal que, al abrir la próxima, queda cerrada la anterior y las demás ya recorridas.

Conforme a CALAMANDREI, se produce por tres motivos: a) por no haberse observado el orden o aprovechado la oportunidad que otorga la ley (vencimiento del plazo, p. ej.);

b) por haberse ejercido válidamente la facultad (consumación); y este ejercicio de la facultad es integral: no puede completarse luego, salvo norma legal expresa (v. gr. al contestar la demanda, al alegar, etc.);

c) por cumplir una actividad incompatible con la otra (anterior) (contestar sin oponer excepciones, alegar sin pedir que se complete la prueba, p. ej.).

El principio de *eventualidad*, relacionado con el anterior, es una derivación del preclusivo, en tanto importa la necesidad de aprovechar cada ocasión procesal íntegramente, empleando en su acumulación eventual todos los medios de ataque y de defensa de que se disponga para que surtan sus efectos *ad eventum*, es decir, por sí alguno de ellos no los produce.

Se parte de la base de que el medio (de ataque o defensa) no deducido al mismo tiempo que otro u otros, ha sido renunciado por quien pudo hacerlo valer (v. gr. obligación de deducir juntas todas

las excepciones dilatorias, en algunos códigos, inclusive con la contestación, o todos los incidentes cuyos motivos coexisten, etc.).

En cuanto al principio de *publicidad*, se opone al del secreto (del desarrollo del procedimiento, el cual, como hemos dicho, se consustancia con el proceso escrito) (*supra*, núm. 3, 2).

Reclama el conocimiento público de los actos del proceso como medio de contralor de este y, en definitiva, de la justicia, por el público. Las excelencias de la publicidad son indiscutibles, y el contralor por la comunidad es un bien innegable. No obstante tiene sus defectos, ya que puede servir para desvirtuar el fin esencial, en cuanto el público, normalmente, solo se interesa por determinados juicios, especialmente aquellos que los medios masivos de comunicación realzan. Lo cual no siempre resulta bien orientado.

En todo caso esta publicidad, y la propia cuestión del contralor —no solo por el público que concurre a las audiencias, sino por los medios de comunicación masivos— de la realización de la justicia, tiene sus peligros, pese a sus excelencias. Y la medida exacta de las formas, medios y limitaciones desborda el tema estrictamente procesal, para constituir uno de los más importantes de nuestra sociedad actual.

El estudio de otros principios, como decimos, variables según los autores, entendemos que excede los marcos de una teoría general del proceso. Fuera de que algunos otros, como por ejemplo los que regulan la valoración de la prueba o el de congruencia (de las sentencias), deben ser estudiados dentro de sus respectivos institutos.

QUINTERO Beatriz y PRIETO Eugenio.  
Teoría General del Proceso,  
Tomo I, Editorial Temis S.A.,  
Bogotá, 1995.

## TEORÍA DE LA NORMA PROCESAL

### 1. TEORÍA DE LA NORMA PROCESAL

El derecho procesal es esencialmente normativo como conviene a su cualidad de ciencia jurídica. Su estudio presupone el de su instituto básico: *la norma procesal*, como planteamiento abstracto de los problemas específicos que le atañen; puesto que en sí misma es una norma jurídica, para su análisis se echa mano de los conceptos de la filosofía del derecho y de la teoría general del derecho, a partir de los cuales se pueda construir la dialéctica especializada procesal que se intenta.

El problema básico de esta teoría es ciertamente el de la naturaleza de la norma procesal.

### 2. NATURALEZA DE LA NORMA PROCESAL

Se indaga por la esencia de la norma procesal; a partir del conjunto normativo integrador del derecho como totalidad del orden jurídico se busca identificar la manera de ser de la norma procesal, ese *quid interno* que la distingue dentro del conjunto. Por teórico y tal vez por inaccesible el estudio, pudiera sugerir meramente diletantismo especulativo, pero que aun así se justificaría y se exigiría dentro de una teoría científica del derecho jurisdiccional, del derecho procesal, puesto que por sí solo constituiría un encomiable empeño del espíritu; no empece, la importancia práctica del tema allora cuando se enlistan los otros capítulos que componen esta teoría de la norma procesal, tales como el ámbito de validez temporal de la misma con el juego de los conceptos de ultraactividad, de aplicación inmediata; el de validez espacial con la primacía del principio de territorialidad que caracteriza a la norma procesal; el problema de las lagunas y la manera especial de colmarlas; la interpretación extensiva, la analogía, todo cuanto refiere a su aplicación, en suma, y todavía más

allá de estos linderos, las consecuencias que acarree la inobservancia de la norma procesal.

En conclusión, la meta de este estudio científico especializado que se acomete, es la de definir con claridad, cuándo se está frente a una norma procesal o jurisdiccional y cuándo no.

Sentados estos prolegómenos corresponde iniciar el camino anunciado haciendo alusión a los conceptos de los juristas que han servido para cimentar las construcciones dialécticas en este campo.

### 2.1 Hans Kelsen

El elemento de más figuración en las teorías que buscan definir la naturaleza de la norma procesal, extraído de la doctrina kelseniana, es su distinción entre *norma primaria* y *norma secundaria*, que la aprovecha BINDING en el derecho penal y, siguiendo sus pasos, CARNELUCCI en el procesal. También se ve a HUMBERTO BRISEÑO SIERRA acudir a la distinción entre el derecho estático y el derecho dinámico; a PEDRO ARAGONESES, apoyarse sobre ambas concepciones; a CLEMENTE A. DÍAZ, excediendo todo lo hasta entonces dicho, para encontrar en el mismo KELSEN, no ya dos especies de normas sino su misma concepción tripartita de la norma.

Alude KELSEN a un posible punto de vista estático del derecho como sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad y lo presenta como el antitético del punto de vista dinámico, el cual enfoca el acento sobre la conducta humana que viene a ser el punto de referencia de las normas jurídicas<sup>1</sup>.

Todo su pensamiento conserva ese paralelismo dicente, entre los procesos de creación y de aplicación de la norma: las normas son creadas y aplicadas por los hombres mediante actos, y son precisamente los actos que se cumplen en el desempeño de estas tareas la materia de regulación de las normas jurídicas en este universo dinámico del derecho que viene contemplando. "*El derecho tiene la peculiaridad de que regula su propia creación y aplicación*". Y esta es la expresión que CLEMENTE A. DÍAZ capta magistralmente y traduce, suministrando su propia versión, aludiendo a "una gran rama de disciplinas jurídicas que se caracterizan por atribuir poderes e imponer sujeciones y que en puridad son el derecho para el derecho"<sup>2</sup>.

El objeto de una teoría dinámica del derecho está constituido por un *sistema de actos* que son determinados por las normas de un orden jurídico y que a la vez crean o aplican normas de ese mismo ordenamiento jurídico. (Si se traiciona a KELSEN es porque se le ve decir aquello que siempre se esperó expresar para lograr esa definición esencial que este análisis indaga). Si la teoría estática del derecho, lo muestra como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas, la teoría dinámica lo ofrece como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La norma dinámica pone el acento sobre la conducta, sobre el acto, al paso que la estática se repliega sobre la norma misma. Es esta otra expresión que no se ajusta exactamente al pensamiento kelseniano, pero que está allí insita, como esperando ser leída en referencia con esa otra categoría de normas, que si bien no ha encasillado expresamente, ha sugerido con vehemencia.

Las otras dos categorías de normas, si encuentran un análisis expreso en los criterios kelsenianos: dentro de su teoría del derecho coactivo, la esencia de la norma jurídica se traduce en una proposición en la cual se vincula un acto coactivo como consecuencia jurídica, a un determinado supuesto de hecho o condición. La regla de derecho es para KELSEN un imperativo hipotético y heterónomo que se presenta bajo una doble faz, pero apenas como facetas de una sola realidad: *norma primaria* y *norma secundaria*. "Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con una conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita solo si la conducta opuesta es la condición de una sanción"<sup>3</sup>.

Acercas de la formulación de la norma, KELSEN asume que ella puede cumplirse utilizando términos que prohiban u otros que prescriban una precisa conducta, pero que la enunciación de esta manera no es lo esencial al efecto, porque así se encuentran leyes que prescriben o que prohíben pero no ligan, como condición, la sanción a la conducta contraria y permanecen entonces como simple deseo del legislador, como un elemento jurídicamente indiferente, nunca como una norma jurídica. Para que una norma pertenezca a la esfera

<sup>1</sup> HANS KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 6ª edición, Buenos Aires, Eudeba, 1968, pág. 43.

<sup>2</sup> CLEMENTE A. DÍAZ, *op. cit.*, t. I, pág. 60.

<sup>3</sup> HANS KELSEN, *op. cit.*, pág. 76.

### 3. LOS APARENTES PUNTOS DE CONFLUENCIA DE LA NORMA PROCESAL CON LA NORMA SUSTANCIAL

#### 3.1 El asunto

Antes de proceder a la clasificación de la norma procesal y al análisis de los temas siguientes que redondean este capítulo segundo, es conveniente hacer un estudio, somero si se quiere, en relación con la idea de convergencia, vecindad o hesitación que por excepción existe entre la norma procesal y la sustancial.

Es asunto inasible y complejo que se ha estudiado por la doctrina con timidez y que no tiene todavía conclusiones definitivas.

Decidir que es norma procesal la que rige el proceso de aplicación de la ley sustancial, que su carácter es formal y dinámico, que tiene un contenido incoloro, ni favorable ni desfavorable, tiene consecuencias.

Cumplidas las anteriores conquistas conceptuales, definida la norma procesal, deslindada ella misma de la sustancial, es preciso que se demarquen con exactitud esos límites que por alguna u otra razón se muestran indescifrables, ensombrecidos, ambiguos, cuando del análisis de determinadas instituciones se trata; una de estas razones se intuye como la consideración proclive que se resiste a excluir del ámbito procesal los criterios de favorabilidad y de respeto por los derechos adquiridos con inquietud que exorbita el verdadero

alcance de estas figuras, que jamás podrían dominar otros ámbitos que los del derecho sustancial.

#### 3.2 La doctrina

El maestro de maestros, CARNELUTTI, abre sus páginas a estas, que CLARÍA OLMEDO<sup>19</sup> llama *zonas de penumbra*, cuando admite que haya normas materiales con eficacia instrumental y a la inversa; que lo primero acaezca cuando la norma material además de una obligación reconozca al titular una facultad de determinación; y que, lo segundo, cuando una norma instrumental además de atribuir un poder jurídico imponga una obligación como poder vinculado. Y avanza como si enunciara algún enigma expresando que en principio toda norma instrumental es procesal pero que a veces esa norma se unifica con la material teniendo eficacia solamente con respecto a ella<sup>20</sup>.

Es muy trabajoso, por decir lo menos, alcanzar al maestro en su hondura monstruosa; regresando, caminando más despacio, debe recordarse que CARNELUTTI ha sufrido la influencia de BINDING quien, con referencia al derecho penal, distinguió las normas de valuación y las de determinación, y que influenciado de esta manera, contrapuso las normas materiales a las procesales caracterizando estas últimas por su instrumentalidad, y concluyendo así que la norma jurídica material es la que compone inmediatamente un conflicto de intereses al imponer una obligación o atribuir un derecho y que la norma procesal no compone ese conflicto pero en cambio establece los requisitos y condiciones para lograr la composición.

Cuando CARNELUTTI formula sus expresiones sugestivas de la posible naturaleza *mixta* de algunos preceptos y habla de normas *sustanciales-procesales* y de normas *procesales-sustanciales*, sume en la más profunda perplejidad al intérprete, porque como se ha venido iterando, cada ámbito de validez, de una y de otra norma, ofrece disparidad equivalente a una escisión de esencias.

Así muy tangencialmente y ya que el símbolo y el ejemplo cotidiano ayudan a pisar la tierra se ofrecen estas concreciones que corresponden a los enunciados de CARNELUTTI: el primer ejemplo que pudiera reproducir la idea carneluttiana concerniente a una norma material que además de contener una obligación reconozca a su titular una facultad de determinación se descubre en los delitos investigables solamente mediante el ejercicio de la querrela de parte y, por qué no,

<sup>19</sup> JORGE CLARÍA OLMEDO, *op. cit.*, pág. 60.

<sup>20</sup> FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema...*, t. 1, ed. cit., pág. 87.

en todas las normas sustanciales que consagran una tutela determinada, al conceder una *legitimación* ordinaria o especial; esas normas parece que se unifican de tal manera con la sustancial, que tuvieran eficacia apenas con respecto a ella..., quién puede reivindicar..., de quién se puede reivindicar..., la víctima tiene "acción" directa contra el asegurador de su agresor..., etc. Una segunda concreción que permite palpar la norma instrumental, que además de atribuir un poder jurídico impone una obligación como poder vinculado, se observa en todas las normas procesales consagratorias; de un deber-poder del juez: puede decretar pruebas de oficio, por ejemplo.

Acerca de la misma temática JORGE CLARIÁ OLMEDO, luego de caracterizar la norma sustancial como lo realizable y la procesal como la destinada a realizar, advierte que este aserto así tan simple, solamente se mantiene mientras no se profundiza el problema, porque a medida que este se ahonda aparecen los puntos de confluencia del derecho procesal con el sustantivo, conocidos como zonas de penumbra<sup>21</sup>; acerca de ellas expresa que son *instituciones mixtas o bifuncionales*, en cuanto algunas son de naturaleza sustantiva con eficacia procesal y viceversa; y en otros casos, puntualiza, que se está frente a dos normas diferenciadas pero convergentes en su formulación dentro del único precepto normativo. Y precisa: no son normas intermedias, diferentes en esencia de las otras.

