I.6 DERECHO PROCESAL

UN RECORRIDO POR ALGUNAS CUESTIONES BÁSICAS DEL DERECHO PROCESAL COMO DISCIPLINA JURÍDICA

Por el Dr. IGNACIO DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ
Catedrático de Derecho Procesal.
Universidad de Extremadura

1. Es bastante frecuente entre los cultivadores de cualquier disciplina jurídica elaborar visiones globales de los aspectos principales de la misma. A ello no ha sido ajena la tradicional exigencia en las antiguas oposiciones a plazas de Catedrático de Universidad de elaborar una *memoria* sobre el *concepto, método y fuentes* de la asignatura, sustituida en la vigente legislación universitaria por un *proyecto docente.* Las exposiciones sobre esos temas abundan y, en consecuencia, siempre he creído razonable acogerme al *ius librorum* de que hablaba Rudolf von Ihering en su *Jurisprudencia en broma y en serio* y librar al mundo de un escrito más sobre el *status quaestionis* del concepto, método y fuentes del Derecho Procesal.

Ello no obstante, tomando un rumbo parcialmente distinto, me parece que cualquier momento es bueno para interrogarse sobre cuestiones capitales de la disciplina jurídica que uno estudia y enseña. En ese sentido, en las páginas que siguen, como se indica al enunciar *un recorrido por algunas cuestiones básicas del Derecho Procesal,* me propongo tratar algunos problemas o plantear algunos interrogantes que considero importantes en el actual grado de evolución del Derecho Procesal. Al hablar de *cuestiones básicas,* no pretendo realizar una reconstrucción sistemática de las nociones de jurisdicción, acción y proceso, esto es, una exposición del estado de la cuestión de las diversas posiciones doctrinales y de mi toma de postura sobre la famosa *trilogía* del Derecho Procesal, aunque, al tratarse de conceptos recurrentes, esta exposición versará también sobre ellos. Me parece más fructífero el método de abordar una reflexión sobre ciertas cuestiones importantes para el Derecho Procesal, abandonando los moldes *canónicos* de exposición. Al hablar de *cuestiones básicas,* desde luego no están todas las que son y, quizá, no lo sean todas las que están. La elección está guiada por la visión personal de quien esto escribe, lo que significa que una distinta visión personal puede juzgar la mía como arbitraria preferencia o a un capricho.

2. En 1982 Fernando Garrido Falla publicó un trabajo titulado «Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho Administrativo español» (*Revista de Administración Pública,* núm. 97, enero-abril 1982, págs. 7-30). Permitiéndome parafrasear al ilustre administrativista, creo que el recorrido ha de empezar con una *reflexión sobre los límites formales del Derecho Procesal.*

En el estudio citado, el Profesor Garrido Falla venía a plantearse la dificultad de seguir manteniendo una definición puramente subjetivista del Derecho Administrativo, como sector del ordenamiento jurídico cuyo objeto primario es la Administración pública como organización, dado que existen en nuestro ordenamiento determinados órganos que no son Administración pública y, sin embargo, están sometidos en parte de su actividad al Derecho Administrativo.

Muchas ramas del Derecho se han debatido, en los intentos de los juristas teóricos por realizar definiciones de las mismas, entre criterios opuestos. En el Derecho Administrativo es tradicional la contraposición entre la visión objetiva del mismo como ordenamiento de la función administrativa del Estado y la visión subjetiva del Derecho Administrativo como ordenamiento estatutario de la Administración pública como organización. En el Derecho Mercantil también ha existido el problema: el criterio objetivista del acto de comercio frente al criterio subjetivista del comerciante o, más modernamente, del giro o tráfico de la empresa. En el Derecho Constitucional es conocida la contraposición entre lo que formalmente es constitucional y la *materia constitucional.* En el Derecho Penal, su objeto se define formalmente con arreglo al principio de legalidad, pero son notorios los esfuerzos por hallar una distinción material entre ilícito penal e ilícito administrativo o, al menos, de encauzar la materia penal sobre la base del principio de intervención mínima y del principio de proporcionalidad.

El anhelo definitorio de los juristas conduce a contraponer criterios formales y criterios materiales, criterios subjetivos y criterios objetivos, criterios orgánicos o estructurales y criterios funcionales, entre otros. Como dice Franco Cordero (*Procedura penale,* 2.ª ed., Milán, 1991, pág. 3): «i canoni dell'arte didattica esigono una definizione».

3. También los cultivadores del Derecho Procesal tenemos el anhelo definitorio. Si la expresión *Derecho Procesal* condensa una rama de la realidad y del saber jurídicos, es necesario precisar su objeto, definirlo en el sentido más estricto de la palabra, esto es, ponerle límites. Considerando el Derecho como el conjunto de normas, principios e instituciones que organizan la vida del hombre en sociedad, ¿cuál es la parcela de esa vida social que constituye el objeto de nuestra disciplina?

Teniendo en cuenta que los saberes humanos que forman parte de disciplinas universitarias constituyen, según nuestra legislación, *áreas de conocimiento,* el problema de la delimitación del Derecho Procesal se podría enfocar desde el punto de vista del Derecho Administrativo universitario, a saber: ¿qué nos encomiendan los planes de estudio? La respuesta, aunque de contornos imprecisos en algunos aspectos, trae consigo en todo caso una conclusión desoladora. Una parte de lo que todos los procesalistas consideramos Derecho Procesal parece caer dentro del contenido de asignaturas propias de otras áreas de conocimiento. Basta este dato para darse cuenta de que evidentemente la definición *burocrática* no es aconsejable. Abandonemos esa senda.

La doctrina procesalista española actual considera casi unánimemente que no es la categoría de *proceso* la que permite aislar el objeto de la disciplina llamada *Derecho Procesal.* Por proceso se puede entender, en sentido amplio, cualquier serie o sucesión de actos. En un sentido más limitado, se puede hablar de proceso como de la serie o sucesión de actos regulada por el Derecho. Estrechando el cerco, cabe aplicar la noción de proceso a la serie o sucesión reglada de actos a través de la

cual actúan un tipo de órganos públicos o a través de la cual determinados órganos públicos ejercen una función. En cualquiera de los dos casos, resulta claro que la sola noción de proceso nada nos dice acerca del órgano ejerciente o acerca de la función ejercida. En consecuencia, el proceso que interesa a la disciplina denominada *Derecho Procesal* sólo puede definirse o a partir del órgano ante el que dicha serie de actos se desarrolla o a través de la función que a través de dicha serie de actos se cumple.

Ciertamente la ciencia o dogmática del Derecho Procesal ha trabajado durante décadas sobre la base de que su autonomía respecto del Derecho sustantivo se asentaba, aparte de sobre el pilar del concepto de acción, sobre el pilar de la autonomía de la noción de proceso, concebido inicialmente como una relación jurídica, con sus propios elementos y su propia dinámica y, sobre todo, con sus propios *presupuestos* o requisitos. Éste fue el punto de arranque de la moderna ciencia del Derecho Procesal, superadora de las anteriores etapas de la *práctica forense,* visión puramente experimental del proceso, y del *procedimentalismo,* pura exégesis sin sistema de la legislación procesal.

4. Si los cánones de la didáctica exigen una definición, he aquí una en la que, sin perjuicio de ulteriores matices, estaría sustancialmente de acuerdo una amplia mayoría, si no la totalidad, de la doctrina española actual: el Derecho Procesal es el sector del ordenamiento jurídico que regula el ejercicio de la función jurisdiccional. En la actualidad, por tanto, la doctrina procesalista es unánime al decantarse por lo que podríamos llamar un *criterio funcional* para definir el objeto de la disciplina. Es la función a la que el proceso sirve de instrumento la que da la clave: la jurisdicción. Si algo transmite de manera inmediata este criterio definitorio, es la incoherencia entre los adjetivos que acompañan, respectivamente, al sector del ordenamiento jurídico a definir (procesal) y a la función que lo define (jurisdiccional), o como dijo Fenech («Notas previas al estudio del Derecho Procesal», en Fenech y Carreras, *Estudios de Derecho Procesal,* Barcelona, 1962, pág. 35), «la falta de coincidencia entre la denominación aceptada de la disciplina y su contenido». De ahí que, como hace el Profesor Montero Aroca y su escuela, se postule el cambio de denominación de la disciplina: *Derecho jurisdiccional* y no *Derecho Procesal.* La tradición y la generalización en el mundo de la expresión *Derecho Procesal* auguran serios obstáculos a ese cambio de nombre.

Naturalmente una disciplina jurídica no se reduce a un concepto. En buena medida los contenidos de las disciplinas jurídicas y ellas mismas corresponden a una convención y, sobre todo, a un acarreo histórico. Es probable que lo que realmente otorgue a una disciplina jurídica autonomía sea, además y más que la nítida delimitación de su objeto de estudio, la elaboración de una serie de nociones propias, de un cuerpo separado de principios, técnicas, conceptos. En ese sentido, la autonomía del Derecho Procesal no necesitaba ser demostrada ni ilustrada. El Derecho Procesal es al día de hoy una de las disciplinas jurídicas más caracterizadas por la existencia de un cuerpo de conocimientos propios.

No obstante, en la medida en que lo que mueve a la dogmática jurídica es el deseo de *hacer sistema*, para ello es sin duda imprescindible delimitar la idea o las ideas que hacen posible esa labor *sistematizadora* de la realidad jurídica. En nuestro caso, la primera y principal de esas ideas se llama *jurisdicción*. Naturalmente, el ansia sistematizadora y el anhelo definitorio no es imprescindible extremarlos. Se puede compatibilizar en ocasiones con criterios prácticos. Por ejemplo, ningún procesalista quedará proscrito por considerar que debe estudiar y enseñar la denominada *jurisdicción voluntaria*, aunque no sea jurisdicción. Quiero con ello decir que la aceptación de que el objeto propio del Derecho Procesal es el estudio de los sujetos y modo de ejercicio de una función que llamamos *jurisdicción* constituye aceptar un criterio sistematizador y explicativo. Mas esa aceptación no tiene por qué conducir a una suerte de *fundamentalismo* metodológico. Y ello, entre otras razones, porque forzoso es reconocer que el concepto definitorio y sistematizador del Derecho Procesal no es un concepto caracterizado por la claridad y la precisión. No voy a glosar aquí el buen número de posturas acerca del concepto de jurisdicción. En vez de recorrer el camino andado, me limitaré a esbozar el punto de llegada que a mi entender resulta aceptable.

5. El concepto de jurisdicción es relativo, en la medida en que no puede ser formulado sin referencia al modelo de organización política que llamamos Estado y, en el seno de la evolución de éste, sin enmarcarlo en el fenómeno político que llamamos división de poderes. Fuera de estas coordenadas, en un terreno de categorías puras, sólo cabe distinguir entre los fenómenos de la *creación* y la *aplicación* del Derecho, distinción ésta tampoco carente de dificultades. En el terreno de las categorías puras, distinguir diversas formas de aplicación del Derecho conduce a la aporía, a un callejón sin salida de la especulación lógica.

