

COLECCIÓN  
DERECHO PREMIUM

—Clásicos—

---

**FUNDAMENTOS  
DEL  
DERECHO PROCESAL**  
(JURISDICCIÓN, ACCIÓN Y PROCESO)

---

José Vicente Gimeno Sendra

*(Esta obra es una reedición del libro original publicado en 1981)*



eBook en [www.colex.es](http://www.colex.es)



**COLECCIÓN**  
**DERECHO PREMIUM**  
— Clásicos —

**Director:**

**María del Mar JIMENO BULNES**  
*Catedrática de Derecho Procesal, Universidad de Burgos.*

**Consejo editorial:**

**M.ª Rosario ALONSO IBÁÑEZ**  
*Catedrática de Derecho Administrativo,  
Universidad de Oviedo.*

**Joaquín ÁLVAREZ MARTÍNEZ**  
*Catedrático de Derecho Financiero,  
Universidad de Zaragoza.*

**M.ª Ángeles EGUSQUIZA BALMASEDA**  
*Catedrática de Derecho Civil,  
Universidad Pública de Navarra.*

**Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS**  
*Catedrática de Derecho Internacional  
Privado, Universidad de Barcelona.*

**Fernando H. LLANO ALONSO**  
*Catedrático de Filosofía del Derecho,  
Universidad de Sevilla.*

**Lourdes LÓPEZ CUMBRE**  
*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social, Universidad de Cantabria.*

**Luca LUPARIA**  
*Professore Ordinario di Diritto Processuale  
Penale, Università Roma Tre.*

**Magdalena MARTÍN MARTÍNEZ**  
*Catedrática de Derecho Internacional  
Público, Universidad de Málaga.*

**Emma MONTANOS FERRÍN**  
*Catedrática de Historia del Derecho,  
Universidade da Coruña.*

**Agustín MOTILLA DE LA CALLE**  
*Catedrático de Derecho Eclesiástico del  
Estado, Universidad Carlos III de Madrid.*

**Adán NIETO MARTÍN**  
*Catedrático de Derecho Penal de la  
Universidad de Castilla-La Mancha.*

**Agustín RUIZ ROBLEDO**  
*Catedrático de Derecho Constitucional,  
Universidad de Granada.*

**Ana M.ª TOBÍO RIVAS**  
*Catedrática de Derecho Mercantil,  
Universidad de Vigo.*

**John VERVAELE**  
*Full Professor in Economic and European  
Criminal Law, Utrecht University.*

**José Luis ZAMORA MANZANO**  
*Catedrático de Derecho Romano,  
Universidad de Las Palmas*

**COLECCIÓN**  
**DERECHO PREMIUM**  
—*Clásicos*—

**I**

**FUNDAMENTOS  
DEL  
DERECHO PROCESAL**

**(JURISDICCIÓN, ACCIÓN Y PROCESO)**

**(ESTA OBRA ES UNA REEDICIÓN DEL LIBRO  
ORIGINAL PUBLICADO EN 1981)**

José Vicente Gimeno Sendra  
*Catedrático de Derecho Procesal*

COLEX 2024

**Copyright © 2024**

**Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos ([www.cedro.org](http://www.cedro.org)) garantiza el respeto de los citados derechos.**

**Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.**

**Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web [www.colex.es](http://www.colex.es) un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.**

© José Vicente Gimeno Sendra

© Editorial Colex, S.L.  
Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)  
A Coruña, C.P. 15004  
[info@colex.es](mailto:info@colex.es)  
[www.colex.es](http://www.colex.es)