Con destreza consabida maneja CLARIÁ la dialéctica y así adelanta su exposición aseverando que todas las normas constitutivas del orden jurídico conforman la categoría de las sustantivas, las cuales regulan las conductas para la convivencia pacífica y estatuyen la sanción para el incumplidor; otras, condicionan esa sanción de alguna de las siguientes maneras: justificando la lesión al orden, excluyendo la responsabilidad conminada o desvalorizando la conducta reprochada; todas las así enlistadas las clasifica como constitutivas y por lo mismo sustanciales, determinantes del contenido del fallo jurisdiccional, sobre el fondo o mérito. En los pasos anteriores CLARIÁ no ha sembrado duda: esas, son normas sustanciales; en cambio, las que pasa luego a definir, son verdaderas zonas de penumbra; el autor las denomina *sustantivas de realización*, como si dijera: *sustantivas-procesales*. "Sin embargo se puede dar el caso de que el fallo no llegue a la realización de ninguna de estas normas constitutivas del orden jurídico, lo que ocurrirá frente a la experiencia legal de poner en acto previamente otras normas, también sustantivas pero que no

<sup>21</sup> JORGE CLARIÁ OLMEDO, *op. cit.*, pág. 88.

son constitutivas sino de realización. Se trata de una categoría de normas realizadoras pero de naturaleza sustantiva, como son las que regulan la prescripción, las que establecen una amnistía, las que prevén la legitimación en la causa, las que concretan el valor negativo de la cosa juzgada, etc."<sup>22</sup>

A esta altura se hace evidente una similitud de categoría entre las normas que CLARIÁ denomina *sustantivas de realización* y las que CARNELUTTI llama *sustanciales procesales*. Véase inclusive la convergencia de ambos hacia el mismo ejemplo: *La legitimación de la causa*. Y cabe otra acotación: pese al esfuerzo dialéctico que ensayan ámbos autores, para expresar que no se trata de otra categoría de normas, cada uno las clasifica por lo menos como una especie singularizada: pudiera concluirse que para ellos no son sustanciales puras ni procesales puras. CLARIÁ ha sugerido que son sustanciales especiales, y CARNELUTTI, procesales especiales procesales especiales.

Como una posición innovadora, por lo que respecta a la distinción que se intenta, clasifica PEDRO ARAGONESES<sup>23</sup> la doctrina del *derecho justicial* de JAMES y ROBERTO GOLDSCHMIDT, autores que aluden a una diferenciación tripartita de las normas, distinguiendo el derecho privado (derecho civil), el derecho justicial material penal y el derecho justicial procesal: unas normas de derecho material se dirigen a los individuos y constituyen el derecho civil privado; otras normas de derecho penal no se dirigen a los individuos sino a los órganos encargados de su aplicación y por eso corresponden al derecho justicial material; el derecho civil que se dirige a los jueces es también derecho justicial material, existiendo además el derecho justicial formal que se dirige al juez y regula solamente el aspecto formal. Se tiene así que el derecho justicial material, que es la verdadera innovación de los GOLDSCHMIDT, comprende *Las normas relativas a la pretensión de tutela jurídica dirigida contra el Estado y el derecho penal*.

Los GOLDSCHMIDT, padre e hijo, intuyeron las normas de derecho justicial material como bifrontes y de ellas pregónaron que no podían ser catalogadas como derecho sustancial (que ellos denominaron privado) ni como derecho procesal; que tampoco constituían una categoría mixta, sustanciales-procesales, sino que pertenecían a una categoría propia. ROBERTO GOLDSCHMIDT releva el carácter de puente que les corresponde, entre la categoría de las sustanciales y las de las procesales:

<sup>22</sup> JORGE CLARIÁ OLMEDO, *op. cit.*, pág. 95.

<sup>23</sup> PEDRO ARAGONESES, *Proceso y derecho procesal*, Madrid, Edic. Aguilar, 1960, pág. 332.

"por lo que en muchos casos la inclusión en uno u otro derecho habrá de ser resuelta de conformidad con el derecho positivo concedido como derecho justo, pudiendo ser decisiva para su adscripción a uno u otro grupo la circunstancia de que una institución pueda ser tratada más justa o más oportunamente según principios sustanciales o procesales siguiendo el criterio de una valuación de los intereses en juego, dado el carácter meramente técnico que estas distinciones forzosamente tienen"<sup>24</sup>.

Y como pasos que determinan huellas, formula ARAGONESSES ejemplos prácticos de esas situaciones que integran la categoría del derecho judicial material (los presupuestos específicos de la tutela jurídica del tipo legal y el interés de la tutela jurídica), explicados de la siguiente manera: para que la tutela jurídica, pueda pretenderse es preciso que exista un determinado estado de hecho susceptible de protección jurídica (no lo son por ejemplo los esponsales o las deudas de juego). El interés de la tutela, que es apenas el mismo interés sustancial para obrar, que como figura procesal desarrolla magistralmente UGO ROCCO<sup>25</sup> y que HERNANDO DEVIS ECHANDÍA estructurará para nosotros como un presupuesto material de la sentencia de fondo<sup>26</sup>.

Otras materias constitutivas de zonas de penumbra y por lo mismo clasificadas por los GOLOSCHMIDT padre e hijo, como pertenecientes al derecho judicial material son las normas sobre pruebas. Otra institución cuestionada también lo es la de la cosa juzgada.

Es pues importante establecer un criterio que unifique la concepción acerca de la naturaleza de las denominadas zonas de penumbra, asignándoles una posibilidad de agrupación que en definitiva las integre a la categoría de las normas procesales; cuando se habla de intersección ambigua, de oscilación entre una y otra categoría de normas, falta rigor lógico a la definición del instituto. Por lo demás, en derecho no existen categorías puras; son los elementos esenciales los que las distinguen, no los aspectos secundarios.

Nunca podrá aludirse a la novedad de algún problema de derecho procesal: sus instituciones son tan rancias como el hombre y el derecho; lo que hoy se valora como cambio, como nuevo, es la preocupación científico-teórica de su tratamiento. Ciertamente no satisface al estudioso del derecho procesal esa posición equívoca que aún hoy asumen los doctrinantes de mayor alcurnia frente a este que

<sup>24</sup> PEDRO ARAGONESSES, *op. cit.*, pág. 335

<sup>25</sup> UGO ROCCO, *Tratado de derecho procesal civil*, t. I, Bogotá-Buenos Aires, Temis-Depalma, 1969, págs. 337 y ss.

<sup>26</sup> HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de derecho procesal*, t. I, 6ª ed., Bogotá, ABC, 1978, pág. 251

se estudia como problema, porque no es cierto que carezca de importancia, ni lo es que sea cuestión apenas de técnica, y menos que, indiferente y caprichosamente, cada derecho positivo pueda ubicarlo en el campo que se le antoje.

### 3.3 Instituciones abstractas e instituciones concretas del derecho procesal

La abstracción y la concreción como conceptos que pertenezcan a la teoría del proceso, como predicados específicos del modo de ser de sus instituciones no han sido sistemáticamente desenvueltas por la doctrina. Existen huellas dispersas en el decurso del estudio científico de la disciplina: unas, las más elementales quizás, se descubren en las fronteras de las teorías abstractas y las teorías concretas de la acción; otras se pueden enumerar en las concepciones publicistas teorizantes que intentan desesperadamente definir el proceso en su esencia; y estas, aquí más cercanas y conocidas, se ofrecen en la concepción a la que antes se aludía, de HERNANDO DEVIS, cuando esboza su idea acerca de los presupuestos materiales de la sentencia de fondo, como aquellos que conciernen a la pretensión, concebida como reclamo concreto.

Lo abstracto es la creación intelectual de perfecta pureza formal como instrumento que procura el fin de aplicación del derecho sustancial, sin piso o nexo con el derecho sustancial que se debate en el proceso. Es abstracta la acción como derecho a la tutela jurisdiccional, porque se nutre con esquemas lógicos, no clasificables, sino únicos, los mismos e idénticos, cualquiera sea el derecho sustancial que deba debatirse en el proceso; lo abstracto así comprendido, es de naturaleza procesal, formal.

Lo concreto busca un piso en la realidad sustancial que llega al proceso para ser procesada; tiene un vínculo intelectual con el derecho sustancial debatido, admite clasificaciones referidas al derecho subyacente, cambia, se muta, se ariza, de acuerdo con el colorido que este ofrezca; esa referencia, esa relación, no se evidencia para los seguidores de la escuela concreta de la acción, quienes no logran ver dos extremos conceptuales con autonomía lógica, entre el derecho sustancial y la institución procesal concreta, sino apenas un ser: el derecho sustancial; y por eso desaparece para ellos esta categoría que DEVIS denomina presupuestos materiales de la sentencia de fondo, para integrarse como el solo y único derecho sustancial que deba ser definido en la sentencia.

Lo concreto, comprendido como antes se expresara, como otro extremo, si bien en relación lógica con el derecho sustancial, conserva su naturaleza procesal porque su eficacia es procesal. La institución concreta conserva de tal manera su individualidad, frente al derecho sustancial debatido y a definirse, que en ningún momento puede predicarse lógicamente, que ella sea *el litigio planteado*, o que cuando se verifica la presencia o ausencia de la institución, como un óbice para decidir en el fondo o de mérito, se haya decidido el derecho sustancial sometido al proceso para su definición; por el contrario, se estará resolviendo que no es posible estudiar ese derecho sustancial en su existencia o inexistencia. Una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo: la institución concreta es instrumento para la aplicación del derecho debatido, siendo entonces un imposible lógico su coincidencia con el mismo.

La acción es abstracta y la pretensión es concreta, pero nunca en doctrina se ha entendido que la pretensión tenga naturaleza sustancial; las instituciones concretas del derecho procesal muestran un vínculo tal con el derecho sustancial debatido, que CARNELUTTI calificó a las normas que las reglamentan como *materiales* "porque parece que tuvieran eficacia apenas con respecto a ese derecho sustancial"; se adecuan de tal manera a ese derecho subyacente que GOLDSCHMIDT pudo decir de ellas que "se vinculan a una determinada situación de derecho privado como tipo legal y, sin embargo, siguen siendo *El acto correlativo de tutela*".

De ROBERTO GOLDSCHMIDT<sup>27</sup> transcribimos el siguiente aparte, que por su adecuación a este discurso, ni siquiera parece ajeno: "todo el Código Civil está escrito bajo el aspecto del derecho privado. Su imagen de reflejo no escrita la constituyen los preceptos correspondientes al derecho judicial...". No es que se piense que GOLDSCHMIDT expresó exactamente el pensamiento que aquí se propone como tesis, no. Se sabe con claridad que el derecho judicial para GOLDSCHMIDT continuaba siendo material y que solamente le endilgaba una naturaleza pública para separarlo del privado y estructurarlo como puente entre este y el procesal. Se aspira en cambio a construir una opinión según la cual esas materias no escritas que son la imagen de reflejo de las escritas en los códigos sustanciales, se cataloguen como procesales, si bien se conserve su distinción como concretas.

<sup>27</sup> ROBERTO y JAMES GOLDSCHMIDT, *Derecho judicial material*, Buenos Aires, EJEA, 1959, pág. 185.

Existe una estrecha conexión entre el derecho sustancial debatido en el proceso como relación subyacente y el proceso como relación envolvente; más que eso: son dos existencias jurídicas que bajo una concepción dinámica del derecho no alcanzan su finalidad sino con su recíproco concurso; cada una por separado es casi tanto como una entelequia muerta. Siendo ello así tienen que existir instituciones puente, porque no es dable pensar en el divorcio pleno, figuras que se proyecten en el ámbito procesal como cordones umbilicales, como vasos comunicantes entre las instituciones abstractas y el derecho sustancial debatido. Es una admisible y sensata expansión del derecho procesal que rescata para sí elementos jurídicos que de manera inconveniente han oscilado de un campo al otro.

Esa inconstante manera de ver estas instituciones, ora como procesales, ora como sustanciales, contrariamente a cuanto algunos exponen, tiene su incidencia no solo teórica sino principalmente práctica, en cuanto a la aplicación de las normas concernientes, en sus diversos ámbitos, también el temporal, a su misma hermenéutica, así como igualmente se descubre la relevancia de la distinción por cuanto toca con el recurso de casación, en qué momento procesal deben existir, cuál el efecto de su ausencia en relación con la sentencia que se deba proferir. Se aspira a solucionar las vaguedades planteadas, expresando que se deben tratar estas norma jurídicas, que atañen a las instituciones de confluencia como de carácter *procesal*.

Cuando un concepto es claro, cuando instituciones tales como la legitimación en la causa y el interés para obrar se han calificado por la moderna doctrina como de naturaleza procesal, lo aconsejable es apoyarse en él extrayendo esencias que permitan aplicar a otras figuras los predicados de las anteriores con el argumento lógico de las mencionadas identidades esenciales. Es así como a cada derecho sustancial a debatirse en un proceso, corresponde una especial estructura de pretensión que exige por lo tanto un particular interés concreto y una peculiar legitimación, también concreta. Piénsese en este orden de ideas en la legitimación en la causa como en la afirmación coincidente de la subjetividad de la relación procesal con la subjetividad de la relación sustancial que subyace en el proceso<sup>28</sup> para descubrir en este instituto una tal cualidad de concreción que ninguna norma de los códigos de derecho procesal la contenga y en cambio se halle consagrada en cada norma de los códigos sustanciales que

<sup>28</sup> ENRICO AULORIO, *Problemas de derecho procesal*, t. II, Buenos Aires, EJEA, 1963, pág. 269.

estructuren las diversas tutelas. Es otra vez el desdoblamiento de la norma sustancial, como fenómeno real que da origen así en su reflejo a las normas procesales concretas haciendo de estas su espejo. No es preciso que exista una ley que estatuya que los derechos que emanan del contrato de arrendamiento, que las pretensiones que la ley tutela como originadas en el contrato de arrendamiento se deban debatir en proceso entre arrendador y arrendatario, porque eso es lo natural al derecho como hipótesis de legitimación normal, ese es el reflejo natural sin que, por ser reflejo, sea menos norma, latente allí para su utilización en el proceso; la norma sustantiva cuando debe ser procesada deja al descubierto esas normas procesales latentes que se refieren a ella de tal manera que parecen establecidas para la sola eficacia de las mismas.