Ya enmarcados en un Estado que conoce la división de poderes, la dificultad principal consiste en hallar la nota o notas esenciales que distinguen una forma de aplicar el Derecho que consideramos *administrativa* de la forma de aplicar el Derecho que consideramos *jurisdiccional*. Es decir, aún en este marco de relatividad del concepto de jurisdicción, su delimitación no es tarea sencilla. En todo caso, creo que dicha delimitación debe basarse en las siguientes ideas.

La jurisdicción es *estatal*. Integra el contenido de la soberanía del Estado. Quiere ello decir que la jurisdicción sólo es ejercida por órganos del Estado y que en los casos en que la jurisdicción es ejercida por sujetos u órganos no estatales, el reconocimiento de los efectos de dicha actividad corresponde soberanamente al Estado.

La jurisdicción es una *función* estatal para cuyo cumplimiento el Estado atribuye a determinados órganos la necesaria potestad. La *potestad* jurisdiccional es la situación jurídica de poder necesaria para cumplir la función jurisdiccional.

La jurisdicción como función monopolizada por el Estado sustituye y prohíbe la autotutela de los individuos. La *abolición de la justicia privada* y el *monopolio estatal de la jurisdicción* comportan la necesidad para los individuos de servirse de los

órganos del Estado para ver tuteladas las situaciones jurídicas reconocidas por el ordenamiento. El *acceso a la jurisdicción* se convierte en un derecho para los individuos, en lógica correspondencia con la prohibición de la autotutela. La idea de jurisdicción es inconcebible sin la existencia de un derecho público subjetivo de los individuos de acceder a ella.

La jurisdicción cumple un fin de resolver los *conflictos de intereses* existentes en una sociedad. No obstante, para la construcción del concepto de jurisdicción, este rasgo es metajurídico. Constituye un dato sociológico que no puede desconocerse, pero que no es esencial al concepto de jurisdicción, en la medida en que, aunque normalmente a la actividad jurisdiccional subyace un conflicto de intereses, ni la jurisdicción es el único medio de composición de conflictos, ni, sobre todo, el conflicto es condición necesaria para que se despliegue una actividad jurisdiccional.

Sí es condición necesaria para que pueda hablarse de actividad jurisdiccional que exista una *pretensión,* entendida como la petición fundada realizada por un sujeto legitimado para ello consistente en que el órgano jurisdiccional realice una determinada actuación del Derecho objetivo frente a otra persona. Es también necesario para que exista actividad jurisdiccional que el sujeto pasivo de la pretensión tenga la oportunidad de oponer *resistencia* a ella. *Dualidad de posiciones* diferenciadas respecto de la del órgano llamado a actuar el Derecho objetivo constituye un rasgo esencial de la actividad jurisdiccional. Es posible que otras épocas hayan conocido una actividad *jurisdiccional* no definida por esta nota. Es también cierto que la *satisfacción de pretensiones y resistencias* como función formal de la jurisdicción, en terminología del Profesor Montero Aroca, siendo condición necesaria para definir la jurisdicción, no es condición suficiente. Hay actividades no jurisdiccionales que también consisten en la satisfacción de pretensiones y resistencias. Y además el binomio pretensión-resistencia sólo describe *formalmente* la jurisdicción, en la medida en que hay actividades jurisdiccionales en que a ese binomio pretensión-resistencia no subyace una contraposición real de intereses. Pero en cualquier caso, la jurisdicción se caracteriza en este momento histórico por la nota de constituir un modo jurídico de satisfacer pretensiones y resistencias.

También constituye una nota definitoria de la jurisdicción el que la actuación del Derecho que produce se haga *de modo irrevocable.* Ahora bien, la irrevocabilidad o fuerza de cosa juzgada propia de la aplicación jurisdiccional del Derecho no es una nota exclusiva de ésta, en la medida en que esa irrevocabilidad también se da respecto de las aplicaciones del Derecho que llevan a cabo órganos administrativos. En este sentido, hay que matizar. La irrevocabilidad no es nota esencial de *toda* aplicación jurisdiccional del Derecho. Sí es cierto, en cambio, que la jurisdicción como función estatal es inconcebible sin que el instituto de la firmeza y el instituto de la cosa juzgada material desplieguen su eficacia en mayor o menor medida. Cabe además sostener la tesis que postula que la aplicación jurisdiccional del Derecho posee necesariamente un grado de irrevocabilidad superior a cualquier otra.

Igualmente es condición necesaria para poder hablar de una aplicación jurisdiccional del Derecho la nota de *independencia* del titular o titulares del órgano estatal que cumple esta función. Por independencia a estos efectos debe entenderse *ausencia de subordinación jurídica*, es decir, falta de un vínculo jerárquico a las instrucciones emanadas de otro órgano. Justo correlato de ello es que la jurisdicción se ejerce con *sometimiento exclusivo al Derecho*. La aplicación jurisdiccional del Derecho no permite al órgano que la realiza opciones distintas de las predeterminadas por el ordenamiento. En todo caso, la discrecionalidad, entendida como el fenómeno consistente en la pluralidad de opciones permitidas por el ordenamiento, no puede considerarse absolutamente excluida de la aplicación jurisdiccional del Derecho. En todo caso, sí cabe afirmar que el sometimiento exclusivo al Derecho, como justo correlato de la independencia, implica que la aplicación jurisdiccional del Derecho es la que conoce y admite un menor grado de discrecionalidad.

Si las anteriores son, a mi juicio, notas necesarias para poder hablar de jurisdicción, la nota que finalmente, unida a las anteriores, distingue la jurisdicción es la de *desinterés objetivo*. Esta expresión, libre y afortunada traducción del Profesor De la Oliva Santos del término italiano *alienità*, es actualmente la clave de la distinción entre la aplicación jurisdiccional del Derecho y la aplicación administrativa del Derecho. Si no hay desinterés objetivo, no hay jurisdicción. Y desinterés objetivo significa sencillamente que la jurisdicción es una forma de *heterotutela* y no de autotutela. La actuación del Derecho realizada por un órgano independiente y sometido únicamente al Derecho, satisfaciendo formalmente pretensiones y resistencias y de manera irrevocable (o potencialmente irrevocable), no es jurisdiccional si dicha actuación del Derecho responde a un fin de tutela de los intereses propios del ente en el que dicho órgano se integra, o, dicho en negativo, si el aplicador del Derecho no trasciende a los intereses públicos o privados en juego, que le resultan *ajenos*.

6. Las anteriores líneas esbozan las que, a mi juicio, constituyen hoy las notas necesarias para la idea de jurisdicción. La jurisdicción es la función estatal consistente en la tutela y realización del Derecho objetivo, mediante la satisfacción de pretensiones y resistencias, de manera potencialmente irrevocable y a través de órganos que actúan con desinterés objetivo, independencia y sometimiento exclusivo al Derecho.

Esta aproximación se ha hecho, como su lectura deja patente, desde la típica perspectiva de la jurisprudencia de conceptos. A mi juicio, esta perspectiva conceptualista es estéril si no se complementa con otras. Concretamente en el tema que nos ocupa, creo que la disquisición en torno al concepto de jurisdicción tiene varias funciones. En primer lugar, como ya ha quedado apuntado, marcar la senda definitoria y sistematizadora de aquello que los cultivadores del Derecho Procesal consideran como su objeto de estudio. En este sentido, la pregunta acerca de la definición del Derecho Procesal, inevitablemente abstracta, es reconducible a preguntas mucho más concretas. ¿Es Derecho Procesal la jurisdicción voluntaria?

¿Por qué no? ¿Es Derecho Procesal la regulación de la carrera judicial? ¿Y el arbitraje? ¿Es Derecho Procesal la regulación de los procedimientos ante el Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea? ¿Y el procedimiento de depuración de responsabilidad contable ante el Tribunal de Cuentas? Este tipo de preguntas concretas para las que la definición del Derecho Procesal es relevante pueden multiplicarse.

Mas en segundo lugar, la definición del objeto del Derecho Procesal en función de la idea de jurisdicción es relevante desde el punto de vista del Derecho positivo, en la medida en que el art. 117.3 de la Constitución establece que «la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». De nuevo cabe plantear interrogantes. ¿Cuál es la diferencia entre el quién y el cómo de la imposición de una pena privativa de libertad por la comisión de un delito o de una falta y la imposición de una sanción de privación de libertad por parte de una autoridad militar? ¿Qué distingue la imposición de una pena de multa por un Juez de la imposición de una sanción de multa por un Ministro? ¿Es jurisdiccional la labor de pesquisa propia de la instrucción penal? ¿Y la ejecución de una pena privativa de libertad? ¿Qué función jurisdiccional hay en la ejecución de una sentencia condenatoria de la Administración, cuando su cumplimiento se deja en manos de la propia Administración?

Un buen ejemplo de las dificultades del concepto de jurisdicción lo constituye el reciente Anteproyecto de Ley de Conflictos Administrativos. Dicho Anteproyecto de Ley, que no ha conocido gran publicidad, regulaba un sistema de resolución de las controversias jurídicas que se suscitasen entre la Administración General del Estado y las entidades de Derecho Público de ella dependientes o las que se suscitasen entre estas entidades. Caso de haberse convertido en Ley, el sistema debería haber sido instaurado también por las demás Administraciones territoriales, dado que la ley establecía su carácter *básico*. El Anteproyecto pretendía que estas controversias dejasen de ser resueltas por los Tribunales y pasasen a ser resueltas por la Administración pública de que se tratara. Se dejaban fuera de su ámbito de aplicación las cuestiones de naturaleza penal (pero no las relativas al ejercicio de acciones civiles derivadas de delitos o faltas), las cuestiones de responsabilidad contable competencia del Tribunal de Cuentas y los conflictos de atribuciones. Ello significa que el sistema se pretendía aplicar a las cuestiones de naturaleza civil y mercantil.

En síntesis, el sistema consistía en, vedando el acceso a los Tribunales, obligar a acudir a un procedimiento administrativo en el que, en el caso de la Administración del Estado, tras la emisión de sendos dictámenes preceptivos por parte de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado y del Consejo de Estado, el Ministro correspondiente –mediante Orden Ministerial– o, según los casos, el Consejo de Ministros –mediante *Acuerdo*–, habían de dictar una resolución «esta-

bleciendo de forma vinculante para las partes las medidas que cada una de ellas deberá adoptar para llevar al más puro y debido efecto la solución del conflicto o controversia planteados. La resolución del órgano competente no será recurrible ante los Tribunales de Justicia para las partes en conflicto».

Supongamos que este sistema hubiera llegado a convertirse en ley (o llegara en el futuro a convertirse en ley). A mis ojos aparece bastante claro que, de acuerdo con los cánones adoptados comúnmente para la definición de la función jurisdiccional, la aplicación del Derecho realizada para solventar el conflicto ha mudado de naturaleza. Lo que, ante el mismo eventual litigio entre, por ejemplo, dos organismos autónomos, antes daba lugar a un proceso civil y a una sentencia, ahora da lugar a un procedimiento administrativo y a una resolución administrativa. La aplicación jurisdiccional del Derecho se ha transformado en aplicación administrativa o *gubernativa* del Derecho.