I.S.B.N.: 978-84-1194-303-1  
Depósito legal: C 237-2024

## **PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN**

Es para mí un honor realizar la presentación de esta sección de clásicos dentro de la Colección Derecho Premium que tengo la fortuna de coordinar en el marco de la editorial Colex, a quien desde aquí agradezco ahora la confianza que han depositado en mí para esta tarea. Mayor honra si cabe cuando el primer clásico que publicamos es una magnífica obra de referencia, imprescindible ayer, hoy y mañana, en el panorama del Derecho Procesal, también mi asignatura. Prueba de la plena actualidad de la obra es que, como bien saben todas las personas que han intervenido en su reedición y acompañan las posteriores páginas, no ha habido que modificar o añadir siquiera una coma al manuscrito en su día llevado a imprenta. Así la monografía del profesor Vicente Gimeno Sendra, Catedrático de Derecho Procesal, magistrado del Tribunal Constitucional y «maestro de maestros» entre sus innumerables méritos, bajo el título *Fundamentos del Derecho Procesal (jurisdicción, acción y proceso)*, cuya primera y única edición que yo conozca tuvo lugar en Civitas (Madrid) a fecha de 1981; un libro quiero recordar entonces de tapa dura textil en color marrón y letras negras.

No me corresponde a mí la *laudatio* de la obra, la que figura a continuación realizada por mi querido compañero el profesor José María Asencio Mellado, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante, a la sazón primer discípulo del autor. Sí en cambio quería para este primer volumen realizar una brevísima introducción de la presente sección de clásicos en la que, desde el comité editorial de la colección Derecho Premium, nos proponemos editar/reeditar e incluso traducir, en la medida de nuestras posibilidades y a lo largo de los tiempos de nuestra existencia, distintas obras en formato monografía o en su caso obra colectiva; obras que, además de marcar un hito en las diversas disciplinas jurídicas, continúan operando como libros de inevitable e imprescindible consulta a lo largo de las diversas generaciones en la academia nacional e internacional en el sentido arriba apuntado. Dada la variada composición del comité editorial procedente de la totalidad de disciplinas jurídicas, dicha sección igualmente pretende abarcar el mayor número de estas últimas alternando así la publicación de volúmenes de dis-

tinto perfil y procedencia, si bien con este denominador común: que constituyan obras de referencia en el área de conocimiento en cuestión, en otras o incluso en el ámbito jurídico en general a juicio del comité editorial.

Reconozco es un reto de gran envergadura, no exento incluso de debate público en general y dentro del comité en particular, a fin de acordar qué ha de entenderse por «obra de referencia» y cuáles a la postre deban ser reconocidos como nuestros «clásicos» hoy día. Pero afrontamos con ilusión este proyecto agradeciendo yo desde aquí a mis compañeros y compañeras del comité editorial por su trabajo y dedicación así como a la editorial Colex por su inmensa labor (la que individualizo en Pedro Flores y Conchy Alonso) con reconocimiento al promotor de la idea, he de reconocer fruto de una conversación personal. Queremos con ello llenar el que creemos aún un vacío —siquiera parcial— en el mercado editorial, cuál es la celebración con su reedición de grandes obras de autores clásicos, también a su vez «clásicas», a fin de que las mismas sean conocidas por las generaciones actuales y venideras; audiencia esta última que entiendo por mi parte, no sólo abarca a investigadores o investigadoras y profesorado del mundo académico sino también, sin duda, a profesionales del foro en sus distinta procedencia y posición (así judicatura, fiscalía, funcionariado de distintas administraciones públicas, abogacía, procuraduría, largo etcétera).

*Itaque videamus.*

En Burgos, a 21 de diciembre de 2023

**Mar Jimeno Bulnes**  
*Directora Colección Derecho Premium*

## **PRESENTACIÓN DE LA OBRA**

Para muchos de los que comenzamos nuestra andadura académica en los años ochenta del pasado siglo, jóvenes que vivimos la Transición y veíamos la democracia como un objetivo que había que conseguir y conocer, la obra del Prof. Vicente Gimeno Sendra, mi querido y añorado maestro, fue y constituyó una pieza esencial que trascendía a la asignatura en sus contornos dominantes hasta entonces para entroncar directamente con un objetivo más amplio: el derecho procesal como instrumento de una sociedad democrática y libre, instrumento esencial para el respeto de los derechos humanos.

Publicado en 1981, los *Fundamentos de Derecho Procesal* del Prof. Gimeno no eran un simple estudio de los tres pilares básicos, de su trinomio sistemático, Jurisdicción, Acción y Proceso, conceptos en los que asienta el derecho procesal científico y dogmático, sino que, por su vinculación con una forma de entender la sociedad y el mundo, así como por un profundo respeto a los valores humanistas propios de las sociedades democráticas, constituían algo más, mucho más, pues transmitían y contenían una visión que posibilitaba el traslado de aquellos conceptos, respetando su contenido esencial y naturaleza, a la vida y al mundo que se estaba construyendo en una España nueva. Una España constitucional.