Iguals predicamentos cabe pregonar de otra institución concreta, asimismo clasificada por DEVIS ECHANDÍA como presupuesto material de la sentencia de fondo: el interés para obrar, debatido en doctrina como el que más; y también de otra: de la existencia de tutela concreta. Son todas figuras de naturaleza procesal, si bien estrechamente referidas a la relación sustancial debatida. No puede omitirse el énfasis que corresponde para puntualizar que ambas instituciones son materias que GOLDSCHMIDT ubica como pertenecientes al derecho judicial material y sitúa en la zona ambigua.

### 3.4 Otras instituciones de confluencia

No se trata de analizar todas las figuras cuestionadas, pero las que lo sean lo serán como un esbozo de la idea, suficiente para cimentar la tesis que se expone, de acuerdo con la cual todos estos institutos pertenecen al derecho procesal, se rigen por normas de esta índole.

Hay un concepto hermano al de los presupuestos procesales y es el de las excepciones formales; y otro que se emparenta con el de los presupuestos materiales de la sentencia de fondo y que la doctrina entrevé como las excepciones mixtas. Si todos ellos son coincidentes en esencia, debe concluirse en lógica que todos son de naturaleza procesal. Piénsese en el instituto de la prescripción penal, en el de la caducidad, en el de la cosa juzgada, en la litis pendencia, etc. La *prescriptio pro reo* del derecho romano respondía más al principio de la economía procesal que al de la defensa del demandado. Es verdad que en materia penal la mayoría de los procesalistas han limitado al extremo el concepto de excepción al punto de reducirlo casi solamente al campo sustancial, esgrimiendo apenas cuestiones que eliminan o aminoran la responsabilidad; pero paralelas, se encuen-

tran las defensas procesales: la prescripción que es impeditiva del proceso, la amnistía que extingue o impide el proceso.

Es en el derecho canónico en donde se halla por primera vez una alusión clara a la división específica del género de las excepciones como procesales o materiales, según se refieran a una cuestión de procedimiento o al derecho sustancial<sup>29</sup>.

CHIOVENDA habla de excepciones procesales para identificarlas con aquellas circunstancias que pueden impedir la constitución de la relación procesal si una parte las esgrime. Esta concepción doctrinaria se prolonga como distinción bipartita, que así enunciada no ofrece problema pero que a medida que se intenta cualquier ahondamiento implica resbalar a regiones de sombra: son *les fins de non recevoir* de la doctrina francesa: "pretensiones" del demandado que sin negar directamente la "demanda" tienden a demostrar que el demandante no debe ser escuchado y que por consiguiente la "demanda" no es admisible en razón de la transacción, la cosa juzgada, por ejemplo, o por cualquiera otra causa que pudiera demostrarse sin entrar en el fondo del litigio.

Sobre el particular expresan GLASSON y TISSIER: "entre las excepciones de procedimiento y las defensas de fondo, hay un grupo de medios de defensa que se asemejan a las excepciones, pero que se diferencian de ellas; son los medios de inadmisibilidad o *fins de non recevoir* o *demerrecures*. No se ataca con ellos el procedimiento, ni el derecho pretendido para negarlo directamente o para combatirlo indirectamente. Se ataca el derecho de «acción»: por ejemplo se dice que la demanda es inadmisibile por falta de interés o cualidad; la demanda no es examinada en sí misma ni en cuanto a su fundamento. Por otra parte no se trata solamente de detener la instancia sino de hacer declarar la demanda inadmisibile definitivamente; no se podría discutir el fondo después de haber planteado una cuestión de inadmisibilidad". En resumen, comenta ALSINA<sup>30</sup>, para estos autores la defensa ataca al derecho, la excepción al procedimiento y *les fins de non recevoir* a la "acción". Dos acotaciones se imponen: la primera debe aclarar que no interesa al estudio que se desenvuelva la diferencia entre defensa y excepción, sino solamente el esquema tripartito que se presenta, y la segunda que el término "acción" se utiliza por un doctrinante que milita en las teorías concretas de la acción y por lo mismo ignora el instituto de la pretensión; se aconseja entonces el entendimiento del término en el sentido de que *les fins de*

<sup>29</sup> HUGO ALSINA, *Defensa y excepciones*, Buenos Aires, EJE, 1958, pág. 34.

<sup>30</sup> HUGO ALSINA, *op. cit.*, pág. 40.

*non recevoir* se refieren a la pretensión. Y otra más: la pretensión es concreta y procesal y todas las instituciones que se refieren en el proceso a ella muestran las mismas características de esencia: son concretas procesales.

El aspecto procesal de estas instituciones surge en forma espontánea de sus efectos: es siempre la concepción que corresponde a una relación sustancial subyacente que integra el litigio, el derecho debatido y a definirse y, paralelamente, a una relación formal envolvente que reclama en su estructura todas las figuras que conducen a la definición del derecho sustancial. Las excepciones denominadas "mixtas" son ellas mismas figuras-medio que tienen que ser agotadas como instrumento para decir el derecho; el efecto de estas excepciones es el de impedir un estudio del derecho sustancial sometido como fondo al proceso: cuando se declara en sentencia que la pretensión punitiva no puede ser admitida a estudio de fondo porque se opera el fenómeno de la prescripción penal no se ha estudiado el derecho sustancial subyacente, no se ha tocado. Cuando se decide un proceso declarando probada la excepción de cosa juzgada, no se ha definido si el derecho sometido existe o no existe, no se ha combatido el derecho sustancial de la propiedad por ejemplo, en un proceso reivindicatorio; se ha quebrado en cambio el derecho procesal de pretender porque ya ha sido juzgada esa pretensión, porque ha sido transigida o desistida, porque falta interés, porque falta legitimación, porque falta tutela, porque la preclusión se ha operado; en definitiva: porque el derecho procesal de pretender se ha extinguido o no ha nacido, pero no porque el derecho sustancial de la propiedad se haya extinguido o no haya nacido.

Es ilustrativo el comentario que se hace al Código argentino para explicar la razón por la cual incluye estas excepciones del *tertium genus* entre las que son posibles de definición en la etapa de inmaculación del proceso: "la razón consiste en que todas ellas, en el caso de prosperar, hacen innecesaria la tramitación del proceso en todas sus etapas por cuanto imposibilitan una decisión sobre el fondo del asunto"<sup>31</sup>. Y es también significativo el enlistamiento que cumple: cosa juzgada, transacción, conciliación, desistimiento del derecho, las defensas temporarias que se consagran en las leyes generales y la falta de legitimación para obrar cuando fuere manifiesta (arts. 347 y 348).

<sup>31</sup> Código procesal civil y comercial de la nación, ley 17.454, t. II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1983, págs. 219-224.

### 3.5 Conclusión

El ordenamiento jurídico se encuentra conformado por un sistema complejo de normas sustanciales y de otras llamadas a desenvolver el contenido de estas, a actuarlas, aplicándolas. Todas las normas que se desempeñan en ese proceso de aplicación de las otras, son procesales. Algunas de estas se integran de tal manera en ese proceso de aplicación que su naturaleza formal aparece con nitidez; otras, cuya naturaleza hasta pudiera pensarse como sustancial, forman también parte del proceso de aplicación dado sus efectos instrumentales; por ello han sido consideradas como puntos de confluencia de la norma sustancial con la norma procesal; sin embargo un ahondamiento sobre el asunto deja en claro su ubicación en el lindero procesal.

### 4. CLASIFICACIÓN DE LA NORMA PROCESAL

Las preguntas ¿qué ordena la ley? ¿qué prohíbe la ley? ¿qué permite la ley? establecerían embrionariamente una clasificación de las normas jurídicas en imperativas, permisivas y prohibitivas. En el desarrollo histórico pudo jugarse con estas clasificaciones formulando divagaciones acerca de la clasificación de la norma procesal. Hoy, el carácter de orden público de la norma procesal, como regla general, la presenta como una norma imperativa. Cualquier posición contraria busca justificar una facultad dispositiva de los litigantes en materia de normas procesales, cuyo planteamiento responde a la pregunta atinente a si el justiciable está facultado para crear su propia norma procesal, en función de la autonomía de la voluntad o de la libertad de las convenciones. La respuesta es negativa: el justiciable no puede crear normas procesales destinadas a hacerse valer en un proceso; se opone a ello el principio de la legalidad que repudia el llamado "proceso convencional", susceptible de ser regulado por negocios jurídicos procesales, aunque las partes puedan en sus negocios jurídicos sustanciales, regular extra o preprocesalmente sus facultades o sus cargas con previsión al proceso, generalmente bajo la forma de renunciaciones anticipadas a la realización de determinados actos, por ejemplo el pacto de foro prorrogando, el cual importa no tanto conceder competencia a un juez incompetente cuanto la renuncia a oponer la excepción de incompetencia territorial. O sustituyendo al aparato jurisdiccional por los árbitros (el arbitraje y el proceso de amigables compondores son instituciones de excepción y se ofrecen como un proceso pactado o como pacto de procesar).

No obstante, las solas normas procesales disponibles son las que se instituyen en atención exclusiva de la parte, las que no son de

orden público, por lo mismo, e implican situaciones anormales, excepcionales en el derecho procesal.

#### 4.1 *Clasificación de la norma procesal según Clemente A. Díaz*

Tiene conexión con su idea acerca de la naturaleza de la norma: normas procesales orgánicas, normas procesales materiales y normas procesales formales.

Las normas procesales orgánicas tienen por objeto la creación, establecimiento o constitución y organización del aparato jurisdiccional.

Las normas procesales materiales son aquellas que describen la conducta de las personas que intervienen en el proceso, como jueces, o como justiciables, auxiliares y colaboradores del proceso, imponiéndoles deberes, cargas-sanción, cargas-facultad.

La norma procesal formal no describe una conducta sino el contenido de los actos procesales y sus condiciones de tiempo, lugar y modo, previniéndose que cualquier omisión, violación o perturbación de los requisitos establecidos afectará la idoneidad del acto procesal para cumplir su cometido, y la sanción oscilá desde la simple ineficacia hasta la nulidad.

### 5. EFICACIA O ÁMBITO DE VALIDEZ DE LA NORMA PROCESAL

Esta temática se ocupa del estudio referente a los efectos de la norma procesal en relación con el tiempo y el espacio, especialmente, en los cuales aparecen marcadas diferencias con la norma sustancial.

#### 5.1 *Eficacia de la norma procesal en el tiempo*

Como las demás, las normas procesales rigen a partir de un momento determinado que normalmente coincide con la fecha probable o efectiva de su conocimiento por parte de los destinatarios, y hasta cuando otra norma de la misma o superior jerarquía las derogue. La aplicabilidad presupone la vigencia y esta implica toda una serie de requisitos de naturaleza extrínseca, establecidos por otras normas al tenor de las cuales tiene que decidir quien aplica: si la ley procesal forma parte del sistema jurídico del país, si no ha sido derogada expresa o tácitamente por otra disposición, si las condiciones de su obligatoriedad fueron cabalmente acatadas. Esta última condición dentro del proceso legislativo de gestación de la ley debe referirse a la iniciación de la vigencia de la misma. La solución de estos tópicos la proporciona el régimen establecido en relación con la duración y extinción de la vigencia.

El problema concreto consiste en establecer frente a las normas procesales que se suceden en el tiempo y que regulan de manera distinta una misma situación jurídica procesal, cuál de ellas debe ser aplicada. Cuando ocurre un tránsito de legislación se pone de manifiesto la interferencia de las leyes nuevas con los procesos en curso y en tal coyuntura es dable distinguir tres posibles hipótesis: la primera corresponde a los procesos concluidos; la segunda a los procesos en curso y la tercera a aquellos que aun no han comenzado.

Se cuestiona solamente la hipótesis relativa a los procesos en curso, puesto que los finiquitados ya habrán encontrado agotamiento cabal bajo la ley anterior, y los por venir se regirán lógicamente por la nueva norma. Los que están en curso, como procesos que son, requieren una serie de actuaciones que se desplazan en el tiempo, algunas de las cuales estarán pendientes. Esta problemática pone de presente un interrogante: cuál es la ley aplicable a estos procesos en curso, para plantear una hipotética alternativa doble, a saber: la de finalizar el proceso con la ley antigua o la de finalizarlo con la norma nueva; la primera alternativa lleva consigo la tolerancia en cuanto a la coexistencia de dos ordenamientos, el derogado y el nuevo, pero representa una unidad sistemática y coherente en el proceso mismo, al paso que la segunda patentiza una mezcla, no muy homogénea a veces, de preceptos determinantes de la forma del proceso.