De ello podemos extraer una consecuencia importante. El concepto de jurisdicción es descriptivo y no prescriptivo. No se trata ya de que el concepto de jurisdicción sea de difícil precisión, es decir, que tiene, junto a un núcleo claro, un halo borroso. Lo que se quiere señalar es que precisar cuándo un órgano ejerce jurisdicción nada nos dice acerca de, en primer lugar, qué órganos *deben* ejercerla ni, en segundo lugar, sobre *qué materias*. Dicho con otras palabras, la definición de la *función* jurisdiccional no abarca la precisión del *sujeto* que debe ejercerla ni la precisión del *ámbito objetivo* sobre el que se ejerce. Y parece claro que sin estas dos precisiones, el concepto de jurisdicción es una entelequia; sin esas dos precisiones, la definición de una disciplina jurídica sobre un mero concepto abstracto (aun relativo) de jurisdicción sería dudosamente fructífera.

La primera cuestión –la referente al *sujeto*–, la resuelve, en nuestro ordenamiento, la Constitución. Principalmente en el art. 117.3, al atribuir *exclusivamente* a los Juzgados y Tribunales la potestad jurisdiccional. Pero también en otros preceptos que reconocen o autorizan la atribución de potestad jurisdiccional a otros órganos distintos, como el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas o los órganos de una organización internacional. A mi juicio, la determinación de qué tipo de órganos tienen o pueden tener en nuestro ordenamiento potestad jurisdiccional no es de excesiva dificultad. Más difícil me parece, sin embargo, distinguir los distintos regímenes jurídicos de los mismos. Sobre esta cuestión volveré más adelante, al ocuparme del concepto de *Poder Judicial*.

No tan sencillo, aunque tampoco irresoluble, es el segundo problema, esto es, ¿cuál es el ámbito necesario de la potestad jurisdiccional? En este punto, una lectura de la Constitución permite hacer las siguientes consideraciones.

En primer lugar, en el ámbito sancionador existe una reserva jurisdiccional en lo que respecta a la imposición de penas por la comisión de delitos y faltas. La *garantía jurisdiccional* en la actuación del Derecho penal no está expresamente establecida por la Constitución, aunque se considera unánimemente deducible de la misma. No obstante, es necesario tener en cuenta que la separación entre la

imposición jurisdiccional de penas y la imposición administrativa de sanciones es formal, dado que a ambas alcanzan las mismas exigencias derivadas del principio de legalidad consagrado en el art. 25 de la Constitución (*lex scripta, lex praevia, lex certa*). El único límite sustancial expreso que impone la Constitución es el de que la Administración *civil* –por contraposición a la militar– no puede imponer penas que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad. También puede intentarse trazar un límite sustancial entre jurisdicción sancionadora y administración sancionadora a través de los principios de intervención mínima y de proporcionalidad, así como en la idea de que el Derecho administrativo sancionador no debe abarcar el mantenimiento del orden social general. Sin embargo, forzoso es reconocer que en nuestro ordenamiento ninguno de estos criterios traza una nítida separación entre los respectivos ámbitos de la potestad jurisdiccional sancionadora y de la potestad administrativa sancionadora, cuya representación gráfica sería la de círculos secantes y no la de círculos separados. Existen ámbitos materiales de conductas en que sanciones penales y sanciones administrativas se superponen y, lo que es más importante, esa superposición es variable en función de la voluntad del legislador. Si a ello se le añade que no sólo las garantías constitucionales del art. 25 de la Constitución son aplicables al Derecho Administrativo sancionador, sino también un buen número de las garantías del art. 24.2 de la misma, inicialmente concebidas para el proceso penal, el acercamiento entre potestad jurisdiccional sancionadora y potestad administrativa sancionadora es notable. De cualquier manera, el ámbito de la jurisdicción se extiende al control de legalidad del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, como el de toda la actividad administrativa.

En efecto, en segundo lugar, el ámbito de la jurisdicción se extiende en nuestro ordenamiento al control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa, según el art. 106.1 de la Constitución. Conviene, no obstante, hacer dos consideraciones. La primera es que el control de legalidad jurisdiccional se superpone al control de legalidad administrativo que se ejerce a través de los recursos administrativos, de la revocación y de la revisión de oficio. Ahora bien, mientras este último es contingente, el primero es necesario. En este sentido, el citado art. 106.1 de la Constitución marca un ámbito cierto y necesario de la potestad jurisdiccional en nuestro ordenamiento. La segunda consideración, sin embargo, viene a matizar la primera. Aún existiendo por exigencia constitucional una plenitud en el control jurisdiccional de la actividad administrativa, lo que es variable y disponible para el legislador es el ámbito de dicha actuación administrativa. Ello es importante, porque el hecho de que múltiples ámbitos de la vida social puedan estar hoy y dejar de estar sometidos mañana a potestades administrativas exorbitantes, en función de opciones políticas acerca del grado de intervención administrativa, implica que el tipo de tutela jurisdiccional sobre dichos ámbitos de la vida social es también variable. Ahora bien, siendo mudable el ámbito en que la tutela jurisdiccional se despliega sobre una previa actuación administrativa, no lo es el que toda actividad administrativa sea susceptible de control jurisdiccional.

En tercer lugar, el ámbito de actuación de la jurisdicción se extiende en nuestro ordenamiento, de acuerdo con el art. 24.1 de la Constitución, a la tutela de los *derechos e intereses legítimos* de *todas las personas.* Todas las relaciones y situaciones jurídicas que con arreglo al Derecho positivo sean calificables de derechos o intereses legítimos son, pues, por exigencia constitucional, susceptibles de tutela jurisdiccional. En el caso de los derechos directamente reconocidos por la Constitución, su intangibilidad por el legislador se extiende lógicamente a su tutela jurisdiccional. En el caso de los demás derechos e intereses legítimos, en cambio, su tutela jurisdiccional es una exigencia constitucional mientras mantengan tal condición, pero, siendo disponibles para el legislador, lo es también lógicamente su tutela jurisdiccional. Lo difícilmente admisible es que el ordenamiento pueda negar el acceso a la tutela jurisdiccional de lo que cualifica como derechos o intereses legítimos. De ahí las dudas que legítimamente se pueden plantear acerca de la constitucionalidad del sistema de solución de *conflictos administrativos* antes descrito.

En cuarto y último lugar, se suele afirmar que en nuestro ordenamiento forma parte del ámbito de actuación de la jurisdicción el control de constitucionalidad de las leyes. Desde luego, ninguna duda cabe de que el ámbito de actuación de la jurisdicción abarca la aplicación de la Constitución, como norma jurídica suprema que es. Ciertamente también forma parte del ámbito de actuación de la jurisdicción el conjunto de juicios sobre validez o aplicabilidad de las leyes que los Juzgados y Tribunales tienen permitidos en nuestro ordenamiento (inconstitucionalidad sobrevenida de leyes preconstitucionales, planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, primacía del Derecho Comunitario, etc.). Alguna duda puede suscitar, sin embargo, si el control de constitucionalidad de las leyes que realiza el Tribunal Constitucional, tanto a través del recurso como de la cuestión de inconstitucionalidad, es o no una actuación *jurisdiccional.* De acuerdo con el esbozo del concepto de jurisdicción antes realizado, el control de constitucionalidad de las leyes que realiza el Tribunal Constitucional no encaja perfectamente con la nota de constituir un mecanismo de satisfacción de pretensiones y resistencias, sobre todo por lo que respecta a la cuestión de inconstitucionalidad. Sostener el carácter jurisdiccional del control de constitucionalidad de las leyes que realiza el Tribunal Constitucional exige admitir que la noción de pretensión abarca un fenómeno tan atípico a estos efectos como el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, que puede responder además a la exclusiva iniciativa del órgano judicial y contar incluso con la oposición de las partes del proceso *a quo.*

De todo lo expuesto cabe extraer una síntesis. El concepto de jurisdicción es un concepto relativo y relativos son también el *órgano jurisdicente* y el *ámbito objetivo* de dicha actividad. Ello no obsta a que el Derecho Procesal se edifique como disciplina jurídica sobre estos postulados, a condición naturalmente de ser conscientes de ello.

7. Pasando a otra cuestión, unas líneas más arriba señalaba que siendo una cuestión resoluble la de determinar qué órganos o qué tipos de órganos pueden en nuestro ordenamiento ejercer la potestad jurisdiccional, más difícil me parecía la cuestión de determinar los distintos regímenes jurídicos a que dichos órganos pueden estar sujetos. El *quid* de esta cuestión se encierra en la idea de *Poder Judicial*. Me parece que uno de los conceptos que es básico hoy por hoy para el Derecho Procesal –y no excesivamente perfilado– es el de *Poder Judicial*.

Uno de los comentarios más reiterados desde la aprobación de la Constitución acerca de la regulación que en la misma se realiza del Poder Judicial es el encaminado a señalar lo significativa que resulta la utilización de dichos términos –*Poder Judicial*– desde la rúbrica misma del título VI y en diversos preceptos del mismo, en contraste con otras denominaciones igualmente tradicionales, tales como *Administración de Justicia* o *Justicia* a secas, que carecen de la virtud de denotar la vigencia del principio de división de poderes y del de independencia judicial. No obstante, avanzando en la reflexión, hay que señalar la necesidad de dotar a la expresión *Poder Judicial* de un sentido jurídico, es decir, que tales términos engloben un concepto preciso o, dicho de otro modo, que tengan un significado técnico-jurídico.

En una primera aproximación, y desde el punto de vista genérico de los poderes y las funciones del Estado, cabría afirmar que el Poder Judicial es el conjunto de órganos encargados de ejercer la jurisdicción. Con independencia de cuál sea el concepto de jurisdicción o, si se prefiere, aceptando que la jurisdicción es una función estatal susceptible de ser definida de una u otra manera, el Poder Judicial sería, en consecuencia, el conjunto de órganos estatales (o si se prefiere, de titulares de dichos órganos) encargados del cumplimiento de dicha función e investidos, por tanto, de la potestad necesaria a dicho fin (la potestad jurisdiccional o, también, el poder judicial con minúsculas).

Pocos negarían que esta primera definición es válida como punto de partida. Y, sin embargo, es inexacta. Ni los órganos integrantes del Poder Judicial ejercen exclusivamente funciones jurisdiccionales, ni las funciones jurisdiccionales son ejercidas exclusivamente por los órganos integrantes del Poder Judicial. La primera proposición se basa en el art. 117.4 de la Constitución y en el art. 2.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establecen que los Juzgados y Tribunales ejercerán, además de la potestad jurisdiccional, aquellas otras funciones que la ley expresamente les atribuya en garantía de cualquier derecho. Es, sin embargo, la segunda proposición la que ahora va a centrar nuestra atención, porque, si además de los órganos que integran el Poder Judicial, existen otros órganos que ejercen igualmente la potestad jurisdiccional –que es la típica de aquél–, ¿de qué modo puede definirse entonces el Poder Judicial? Dejemos el interrogante en el aire para hacer ciertas consideraciones antes de volver a él.