El Prof. Gimeno, y ello lo aprendí desde muy joven como su primer discípulo que fui, siempre entendió la importancia del concepto, pues nuestro sistema jurídico es conceptual, siendo este carácter el que define y garantiza la seguridad, armonía y certeza del ordenamiento jurídico como sostenía Unamuno. Pero, a la vez, pensó y tuvo presente que el derecho procesal, como todo el derecho, pero especialmente aquel, ha de ser útil para la mejor resolución de los conflictos intersubjetivos y sociales. Y para ello era ineludible que tales dogmas, que lo son, manteniendo su esencia, se adaptaran a la sociedad en la que han de ser aplicados, comprendiendo su sentido y finalidad y vinculándolos al momento en el que han de operar. La eficacia del proceso, que no la eficiencia —concepto complejo e inseguro en boga—, solo se puede lograr, al ser o traducirse en la satisfacción de pretensiones y resistencias como sostenía su maestro, el Prof. Fairén, mediante normas que

sepan y conozcan su pasado y origen en relación con los fines pretendidos, pero a la vez conectadas con la realidad en la que deben operar y, siempre, siempre, deben cambiar al compás de los objetivos que representa el Estado de derecho y la dignidad del ser humano y sus derechos fundamentales.

Es por ello que los *Fundamentos del Derecho Procesal*, a pesar de casi el medio siglo de vida que ya tienen, no pasan de moda, no están obsoletos; antes al contrario, viven y tal vez tienen más valor en momentos en los que la sociedad y el mundo en general retroceden en los ideales que representó el humanismo ya secular y los principios básicos de la democracia liberal. Se pone en duda la Jurisdicción como poder del Estado, la independencia judicial, el derecho de acción tras apelaciones a la responsabilidad personal de cada cual en la resolución de sus conflictos y los principios del proceso se difuminan a la par que se debilitan los que informan el propio sistema.

Volver al estudio de los fundamentos del derecho procesal, dinámicos y comprometidos con lo que debe defenderse y lo que debe rechazarse, es ineludible para los alumnos en trance de formación y para los profesores a los que el sistema universitario les veda posibilidades para el estudio y sobrecarga con banalidades, requisitos cuantitativos, burocracia, controles excesivos que limitan y cercenan la libertad individual en un oficio que debe ser libre porque la Universidad es libertad. Los títulos, no es osado decirlo, no representan al saber y al conocimiento cuando pierden la frescura de la flexibilidad, del conocimiento que es presupuesto de la creación y del estudio, que nunca puede ser sustituido por actividades cargadas de buenas intenciones, pero demostradas insuficientes para hacer juristas en toda la extensión de la palabra. Y hoy el joven profesorado carece de las posibilidades de saber, aunque su curriculum se adorne con lo que no se traduce en sabiduría.

La lectura y estudio de los *Fundamentos del Derecho Procesal*, hoy, son imprescindibles para ofrecer respuestas a la profunda crisis institucional que padecemos y que encuentra explicación en el rechazo a los principios del sistema procesal, los que sirvieron de base para su configuración científica autónoma. Un mera reflexión sobre el significado de lo que es el derecho procesal democrático, de lo que es la Jurisdicción en un sistema constitucional, sirve para que se enciendan las alarmas y desaparezcan las dudas que siembran quienes alteran, al menos por desconocimiento, los elementos centrales del modelo democrático.

La Jurisdicción como poder del Estado, en pie o en posición de superioridad sobre los demás en el marco de su función exclusiva y excluyente, sometida única y exclusivamente a la ley es la base sobre la que se sostiene su conceptualización como Poder del Estado. Independiente en la triple de deber serlo frente a los demás poderes del Estado, lo que exige un órgano de autogobierno no sometido o vinculado a aquellos, frente a la sociedad y a las partes y frente a los superiores jerárquicos que únicamente lo son cuando conocen de los recursos legalmente establecidos.