Una ley rige mientras tenga vida; y esta es la regla general. Son excepciones a ella tanto la retroactividad como la ultraactividad, si una norma se aplica a hechos anteriores a su vigencia se opera el fenómeno de la retroactividad; o si a pesar de haber perdido su vida la ley, sigue regulando situaciones posteriores a su muerte, se actualiza como fenómeno el de la ultraactividad.

No debe confundirse la retroactividad con la aplicación inmediata. Una ley puede aplicarse a partir del momento de su vigencia sin que ello implique que tenga efectos retroactivos; es lo que ocurre con la norma procesal que es siempre irretroactiva, siempre también como regla general, de aplicación inmediata; algunas veces es ultraactiva. Para el entendimiento de este aserto es preciso establecer la distinción conceptual entre el hecho procesal y el hecho sustancial o litigioso; en tanto que el hecho litigioso se ha gestado y concluido cabalmente por fuera del proceso sin ser regimentado por la norma procesal, el hecho procesal tiene vida solamente con el proceso, descompuesto en una secuencia de actos que evidentemente y mientras el proceso no culmine estarán, en potencia, esperando el advenimiento de una secuencia que se desencadena con cada acto que se

agota y exige a la vez la actuación del acto venidero. Por eso la aplicación inmediata de la ley procesal no implica normatividad sobre hechos anteriores sino apenas inmediatez en relación con actos procesales que de ninguna manera le son anteriores.

La norma procesal es irretroactiva: dispone para el futuro. No existe un derecho adquirido para ser juzgado por el procedimiento vigente en el momento de concretarse la situación jurídica sustancial. Las normas procesales deben aplicarse, aunque aparentemente priven de un derecho que hasta entonces hubiera podido ejercerse. Antes de que la situación jurídica procesal se concrete no puede hablarse de un determinado tribunal o de un determinado procedimiento, o de un rito probatorio..., la regla no es *tempus regit actum* sino *tempus regit processum*.

A esta tesis que pudiera denominarse como de la aplicación inmediata de la ley procesal, se enfrentan en doctrina otras tesis.

A) *Tesis de la ultraactividad de la norma derogada*. Se funda en la concepción del proceso como un acto único. Su propugnador es GELSI BIDART (corredactor con ENRIQUE VÉSCovi del Proyecto de Código Modelo Procesal para Iberoamérica). Este autor habla de un derecho a mantenerse en la vía procesal que ya se había empezado a ejercitar, en cuanto esta suponía un estudio previo de las posibilidades ya aprovechadas o desaprovechadas por las partes en el momento de la modificación. La tesis lleva a la supervivencia de la ley antigua, la cual es de suponer por simple lógica es ya inadecuada.

De la misma manera JAIME GUASP, invocando la unidad del proceso y de todos sus actos, ha proclamado el derecho adquirido del proceso, al sostener que las leyes procesales para no ser retroactivas únicamente se pueden aplicar a los procesos verdaderamente nuevos.

B) *Tesis de la retroactividad de la ley procesal*. Otra parte de la doctrina sostiene que las normas procesales son por lo general retroactivas. Militan en tal opinión ALCALÁ ZAMORA, EUGENIO FLORIÁN, LINO ENRIQUE PALACIO. Ello se evidencia en el hecho de que una ley procesal nueva sirve para tramitar el proceso que tiene por objeto relaciones jurídicas sustanciales o hechos ocurridos cuando regía la ley derogada. Es aquí donde cobra importancia la distinción a que se hizo referencia entre el hecho sustancial y el hecho procesal.

Es lo cierto que toda solución referida a la eficacia temporal de la norma procesal tiene que obtenerse únicamente en consideración a la materia captada por ella y no al derecho sustantivo sometible o sometido. Piénsese, por ejemplo, en la incidencia de un tránsito de

legislación en el cual la nueva ley procesal pueda cambiar totalmente una estructura: por ejemplo un procedimiento ordinario por un sumario; o un tramo definido, el período de prueba, *verbi gratia*, o un trámite, el recurso de apelación. Es frecuente que cuando la ley procesal cambia en el decurso del proceso, en su mismo cuerpo normativo señale los límites de su aplicabilidad a los procesos en curso, tratando de armonizar la exigencia del respeto por los efectos jurídicos procesales ya producidos por actos iniciados bajo el régimen del precepto anterior, los cuales tienen proyección en el tiempo especialmente por la estructura dinámica de la norma procesal, combinada con el principio de inmediata aplicación, característica que también proviene de la naturaleza de la norma procesal.

Retomando el sentido antes esbozado, se tiene que son tres las hipótesis posibles de interferencia de la ley nueva con el proceso:

a) Un proceso terminado: la norma procesal nueva no lo afecta. Se ha obtenido una situación irrevocable, aun frente a una norma aclaratoria o interpretativa.

b) Proceso no iniciado: la norma procesal nueva tiene aplicación inmediata y plena al proceso que se inicia, aun cuando la situación jurídica sustancial que constituye el objeto litigioso haya producido el conflicto bajo la vigencia de la ley derogada.

c) Proceso pendiente: empíricamente podrían darse dos soluciones: La aplicación inmediata y plena de la nueva ley procesal, o la aplicación de la norma procesal anterior hasta la finalización del proceso, esto es, la ultraactividad de la ley derogada. Ambas tesis *in totum* son lógicamente inaplicables.

DANTE BARRIOS DE ANGELIS dice que la solución debe hallarse en la aplicación de por lo menos dos principios esenciales: el de la conservación de los actos jurídicos<sup>32</sup> y el de coherencia lógica de las normas. De acuerdo con el primero, los actos ya producidos son válidos; y de acuerdo con el segundo, solamente puede permitirse el acoplamiento de lo viejo y lo nuevo cuando una y otra voluntad normativa resulten compatibles entre sí.

Según CLEMENTE A. DÍAZ, siempre se produce la superfetación normativa, sea porque la nueva ley engendre el caos procesal, ya porque la vieja origine una situación de anómala persistencia de la norma derogada. La fórmula que presenta menores inconvenientes es la aplicación de la nueva norma por estadios procesales: los actos cumplidos

<sup>32</sup> DANTE BARRIOS DE ANGELIS, *Teoría del proceso*, op. cit., pág. 83.

bajo la ley vieja son válidos. Se considera la individualidad lógica de cada acto procesal pese a su ligamen estructural para prescribir que los actos que han comenzado su generación bajo el imperio de la ley fenecida y hasta cuando alcancen su cabal plenitud como tales, deben ser regulados por la ley que regía al comienzo de su génesis, aun en el caso de que la nueva ley regulase de manera muy diversa ese acto o estadio.

Se propugna entonces por la aplicación natural del principio de derogación, la vigencia inmediata de la ley procesal atemperada por los principios de conservación y de coherencia en cada caso particular.

Inquieta como problemática el choque que ocasiona el principio de aplicación inmediata de la norma procesal y el de la *perpetuatio iurisdictionis*.

### 5.2 Eficacia de la norma procesal en el espacio. *Ámbito de validez espacial*

Se trata de resolver el problema del régimen normativo de una situación jurídica procesal respecto de la cual gravitan dos normas igualmente válidas, pero con un ámbito de validez espacial distinto, constituyendo un capítulo de derecho procesal extraterritorial (o derecho procesal internacional).

Una razón política impone el principio de territorialidad de la ley procesal: la soberanía estatal, una de cuyas funciones es la jurisdiccional. Adjunta a esta existe otra razón práctica: el conocimiento de la ley procesal en cada país: lo práctico es que si el proceso no puede desarrollarse en un mismo territorio (interrogar, por ejemplo, un testigo en el extranjero, notificar al demandado, ejecutar la sentencia) los actos o estadios se rijan por la ley del lugar. La ley procesal se aplica solo dentro del espacio en el cual rige: el territorio del Estado que profirió la ley.

Teóricamente, anota GUASP, cabrían dos posibilidades: la solución anteriormente esbozada y la de que en virtud de la unidad del proceso y de todos sus actos, el procedimiento se rija completamente por la misma ley, cualquiera que sea el lugar en donde se actúa el proceso o parte del mismo.

El principio general descansa en que la norma procesal tan solo tiene eficacia dentro del contorno territorial donde fue dictada: es el principio de la territorialidad; la formulación positiva de este principio obliga al juez a imponer en el proceso la ley del lugar —*lex fori*— pero es más interesante la postulación negativa en cuanto tiende

a investigar si el juez puede aplicar en el proceso una norma procesal extraña a su territorio.

Aun en el orden internacional predomina la *lex fori* aunque se refiera a los tratados internacionales. Se pueden sentar principios que corresponden al de la territorialidad: el juez no debe aplicar la norma procesal extranjera en el proceso nacional. La norma procesal extranacional no puede introducir modificaciones a la norma procesal nacional aunque se juzguen negocios o relaciones jurídicas celebrados en otros países, en cuanto se opone a ello la noción de la soberanía nacional.

Sin embargo, los países se deben recíproco auxilio judicial: es posible que decretada la medida por el juez extranjero deba ejecutarse en el país: declaraciones, inspecciones judiciales, notificaciones, medidas cautelares, actos procesales que son rogados mediante la llamada carta rogatoria por el juez extranjero al juez nacional. La diligencia requerida ha de realizarse según la ley procesal del lugar (*lex fori*). En pro de la cooperación judicial internacional se admite que, por cortesía, si la diligencia requerida no está terminantemente prohibida por la ley nacional ni lesiona principios fundamentales del país exhortado en materia procesal, además de ser rogada y existir reciprocidad, aquella puede ejecutarse de acuerdo con la ley procesal extranacional. En la ejecución de sentencias o laudos arbitrales provenientes de tribunales extranjeros, el juez nacional examina extremos formales, *exequatur*, pero la ejecución como proceso se realiza de acuerdo con la ley procesal del juez nacional.

La extraterritorialidad entonces se conforma por las excepciones a la regla: extensión de la vigencia de la ley a un lugar diverso de aquél para el cual fue promulgada. El principio de territorialidad se halla ínsito como principio general de derecho procesal en los códigos, aunque algunos de estos lo convierten en precepto expreso: nadie puede ser penado sino con arreglo a un proceso tramitado de acuerdo con este código.

Cuando un país adopta la forma federalista en su Constitución, además del aspecto extranacional se da el problema interprovincial y entonces los Estados federados buscan uniformidad en actos de cooperación internacional y a veces logran establecer formas procesales comunes.

La cooperación internacional se regula por medio de tratados. Se mencionan como los más importantes en la materia (aplicables en Colombia) los tratados de Montevideo de 1889 y 1940, el llamado

Código de Bustamante de 1928, la Conferencia de Panamá de 1975, la Segunda Conferencia de Montevideo de 1967, conocidas como CIDIP I y CIDIP II. En ellas se pactaron convenios acerca de la ejecución de las sentencias y laudos extranjeros, medidas cautelares, exhortos, cartas rogatorias, pruebas y aplicación del derecho extranjero por los tribunales. Debe también mencionarse el CIDIP III celebrado en Washington en 1984.

La cooperación judicial se logra más fácil en el proceso que sirve al derecho civil que en el que sirve al penal, en razón de que el concepto de soberanía se vuelve más radical frente al *ius puniendi*, e impide el castigo de un delito fuera del país en que se comete. En el campo del proceso penal la cooperación judicial se limita a la extradición del delincuente: a entregarlo al país en donde cometió el delito. El resto se desarrolla en el ámbito policial por medio de la denominada INTERPOL.

También es efecto de la cooperación internacional la unificación de procedimientos, que se logra por medio de códigos modelos. Asimismo la creación de tribunales internacionales, tales como el Tribunal del Mercado Común Europeo y el Tribunal del Pacto Andino.

Restan por precisar dos conceptos a saber: el que corresponde a la sigla CIDIP: (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado), y el concepto de *territorio nacional* que debe ser entendido para los efectos de este ámbito de validez espacial de la norma procesal, como aquel que comprende también el mar territorial y conceptos anejos, como las embajadas acreditadas ante otros Estados y las naves marítimas o aéreas que enarbolean bandera del respectivo país. Puede considerarse entonces que la noción de territorio nacional es la que corresponde a esa idea en el ámbito internacional.

### 5.3 Otros problemas de eficacia de la ley procesal

A pesar de establecerse la vigencia de la ley procesal en sus ámbitos espacial y temporal, puede ocurrir que ella aparezca como opuesta a otra norma procesal de diferente nivel (pirámide kelseniana) caso en el cual debe primar la norma del nivel superior. Considerada como forma de manifestación del derecho procesal, la ley procesal se extiende al precepto constitucional, a la ley, al decreto-ley del ejecutivo, al reglamento del ejecutivo y al reglamento judicial que en otros países se conoce con el nombre de la acordada. La Constitución es la fuente primaria de la realización del derecho, contiene normas procesales determinantes de la política procesal, normas de

valuación procesal, está en la cúspide y de ella descienden como derivaciones piramidales, como su desarrollo armónico y coherente, todas las otras normas procesales.

Para la defensa de la Constitución se suelen estatuir las denominadas "acciones" de inconstitucionalidad por medio de las cuales la norma inferior que la vulnera puede ser acusada ante la Corte Constitucional, la cual al hallarla inconstitucional la declarará inexecutable.

Se establece también otra defensa de la Constitución, pero esta se confía solamente a los jueces y se denomina excepción de inaplicabilidad, la cual consiste en que todo juez en cada proceso concreto debe abstenerse de aplicar la norma inconstitucional, sin que tal facto implique modificación alguna en la vida de la ley inaplicada, la cual seguirá vigente mientras no sea acusada en ejercicio de la pretensión de inexecutableidad.