Sabido es que el Poder Judicial es un complejo orgánico policéntrico y descentralizado, es decir, que el poder judicial viene atribuido por entero a un gran número de sujetos integrantes o titulares de órganos jurisdiccionales. No existe,

por tanto, un Poder Judicial, sino diversos sujetos con poder judicial que integran órganos. Mas lo que ahora interesa poner de relieve es que la Constitución ha atribuido potestad jurisdiccional a diversos tipos de órganos o, de nuevo si se prefiere, a sujetos titulares de dichos órganos que disfrutan de estatutos jurídicos diversos y con distintas atribuciones competenciales. Así, y como distinción provisional, podemos afirmar que la Constitución reconoce una jurisdicción ordinaria y unas jurisdicciones especiales. La distinción entre estos dos tipos de jurisdicción –ordinaria y especial– no reside meramente en el diferente ámbito de competencia de cada uno de ellos. Naturalmente, la jurisdicción ordinaria tiene una competencia que podríamos llamar genérica («se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español», dice el art. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), mientras que la jurisdicción especial tiene una competencia especializada (se extiende a determinadas personas o materias), desgajada de la primera. Sin embargo, con este solo criterio competencial y partiendo del dato positivo de que en nuestra jurisdicción ordinaria existen diversas ramas u órdenes, llegaríamos a la conclusión de que tales órdenes son jurisdicciones especiales.

El único criterio que, consecuentemente, sirve para distinguir la jurisdicción ordinaria de la especial es el que atiende al estatuto jurídico de los Jueces que la integran. En ese sentido, es ordinaria la jurisdicción servida por Jueces con un estatuto jurídico ordinario, del que se separarían otros Jueces con estatuto jurídico distinto. Naturalmente, la jurisdicción ordinaria en este sentido estatutario y orgánico ha de serlo también por fuerza en cuanto a la competencia, pues lo contrario sería un contrasentido.

El Profesor Montero Aroca (cfr. Montero Aroca, Ortells Ramos y Gómez Colomer, *Derecho jurisdiccional*, Barcelona, 1994, vol. I, págs. 38 y ss.) ha realizado esta distinción en otros términos y seguramente con más claridad, al hablar de dos posibles acepciones de la expresión Poder Judicial en la Constitución, que él denomina *Poder Judicial político* y *Poder Judicial organización*. Según el citado autor, puede hablarse del *Poder Judicial político* como el conjunto de todos los órganos dotados de potestad jurisdiccional, tanto ordinarios como especiales. Todos los órganos jurisdiccionales son Poder Judicial en este sentido. En su acepción más restringida, no obstante, como organización, el Poder Judicial abarca sólo a cierto tipo de órganos jurisdiccionales, y no a todos, esto es, el Poder Judicial es una parte organizada del conjunto de Jueces y Magistrados que tienen potestad jurisdiccional. Así, el *Poder Judicial organización* se caracteriza por estar regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial, por estar integrado por Jueces con un estatuto jurídico común y por estar sometidos a un órgano autónomo de gobierno, el Consejo General del Poder Judicial. Al margen de esta organización quedan, sin embargo, los titulares de otros órganos que ejercen inequívocamente funciones jurisdiccionales, como, por ejemplo, los Tribunales militares, el Tribunal Constitucional o el Tribunal de Cuentas, así como órganos pertenecientes a entes supranacionales o internacionales, como el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

No cabe duda de que esta distinción de acepciones de la expresión Poder Judicial en la Constitución es acertada, en tanto en cuanto pone de manifiesto que, junto a los Juzgados y Tribunales ordinarios, están constitucionalmente reconocidos otros Tribunales de carácter especial tanto en lo referente a sus atribuciones (el ámbito estrictamente castrense, las garantías constitucionales, la jurisdicción contable, el Derecho comunitario) como en lo tocante al estatuto jurídico de sus miembros (ni están contemplados en la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni integrados en la carrera judicial, ni gobernados por el Consejo General del Poder Judicial).

Con ello, sin embargo, no se colman a mi juicio todas las distinciones necesarias o posibles. Avanzando un poco más, es necesario plantearse las diferencias entre esos Tribunales especiales reconocidos por la Constitución, que quedan al margen de lo que Montero Aroca llama el *Poder Judicial organización.* Es necesario plantearse si verdaderamente todos esos Tribunales están al margen del Poder Judicial organización. El problema que, en definitiva, se quiere plantear en las líneas que siguen es el siguiente: cuando la Constitución habla del *Poder Judicial* en el título VI, ¿qué órganos jurisdiccionales abarca o qué titulares o componentes de dichos órganos comprende? Concretando más: si tenemos en cuenta que la Constitución reconoce ciertos Tribunales especiales al margen de lo que podríamos llamar *jurisdicción ordinaria,* tales como la jurisdicción militar, el Tribunal Constitucional o el Tribunal de Cuentas en cuanto órgano con jurisdicción contable, ¿forman estos órganos en algún sentido parte del Poder Judicial?, ¿integran sus componentes el Poder Judicial, en el sentido del art. 117.1 de la Constitución?, ¿cuáles sí y cuáles no y por qué? Y sobre todo, ¿obligan las disposiciones del título VI de la Constitución (arts. 117 a 127) en alguna medida a todos o a alguno de dichos Tribunales situados al margen de la jurisdicción ordinaria?

El Profesor De Otto y Pardo (*Estudios sobre el Poder Judicial,* Madrid, 1989, págs. 54 ss. y 133 ss.) esbozó la posible diferencia al distinguir entre lo que denominó *jurisdicciones judiciales* y *jurisdicciones no judiciales.* Para el citado autor, siendo la expresión Poder Judicial fuente de confusiones, para deshacerlas hay que partir de que el art. 117.1 de la Constitución atribuye la jurisdicción a «Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial», quedando, en cualquier caso, claro que «la titularidad de la función jurisdiccional corresponde a los Jueces y Magistrados considerados *uti singuli,* y no al conjunto orgánico», es decir, que «no hay un poder judicial titular de la potestad jurisdiccional del cual sean órganos los Jueces y magistrados o los Juzgados y Tribunales, sino que son los propios Jueces y Magistrados, *cada uno de ellos,* los titulares de esa potestad», siendo «la jurisdicción, por tanto, una función de titularidad múltiple y difusa». Lo que caracteriza, en principio, a los titulares de esa función son los siguientes datos: están gobernados por el Consejo General del Poder Judicial y se rigen por una legislación y un estatuto jurídico común, contenido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que debe establecer su independencia, su inamovilidad, su responsabilidad y su sometimiento exclusivo al imperio de la ley.

Sucede, sin embargo, que la Constitución reconoce potestad jurisdiccional a otros sujetos que no son «Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial», es decir, que existen Tribunales cuyos titulares no son Jueces y Magistrados en el sentido del art. 117.1, por cuanto no son gobernados por el Consejo General del Poder Judicial ni gozan del estatuto jurídico de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aunque, dicho sea de paso, puedan ser igualmente independientes. Este sería el caso, por ejemplo, de los Magistrados del Tribunal Constitucional, que, según esto, ejercen una *jurisdicción no judicial* –al no ser Jueces y Magistrados–, frente a la ordinaria, que constituye una *jurisdicción judicial.*

La cuestión consiste en dilucidar si otras jurisdicciones reconocidas por la Constitución aparentemente al margen de la ordinaria (la de los Tribunales militares o la contable del Tribunal de Cuentas), son, en el sentido apuntado, judiciales o no judiciales. Para el Profesor De Otto, en el caso del Tribunal de Cuentas, no cabe duda de que nos encontramos ante una jurisdicción no judicial, porque sus miembros, aunque según el art. 136.3 de la Constitución «gozarán de la misma independencia e inamovilidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades que los Jueces», no están integrados en el Poder Judicial.

En lo que a los Tribunales militares se refiere, De Otto nos brinda las interpretaciones posibles. Así, en primer lugar, cabe entender que la mención expresa de la jurisdicción militar en el art. 117.5 de la Constitución significa que ésta se configura como una jurisdicción no judicial, absolutamente ajena al Poder Judicial y a los rasgos constitucionales del mismo, de modo que estaría integrada dicha jurisdicción por funcionarios militares sin condición de Jueces en el sentido del art. 117.1; en suma, se trataría de una jurisdicción administrativa constitucionalmente reconocida para el ámbito militar. Se puede interpretar, en segundo lugar, que la mención de la jurisdicción militar en el art. 117.5 de la Constitución significa que se trata de una jurisdicción judicial distinta de la ordinaria, de manera que sus componentes, aun no sometidos al estatuto único y al Consejo General del Poder Judicial, han de ser Jueces en el sentido del art. 117.1 de la Constitución, esto es, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. Aun ajenos al complejo orgánico usualmente denominado Poder Judicial, los Jueces militares serían, pues, «integrantes del poder judicial», en el sentido del art. 117.1 de la Constitución. Esta interpretación tendría base –según De Otto– en el dato de que el apartado 5 del art. 117 haga una mención expresa de la jurisdicción militar, que resultaría superflua si se entendiese que los Jueces militares no están comprendidos en el art. 117.1. También es posible, en tercer y último lugar, concebir que, siendo los Jueces militares integrantes del Poder Judicial, han de formar plenamente parte del mismo, con los mismos rasgos constitucionales que los denominados Jueces ordinarios –incluidos el estatuto jurídico común y el sometimiento al Consejo General del Poder Judicial–, de manera que, según De Otto, la especialidad de la Justicia militar no podría consistir en situarse al margen del Poder Judicial como organización, sino tan sólo en tener un régimen parcialmente distinto dentro de ésta.

A la misma cuestión, aunque con diferentes términos, ha aludido también el Profesor Luis M.ª Díez-Picazo Giménez (*Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, 1991, págs. 43 ss). Para el citado autor, la comprensión de los supuestos de Tribunales especiales reconocidos por la Constitución exige partir de dos de los principios fundamentales en la configuración constitucional del Poder Judicial: el principio de unidad jurisdiccional y el principio de exclusividad de la jurisdicción entendido en sentido positivo o, como lo llama el autor, la *reserva de Poder Judicial*. Como es sabido, el principio de unidad jurisdiccional es el resultado de una larga lucha histórica contra las jurisdicciones especiales que plasmaban privilegios o estaban dotadas de una menor o nula independencia. Dicho principio no prohíbe la especialización de los Tribunales, sino que proscribe la existencia de complejos orgánicos jurisdiccionales diferenciados, es decir, en definitiva, que los miembros de determinados Tribunales tengan un estatuto jurídico específico, ya que la historia enseña que normalmente esta especificidad está encaminada a minar la independencia judicial. La *reserva de Poder Judicial* (expresión que el autor citado prefiere a la de principio de exclusividad en sentido positivo, al estimar que este principio posee también un significado negativo al que cuadra mejor la nota de la exclusividad) significa que sólo los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial pueden ejercer la potestad jurisdiccional.

Ahora bien, lo importante a los efectos que nos interesan es que, como señala Luis M.ª Díez-Picazo, ninguno de estos dos principios –unidad y reserva de Poder Judicial– es absoluto, sino que ambos tienen excepciones constitucionalmente reconocidas. Así, la excepción al principio de unidad vendría dada por el reconocimiento de la jurisdicción militar, que estaría sólo parcialmente encuadrada en el Poder Judicial y sólo parcialmente sujeta a las exigencias que la Constitución impone a los Tribunales ordinarios. Por otro lado, la jurisdicción constitucional constituiría, según esto, la excepción reconocida de la reserva de Poder Judicial, al tratarse de un supuesto en que la Constitución permite el ejercicio de funciones inequívocamente jurisdiccionales a un órgano –el Tribunal Constitucional– claramente situado al margen del Poder Judicial.