A la vez, la unidad, la exclusividad, el derecho al juez ordinario, no solo al legalmente establecido, son presupuestos de una Jurisdicción que, si cede en estas condiciones, deja de ser un Poder para devenir en una mera función.

La acción, desde su contemplación abstracta con los componentes derivados del derecho a la tutela judicial efectiva que implica algo más que el derecho a acudir a los tribunales, exige, como derecho, que no tenga más obstáculos que los razonables e imprescindibles y que en todo caso han de ser evitados. Es garantía que impide la autotutela, aunque se oculte bajo fórmulas de apariencia novedosa, pero viejos vestidos con otros ropajes. Y, a la vez, de que la autocomposición sustituya al proceso por razones que, aunque se revistan de argumentos encomiables, priven a los ciudadanos del derecho a acudir a los tribunales. Impulsar medios de acuerdo es positivo; imponerlos, atenta al derecho de acción.

Y el proceso, como instrumento para la aplicación de la ley a los conflictos intersubjetivos y sociales, garantía de enjuiciamiento contradictorio y en condiciones de igualdad, para ser eficaz, ha de ser congruente con los principios que lo informan, que el Prof. Gimeno desarrolla magistralmente y, en lo que lo caracterizaba, vinculándolos a la sociedad en la que deben operar, a su forma política de organización, al respeto a las personas, pero sin olvidar su esencia y fundamento que, si bien son variables en función de dónde han de regir, no son manipulables sin afectar a la esencia misma de lo que es el proceso y, en concreto, el proceso con todas las garantías. Comprender el valor de estos principios, inherentes a la estructura misma del proceso o vinculados a su objeto, se erige en herramienta de seguridad jurídica en tanto sirve para explicar cómo un proceso se configura de una forma determinada y cómo el mismo no se puede alterar arbitrariamente sin afectar a la noción misma de proceso, a su eficacia y a su papel de garante de los ciudadanos frente al propio Estado.

La reedición de la obra puede cumplir muchas funciones. No sólo el homenaje debido a uno de los grandes procesalistas de este país y universalmente reconocido, sino, esencialmente, ser útil para la defensa del Estado de derecho.

Mi agradecimiento a quienes lo han hecho posible y muy especialmente a la Pfra. Mar Jimeno Bulnes y a Jordi Gimeno Beviá. Sin ellos no sería posible que esta obra, de la cual hemos aprendido los sustentos básicos de la asignatura, pueda de nuevo alumbrar a las generaciones del presente y del futuro.

**José María Asencio Mellado**  
*Catedrático de derecho procesal*  
*Universidad de Alicante*



# SUMARIO

|                               |    |
|-------------------------------|----|
| ABREVIATURAS UTILIZADAS ..... | 19 |
|-------------------------------|----|

## PRIMERA PARTE. LA JURISDICCIÓN

|                                                    |    |
|----------------------------------------------------|----|
| CAPÍTULO I. EL FUNDAMENTO DE LA JURISDICCIÓN ..... | 25 |
|----------------------------------------------------|----|

|                                                                   |    |
|-------------------------------------------------------------------|----|
| I. Autotutela, autocomposición, heterocomposición y proceso. .... | 25 |
|-------------------------------------------------------------------|----|

|                     |    |
|---------------------|----|
| A) Autotutela. .... | 26 |
|---------------------|----|

|                          |    |
|--------------------------|----|
| B) Autocomposición ..... | 27 |
|--------------------------|----|

|                            |    |
|----------------------------|----|
| C) Heterocomposición ..... | 29 |
|----------------------------|----|

|                                         |    |
|-----------------------------------------|----|
| II. <i>Proceso y jurisdicción</i> ..... | 30 |
|-----------------------------------------|----|

|                                           |    |
|-------------------------------------------|----|
| A) ¿Relatividad de la jurisdicción? ..... | 31 |
|-------------------------------------------|----|

|                   |    |
|-------------------|----|
| B) Concepto ..... | 33 |
|-------------------|----|

|                                              |    |
|----------------------------------------------|----|
| III. <i>La jurisdicción como poder</i> ..... | 34 |
|----------------------------------------------|----|