Se consagran asimismo las denominadas "acciones" de amparo, y de *habeas corpus* como posibles defensas de las garantías constitucionales frente al atropello de cualquier autoridad.

### 5.4 El campo interpretativo o hermenéutico

La temática acerca de la aplicación del derecho procesal se refiere al problema de la aplicación de las normas de esta naturaleza a los casos concretos de la experiencia jurídica. En este orden de ideas se examinó el primer punto referido a los ámbitos de validez de la norma procesal. Cabe también en desarrollo de la misma temática hacer muy breve alusión, puesto que el aspecto no difiere esencialmente del que se analiza en la cátedra de teoría general del derecho, al aspecto interpretativo o hermenéutico y al de la integración de lagunas, sobre los cuales se coloca el acento, dada la tarea del juez, que es la de aplicar la ley.

El hombre interpreta todo lo que entrañe un significado, también el texto de la ley procesal. La interpretación en atención a quien la hace puede ser legislativa o auténtica, judicial y doctrinaria. La legislativa obliga como ley; la judicial es obligatoria en la medida en que el sistema reconozca validez a la jurisprudencia; la doctrinaria vale como argumento de autoridad.

Las reglas para determinar el entendimiento adecuado de las expresiones jurídicas pueden agruparse en dos etapas de la actividad hermenéutica. Se habla de interpretación verbal y de interpretación real. La primera capta el significado literal de la norma. La real busca

el sentido profundo u oculto, latente en la superficie del significado literal, descubre el sentido último de la norma. La interpretación literal más que un método *sui generis* de hermenéutica es un primer trabajo de comprensión del lenguaje y el agotamiento cabal de cualquier tarea interpretativa frente a la norma clara. La interpretación real comienza cuando este primer esfuerzo no arroja claridad acerca del sentido de la norma.

La cuestión de los métodos interpretativos comienza a abrirse campo en el siglo XIX después de la codificación napoleónica. El racionalismo jurídico del siglo XVIII creyó colmadas sus aspiraciones con la sanción de los códigos y sostuvo que la redacción de leyes perfectas, claras y precisas hacía inoperante la interpretación y suministraba soluciones a todas las controversias. Recuérdese la alusión que hace MONTESQUIEU a los jueces mecánicos: "los jueces solo son la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden debilitar ni la vigencia ni el rigor de ella". Y como anécdota también esa de que cuando Napoleón se enteró de los primeros comentarios que se hicieron a su código exclamó: "Mi código está perdido".

No existe diferencia esencial entre el método de interpretación de la ley que, en su tarea despliegan como actividad, el legislador, el juez, el científico del derecho o el abogado litigante. Los métodos miran a referencias de conducta, en su deber ser de sistemática y de estimativa. La interpretación es así un conocimiento en que juega la estimativa jurídica. El método se desarrolla en dos direcciones fundamentales que se complementan: *la sistemática y la interpretación estimativa*.

La escuela de la exégesis se propuso encontrar un método rigurosamente intelectual que matemáticamente y por sí solo, brindara una interpretación correcta. Su principio cardinal fue el culto al texto de la ley y al espíritu del legislador. Si la ley es clara: *dura lex sed lex*. Si es oscura se debe recurrir a la interpretación gramatical y a la lógica que no es otra cosa que el espíritu del legislador, la voluntad del autor de la ley, la cual recomienda buscar en fuentes diversas a la ley misma y sobre todo en las circunstancias que precedieron o concurrieron con la producción de la norma.

La exégesis desemboca en la escuela *dogmática* de SAVIGNY, la cual pregona que las leyes no son hechos sino significaciones lógicas que en su coordinación y subordinación sistemática integran un ordenamiento total en el sentido de que el despliegue de sus virtualidades lógicas alcanza todos los casos jurídicos posibles. Es la consideración del ordenamiento jurídico en tanto que totalidad sistemáticamente

estructurada. De acuerdo con SAVIGNY, el intérprete debe colocarse mentalmente en el lugar del legislador, para reconstruir la ley con apoyo en los cuatro elementos que la integran: *El gramatical*, con el análisis de las leyes lingüísticas que el legislador aplicó. *El lógico*, como examen estructural del pensamiento expresado. *El histórico*, como ahondamiento en las relaciones determinantes de la creación del precepto. Y *el sistemático*, como conexión interna de todas las instituciones y examen de la norma como regla jurídica dentro de la unidad.

Sucede en la historia a esta escuela del dogmatismo conceptualista, VON IHERING con el método teleológico de interpretación, o jurisprudencia de intereses.

Todos, hasta este punto, han buscado la receta infalible de un proceso estrictamente intelectual. Los métodos se han ido acumulando más que reemplazando. Pero aún la faceta sistemática nunca puede ser aislada como totalmente autónoma porque exige en forma simultánea un momento de estimativa. Interpretar es comprender, argumenta por ejemplo COSSIO: los jueces no interpretan las leyes sino que comprenden conductas a través de ciertos esquemas, tipo estándar, llamados leyes.

Aparecen entonces en la historia los métodos voluntaristas. Para KELSEN, cada vez que sea necesario aplicar una norma de grado superior se presenta un margen de apreciación más o menos amplio que hace de la norma un marco de posibilidades dentro del cual el intérprete puede moverse con cierta soltura sin salirse de la legalidad: "Si por interpretación se entiende la verificación del sentido de la norma a ejecutarse, el resultado de esa actividad solo puede desembochar en la verificación del marco que representa la norma a interpretar y por lo tanto el conocimiento de las posibilidades varias que están dadas dentro de ese marco. Por eso el método no es simplemente intelectual, sino puramente estimativo"<sup>33</sup>.

La teoría egológica del derecho tiene su raíz en la llamada egología psicológica, creada por LEWIN (1963), que permite a la psicología ocuparse de ciertos objetos no psicológicos (aquellos que forman parte de las condiciones ambientales de la vida del individuo y del grupo): el clima, las circunstancias de circulación, las leyes de un país o de una organización, son algunos ejemplos y constituyen de algún modo el marco para situaciones y acciones psicológicamente relevantes. Esta teoría incorpora a la interpretación estas conquistas atinentes a la teoría de los objetos.

<sup>33</sup> HANS KELSEN, *Teoría pura del derecho*, ed. cit., pág. 167.

Desde COSSIO y desde Kelsen especialmente, la interpretación es un acto de voluntad, un acto creador de derecho. En la interpretación judicial el juez integra el objeto a conocer puesto que vivencia y recrea el sentido estimativo que el legislador prefiguró conceptualmente en las leyes y lo estampa en las conductas concretas que juzga<sup>34</sup>.

La interpretación, cualquiera sea el método a que se recurra, implica siempre una toma de posición estimativa. El ejemplo es también de Kelsen: en una sala de espera está colgado un cartel que dice: "debe dejarse fuera a los perros", alguien lleva un oso. Cabe una primera conclusión analógica: el oso es un animal como el perro. O esta otra determinación: el oso puede entrar porque no es un perro. Es un test de la razonabilidad de la interpretación, frente a un caso concreto. El juez tiene forzosamente que valorar la norma eligiendo primero y luego extendiéndola, y esa valoración debe hacerla en función de la apreciación de una cierta realidad de conducta social, cuyo sentido jurídico en cuanto orden, seguridad o justicia, tiene que establecer. No se rechaza *a priori* ningún método de interpretación. Todos pueden conducir a la objetividad axiológica.

Se aboga entonces por una interpretación a través del contexto normativo de cada institución, como exigencia de orden lógico, y a través de los principios axiológicos o políticos inspiradores del sistema del cual forma parte el precepto. La mejor interpretación será aquella que sin violentar el sentido contextual de la expresión, realice, en lo que a la especie respecta, esos supremos principios. No se trata de obtener lo que quiso decir el legislador sino de conocer lo que efectivamente preceptúa la norma, aun cuando ella traicione esa intención.

La tarea interpretativa no debe cumplirse exclusivamente en el plano conceptual y con el solo recurso de la lógica, porque no se trata de llegar a una solución que sea simplemente no contradictoria por estar dentro de las posibilidades legales, sino a una solución que además sea justa. Una intuición axiológica de las concretas conductas humanas prefiguradas por las normas es la piedra de toque que puede decir en definitiva cuál sea la solución justa.

El juez debe mostrar que el sentido que atribuye al caso es la actualización y especificación de un sentido vigente en la comunidad, cosa que acreditará al señalar frente al hecho que debe juzgar, otros hechos perceptibles que ponen de manifiesto dicha vigencia.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pág. 169.

El fruto de la interpretación jurisdiccional es la jurisprudencia, esto es, los fallos de contenido concordante.

Descendiendo al campo del derecho procesal puede decirse que en materia de interpretación se advierten dos tendencias encontradas postuladas por CLARÍA OLMEDO y BARRIOS DE ANGELIS. Según CLARÍA, no se puede temporalizar la ley procesal. No se la puede someter a una interpretación evolutiva, tampoco puede creerse que no es la ley lo que el juez debe interpretar en caso de oscuridad, sino que por medio de la ley le corresponde interpretar la conducta humana, como lo asevera CARLOS COSSIO y como con entusiasmo le sigue en el derecho procesal LINO ENRIQUE PALACIO. Ningún método voluntarista entonces, apenas la lógica que entraña una sistemática<sup>35</sup>: "en materia procesal adquiere mucha importancia la interpretación sistemática; las disposiciones generales deben iluminar las reglas referidas a los procedimientos en particular; ello en el sentido de que estas últimas contienen de manera implícita la significación de las primeras. Pero la norma especial deroga la general que le es contraria, dándose así un caso de excepción. Ello ocurre con frecuencia en los procedimientos especiales donde la naturaleza de la causa impone apartarse de uno o más principios generales. Desde el punto de vista de la eficacia exegética de la norma procesal debe tenerse en cuenta la finalidad perseguida cuando se autoriza o impone un modo, forma o circunstancia de la actividad; con ello se provee a la custodia de un determinado interés". Concluye CLARÍA OLMEDO de la siguiente manera: "el conocimiento y la sensibilidad jurídica del juez ayudan a obtener la voluntad de la ley pero nunca es libre el juez para integrar el concepto normativo con su propio sentimiento de la justicia, de la equidad o de otras connotaciones. Este error conduciría a aceptar la labor creadora de la norma por el juez, destruyendo el sistema legal, que en todo orienta nuestro sistema jurídico para el desempeño de la función jurisdiccional. La ley es íntegramente obra del legislador. Los jueces deben aplicarla, interpretándola sin alterarla".

Como antes se dijo, en el otro extremo doctrinario se ubica DANTE BARRIOS DE ANGELIS, para quien el modo de interpretar es una consecuencia de la cultura jurídica de un pueblo, o de un conjunto de pueblos, una circunstancia histórica que da relieve a las características del pensamiento de una época. Así se expresa: "El procesalismo iberoamericano fue puesto al día en 1940, con apoyo en *Los fundamentos de Couture*, influido a su vez por el procesalismo italiano y

<sup>35</sup> JORGE A. CLARÍA OLMEDO, *op. cit.*, t. 1, pág. 121.

el español, y por medio de éstos el alemán del siglo XIX y principios del XX, herederos de la escolástica medieval y propulsores del principio *lege non distinguente nec nobis est distinguendum*<sup>36</sup>. Es BARRIOS DE ANGELIS quien abre todos los horizontes interpretativos a los métodos voluntaristas y a la idea de que el juez crea derecho cuando cumple su tarea de aplicarlo. Quien relievra entonces el aspecto estimativo de la interpretación.

## 6. LAS LAGUNAS PROCESALES Y SU INTEGRACIÓN

Es posible que después de realizar la tarea hermenéutica se estime que la situación procesal objeto de decisión no está comprendida en alguna de las hipótesis normativas del sistema procesal civil vigente. Lo que precisa resolverse no está contemplado en abstracto por ninguna regla positiva.

### 6.1 El razonamiento por analogía

Suele distinguir la doctrina entre la analogía y la interpretación extensiva de la ley. En la interpretación extensiva el caso en examen se subsume en la hipótesis descrita en la norma aunque en su tenor literal no se le señale expresamente. Tal ocurre, por ejemplo, cuando un caso se considera implícitamente incluido en una norma que trae una ejemplificación meramente enunciativa. En este supuesto no hay laguna.

La analogía en cambio se presenta cuando el caso no está previsto de manera alguna en la ley, aun cuando se extendiese su interpretación hasta el límite máximo de su amplitud posible. Se trata aquí sí de una verdadera laguna legislativa.

Tampoco debe confundirse la analogía con el reenvío o *llamamiento a regir por delegación* que consiste en la remisión que un precepto hace, a otro u otros, del mismo, o de diverso ordenamiento jurídico, pues en estos casos la solución del problema está ya legalmente prevista aun cuando en otro lugar. La remisión evita inútiles repeticiones. Por ejemplo, los códigos de procedimiento penal, laboral, contencioso administrativo, suelen remitir al Código de Procedimiento Civil, que como se anotó, es el derecho procesal común.

El juez debe obedecer el derecho, decir el derecho. Su actividad toda se rige por el derecho; y la premisa mayor del razonamiento que

<sup>36</sup> DANTE BARRIOS DE ANGELIS, *Introducción al estudio del proceso*, ed. cit., pág. 76.

se afirme para solucionar el hecho, también el procesal, tiene que ser ella misma derecho; tiene que estar inserta aunque implícita, en el sistema normativo positivo procesal. Esa premisa mayor cuando existe una laguna puede ser un principio que se encuentre implícito en los preceptos que se establecen como ley del proceso porque el orden jurídico de un país se constituye también por estos principios normativos implícitos.