Así pues, cada uno de estos autores utiliza términos distintos para aludir a un mismo fenómeno: el de los Tribunales especiales reconocidos por la Constitución. Montero Aroca habla de *Poder Judicial político* y *Poder Judicial organización*; De Otto, de *jurisdicciones judiciales* y *jurisdicciones no judiciales*; Luis M.ª Díez-Picazo, de *excepciones del principio de unidad jurisdiccional* y de *excepciones a la reserva de Poder Judicial*. Como telón de fondo de estas disquisiciones se sitúan, a mi juicio, dos cuestiones: la primera, de orden conceptual, esto es, como señalábamos al principio, la búsqueda de un concepto constitucional del Poder Judicial razonablemente preciso; la segunda, problemática y con un trasfondo eminentemente jurídico-positivo, a saber: ¿son aplicables las disposiciones del título VI de la Constitución a los Tribunales especiales constitucionalmente reconocidos al margen de la jurisdicción ordinaria?

Siguiendo la estela de las ideas expuestas, pero llevando las cosas hasta el final, lo que subyace es la hipótesis siguiente. Tratándose de jurisdicciones no judiciales o de excepciones a la reserva de Poder Judicial –paradigmáticamente, el Tribunal Constitucional–, estaríamos ante supuestos situados al margen absolutamente del Poder Judicial y, en consecuencia, del título VI de la Constitución. Ello significa que las normas contenidas en dicho título no vincularían a las jurisdicciones no judiciales, de modo que, todo lo más, podría existir una aplicación de las normas legales de desarrollo de las disposiciones del título VI si las leyes de organización y funcionamiento de dichas jurisdicciones remitieran a las mismas; pero esto sería libertad del legislador y no imposición constitucional.

Ejemplificando esta hipótesis en el Tribunal Constitucional, nos encontramos con un órgano que ejerce funciones jurisdiccionales al margen del Poder Judicial. Es una jurisdicción no judicial, porque los Magistrados del Tribunal Constitucional no son «Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial», en el sentido del art. 117.1 de la Constitución. Se trata de una excepción a la reserva de Poder Judicial y, por tanto, las normas del título VI son indiferentes para el Tribunal Constitucional, que tiene su específica regulación constitucional. Dicha regulación es en algunos casos paralela o parcialmente reiterativa de la dedicada al Poder Judicial, por lo que carecería de sentido si se estimara que el Tribunal Constitucional está en alguna medida integrado en el Poder Judicial. Así, por ejemplo, mientras el art. 127 de la Constitución se refiere a las incompatibilidades de Jueces y Magistrados, el art. 159.4 hace lo propio con las de los Magistrados del Tribunal Constitucional (con un parcial reenvío); del mismo modo, mientras el art. 118 hace referencia al valor de las resoluciones judiciales, el art. 164 lo hace respecto de las sentencias del Tribunal Constitucional.

Por el contrario, tratándose de jurisdicciones judiciales o de excepciones al principio de unidad jurisdiccional –paradigmáticamente, la jurisdicción militar–, estaríamos ante supuestos de órganos (y Jueces) integrados en el Poder Judicial y –aunque no *in toto*– vinculados a las disposiciones del título VI. Y digo que no totalmente, porque el art. 122 de la Constitución estaría pensado solamente para la llamada jurisdicción ordinaria (estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera y sometimiento al gobierno del Consejo General del Poder Judicial). Pero, al margen del art. 122, los demás preceptos del título VI sí serían aplicables a las jurisdicciones judiciales (así, por ejemplo, los arts. 121 –responsabilidad del Estado–, 123 –Tribunal Supremo–, 124 –Ministerio Fiscal–, 127 –incompatibilidades–). Y les serían aplicables no por remisión de sus leyes de organización y funcionamiento, sino *ex Constitutione.*

Concretada esta hipótesis en la jurisdicción militar, desde luego se ve absolutamente corroborada por su legislación de desarrollo. El legislador ha querido que la jurisdicción militar no sea concebida como un cuerpo extraño, sino como una jurisdicción integrante del Poder Judicial (*vid.*, art. 1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar), aunque con las peculiaridades necesarias derivadas del ámbito estrictamente cas-

trense en que desarrolla su función. Ciertamente, del escueto art. 117.5 de la Constitución es difícil sacar una conclusión, puesto que, aparte de limitar la jurisdicción militar al ámbito estrictamente castrense y a los supuestos de estado de sitio, sólo dice que la regulación legal se hará «de acuerdo con los principios de la Constitución». Aunque la expresión es vaga, algo debe significar, y no sólo que la ley reguladora de la jurisdicción militar debe respetar la Constitución, porque eso sería una obviedad, sino que los *principios* constitucionales reguladores del Poder Judicial son aplicables a la jurisdicción militar en cuanto forma parte de éste.

Esta es, me parece, la explicación comúnmente aceptada de la idea de Poder Judicial en nuestro ordenamiento. Es, desde luego, la hipótesis aceptada por el legislador o, al menos, la plasmada en nuestra legislación. Ahora bien, me gustaría plantear, aunque sólo fuera para abrir un debate, si es posible construir un concepto distinto de Poder Judicial. Un concepto de Poder Judicial que no quede restringido a los Jueces y Magistrados contemplados en la Ley Orgánica del Poder Judicial y gobernados por el Consejo General del Poder Judicial. Mas al mismo tiempo un concepto de Poder Judicial que, extendido a los demás Tribunales especiales reconocidos por la Constitución, no tenga su exclusivo centro en la idea de potestad jurisdiccional. A mi modo de ver, la rúbrica del título VI –y lo que es más importante, su contenido– abarcan a todos los Tribunales que administran justicia, es decir, no sólo a los Jueces y Magistrados *ordinarios*, sino también a los que ejercen la jurisdicción constitucional, la contable o la militar. Todos ellos son «Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley», que administran en nombre del Rey la justicia que emana del pueblo. El Poder Judicial es, pues, subjetivamente, el conjunto de esos Jueces y Magistrados y, funcionalmente, el conjunto de las funciones que ejercen, tanto las jurisdiccionales como las no jurisdiccionales. Y el título VI de la Constitución constituye la *lex generalis* aplicable a todos ellos. Y digo *lex generalis*, porque algunos de esos Jueces y Magistrados tienen en algunas facetas relativas a su estatuto orgánico y al ejercicio de sus atribuciones su propia *lex specialis*. Pero todos ellos forman parte del Poder Judicial del Estado.

Esta larga reflexión acerca de la noción de Poder Judicial iba encaminada a plantear una cuestión. En la evolución del Derecho Procesal como disciplina jurídica han sido marcadas con gran acierto diversas etapas: la práctica forense, el procedimentalismo, el procesalismo científico y el Derecho jurisdiccional. La cuestión es, ¿llegará un momento en que nuestra disciplina pueda ser definida como *el Derecho del Poder Judicial*? ¿Cabe abandonar la dificultad de un criterio definitorio funcional, como es el de la jurisdiccionalidad, y sustituirlo por un criterio subjetivo, como es el del Poder Judicial? Las dificultades que entraña la definición de las funciones estatales y de su respectivo ámbito material, acentuadas por la mixtificación de funciones que la organización contemporánea del poder entraña, ¿no marcan una senda de transformación del Derecho Procesal en una

disciplina jurídica que acote su objeto de estudio en función de un criterio *subjetivista* en vez de un criterio *objetivista*? No es mi intención abordar exhaustivamente las implicaciones de esta cuestión. Ni siquiera estoy vaticinando o propugnando nada. Me limito a plantear un interrogante. En todo caso, cuando me refiero a un Derecho del Poder Judicial, no lo hago meramente en el sentido de Poder Judicial político como conjunto de órganos que ejercen la potestad jurisdiccional. Ese criterio reconduce a la idea de jurisdicción.

El criterio funcional de la jurisdicción como definidor del Derecho Procesal tiene indudables méritos. Ha conseguido superar la visión que se centraba en el concepto de proceso y en la estéril discusión sobre su naturaleza jurídica, demostrando, como señaló el Profesor Montero Aroca («Del Derecho Procesal al Derecho Jurisdiccional», en *Trabajos de Derecho Procesal*, Zaragoza, 1988, pág. 49), que «la evolución ha seguido un movimiento centrípeto, de la periferia al centro, de la apariencia a la esencia». La visión jurisdiccional de la disciplina ha triunfado en la reivindicación de que la jurisdicción no sea estudiada como un mero presupuesto del proceso, sino que la organización jurisdiccional forme parte señera del objeto de la disciplina. Y más allá del cambio de denominación, frente al que la tradición pesa, el cambio de rumbo se ha logrado.

No obstante, la visión jurisdiccional encuentra a mi juicio algunos problemas. No permite una justificación clara de que el Derecho Procesal abarque también el estudio de las actividades no jurisdiccionales de Jueces y Magistrados y reclama como materia propia cualquier actividad jurisdiccional con independencia del órgano que la realiza. Por eso cabe dudar de la entera corrección de un criterio que, en rigor, considera que no es propio de nuestra disciplina el estudio de los actos de jurisdicción voluntaria judiciales o de las actuaciones judiciales no jurisdiccionales en garantía de derechos fundamentales y, por el contrario, considera que sería Derecho Procesal una eventual actividad jurisdiccional realizada por una asamblea parlamentaria.

Si lo que se busca es una clave que dé la razón de ser a nuestra disciplina desde el punto de vista de la realidad jurídico-política y de la evolución histórica, quizás ésta no se encuentre en la noción de jurisdicción. La aceptada relatividad de la misma, la discusión sobre sus notas esenciales, la indeterminación de sus agentes y la mutabilidad de su ámbito objetivo configuran un criterio inestable. La organización del poder en los Estados contemporáneos, aparte de fenómenos de descentralización y de cesión de soberanía, conoce una complejidad orgánica y una mixtificación funcional muy notables, producto de la evolución histórica y no de la razón o de la lógica. La existencia en numerosos países de Europa occidental de una jurisdicción constitucional concentrada es un gráfico ejemplo de ello. Pues bien, si lo que se busca es la idea esencial que permita la sistematización de la disciplina, es posible que convenga iniciar una reflexión sobre si la misma no es la función, sino el agente. Si esa reflexión no ha de dar fruto, ningún perjuicio se habrá causado. Y si ha de darlo, quizás quepa abrir una nueva etapa en la evolución de la disciplina.

Resta en todo caso reiterar, como más arriba expuse, que la perfecta delimitación del objeto de una disciplina es un anhelo necesario, aunque quizás inalcanzable. Todas las disciplinas *iuspublicistas* deben partir de una realidad jurídico-política compleja y variable. La razón de ser de cada una de ellas permanece aunque no se alcance la nítida delimitación de sus objetos respectivos. Su autonomía como saberes jurídicos se funda también y sobre todo en el logro de un cuerpo separado de conceptos, categorías y técnicas de análisis de la realidad jurídica.