|                                                         |    |
|---------------------------------------------------------|----|
| IV. <i>Potestad jurisdiccional y «auctoritas»</i> ..... | 37 |
|---------------------------------------------------------|----|

|                                     |    |
|-------------------------------------|----|
| A) La potestad jurisdiccional ..... | 37 |
|-------------------------------------|----|

|                        |    |
|------------------------|----|
| B) La auctoritas. .... | 39 |
|------------------------|----|

|                                                          |    |
|----------------------------------------------------------|----|
| V. <i>La legitimación de la actividad judicial</i> ..... | 41 |
|----------------------------------------------------------|----|

|                            |    |
|----------------------------|----|
| A) Diversos sistemas ..... | 42 |
|----------------------------|----|

|                                      |    |
|--------------------------------------|----|
| a) Los sistemas de designación ..... | 42 |
|--------------------------------------|----|

|                                      |    |
|--------------------------------------|----|
| a') El sistema de jueces legos ..... | 42 |
|--------------------------------------|----|

|                               |    |
|-------------------------------|----|
| b') La justicia popular. .... | 44 |
|-------------------------------|----|

|                                      |    |
|--------------------------------------|----|
| c') La designación ministerial. .... | 45 |
|--------------------------------------|----|

|                                               |    |
|-----------------------------------------------|----|
| b) La legitimación a través del proceso ..... | 46 |
|-----------------------------------------------|----|

|                                                                                                                      |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| B) La legitimación de la actividad judicial a través de la sumisión del<br>Juez a la Ley y de su independencia ..... | 47 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                        |    |
|--------------------------------------------------------|----|
| CAPITULO II. LA INDEPENDENCIA DE LA JURISDICCIÓN. .... | 49 |
|--------------------------------------------------------|----|

|                                                                          |    |
|--------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. La independencia de la Jurisdicción en nuestro Derecho positivo ..... | 50 |
|--------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                |    |
|------------------------------------------------|----|
| A) Frente a los otros poderes del estado ..... | 50 |
|------------------------------------------------|----|

|                                                                                                                                       |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| a) Garantías que impiden posibles injerencias del Ejecutivo en la<br>organización y competencia de los órganos jurisdiccionales ..... | 51 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                                                                    |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| b) Respeto de la Administración al principio de «jerarquía normativa»<br>y control jurisdiccional de los actos y Reglamentos administrativos ..... | 53 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                          |    |
|------------------------------------------|----|
| c) La sumisión del Juez al Derecho ..... | 54 |
|------------------------------------------|----|

|                                              |    |
|----------------------------------------------|----|
| a') La vinculación del Juez al Derecho. .... | 54 |
|----------------------------------------------|----|