La doctrina distingue dos modos de analogía: la que denomina *analogía legis* y la *analogía juris*. Se incursionará brevemente en cada una.

a) La denominada *analogía juris*. La analogía de derecho es método que sirve para colmar las lagunas por medio del descubrimiento de ese principio implícito al que se aludía. Los procedimientos de orden lógico, unidos a las especiales consideraciones de naturaleza axiológica hacen posible descubrir el principio implícito. Procede por inducción tomando por base no una sola norma sino la reiteración de un principio vertido en varias normas. No pone el acento en la búsqueda de la esencia de un único supuesto (hecho regido), sino que averigua la existencia misma de la regla general inserta en distintas disposiciones particulares. Reconocida la regla, funciona colmando lagunas. Ejemplo: puede ocurrir que en el ordenamiento procesal positivo no exista una regla sobre la apelabilidad de las sentencias, sino una multiplicidad de sentencias en relación con las cuales se regula la apelación. Por inducción puede establecerse que la regla es la *apelación de las sentencias* y que la prohibición de apelar es excepcional. Este método busca por inducción un principio insito en la legislación; como principio inspirador de la misma. De esa manera la norma que rige el caso legislado no es la que se aplica al caso no legislado, sino una norma "nueva" que posee un supuesto jurídico diverso y más amplio que el del caso legislado, puesto que en su seno conjunta tanto el caso legislado como el no legislado.

b) La denominada *analogía legis*. Consiste en determinar los principios contenidos en la regulación de un caso dado, y luego en despojar a la hipótesis legal de sus elementos secundarios, y así, buscando la identidad de esencias, aplicar ese precepto, analógicamente, al caso-facto no regimentado expresamente por la ley. El método estriba en la aplicación deductiva de una norma a supuestos esencialmente idénticos a los previstos en ella. Puede hablarse de *analogía legis* cuando la norma que prevé cierto hecho es aplicada a otro esencialmente idéntico. Es la reducción de la norma secundaria a la

primaria con el argumento *a simili* y ante la existencia de una razón jurídica que autorice la igualdad de soluciones.

En puridad, ambos procedimientos, el de la *analogia legis* y el de la *analogia iuris* no difieren sustancialmente, pero la admisión de la *analogia legis* conduce a la aplicación analógica de leyes especiales a partir de una sola disposición, con lo cual la tesis tradicional que identifica la norma especial con la excepcional para negar la imposibilidad de integración analógica, queda superada, relevando una brecha importante en las concepciones dominantes al respecto, lo cual tiene, aun en el campo de la norma procesal, gran importancia.

Por lo que respecta al asunto inmediatamente antes planteado, cabe mencionar a DANTE BARRIOS DE ANGELIS como entusiasta patrocinador de la introducción de la *analogia legis* en el derecho procesal, siguiendo muy de cerca los lineamientos de HANS REICHEL. El autor se expresa en términos similares a los siguientes: la norma singular o excepcional y las especiales se asemejan en cuanto ambas tienen en cuenta de manera diferente el problema que hace relación a otra norma que es más general que ellas. Si existe la norma especial o si existe la excepcional es porque existe la norma general. Pero la comparación de cada una de ellas con la última evidencia diferencias esenciales entre la norma especial y la norma excepcional. El autor ofrece el siguiente ejemplo explicativo: *norma general*: los testigos deben deponer en la sede del juez. *Norma especial*: los testigos pueden ser examinados por juez comisionado. *Norma excepcional*: la certificación bajo juramento concedida como privilegio a favor de determinadas autoridades públicas. Analiza el anterior ejemplo de la siguiente manera: en las normas especiales se observa un plegamiento natural de la regla general para adaptarse a circunstancias particulares sin que se aprecie una voluntad de rompimiento con la regla; al paso que en las excepcionales desaparece la voluntad de adaptación y se manifiesta una voluntad de negación de la regla; el legislador preceptúa que en esos casos y solo en esos, la norma excepcional se separa de la regla contenida en la norma general.

Se llega así a la diferencia funcional de las normas especiales frente a las excepcionales: las primeras pueden ser extendidas por *analogia legis*, la segunda no, según la teoría más aceptada. En último análisis es factible considerar como norma especial aquella que se aparta de la regla y puede aplicarse racionalmente a los casos no previstos y esencialmente idénticos; y como norma excepcional aquella cuya aplicación a los casos análogos es irracional (criterio objetivo), o surge claramente que la voluntad del legislador la limita a los casos expresamente previstos en ella (criterio subjetivo).

Es pertinente regresar en la referencia a BARRIOS DE ANGELIS que ofrece ejemplos concretos de aplicación de la *analogia legis* en el derecho procesal<sup>37</sup>. Trae este autor una alusión a los procedimientos ordinarios y a los especiales y expresa que los procedimientos especiales presentan objetos rigurosamente determinados, son por lo general también más abreviados que el ordinario, tienen como característica la de facilitar el logro inmediato de las finalidades de cada proceso. En este horizonte, y en la doctrina tradicional, si un objeto no tiene procedimiento especial asignado por la ley, corresponderá a su respecto el procedimiento ordinario.

Esta conclusión elemental, que es una fórmula de la distribución del trabajo, de adecuación de las estructuras a los objetos (aplicación de la denominada ley genética) comporta en la práctica algunos pretendidos corolarios: a) ningún procedimiento especial (según la ley, sumarios, ejecutivos, verbales) podría aplicarse por analogía; b) ningún objeto de los procesos especiales puede ser sometido a un procedimiento ordinario posterior, si la ley expresamente no prevé la revisión de aquellos por este.

Estos corolarios, como puede apreciarse, están en abierta contradicción con los principios de la *analogia legis*. La igualdad jurídica, según lo entiende la doctrina universal, consiste en atribuir a las mismas situaciones de hecho las mismas consecuencias jurídicas, o sea, idéntico tratamiento jurídico. Y así formula BARRIOS DE ANGELIS sus propios corolarios que indudablemente revolucionan la doctrina tradicional: a) si no existe procedimiento expresamente previsto para el conocimiento de un objeto determinado, corresponde al procedimiento ordinario, a menos que un *objeto esencialmente idéntico* disponga de un procedimiento sumario o abreviado, en cuyo caso este será el que corresponda; b) todo procedimiento sumario puede revisarse mediante un proceso ordinario si la legislación estatuye que un procedimiento de esta naturaleza y que verse sobre objeto esencialmente idéntico puede ser revisado por el procedimiento ordinario. Así se cumple con el principio de igualdad de las partes y de objetos, el cual consiste en la igual dignidad de todos los objetos frente al método procesal.

Estas conclusiones constituyen un cambio radical en el enfoque de una temática que revela una brecha, hasta el momento no superada, entre los hábitos mentales dominantes y los esfuerzos de la jurisprudencia para adecuarse a la realidad social.

Se trae a cuento otro ejemplo de aplicación por *analogia legis* de ley procesal, mostrando cómo se convierte la norma, al despojarla

<sup>37</sup> DANTE BARRIOS DE ANGELIS, *Introducción...*, ed. cit., pág. 77.

de sus elementos accidentales, en esencia aplicable al caso no legislado. Si se examina la definición de *jurisdicción* para entender por ella la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, puede vertirse el concepto en la siguiente norma secundaria: *dado el juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada debe ser la jurisdicción*. Se entenderá entonces que la esencia de la jurisdicción consiste en analizar una situación de hecho, susceptible de involucrarse en una norma secundaria, subsumirla en dicha norma, y en caso de coincidencia, declarar lo comprobado, o modificar el derecho sustancial o impartir órdenes para que la manifestación tenga operancia. Esta definición que se ajusta al concepto de jurisdicción contenciosa se verá así convenir o no a la denominada jurisdicción voluntaria para extender o no, la definición a ella por *analogía legis*.

Una cautela decisiva controla tanto la interpretación extensiva como la aplicación analógica y es la de su *razonabilidad*. Esta razonabilidad es analizable desde tres puntos de vista: 1) cada caso de aplicación tiene que justificarse por sus consecuencias prácticas (pragmatismo jurídico); 2) por su íntima coherencia con el sistema, lo cual se denomina *razonabilidad intrínseca*; 3) por su adecuación a los fines sociales generales, lo que se conoce como *razonabilidad funcional*.

Ni la *analogía legis* ni la *juris* pueden aplicarse cuando en el caso no legislado exista un *quid* que las rechace, porque sea el mismo materia restrictiva, taxativa o excepcional.

Cabe también puntualizar que tanto la interpretación extensiva como la analogía, en cualquiera de sus especies, exigen una valoración, son tareas de la estimativa, el juzgamiento de la similitud de los hechos procesales, la intuición de la existencia de razones iguales, que llevan a descubrir el principio axiológico ínsito, o la formulación de la norma primaria como esencia del precepto concreto; son tareas no solamente lógicas sino especialmente axiológicas, porque suponen un juicio de valor.

### 6.2 Argumento de mayor a menor

Consiste en tener por ordenado o permitido de manera virtual el que se haga algo menor de lo que está ordenado o permitido *expressis verbis*. Este argumento se incluye dentro de los razonamientos específicos de la lógica jurídica y por lo mismo también tiene eficacia para la integración de lagunas del derecho procesal. Entraña que del juicio universal afirmativo, como premisa, se infiera con el carácter de conclusión, el particular afirmativo. *Todos los S son P*, luego *algunos S son P*. La esencia del argumento consiste en declarar que lo que vale de manera general, vale también para los casos singulares, si en relación con estos no se ha establecido excepción.

### 6.3 Argumento de menor a mayor

Radica en concluir, de la validez del juicio particular negativo la del correspondiente universal: si no se permite pisar un prado tampoco se permite arrancar el césped.

Y se concluye así esta temática, incluida más como refrescamiento de principios de la teoría general del derecho, y en referencia con la cual se intentaron apuntaciones de la especialidad:

## 7. MANIFESTACIONES O FUENTES DEL DERECHO PROCESAL

No existe consenso doctrinario acerca del significado y alcance de la expresión *fuerite de derecho*. Nominal y gramaticalmente, fuente es el núcleo generador de algo, el manantial que lo produce, aquello de donde surge el derecho procesal, y para el caso, donde se origina, cómo se origina y cómo se manifiesta. El problema de cómo se manifiesta el derecho procesal es el problema de sus fuentes. CLEMENTE A. DÍAZ al respecto se expresa de la siguiente manera: "como disciplina jurídica el derecho procesal es esencialmente normativo: se manifiesta primordial y básicamente por normas jurídicas con todos sus elementos ontológicos. Empero, la norma jurídica procesal no es la única forma de manifestación del derecho procesal, porque si lo fuera se habría producido una identificación entre la disciplina científica y la ley"<sup>38</sup>.

Paralelamente, ENRIQUE VÉSCOVI ha expresado: "hay varios conceptos de la palabra fuente; interesa el de validez formal de la norma jurídica: significa investigar la forma que dicha norma debe revestir para ser obligatoria"<sup>39</sup>.

Es desde este punto de vista de la obligatoriedad que la doctrina ha entronizado un sentido lato del término fuente y otro estricto; ha entendido en sentido lato que el término fuente del derecho hace referencia a toda forma de manifestación de la idea jurídica procesal, tanto obligatoria como meramente doctrinaria, teniendo presente tan solo el requisito de su contenido, el cual puede ser identificado como materia jurídica procesal y contiene tanto el derecho procesal-ley como el derecho procesal conceptual. En sentido estricto se entiende que es fuente de derecho tan solo la manera como se crea la norma

<sup>38</sup> CLEMENTE A. DÍAZ, *op. cit.*, pág. 125.

<sup>39</sup> ENRIQUE VÉSCOVI, *Teoría general del proceso*, Bogotá, Edit. Temis, 1984, pág. 13.

obligatoria. En el primer sentido alude RAMIRO PODETTI a fuentes sin fuerza vinculante y en el segundo a fuentes con fuerza vinculante. Entre estas últimas enuncia: las constitucionales, las legislativas y la jurisprudencia obligatoria y reseña entre las que carecen de fuerza vinculante, las históricas, que a la vez divide en: a) legislación no vigente en el lugar en donde el juez ejerce su ministerio y b) jurisprudencia no obligatoria, práctica y costumbre, equidad, doctrina nacional, legislaciones y doctrinas extranjeras.

JORGE CLARÍA OLMEDO de manera terminante expresa que la referencia a las fuentes implica descubrir dónde se manifiesta el derecho procesal positivo, no se trata de explicar cómo nace sino de determinar dónde está, de dónde lo extraemos, se trata de las fuentes de manifestación del derecho procesal, es el mismo derecho, mostrado en su positividad y que está vigente en un momento y lugar determinados. Y luego avanza: "al mismo tiempo que se analizan las fuentes representadas por normas jurídicas procesales, corresponde determinar el origen de ellas y de las otras manifestaciones, llamadas indirectas, del derecho procesal en cuanto ciencia, como lo son la jurisprudencia y la doctrina procesales; ello permitirá conocer no lo que es, sino dónde está: mostrarse el derecho procesal en su consideración más amplia"<sup>40</sup>.

JAIME GUASP trae una primera división, mediante la cual y en primer término distingue las que llama fuentes de derecho natural procesal, que estarían dadas por la intrínseca naturaleza humana que da origen a las normas que constituyen el derecho, como por ejemplo la que se refiere al libre acceso de los particulares a los tribunales, la que establece la contradicción procesal, la buena fe, la igualdad de las partes. En segundo lugar habla de las fuentes de derecho positivo que admiten la subdivisión en directas (entre las cuales menciona la ley y la costumbre "que encierran en sí la norma jurídica") y en indirectas (constituidas por normas no vigentes tales como el derecho histórico y el derecho extranjero, "los criterios normativos no jurídicos como la equidad, y las meras indicaciones no normativas como las puras proposiciones científicas")<sup>41</sup>.