8. Este recorrido por algunas cuestiones básicas del Derecho Procesal debe continuar con alguna reflexión en torno al tema de los derechos básicos de los justiciables. Bajo esta rúbrica estudia la ciencia del Derecho Procesal qué derechos públicos subjetivos ostentan los justiciables frente al Estado en cuanto monopolizador de la potestad de decir y hacer el Derecho. La cuestión de los derechos básicos de los justiciables, concretamente el concepto de acción, ha sido la sede de una de las polémicas más largas y extenuantes que han sostenido y sostienen los cultivadores del Derecho Procesal. No pretendo ahora elaborar un estado de la cuestión –uno más–, sino solamente esbozar un par de reflexiones.

La primera reflexión es la de que las exposiciones sobre la acción o, más en general, sobre los derechos básicos de los justiciables, deberían hacer más hincapié en aclarar sobre qué aspectos del tema hay consenso doctrinal y sobre cuáles hay disenso para, a partir de lo anterior, determinar en qué afecta el disenso en el resto de la exposición doctrinal del Derecho Procesal. Desarrollemos un poco esta idea.

En primer lugar, existe consenso en la doctrina procesalista en que debe predicarse la *autonomía del concepto de acción*, esto es, aunque ulteriormente se le atribuya el nombre de acción a conceptos muy diversos, hay acuerdo en que la acción no forma parte del derecho subjetivo al que sirve de instrumento de tutela. Frente a la secular visión iusprivatista de la acción como el ejercicio judicial de los derechos, o mejor dicho, como la facultad ínsita en todo derecho subjetivo a instar su protección judicial, el derecho subjetivo *puesto en pie de guerra*, el procesalismo científico concibe la acción como un derecho público subjetivo distinto del derecho subjetivo privado que en ciertos casos –no siempre– está en juego en el proceso. Es precisamente la elaboración de un concepto autónomo de acción, junto con la idea –ya superada– del proceso como relación jurídica, lo que marca el nacimiento de la visión científica del proceso, la autonomía del Derecho Procesal como disciplina jurídica.

A partir de este postulado, creo que enunciar los consensos y los disensos exige distinguir los derechos básicos de los justiciables en orden a la tutela de jurisdiccional de derechos e intereses predominantemente privados de los derechos básicos de los justiciables en orden a la tutela de intereses públicos y singularmente en el orden penal.

En el primer aspecto, existe consenso en que es predicable de la tutela jurisdiccional de derechos e intereses privados la existencia de un derecho público

subjetivo del justiciable al acceso a la jurisdicción, similar al derecho político de petición y que queda satisfecho por cualquier tipo de actividad jurisdiccional.

Existe igualmente consenso en que es predicable de la tutela jurisdiccional de derechos e intereses privados la existencia de un derecho público subjetivo del justiciable al proceso, entendiendo por tal el derecho a que los órganos jurisdiccionales resuelvan sobre su pretensión de tutela, sea de manera favorable o desfavorable. Este derecho público subjetivo, a diferencia del anterior, no se tiene incondicionadamente, sino si se cumplen una serie de requisitos establecidos por las leyes procesales y que son independientes del carácter fundado o infundado de la pretensión formulada.

Existe, sin embargo, disenso en torno a si es predicable de la tutela jurisdiccional de derechos e intereses privados la existencia de un derecho público subjetivo a la estimación de la pretensión formulada, a una sentencia favorable. Este es el principal y casi único punto de disenso en la elaboración doctrinal de este tema. Qué derecho público subjetivo merece el nombre de *acción* es cuestión nominalista. La única cuestión sustancial es si la estimación de una pretensión relativa a un derecho o interés privado se concibe en términos de cumplimiento de una función estatal o si se concibe también en términos de satisfacción de un derecho público subjetivo del justiciable.

Finalmente, existe también consenso en que en el ámbito de ejercicio de la jurisdicción penal no es predicable un derecho público subjetivo del justiciable a una sentencia favorable. Ni siquiera es predicable en los mismos términos que en el ámbito privado la existencia de un derecho al proceso. La acción penal se limita a un *ius ut procedatur*, entendido como derecho a constituirse en parte acusadora, a formular acusación y a ejercer las facultades que la ley procesal otorga a quien adquiere la condición de parte acusadora. Dicho derecho también se funda, como el derecho al proceso, en requisitos procesales independientes del fundamento de la acusación y, sin embargo, no abarca que el proceso penal se desenvuelva plenamente y acabe con una sentencia favorable o desfavorable. La acción penal es compatible con la potestad judicial de poner fin al proceso penal mediante un pronunciamiento de fondo anticipado.

Si se dejan de lado las disputas nominalistas y se atiende a los conceptos y a las realidades, se observa que existe un consenso doctrinal sobre buena parte de este tema. El único foco de discrepancia es la existencia o no de un derecho público subjetivo básico a la tutela jurisdiccional concreta de derechos e intereses privados. No voy a reiterar aquí los términos de esta discrepancia ni los argumentos por los que me sigue pareciendo correcta la concepción concreta de la acción civil. Al hacerlo no estaría sino parafraseando, sin su brillantez, la exposición de mi maestro el Profesor De la Oliva Santos (*vid., Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia*, Barcelona, 1980). Me interesa destacar otro aspecto.

Sin duda existe una profunda diferencia entre concebir que cuando un Tribunal civil dicta una sentencia estimatoria de la demanda del actor está satisfaciendo

un derecho público subjetivo a concebir que simplemente está cumpliendo una función consistente en actuar el Derecho objetivo. Una y otra concepción traen consigo, entre otras varias consecuencias, un distinto entendimiento de la teoría del objeto del proceso civil y, a partir de ella, irradian su influencia a múltiples instituciones. Conviene resaltar, sin embargo, cómo el entendimiento o, por mejor decir, la elaboración, construcción y funcionamiento de esas instituciones no quedan *marcadas* por el disenso en torno a la existencia o no del derecho a una tutela jurisdiccional concreta. La identificación de la causa de pedir, las clases de acciones (¿o pretensiones?) en función del *petitum*, la litispendencia, la prohibición de la *mutatio libelli*, la congruencia, la cosa juzgada, entre otras instituciones, han sido dotadas de un contenido por la ciencia del Derecho Procesal, respecto del cual pueden existir muchas divergencias, pero no derivadas de la *polémica sobre la acción*. Desde luego las construcciones conceptuales difieren, como gráficamente lo demostró el Profesor De la Oliva Santos con el ejemplo de la renuncia (*vid., op. cit.*, págs. 87 y ss.). Ello naturalmente obliga al jurista a decantarse por la opción conceptual que considera correcta y seguirla. Con ello quiero aclarar que no pretendo vaciar de contenido el debate en torno a la acción. Lo que creo que debe ser resaltado es que esa polémica afecta *funcionalmente* al Derecho Procesal menos de lo que a primera vista podría parecer. Y ello por la sencilla razón de que la teoría de los derechos básicos del justiciable es propiamente eso: una teoría; una elaboración doctrinal erigida sobre los datos que aporta el Derecho positivo, pero que, lógicamente, no altera el Derecho positivo.

La base que el Derecho positivo representa y ha de representar para toda construcción dogmática me permite pasar a la segunda reflexión que quería realizar en torno al tema de los derechos básicos de los justiciables y que va a consistir en un apunte, más que en el desarrollo de una tesis.

Los derechos básicos de los justiciables se han abordado tradicionalmente desde una perspectiva doctrinal. Un siglo y ríos de tinta se han empeñado en la reflexión. El Derecho Procesal como disciplina jurídica debe su nacimiento y crecimiento a ese empeño. Las preguntas básicas, así como las respuestas dadas, en algunos aspectos diversas, permanecen. Ello no obstante, la aprobación de la Constitución ha traído consigo una nueva perspectiva, aparte de para muchas cuestiones de nuestra disciplina, para el tema de los derechos básicos de los justiciables. Es cierto que el texto constitucional en este punto se elaboró de espaldas a la perspectiva doctrinal (*vid.*, De la Oliva Santos, *op. cit.*, págs. 132 y ss.). También es cierto que la ingente masa de resoluciones del Tribunal Constitucional sobre el art. 24 de la Constitución, y más concretamente la jurisprudencia de ella deducible en torno al derecho a la tutela judicial efectiva, no atienden preferentemente –y es lógico que así sea– a los problemas de la ciencia del proceso. Aunque creo que esta última afirmación merece alguna matización: está todavía por descubrir y delimitar la influencia real que las obras doctrinales de Derecho Procesal han tenido, sobre todo en sus primeros impulsos, sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al art. 24 de la Constitución. A mi juicio, esa

influencia ha sido mayor de lo que se piensa, si bien esta opinión es poco más que una conjetura que necesitaría de un estudio detallado para convertirla en tesis.

En todo caso, me parece bastante claro que al día de hoy conviven dos perspectivas de estudio del tema de los derechos básicos de los justiciables: la perspectiva doctrinal y la perspectiva constitucional. No se trata desde luego de perspectivas radicalmente distintas. Pero tampoco se ha conseguido hasta ahora imbricarlas perfectamente. Y creo que esa imbricación es tarea de la doctrina procesalista. La exposición sobre los derechos básicos de los justiciables debería empezar a hacerse partiendo del art. 24 de la Constitución y del examen –necesariamente crítico– de la jurisprudencia constitucional. Naturalmente, mucha atención ha prestado la doctrina procesalista en los últimos quince años a ese artículo de la Constitución y a las sentencias y autos del Tribunal Constitucional sobre el mismo. Sin embargo, está todavía en unos casos por hacer y en otros por terminar la elaboración dogmática de los derechos constitucionales de naturaleza procesal, sobre todo la de la tutela judicial efectiva y la de la prohibición de indefensión. Sólo a la vista de esa elaboración dogmática cabrá esa imbricación, que en algunos casos podría ser sustitución, de la perspectiva doctrinal tradicional de este tema.

A mi juicio, esa tarea no puede consistir sólo en la crítica de la jurisprudencia, aunque sin duda un seguimiento minucioso de la misma sea un servicio a la comunidad digno de empeños colectivos. Más allá de ese seguimiento crítico, los términos *tutela efectiva* e *indefensión* están necesitados de una labor sistematizadora, propia de la doctrina procesalista y que ésta hasta ahora sólo ha realizado en parte, o si se prefiere, que ésta no ha acometido globalmente.

9. Esta perspectiva constitucional también debe afectar, en mayor medida de lo que hasta ahora lo ha hecho, a otros temas o apartados básicos del Derecho Procesal. Me limitaré a dos botones de muestra.