## SUMARIO

|                                                                                                                                            |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>b'</i> ) Exclusión de otras funciones propiamente no jurisdiccionales:<br>en particular, el «apoliticismo» de la Magistratura . . . . . | 56  |
| B) Frente a la sociedad y las propias partes . . . . .                                                                                     | 61  |
| <i>a'</i> ) Frente a la sociedad . . . . .                                                                                                 | 61  |
| <i>a'</i> ) De la LOPJ de 1870 a la Constitución de 1978 . . . . .                                                                         | 61  |
| <i>b'</i> ) Régimen jurídico vigente . . . . .                                                                                             | 63  |
| <i>b'</i> ) Frente a las partes . . . . .                                                                                                  | 65  |
| C) La independencia del juez frente a sus superiores y al gobierno: la<br>inamovilidad judicial. . . . .                                   | 67  |
| 2. Límites actuales a la independencia jurisdiccional . . . . .                                                                            | 70  |
| A) Obstáculos metajurídicos . . . . .                                                                                                      | 71  |
| <i>a'</i> ) Sociológicos . . . . .                                                                                                         | 71  |
| <i>b'</i> ) Ideológicos . . . . .                                                                                                          | 72  |
| <i>c'</i> ) Políticos . . . . .                                                                                                            | 74  |
| <i>a'</i> ) Límites políticos excepcionales. . . . .                                                                                       | 75  |
| <i>b'</i> ) Límites políticos ordinarios. . . . .                                                                                          | 76  |
| B) Limitaciones jurídicas a la independencia judicial. . . . .                                                                             | 79  |
| <i>a'</i> ) La responsabilidad disciplinaria . . . . .                                                                                     | 79  |
| <i>a'</i> ) La LOPJ de 1870 y sus disposiciones complementarias . . . . .                                                                  | 80  |
| <i>b'</i> ) Régimen actual . . . . .                                                                                                       | 82  |
| <i>b'</i> ) El sistema de ascensos: la designación ministerial . . . . .                                                                   | 85  |
| 3. La crisis del modelo bonapartista de la independencia Judicial y sus<br>posibles alternativas . . . . .                                 | 88  |
| A) Distanciamiento de la jurisdicción frente al poder ejecutivo. . . . .                                                                   | 89  |
| B) El reforzamiento de la inamovilidad judicial. . . . .                                                                                   | 93  |
| C) Afianzamiento de la supremacía del órgano jurisdiccional . . . . .                                                                      | 94  |
| CAPITULO III. LA EXCLUSIVIDAD DE LA JURISDICCIÓN . . . . .                                                                                 | 97  |
| I. <i>Unidad de la jurisdicción</i> . . . . .                                                                                              | 98  |
| 1. Evolución histórica y estado actual . . . . .                                                                                           | 98  |
| 2. La unidad de la Jurisdicción en nuestro Derecho positivo . . . . .                                                                      | 101 |
| <i>a'</i> ) La unidad de la Jurisdicción como resultado de constituir una<br>función soberana . . . . .                                    | 102 |
| <i>b'</i> ) La unidad conceptual de la Jurisdicción . . . . .                                                                              | 104 |
| <i>c'</i> ) Clases de Jurisdicciones y Tribunales españoles. . . . .                                                                       | 106 |
| <i>a'</i> ) Jurisdicción ordinaria y especiales . . . . .                                                                                  | 106 |
| <i>b'</i> ) Tribunales ordinarios y especializados . . . . .                                                                               | 109 |
| <i>c'</i> ) La legitimación a través del proceso . . . . .                                                                                 | 110 |
| <i>a'')</i> Los Tribunales consuetudinarios y tradicionales:<br>el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia. . . . .                   | 111 |
| <i>b'')</i> El Tribunal Constitucional . . . . .                                                                                           | 113 |
| <i>c'')</i> El Tribunal de Cuentas. . . . .                                                                                                | 115 |
| <i>d'</i> ) Tribunales de excepción . . . . .                                                                                              | 116 |

## SUMARIO

|                                                                                                                     |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| II. <i>Monopolio de la jurisdicción</i> . . . . .                                                                   | 123 |
| A) En la fase declarativa . . . . .                                                                                 | 123 |
| B) En la fase de la ejecución . . . . .                                                                             | 124 |
| <br>CAPITULO IV. LAS FUNCIONES DE LA JURISDICCIÓN . . . . .                                                         | 127 |
| I. <i>La creación judicial del derecho</i> . . . . .                                                                | 128 |
| II. <i>La creación judicial del derecho en nuestro ordenamiento positivo</i> . . . . .                              | 131 |
| A) Sus distintas manifestaciones . . . . .                                                                          | 132 |
| a) Impropios . . . . .                                                                                              | 132 |
| a') Las OC del TS y la Fiscalía del TS . . . . .                                                                    | 132 |
| b') La solución de los conflictos colectivos de «reglamentación o de intereses» . . . . .                           | 133 |
| b) Propios . . . . .                                                                                                | 133 |
| a') La integración de los estándares y de las «cláusulas generales abiertas» . . . . .                              | 133 |
| b') Los juicios de equidad. . . . .                                                                                 | 134 |
| B) La doctrina del TS como principal expresión de la creación judicial del derecho español . . . . .                | 134 |
| III. LAS FUNCIONES DE LA JURISDICCIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO . . . . .                                             | 139 |
| 1. Riesgos y dificultades que entraña el reconducir a la unidad las diversas funciones de la Jurisdicción . . . . . | 139 |
| 2. Diversas funciones de la Jurisdicción . . . . .                                                                  | 141 |
| A) Protección de los derechos subjetivos y resolución de las controversias . . . . .                                | 141 |
| B) Control jurídico sobre los particulares y Administración. . . . .                                                | 143 |
| C) Función de complementación del ordenamiento jurídico . . . . .                                                   | 144 |