MIGUEL FENECH clasifica las fuentes en directas y supletorias. Las primeras, que son las que contienen la norma jurídica, se subdividen en procesales y en orgánicas, admitiendo ambas una subespecie como principales y complementarias. La siguiente es su clasificación de las fuentes directas: 1) *fuentes procesales principales* (cada uno de los respectivos

<sup>40</sup> CLARÍA OLMEDO, *op. cit.*, pág. 48.

<sup>41</sup> JAIME GUASP, *Derecho procesal civil*, t. I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1977, pág. 42.

códigos de procedimiento); 2) *fuentes procesales complementarias* (normas aclaratorias o modificatorias de cada uno de esos códigos); 3) *fuentes orgánicas principales* (las leyes de organización de la rama jurisdiccional); 4) *fuentes orgánicas complementarias* (leyes modificatorias de las que organizan esta rama)<sup>42</sup>. La otra categoría, constituida por las supletorias, la subdivide en indirectas y secundarias. Entre las indirectas menciona la costumbre y la jurisprudencia; y entre las secundarias incluye el derecho histórico, el extranjero y el derecho científico.

Intencionalmente se hizo la presentación de la complejidad que existe en la doctrina en relación con esta temática. Una presentación más llana aludiría a fuentes directas o inmediatas y a fuentes indirectas o mediatas.

### 7.1 Fuentes directas o inmediatas

Todos los doctrinantes enlistan a la ley como la primera de estas. *La norma*, lógicamente graduada de acuerdo con la regulación vigente en cada país respetando el orden de prelación: *La constitución*, es el núcleo generador de la normatividad del Estado; ella misma incluye principios procesales, normas de valuación procesal que las leyes de procedimiento desarrollan y reglamentan; esos derechos fundamentales para el caso de que vinieran siendo vulnerados encontrarían su pleno reconocimiento y satisfacción con apoyo en la garantía del debido proceso.

Muchas constituciones, especialmente las que se inspiraron en los principios liberales de la revolución francesa, establecen garantías individuales que son la esencia de todo régimen democrático, pero que también se insertan en las constituciones de los regímenes socialistas. Las mismas constituciones instituyen los órganos del poder jurisdiccional, estableciendo en forma genérica sus atribuciones y demás recaudos para concretar su independencia de los otros poderes y su imparcialidad. La ley procesal debe ser sí, el eco de esas orientaciones constitucionales haciendo efectivos esos postulados, dado que si choca contra ellos incurre en el vicio de inconstitucionalidad, tornándose vulnerable a la declaración correspondiente, bien sea mediante el ejercicio de la respectiva "acción" de inexecutableidad, o por la inaplicación que en los casos concretos haga de ella el fallador en ejercicio de la excepción de inaplicabilidad.

<sup>42</sup> MIGUEL FENECH, *Derecho procesal penal*, t. I, 3ª edición, Barcelona, Editorial Labor, S. A., 1960, pág. 63.

Se entiende por ley procesal el conjunto de normas que emanan del poder legislativo. Se recogen por lo general en los códigos de procedimiento y en las leyes orgánicas del poder jurisdiccional.

Los tratados internacionales e interprovinciales, son normas vigentes solo cuando obtienen la ratificación por ley del congreso, o de las legislaturas provinciales, si se trata de un régimen descentralizado. federal.

Los reglamentos del poder ejecutivo, deben referirse a las leyes con la finalidad de hacer más práctica su aplicación. Son las instrucciones y reglamentos que resultan necesarios para la ejecución de las leyes, cuyo límite está dado en la prohibición de alterar el espíritu de ellas con excepciones reglamentarias. Se advierten, ya sea organizando la función prevista en la ley, o haciendo más comprensible el alcance de la misma.

En doctrina también se conocen las que se llaman acordadas del poder jurisdiccional: son normas prácticas que dictan los órganos superiores de la administración de justicia de un ordenamiento jurisdiccional determinado.

Otras fuentes que pueden apreciarse como directas, inmediatas, o indirectas mediatas, de acuerdo con la idea conservadora o de avanzada que al respecto se tenga y de cada legislación positiva, son la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Y así se ve a ENRIQUE VÉSCOVI<sup>43</sup> enunciando las cuatro posibles fuentes formales de validez: legislación, costumbre, jurisprudencia y doctrina. Y se lee en CLEMENTE A. DÍAZ<sup>44</sup> cómo a un lado de la norma jurídica y paralela a ella se origina una actividad que se expresa en reglas de derecho tendientes a describir el objeto de la norma jurídica (se utiliza la expresión regla de derecho en el sentido que le asigna Kelsen en su *Teoría general del derecho y del Estado*) y que es patrimonio de la ciencia jurídica eponímica, y al otro lado, paralelamente, existe otra actividad que tiende a concretar, a singularizar el contenido abstracto de la norma en la sentencia, considerada como *lex specialis*. Y se ve igualmente a BARRIOS DE ANGELIS<sup>45</sup> caminando por igual sendero: las fuentes formales son los distintos modos de manifestación, conectados a modos de creación de las normas jurídicas procesales. En este sentido se distinguen la legislación, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

<sup>43</sup> ENRIQUE VÉSCOVI, *op. cit.*

<sup>44</sup> CLEMENTE A. DÍAZ, *op. cit.*, pág. 62.

<sup>45</sup> DANTE BARRIOS DE ANGELIS, *Introducción...*, ed. cit., pág. 67.

La temática presenta muy tenues diferencias, cuando se la singulariza en un enfoque procesal comparativo, con el enfoque de la teoría general del derecho, pero cualquiera de estas variaciones tiene que ser registrada en el estudio de la disciplina que se acomete.

7.2. *La costumbre procesal*

HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, en el tomo primero de su *Compendio...*, se refiere<sup>46</sup> a una identificación práctica que se establezca entre la jurisprudencia y la costumbre procesal, argumentando que aquella crea esta. Un considerable sector de la doctrina niega la existencia de un derecho procesal consuetudinario (PRIETO CASTRO, CLEMENTE A. DÍAZ); CLEMENTE A. DÍAZ es tajante: "nada autoriza a considerar el uso o las prácticas tribunales como una forma de manifestación del derecho procesal: no existe un derecho procesal consuetudinario"<sup>47</sup>. ENRIQUE VÉSCOVI se expresa así: "en materia procesal existen múltiples usos y costumbres que en la práctica actúan como normas jurídicas... empero y pese a su cumplimiento, ellos no son obligatorios y su inobservancia no da lugar a reclamación alguna"<sup>48</sup>.

Dos procesalistas de actualidad, CLARÍA OLMEDO y BARRIOS DE ANGELIS no establecen diferencia alguna en relación con la costumbre como fuente del derecho procesal, y de la misma como fuente del derecho sustancial. Se ve inclusive a CLARÍA OLMEDO ceder en su concepción rígida que pregona que la sola fuente obligatoria del derecho procesal es la ley y admitir la costumbre como tal, tanto la llamada a regir por delegación, como aun la no llamada o *praeter legem*: "este modo de proceder no legislado se ha hecho hábito en el foro por lo cual ha asumido la jerarquía de la norma; empero, hay costumbres perniciosas, prácticas que nunca deben prevalecer sobre el texto de la ley"<sup>49</sup>. Como puede advertirse de la sola comparación de las discrepancias al respecto, falta todavía mucho ahondamiento sobre la materia:

BARRIOS DE ANGELIS distingue: el sistema de fuentes puede quedar liberado al arbitrio del intérprete pero también puede establecerse una regulación preferencial o de exclusión entre los distintos tipos de fuentes formales. En Iberoamérica prevalece un cierto orden de prelación heredado de la legislación codificada europea, de acuerdo

<sup>46</sup> HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Compendio...*, t. I, ed. cit., pág. 10.

<sup>47</sup> CLEMENTE A. DÍAZ, *op. cit.*, pág. 50.

<sup>48</sup> ENRIQUE VÉSCOVI, *op. cit.*, pág. 17.

<sup>49</sup> CLARÍA OLMEDO, *op. cit.*, t. I, pág. 49.

con el cual la fuente formal predominante es la legislación, funcionando como fuentes secundarias la doctrina, la costumbre y la jurisprudencia.

En el plano del derecho general son diferentes las maneras como los ordenamientos positivos reciben la costumbre en su papel de fuente del derecho. Algunos sistemas miran a la costumbre como fuente directa que regiría por delegación, es decir porque la misma ley la llama a regir en casos especiales y se habla en tal hipótesis de una costumbre *secundum legem*. Otros sistemas integran la costumbre como fuente obligatoria del derecho, en reemplazo de la misma ley, como costumbre *contra legem*. Un tercer sistema implica en la praxis la existencia de costumbres pero integradas de tal manera que no son obligatorias y su inobservancia no apareja sanción.

### 7.3 La jurisprudencia

Se entiende por jurisprudencia las decisiones jurisdiccionales que dictan los jueces, en aplicación de la ley a los casos concretos que les son sometidos. El conjunto de decisiones reiteradas, referidas a una misma situación jurídica o a situaciones análogas; decisiones jurisdiccionales sobre un mismo caso y concordantes.

El concepto de jurisprudencia es multívoco: etimológica e históricamente designó la *opinión de los autores (responsa prudentium)*, opinión de los juristas; en cambio, los fallos de los tribunales encuentran su antecedente histórico en el *edictum perpetuum*. Paulatinamente se fue transformando el concepto hasta significar la opinión de los tribunales, plasmada en sus decisiones jurisdiccionales.

No existe diferencia en esta temática entre lo que pudiera denominarse jurisprudencia procesal y jurisprudencia referida al derecho sustancial.

Discrepan los autores en la consideración de la posible fuerza obligatoria que se le conceda a la jurisprudencia como fuente de manifestación del derecho procesal. Se encuentra una primera posición radical en la cual militan autores como CLARÍA OLMEDO, GÓMEZ ORBANEJA, HERCE QUEMADA y PRIETO CASTRO, entre otros, posición racionalista que niega cualquier obligatoriedad a la jurisprudencia y no le conceden otra fuerza que la que corresponde a la misma doctrina.

Una variante de esta postura racionalista puede estar representada por JAIME GUASP, RAFAEL DE PINA, UGO ALSINA y EDUARDO B. CARLOS, quienes se refieren a la jurisprudencia como a una fuente subsidiaria del derecho procesal.

Y, finalmente, una tercera corriente asigna fuerza obligatoria a la jurisprudencia procesal, la cual está representada por CLEMENTE A. DÍAZ, DE LA PLAZA, RAMIRO POGETTI y LINO ENRIQUE PALACIO. Sostienen ellos que la jurisprudencia es fuente dogmática del derecho procesal y que por lo mismo contribuye al proceso de formación jurídica, en tanto a ella se acude para objetivar el sentido jurídico del fenómeno procesal.

Para COSSIO, recuérdese, la jurisprudencia no es fuente de derecho ni es norma. Es un hecho axiológico.

Debe también puntualizarse que en la disciplina cuyo estudio se acomete no se hace referencia a algún sistema positivo y tampoco al colombiano. Se acota pues, que es factible, teóricamente y como principio especulativo, que un ordenamiento positivo confiera poder vinculante a la jurisprudencia. El análisis que se acomete discute solamente un aconsejable deber ser, unas políticas intelectivas en los sentidos indicados.

Son diversos los sistemas en cuanto a la obligatoriedad de la jurisprudencia: en los países anglosajones el sistema es el de la jurisprudencia obligatoria, en cuanto la decisión de un tribunal en un nuevo caso obliga para el futuro a los demás: *stare decisis*. El derecho entonces, y también el procesal encuentra en la jurisprudencia una fuente más amplia y rica que la misma ley y se estudia a través de los casos judiciales rectores (*leading cases*).

En otros países, el valor obligatorio de la jurisprudencia se confiere solo a las decisiones de los tribunales superiores, tal como sucede con las de la corte de casación francesa, y aún así, esta puede ser variada.

En Argentina existe la obligatoriedad de los denominados fallos plenarios, que son los que dictan las cámaras reunidas acerca de una misma materia, o el pleno de una de las cámaras. Se establece así la jurisprudencia entendida como interpretación obligatoria de un caso determinado. El propio órgano puede cambiar posteriormente esa decisión pero no puede hacerlo un tribunal inferior; es un sistema intermedio entre el anglosajón y el continental.

Inquietaría la extensión que se concede a este tema de la jurisprudencia por cuanto se ha aseverado que no existe diferencia esencial en este aspecto entre la sustancial y la procesal. Sin embargo, se le concede algún abondamiento extraordinario, en atención a que la jurisprudencia es precisamente el resultado, la obra de la función jurisdiccional, la actividad de los jueces elaborada constantemente en el desempeño de su función.

Podría decirse que en materia procesal quien toma la bandera en contra de la jurisprudencia obligatoria, desde cualquier ángulo que se mire esa posible obligatoriedad es CLARÍA OLMEDO. Así se expresa por ejemplo: "ni la jurisprudencia sobre materia procesal, ni la doctrina de los procesalistas son fuentes de manifestación o validez de la disciplina, en cuanto se le considere como derecho objetivo vigente. Son elementos no vinculantes, si bien portadores de gran eficacia para la fundamentación jurídica de los casos a resolver. Sirven para interpretar las normas vigentes y para proveer al progreso de la legislación. Igualmente cumplen la función parlamentaria de las leyes, las exposiciones de motivos de los cuerpos legales, la legislación histórica y la extranjera"<sup>50</sup>.