El primero se refiere a los principios jurídico-naturales o principios comunes o necesarios del proceso: el principio de audiencia y el principio de igualdad. La notoria constitucionalización de estos dos principios procesales en la cláusula prohibitiva de la indefensión, contenida en el art. 24.1 de la Constitución, altera decisivamente su eficacia. Y no sólo porque se consagren como contenido de un derecho público subjetivo de carácter fundamental, susceptible además de la tutela reforzada que supone el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Es el dato previo y primario de su constitucionalización lo más decisivo. Su supralegalidad obliga al legislador a respetarlos. Su naturaleza anterior de principios deducidos de exigencias jurídico-naturales o de principios generales inducidos de la legislación procesal se ha transformado en la de principios constitucionales. La delimitación de su contenido ya no es sólo necesaria como herramienta conceptual en la exposición sistemática del Derecho Procesal. La delimitación de su contenido implica poner límites precisos a la ley procesal, poder predicar de cada norma procesal –y de las interpretaciones de la misma– su conformidad o disconformidad con la Constitución. La constitucionalización de estos principios, como

la de otras varias garantías procesales, obliga a distinguir nítidamente el argumento jurídico-constitucional del argumento de oportunidad y sus respectivos fundamentos.

El segundo botón de muestra tiene que ver con las formas del proceso. La *summa divisio* procedimental que conoce el proceso jurisdiccional es la que marca el binomio oralidad-escritura. Existe una vastísima literatura jurídico-procesal tanto extranjera como española en torno al problema de la oralidad y la escritura como formas procesales. Sin embargo, el art. 120.2 de la Constitución, que dispone que «el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal», ha recibido muy escasa atención.

La primera impresión que, sin especial dificultad, se saca de la lectura de este precepto constitucional, conociendo nuestro ordenamiento procesal y su aplicación práctica, es que, cualquiera que sea el matiz que se quiera dar al significado de este precepto, nuestra realidad procesal –en particular la civil y la contencioso-administrativa; también la constitucional– dista mucho de adecuarse al dictado constitucional.

Una segunda impresión a la que se puede llegar tras muy poco que se investigue es que este art. 120.2 de la Constitución parece como si hubiera sido olvidado. No sé si puede llegar a hablarse de una *conspiración de silencio* en torno al art. 120.2 de la Constitución. Sin duda la doctrina procesalista se ha hecho eco de su existencia, incluso sacando algunas conclusiones generales del mismo. Mas, si se observa con atención, se comprobará que la exposición en torno al binomio oralidad-escritura sigue anclada en los mismos términos que antes de la entrada en vigor de la Constitución, sin advertir, salvo excepciones, que el art. 120.2 de la Constitución altera radicalmente dichos términos.

Ya no se trata de exponer el ser y las consecuencias de la oralidad y de la escritura, las ventajas e inconvenientes respectivos de los procesos predominantemente orales y de los procesos predominantemente escritos. Ya no se trata de una cuestión de oportunidad o de política legislativa. Se puede criticar que se haya constitucionalizado esta materia. Mas, hecha esa crítica, hay que partir de que la entrada en vigor de la Constitución supone en este punto que lo que era un debate de oportunidad se convierta en una labor de definición de las exigencias constitucionales.

No se puede admitir que el art. 120.2 de la Constitución sea una declaración de intenciones o un precepto programático. Respecto del carácter normativo de la Constitución no es necesario insistir a estas alturas, por lo que no es aceptable entender que el art. 120.2 sea una norma aplazada o simplemente actuar como si no existiera. Por ejemplo, el reciente Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sólo prevé, a lo largo de todo su articulado, sólo un acto que necesariamente habrá de desarrollarse en forma oral: la vista en el proceso especial de protección del derecho de reunión y manifestación. En algún otro caso (por ejemplo, trámite de conclusiones) la oralidad es posible, pero

no necesaria, y en la práctica ni existe ahora ni existirá en el futuro. ¿Qué queda del art. 120.2 de la Constitución en la jurisdicción contencioso-administrativa?

La proposición «el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal» contiene una norma jurídica; norma obviamente con fuerza y rango constitucionales. Por ello, habrá por lo menos que abrir un debate que parece aplazarse siempre. Habrá que empezar a plantearse las consecuencias derivadas o derivables de que en el texto de la Constitución se contenga semejante afirmación. Y a poco que uno empiece a plantearse dichas consecuencias, *tomándose en serio* el art. 120.2 de la Constitución, se da cuenta de que dicho precepto encierra una verdadera revolución. El art. 120.2 de la Constitución es quizás el precepto más importante de cuantos se contienen en el título VI, porque su cumplimiento exige un cambio radical de nuestra Justicia. Por la sencilla razón de que, como muchos autores han señalado, la oralidad no es sólo una forma procesal. La oralidad es un *sistema procesal.* La opción entre oralidad y escritura no tiene que ver solamente con la forma externa de los actos. Ni siquiera tiene que ver sólo con sus consecuencias de inmediación o mediación y de concentración o dispersión de los actos. La oralidad supone un entero sistema de administrar justicia, en la medida en que impone soluciones determinadas en multitud de aspectos.

Es tópico afirmar que la efectividad de la oralidad exige unos medios materiales y personales superiores. Ello no significa que la escritura fomente la penuria; significa que la penuria no admite la oralidad. Significa simplemente que sin suficiencia de medios personales y materiales los procesos orales no son concebibles o se dilatan en el tiempo de manera inadmisible, haciendo ficticia la oralidad.

Junto a la suficiencia de medios, la oralidad exige un tipo de medios distintos. Resulta obvio que son muy diferentes tanto los medios materiales como el tipo de personal que necesita una *oficina judicial* para tramitar procesos predominantemente orales que para tramitar procesos escritos. Al mecanógrafo le sustituye el estenotipista; a la fotocopiadora, la grabadora o el vídeo.

La oralidad, con su consecuencia de inmediación, impone la celeridad, en el sentido de imposibilidad de que transcurra un excesivo lapso de tiempo entre el acto oral y la decisión judicial. La oralidad exige fallar con arreglo a lo que se ha visto y oído y no con arreglo a la documentación escrita de lo visto y oído. Así, por ejemplo, la oralidad impone la deliberación de los órganos colegiados inmediatamente después de la vista. La oralidad implica, a mi juicio, la inadmisibilidad de medios de documentación de los actos que no aseguren la reproducción íntegra de lo actuado. Donde el art. 230.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dice que los Juzgados y Tribunales *podrán* utilizar cualesquiera medios técnicos, debería decir *deberán*, sobre todo en lo que respecta (como precisaba el antiguo art. 230.1) a la documentación. Creo incluso que cabe dudar –a la altura de 1996– de la constitucionalidad, por incompatible con la prohibición de indefensión, de los medios de documentación que no aseguran la recepción de la integridad de lo actuado.

La oralidad también afecta a otras cuestiones. En la medida en que trae consigo concentración, implica la drástica reducción, cuando no eliminación, de los recursos devolutivos contra resoluciones interlocutorias o de incidentes de previo pronunciamiento. Asimismo, si la preclusión suele entenderse como exigencia del orden y dispersión de los actos que impone la escritura, la oralidad permite flexibilizar la preclusión, lo que, en orden concretamente a la configuración del objeto del proceso, puede afectar al régimen de instituciones como la ampliación de la demanda o los términos para discernir la congruencia.

Decisiva es la conexión existente –y muchas veces no entendida– entre oralidad y única instancia. Entendiendo el término *instancia* en sentido estricto, como grado de jurisdicción en el que el órgano juzgador tiene potestad tanto para la interpretación y aplicación del Derecho como para la apreciación de los hechos, la oralidad es incompatible con la pluralidad de instancias o, en rigor, la sentencia dictada en una instancia oral es susceptible de ser revisada en cuanto a su adecuación a Derecho, pero no en cuanto al relato fáctico, al menos en lo que respecta a aquellos hechos cuya valoración como probados o no probados depende de la necesaria inmediación en la práctica del medio de prueba en que se basan, como sucede con la prueba testifical, la prueba de confesión y la prueba de reconocimiento judicial. La oralidad, por tanto, sólo admite una limitada revisión fáctica: la de los hechos tenidos por probados sobre la base de medios de prueba en los que la inmediación no es concebible (documentos) o no impide por naturaleza una ulterior apreciación sobre la base de su documentación (prueba pericial), así como la de los hechos cuya fijación como ciertos se ha realizado sobre la base de expedientes distintos de la prueba (notoriedad, admisión de hechos, presunciones). Si esto es así, esa limitada revisión fáctica sólo se puede llevar a cabo si la sentencia recurrida realiza una verdadera motivación fáctica. La oralidad es, pues, incompatible con la apreciación conjunta de la prueba.

Esto es una muestra de por qué la oralidad no abarca sólo la forma de los actos, sino que, como decía, trae consigo un entero *sistema procesal*. De ahí la relevancia inmensa del art. 120.2 de la Constitución. Me voy a permitir formular una *excusatio non petita* para terminar con esta cuestión. Los términos de esta disertación sobre la oralidad como sistema procesal se han hecho con la plena conciencia de las dificultades que la misma entraña. Se han hecho también desde la enseñanza, aprendida de mi maestro, de la necesidad de huir de las *fascinaciones* sobre la oralidad y sus *méritos*. Pero aún así se han hecho, porque no creo aceptable negar valor a un precepto constitucional.

10. Esta idea de la determinación de múltiples aspectos de la legislación procesal por la opción entre oralidad y escritura, hasta el punto de poder definir en función de la misma no la forma, sino el sistema, permite enlazar con otra cuestión. Lo que he llamado el *sistema procesal* o, en términos más amplios, la organización de la justicia en un país, constituye uno de los rasgos más definitorios de su cultura jurídica y uno de los elementos más determinantes del funcionamiento de su ordenamiento jurídico. Nunca me he apuntado a la lista de los que

consideran que la disciplina que enseñan y estudian es la más importante. Incluso en ocasiones, quizás por el solo deseo de contradecir lo que he oído a otros profesores de otras materias, he dicho a los estudiantes que el Derecho Procesal no es la asignatura más importante de la carrera. Pareciéndome despectivo el calificativo de *rituaria* aplicado a la legislación procesal, nunca me lo ha parecido, sin embargo, el de *adjetiva*. Los adjetivos delimitan el sentido del sustantivo al que sirven. En el mismo sentido, el Derecho Procesal delimita el entero ordenamiento jurídico.

Cuando queremos conocer los grandes rasgos –o incluso los entresijos– del ordenamiento jurídico de un país, una de las primeras cuestiones a examinar es cómo se administra justicia. Sabido es que en el origen de la existencia de las dos grandes familias jurídicas de nuestro tiempo –la de Derecho civil y la de *common law*– se encuentra básicamente una evolución distinta de la administración de justicia. En un mundo en el que la internacionalización de las relaciones económicas y la cooperación política están produciendo el acercamiento entre los Derechos sustantivos en no pocos sectores, el mundo de la Justicia parece mucho más impermeable a ese acercamiento. Las diferencias en lo que cabe llamar el sistema judicial pueden producir sensibles diferencias en el funcionamiento del entero *ordenamiento*. Una perspectiva ordinamentalista y no meramente normativista del Derecho no puede obviar este aspecto de análisis, que quizás algunos reputen –equivocadamente, a mi juicio– extraño a la dogmática y más propio de la sociología.

Los juristas belgas se asombran de cómo es posible que, habiendo adoptado Bélgica el Código civil francés, las interpretaciones de numerosos preceptos del mismo realizada por sus Tribunales difieran notablemente de las sustentadas en Francia. Ehrlich, nacido súbdito del Imperio austro-húngaro, narra cómo en un viaje a Bélgica sus anfitriones comentaban elogiosamente la perdurable influencia que había tenido la dominación austríaca en la legislación procesal. ¿Existirá alguna relación entre ambas cosas?