## SEGUNDA PARTE. EL DERECHO DE ACCIÓN

|                                                                                  |     |
|----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Introducción . . . . .                                                        | 149 |
| 2. Concepto y notas esenciales . . . . .                                         | 150 |
| A) Es un derecho subjetivo público . . . . .                                     | 150 |
| B) Es un derecho público de carácter constitucional. . . . .                     | 151 |
| C) Su objeto lo constituye el ejercicio de la actividad jurisdiccional . . . . . | 154 |
| 3. Manifestaciones del derecho de acción. . . . .                                | 155 |
| A) Procesos civiles . . . . .                                                    | 155 |
| B) Proceso penal. . . . .                                                        | 156 |
| 4. Limitaciones al ejercicio de la acción . . . . .                              | 161 |
| A) Obstáculos generales. . . . .                                                 | 162 |
| a) La lentitud del proceso. . . . .                                              | 162 |
| b) Su onerosidad. . . . .                                                        | 165 |
| c) Ineficacia de la ejecución forzosa . . . . .                                  | 166 |
| B) Especiales. . . . .                                                           | 168 |
| a) Limitaciones profesionales. . . . .                                           | 168 |

## SUMARIO

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| b) Cauciones . . . . .         | 170 |
| c) «Solve et repete» . . . . . | 172 |

### TERCERA PARTE. EL PROCESO

|                                                          |     |
|----------------------------------------------------------|-----|
| CAPITULO I. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO . . . . . | 177 |
|----------------------------------------------------------|-----|

|                                                                            |     |
|----------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Las doctrinas romanistas y nuestras Leyes de Enjuiciamiento . . . . .   | 178 |
| A) El proceso como contrato . . . . .                                      | 178 |
| B) El proceso como cuasicontrato . . . . .                                 | 179 |
| C) Las leyes de enjuiciamiento . . . . .                                   | 180 |
| 2. Doctrina clásica. . . . .                                               | 182 |
| A) El proceso como relación jurídica . . . . .                             | 182 |
| B) El proceso como situación jurídica . . . . .                            | 186 |
| a) Crítica a la teoría de Bülow. . . . .                                   | 186 |
| b) Concepción empírico-dinámica del proceso . . . . .                      | 188 |
| C) Concepciones menores: en especial, el proceso como institución. . . . . | 191 |
| 3. Estado actual de la doctrina contemporánea. . . . .                     | 193 |
| A) Doctrinas sociológicas. . . . .                                         | 194 |
| B) El proceso como relación jurídica aparente. . . . .                     | 195 |
| C) Nuestra posición . . . . .                                              | 197 |

|                                                   |     |
|---------------------------------------------------|-----|
| CAPITULO II. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO . . . . . | 203 |
|---------------------------------------------------|-----|

|                                                                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. <i>Principios procesales y procedimentales</i> . . . . .                                                       | 203 |
| 1. Proceso y formación social. . . . .                                                                            | 204 |
| 2. Los principios del proceso . . . . .                                                                           | 207 |
| 2.1. Principios inherentes a la estructura del proceso . . . . .                                                  | 208 |
| A) Contradicción. . . . .                                                                                         | 208 |
| B) Igualdad . . . . .                                                                                             | 210 |
| 2.2. Principios relativos a la pretensión y al derecho material<br>subyacente: dispositivo y acusatorio . . . . . | 215 |
| A) Concepto . . . . .                                                                                             | 215 |
| a) En el proceso civil . . . . .                                                                                  | 215 |
| a) Poder de disposición sobre el derecho material . . . . .                                                       | 215 |
| b) Poder de disposición sobre la pretensión . . . . .                                                             | 216 |
| c) Vinculación del Tribunal por las pretensiones de las partes . . . . .                                          | 216 |
| b) En el proceso penal . . . . .                                                                                  | 216 |
| A) Acusación pública y popular . . . . .                                                                          | 219 |
| B) Atribución de la instrucción y del juicio oral a dos órganos<br>distintos . . . . .                            | 219 |
| C) Relativa vinculación del Tribunal a los hechos y a las<br>pretensiones de las partes. . . . .                  | 220 |
| D) Vigencia en nuestro sistema procesal. . . . .                                                                  | 221 |
| a) Ne procedat iudex ex officio (oportunidad-necesidad) . . . . .                                                 | 221 |
| a') Procesos civiles . . . . .                                                                                    | 222 |