El mismo CLARÍA se yergue contra la llamada jurisprudencia obligatoria o vinculante obtenida con el pronunciamiento plenario de los cuerpos colegiados o por vía de recursos extraordinarios; argumenta el doctrinante que tal obligatoriedad estaría viciada de inconstitucionalidad, porque en cuanto la jurisprudencia sea jurídicamente obligatoria se corre el riesgo de atribuirle el carácter de norma jurídica imperiosa, con validez de ley, y el legislador que así lo pretenda incurrirá en una delegación constitucionalmente prohibida. Para CLARÍA, la sentencia que con sujeción a la jurisprudencia plenaria dicten los jueces significará que hacen valer una interpretación ya adelantada, pero *intra legem*, y no que se acata una ley<sup>51</sup>.

Corresponde ahora dedicar algún espacio a la tendencia contraria. CLEMENTE A. DÍAZ, presenta el aspecto como un conflicto intelectual entre la consideración de la jurisprudencia interpretativa y la de la jurisprudencia creadora. El postulado del sistema liberal emanado del absolutismo legal del siglo XVIII sostiene que la jurisprudencia es siempre y sólo interpretativa. Los herederos de los despojos de una derrocada monarquía de derecho divino traspasaron su adoración del rey al pueblo soberano y de este a la ley; pero frente al hecho concreto del fracaso práctico del easuismo legal se vieron precisados a reconocer la posibilidad de la interpretación jurisdiccional de la norma jurídica; pero solamente eso: el juez debe siempre resolver según la ley y nunca le es permitido juzgar acerca del valor intrínseco o de la equidad de la ley.

Advino luego un relativo avance en los juristas del constitucionalismo que, fundados en el dogma de los poderes del Estado, crearon

un sistema idealmente hermético donde cada poder tiene una esfera absolutamente delimitada de actividad sin posibilidades de confusión: el legislador hace la ley, el juez la aplica. Cualquier intento del juez para inmiscuirse en la labor de hacer la ley constituiría un abuso del poder. Se conserva la prohibición axiológica de juzgar acerca del valor intrínseco de la equidad de la ley.

"El concepto de la división de los poderes del Estado ha sido desplazado por el concepto científico de la división de las funciones como medio para explicar los actos de un poder que tiene hipóstasis de otros. La iusfilosofía, partiendo de una premisa funcional, ve en los llamados poderes del Estado, momentos, etapas, estadios, de un proceso de integración del ordenamiento jurídico, en los cuales la misión del legislador, cuando emite su mandato abstracto y general, es continuada por el juez, cuando concreta e individualiza el mandato, previniendo que esta concreción e individualización, es algo más que una mera aplicación; en cuanto es la manifestación de un momento dinámico en la formación del orden jurídico y por lo tanto en ese sentido el juez crea derecho"<sup>52</sup>.

ENRIQUE VÉSCOVI, admite que al llenar la distancia entre el caso concreto y la norma general, la jurisprudencia tiene una función importante en la creación del derecho, ora interpretándolo, ora integrándolo<sup>53</sup>.

La doctrina tradicional, por no admitir otro mandato que el del legislador, desemboca en el concepto tal vez infecundo de la *jurisprudencia opinión*; que si bien resuelve el problema relacionado con las funciones del legislador y del juez, no alcanza a establecer una distinción dogmáticamente válida, entre la función de la jurisprudencia del juez y la función de la doctrina de los autores.

Junto al comentario anterior cabe también hacer una mención recordatoria de la denominada *Escuela del Derecho Libre* en virtud de la cual el juez no es una máquina de subsunciones, sino que frente a las situaciones que se someten a su juicio, debe estar más preocupado por la prevalencia del valor justicia que por la del valor atinente al orden establecido por la legalidad, tendencia criticada en cuanto mella o elimina cualquier noción de seguridad jurídica. La Escuela del derecho libre surge como una crítica al culto de la ley, y naturalmente no ha preocupado a los juristas angloamericanos, quienes postulan, partiendo de un ordenamiento jurídico distinto, que únicamente será derecho lo que el juez declare.

<sup>50</sup> JORGE CLARÍA OLMEDO, *op. cit.*, pág. 55.

<sup>51</sup> *Ibidem*, pág. 56.

<sup>52</sup> CLEMENTE A. DÍAZ, *op. cit.*, pág. 108.

<sup>53</sup> ENRIQUE VÉSCOVI, *op. cit.*, pág. 15.

En resumen, para la teoría tradicional, la jurisprudencia es mera interpretación de la norma jurídica; es creadora de normas para los iusfilosóficos kelsenianos y egológicos. Otros admiten que participa en una etapa de la producción jurídica, de una naturaleza muy similar a la legislativa.

Lo que generalmente se denomina *creatividad* de la jurisprudencia, es en realidad el descubrimiento y reconocimiento de situaciones jurídicas que no han sido expresamente previstas por el legislador, pero que en virtud de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico, la jurisprudencia incorpora a ese mundo; la jurisprudencia no ha logrado crear todavía una institución que no haya sido prevista por el legislador, aun cuando dentro de las normas creadas por el legislador haya reconocido situaciones jurídicas que no se hallaban expresamente previstas y esta es la ponderable función de la jurisprudencia que se denomina creativa, para concluir que la jurisprudencia es creadora de soluciones jurídicas, para situaciones no previstas por el legislador.

El verdadero sentido de la obligatoriedad de la jurisprudencia, como una cualidad intrínseca que a ella convenga, radica en que la jurisprudencia apoya su concordancia en el orden jurídico establecido, como una adecuación al valor orden, a la estabilidad jurídica, porque su ruptura importaría una seria perturbación de la vida jurídica de la comunidad, que no se justificó solamente en pro de la independencia volitiva de los jueces inferiores.

La jurisprudencia implica la expresión de una valoración vigente que debe ser acatada por el órgano jurisdiccional mientras no exista una modificación sustancial de tales valoraciones; la imperatividad del acatamiento puede tener o no forma normativa, pero siempre la imperatividad pertenecerá a la esencia de la jurisprudencia. Se estructura así el acatamiento de la jurisprudencia imperante como fórmula diversa de la obligatoriedad de la ley. La ley como acto del poder, de la autoridad, obliga y no permite su cuestionamiento; obliga aun cuando no convenza: *dura lex, sed lex*. En cambio, la jurisprudencia obliga porque al aparecer como expresión del sentir de la comunidad adquiere un positivo poder de convicción: el juez tiene que acatarla aun cuando el legislador no se lo diga, porque la jurisprudencia significa en sí un tipo específico de autoridad. Solamente razones muy poderosas que se expongan y se las demuestre, justifican el apartamiento de un juez, de la jurisprudencia imperante.

El valor óntico de la jurisprudencia no reside, pues, en su obligatoriedad impuesta normativamente sino en su uniformidad. El juez

se encuentra inmerso en la comunidad; es sensible a sus vivencias y la sentencia siempre es la expresión de un conjunto de ideas que le vienen dadas de la comunidad, estableciéndose en el juez una intimidad con la conciencia social. El juez busca interpretar a la vez el sentir de la comunidad y el sentido del caso particular para lo cual descubre las valoraciones vigentes en los hechos externos que traducen esas valoraciones colectivas.

Para obtener la unificación de la jurisprudencia y eventualmente para mantener su uniformidad, el legislador debe establecer un tribunal superior (las cortes de casación, por lo general) que por vía de recurso extraordinario, tenga la potestad de fijar unitariamente la interpretación de la ley y ello se logra mediante uno de dos sistemas: *La casación y la sentencia plenaria*. La casación se ejercita sobre la inteligencia e interpretación de la ley que hacen los tribunales ordinarios, los tribunales de instancia. La sentencia plenaria es el sistema adoptado por aquellos ordenamientos jurisdiccionales que carecen de un tribunal superior con funciones casatorias y consiste en la reunión circunstancial de las distintas secciones del organismo jurisdiccional, bajo la denominación de salas o de cámaras, que se transforma en tribunal pleno para fijar la interpretación de la ley o unificar la jurisprudencia.

#### 7.4 La doctrina procesal

Para el sector mayoritario de los procesalistas, aunque la doctrina no es fuente mediata de derecho procesal, su autoridad es de gran importancia y su fuerza radica en el bien ganado prestigio del autor respectivo. La doctrina procesal comparada ha tenido como principal función la sistematización, elaborando conceptos, definiciones, códigos modelos.

CLEMENTE A. DÍAZ también considera la doctrina como una de las manifestaciones del derecho procesal. A su modo de ver la norma jurídica enuncia un concepto general y abstracto, mientras que la jurisprudencia interpreta y aplica esos conceptos a los casos particulares. Pero las normas jurídicas y la jurisprudencia no llegan a completar enteramente el objeto del derecho procesal.

La ciencia del derecho tiende a llenar este vacío o complemento sirviendo como nexo entre el supuesto general de la norma y el supuesto particular que la jurisprudencia desata, acudiendo para ello a las proposiciones jurídicas que son regla de derecho. Las respectivas funciones del legislador y del juez se ven integradas por la misión del jurista que complementa el proceso de formación del derecho.

Véase lo que se dice: formación, y no creación. Kelsen explica al respecto: "esta creación es una creación epistemológica del todo diferente a la creación de un objeto por el trabajo del hombre o la creación de una ley por el legislador. Es también Kelsen quien se expresa sobre el particular en términos similares a los que siguen: contra la distinción de la norma jurídica creada por la autoridad jurídica y la regla de derecho formulada por la ciencia del derecho, se podría sostener que la regla de derecho fuera una reduplicación superflua de la norma jurídica. Pero la regla de derecho, ciertamente es una reproducción del contenido de las normas jurídicas, mas es una reproducción tan poco superflua como la reproducción por un pianista de una sonata creada por un compositor. También la actividad del pianista es una creación, pero una creación del todo diferente a la creación del compositor. Precisamente es lo que hace el jurista con respecto a la obra del legislador. El jurista complementa el proceso de formación del derecho, no solo en cuanto capta el fenómeno jurídico a través de la norma, sino también en cuanto formula, describe y concreta la generalización dogmática, el principio general, en cuanto elabora, por medio de las normas jurídicas y de las sentencias, el sistema"<sup>54</sup>.

La función de la doctrina de los autores consiste en formular la regla de derecho. El jurista da conceptos, es decir, definiciones; compara, caracteriza y fija la naturaleza jurídica. Clasifica de acuerdo con un sistema y valora.

El carácter extrasistemático de la norma jurídica y el carácter sistemático de la jurisprudencia, son ampliamente superados por la doctrina de los autores; en la cual impera la sistematización del conocimiento del derecho.

El objeto de conocimiento del jurista lo conforman las causas y las leyes que dominan la institución que constituye su hipótesis de trabajo. El legislador puede no conocer ni esas causas ni esas leyes. *Elevémonos ante todo al sistema fue el grito de GIOVENDA, cima de los estudios sistemáticos de la doctrina. CARNELUTTI escribió su Sistema de derecho procesal en cuatro tomos.*

El estudio sistemático de las instituciones procesales no se detiene en el comentario gramatical o casuístico de las normas sino que, superando los estrechos cuadros normativos los racionaliza y coordina dentro de un marco lógico y denso, y frente a lo inadecuado, constituye lo que usualmente es un anticipo de la reforma procesal.

<sup>54</sup> HANS Kelsen, *Teoría pura del derecho*, ed. cit., pág. 16.

"El valor de la doctrina de los autores es puramente espiritual. Representa una forma de manifestación del derecho procesal a la cual se acude voluntariamente para desentrañar el ser de la norma. El trabajo del jurista es puro esfuerzo intelectual sin otra fuerza obligatoria que la que se impone y surge de la lógica del argumento y de su ajuste a la realidad jurídica. Mientras que el jurista puede calificar a la norma jurídica de justa o injusta, al juez le está vedado hacerlo. La regla de derecho no es justa ni injusta sino verdadera o falsa.

El ideal de una proposición absolutamente verdadera derivada del análisis del fenómeno jurídico procesal, es finalidad deseada pero no siempre lograda. En materia jurídica el saber no se manifiesta en proposiciones apodícticas semejantes a las que la ciencia de la naturaleza apellida leyes, sino en proposiciones polémicas porque la naturaleza funcional del derecho es esencialmente polémica"<sup>55</sup>.

#### 7.5 Otras fuentes

En expresión de BARRIOS DE ANGELIS, son fuentes materiales los orígenes o fundamentos reales, las causas verdaderas de que la norma exista y se manifieste de una u otra forma o en una u otra fuente formal. Al respecto se distinguen dos teorías extremas y una intermedia:

La teoría materialista considera que la norma jurídica es la manifestación de fenómenos económicos; según sea la economía, así será el derecho.

La teoría idealista, entiende que son las ideas las que impregnan la mente humana y generan los distintos fenómenos sociales, la economía, la religión, el derecho.

Una teoría intermedia y dominante entiende que la norma no surge de una sola entidad o modalidad de ser, sino de la interpretación de causas diversas, materiales y espirituales.

#### 7.6 El derecho histórico

Se entiende por derecho histórico el ordenamiento positivo procesal extranjero vigente o no y el nacional que rigió con anterioridad. Es fuente mediata de derecho procesal.

<sup>55</sup> CLEMENTE A. DÍAZ, *op. cit.*, t. I, pág. 127.