El proceso, la jurisdicción, la organización judicial, son factores determinantes de la cultura jurídica de un país y del funcionamiento global de su ordenamiento. Y no sólo en sus grandes rasgos, sino también en sus detalles.

Franco Cipriani (*Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia. 1866-1936*, Milán, 1991) evoca la oposición que entre los abogados de Trieste y Trento, recién incorporadas a Italia tras la Primera Guerra Mundial, suscitaba la aplicación del código procesal civil italiano de 1865 en sustitución del código austríaco de Franz Klein. Nadie se oponía a que en las regiones *redimidas* rigiese el Derecho sustantivo italiano, pero el grado de convencimiento sobre la superioridad y el grado de interiorización del proceso civil austríaco eran tales, que la implantación del proceso civil italiano se encontró con graves obstáculos.

Otro ejemplo italiano es también significativo. El código procesal civil italiano, en vigor en 1942, magna obra de Carnelutti, Calamandrei y Redenti, depuradísimo

resultado técnico del esfuerzo de grandes maestros, tuvo que ser *contrarreformado* en 1950, por la oposición al mismo de los profesionales del Derecho.

Los ejemplos podrían sucederse. Numerosos aspectos procesales u orgánicos pueden influir notoriamente en la cultura jurídica y en el funcionamiento del sistema jurídico. El número de jueces, su sistema de reclutamiento, la existencia o no de carrera judicial, hasta el modo de remuneración de los mismos, así como la efectividad o no de la ejecución forzosa o del sistema de medidas cautelares, el número de instancias, la claridad de las reglas de atribución de competencia, el modo de motivar las sentencias, etc., pueden constituirse en rasgos sumamente relevantes, por influyentes, de un ordenamiento jurídico. Qué duda cabe, por terminar con los ejemplos, que existe una influencia recíproca entre el modo de administrar justicia y el modo de enseñar Derecho.

Con todo esto lo que quiero señalar es la necesidad de analizar y destacar la influencia que el ordenamiento procesal tiene sobre el funcionamiento del conjunto del ordenamiento y, más allá, sobre la cultura jurídica de un país.

11. Esta reflexión no pretende sino dar pie a otra de índole más general, aunque más breve, en torno al método. No pretendo hacer en este momento severas consideraciones sobre metodología de la ciencia del Derecho. Si se me permite la osadía de semejante síntesis, creo que frente al actual sincretismo o pluralismo metodológico que caracteriza el estadio actual de la ciencia jurídica, el método jurídico se resume en dos palabras: *sistema* y *tópica*. No sé si lo que realmente hacemos los juristas merece el nombre de *investigación* y su resultado el de *ciencia*, o más bien el de *técnica*. No creo en la frase de Julius Hermann von Kirchmann, oscuro fiscal prusiano, de que «tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura» (*La jurisprudencia no es ciencia*, traducción española de Antonio Truyol Serra, Madrid, 1983, pág. 29), pero no sé si la labor de un jurista respecto del ordenamiento se asemeja a la de un botánico respecto de las plantas, o más bien a la de un diestro jardinero.

El quehacer de los juristas me parece esencialmente argumentativo, tópico, retórico, en el sentido noble dado a estos términos por Theodor Viehweg (*Tópica y jurisprudencia*, Madrid, 1963) y por Chain Perelman (*La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, 1979). El conocimiento del Derecho me parece que debe estar presidido por una visión esencialmente problemática y no desconectado de su proyección práctica. El entendimiento de las instituciones debe estar guiado por su historia y sus funciones. Finalmente, una dosis de *jurisprudencia de conceptos* es necesaria para elaborar un *sistema*. Como es obvio, también en esto mis concepciones no son sino el resultado del aprendizaje de quienes me han enseñado.

En todo caso, enlazando con cuanto decía acerca de la visión del Derecho Procesal como elemento determinante del funcionamiento del ordenamiento jurídico en su conjunto, cada vez me parecen más estériles, o mejor, más incompletas, las investigaciones acometidas desde el purismo del método jurídico.

A la mixtificación metodológica se le pueden achacar muchos errores; pero también al purismo metodológico. Salvo contadas y honrosas excepciones, sólo somos aprendices de historiadores, pero no consideramos que el análisis histórico deba estar excluido de nuestra labor. Somos aprendices de comparatistas, mas no excluimos la comparación jurídica de nuestra tarea. Tampoco somos pedagogos y ello no nos exime de reflexionar sobre nuestra labor como profesores; ni somos metodólogos o filósofos de la ciencia, lo que tampoco nos prohíbe reflexionar acerca de lo que hacemos o cómo lo hacemos. Pues del mismo modo, aun sin ser sociólogos, no podemos olvidar las repercusiones sociales, no sólo de nuestro trabajo, sino sobre todo de las interpretaciones que sostenemos y del funcionamiento real de las instituciones que conforman nuestra disciplina. Finalmente, tampoco somos políticos profesionales y, sin embargo, la política jurídica no puede ser ajena a nuestras inquietudes.

12. Este último aspecto me parece de singular importancia. Hay grandes problemas dogmáticos en el Derecho Procesal, como en cualquier disciplina jurídica, que desconocen en gran medida las coordenadas de espacio y tiempo. Pero hay también cuestiones importantes para las que esas coordenadas son definitorias. El jurista académico puede tener tendencia a ocuparse más de las primeras que de las segundas. Y, sin embargo, hay épocas en las que puede estar más llamado a éstas últimas. Puede que esta disyuntiva haya sido propia de todas las épocas y de todos los lugares. No concibo la labor de un universitario si no presta un servicio al mundo en que vive. Nuestra labor, a través de la enseñanza, de la formación en su momento de nuevos universitarios, a través de la investigación, debe redundar en beneficio de la comunidad, mejorando la disciplina que cultivamos.

Dentro de ese marco, esta época y este lugar tienen sus propias disyuntivas, sus concretos y acuciantes problemas de Derecho Procesal que ayudar a resolver. Y esos problemas son hoy en gran medida de *política jurídica.* Respecto de ellos, el procesalista no debe permanecer callado. No obstante, este apartado se ha iniciado bajo la rúbrica de *un recorrido por algunas cuestiones básicas del Derecho Procesal.* Iniciar ahora el recorrido por esas cuestiones desde el punto de vista de la política jurídica lo haría interminable. Lo que se quiere remarcar es que en las cuestiones de política jurídica, la índole de las mismas no debe conducir al jurista a considerar sólo su criterio *técnico,* pero tampoco a guardar silencio.

Los próximos años pueden resultar de gran importancia en este aspecto. En el prólogo a su obra *El proceso laboral* (2.ª ed., Zaragoza, 1982), el Profesor Montero Aroca comenzaba diciendo: «El procesalista español está acostumbrado a la estabilidad de la norma jurídica». Ciertamente el autor de la frase la utilizaba como apoyo para acentuar el contraste con la legislación procesal laboral, sometida a la inestabilidad típica de la legislación laboral sustantiva, pese a que la promulgación de cinco textos refundidos de procedimiento laboral desde 1958 (ahora ya son siete) no respondiera a verdaderas *reformas* del proceso laboral. En todo caso, creo que el Profesor Montero Aroca ya no utilizaría esta frase, ni siquiera por

contraste. Desde luego, a quienes nos iniciamos en el estudio del Derecho Procesal en los años ochenta, no se nos ha permitido acostumbrarnos a la estabilidad de la norma jurídica. Desde 1984, en que empecé a estudiar Derecho Procesal, la Ley de Enjuiciamiento Civil ha sido modificada por nueve leyes (dos de ellas, la Ley 34/1984 y la Ley 10/1992, de gran calado); la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha sido modificada por doce leyes (una de ellas, la Ley Orgánica 7/1988, de gran importancia); se ha aprobado la Ley Orgánica del Poder Judicial y ha habido tiempo de modificarla en cinco ocasiones (en la última de ellas, la de la reciente Ley Orgánica 16/1994, la reforma ha sido de gran extensión, no proporcional a su enjundia); se ha aprobado la Ley de Demarcación y Planta Judicial, la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales, la Ley de Arbitraje, la Ley de Procedimiento Laboral, la Ley de *Habeas Corpus*, la Ley de Extradición Pasiva, la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, la Ley Procesal Militar; se ha reformado la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; se ha reformado la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; se ha aprobado la Ley del Jurado; y se han establecido especialidades procesales en materia de propiedad intelectual, propiedad industrial, competencia desleal, arrendamientos urbanos, sociedades anónimas y cooperativas, letra de cambio y responsabilidad civil por circulación de vehículos de motor. Posiblemente me dejo reformas en el tintero. Aparte de esto, se presentó en la pasada legislatura un proyecto de ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se anuncia una reforma más profunda de la Ley Orgánica del Poder Judicial y se trabaja en borradores de anteproyectos de nuevas Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal.

No sé si es necesario comentar este fenómeno o dejar que se comente por sí solo. Se han realizado en estos años muchas consideraciones críticas sobre el *ritmo* y la *calidad* de las reformas y sobre la técnica legislativa. De cara a la docencia e investigación del Derecho Procesal, hemos de acostumbrarnos a un universo procesal en continua mutación. De cara a la labor reformadora de las leyes procesales, nunca he creído en el poder taumatúrgico del Boletín Oficial del Estado, en que las leyes por sí solas cambien la realidad. Tampoco creo que la situación de nuestra Administración de Justicia vaya a encontrar el factor de mejora decisivo en la reforma de las leyes procesales. Aún con leyes procesales técnicamente perfectas, la situación de nuestra Justicia seguirá, *ceteris paribus*, siendo crítica. Y aún con leyes procesales deficientes, como sin duda lo es, por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Justicia podría haber tomado otros derroteros. Los problemas relativos a los medios materiales, a la selección y formación de Jueces y Magistrados y del personal auxiliar, a la organización de un efectivo sistema de *justicia menor*, entre otros, me siguen pareciendo más relevantes en orden a una buena Administración de Justicia que el de la llamada *reforma procesal*.

Pero establecer las prioridades no significa renegar de la senda de la reforma procesal. Por eso, me parece que buena parte de la labor de la doctrina procesalista debería ir directamente encaminada a propuestas concretas en este sentido. En otros sectores de la política jurídica atinente a la organización jurisdiccional

del país, quizás la doctrina procesalista no llegue a hacerse oír. En el concreto ámbito de la reforma procesal, sin embargo, me parece decisivo que lo haga. Siempre se deberá ser consciente de que la naturaleza eminentemente política de una reforma procesal impide situar la técnica jurídica como fin en sí misma. La técnica jurídica es un instrumento al servicio de opciones políticas de construcción de una futura realidad procesal. Por eso, y es a fin de cuentas lo que quería decir, mientras otros tiempos quizás hayan permitido al procesalista centrar su labor en la interpretación y sistematización de una legislación procesal estable, quizás estos tiempos requieran una dosis mayor de atención a propuestas relativas a una futura legislación procesal estable.