## SUMARIO

|                                                                                                          |         |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| <i>b')</i> Proceso penal . . . . .                                                                       | 223     |
| <i>b)</i> Ne eat iudex ultra petita partium . . . . .                                                    | 230     |
| 2.3. Relativos a la formación del material fáctico en el proceso:<br>aportación e investigación. . . . . | 235     |
| A) Concepto . . . . .                                                                                    | 235     |
| B) El proceso civil . . . . .                                                                            | 236     |
| C) Proceso Penal . . . . .                                                                               | 239     |
| <i>a)</i> Instrucción . . . . .                                                                          | 241     |
| <i>b)</i> Juicio oral . . . . .                                                                          | 243     |
| 2.4. Relativos a la valoración de la prueba. . . . .                                                     | 245     |
| <i>a)</i> Concepto y fundamento . . . . .                                                                | 245     |
| <i>b)</i> El proceso civil . . . . .                                                                     | 247     |
| <i>c)</i> El proceso penal . . . . .                                                                     | 251     |
| 3. Los principios del procedimiento . . . . .                                                            | 253     |
| 3.1. Relativos a la «forma» de los actos procesales: en especial,<br>la oralidad y la escritura. . . . . | 254     |
| A) Concepto y evolución histórica . . . . .                                                              | 255     |
| B) Nuestro ordenamiento procesal . . . . .                                                               | 257     |
| C) Ventajas e inconvenientes de la oralidad . . . . .                                                    | 258     |
| 3.2. Relativos a la relación entre el Tribunal y el material fáctico:<br>inmediación-mediación . . . . . | 260     |
| A) Concepto . . . . .                                                                                    | 260     |
| B) Nuestro ordenamiento procesal . . . . .                                                               | 262     |
| <i>a)</i> Los procesos civiles . . . . .                                                                 | 262     |
| <i>b)</i> El proceso de trabajo . . . . .                                                                | 264     |
| <i>c)</i> El proceso penal . . . . .                                                                     | 264     |
| C) Efectos indirectos de la inmediación . . . . .                                                        | 266     |
| 3.3. Otros principios procedimentales (concentración, preclusión,<br>publicidad) . . . . .               | 267     |
| A) Concentración y preclusión . . . . .                                                                  | 268     |
| <i>a)</i> El proceso civil . . . . .                                                                     | 269     |
| <i>b)</i> El proceso penal . . . . .                                                                     | 270     |
| B) Publicidad . . . . .                                                                                  | 271     |
| <br>CAPITULO III. LA FUNCIÓN DEL PROCESO . . . . .                                                       | <br>275 |
| 1. Tesis metaprocesales . . . . .                                                                        | 275     |
| 2. Doctrinas procesales . . . . .                                                                        | 276     |
| A) Tesis parciales. . . . .                                                                              | 277     |
| B) Tesis unitarias . . . . .                                                                             | 277     |
| C) El proceso como función de satisfacción jurídica . . . . .                                            | 278     |
| <br>ÍNDICE DE AUTORES . . . . .                                                                          | <br>281 |



## ABREVIATURAS UTILIZADAS

|                |                                                    |
|----------------|----------------------------------------------------|
| <b>ADC</b>     | Anuario de Derecho Civil.                          |
| <b>ADP</b>     | Anuario de Derecho Procesal                        |
| <b>AHDE</b>    | Anuario de Historia del Derecho Español.           |
| <b>AöR</b>     | Archiv für Öffentliche Recht.                      |
| <b>ASJ</b>     | Anuario de Sociología Judicial.                    |
| <b>BdI</b>     | Boletín de Información del Ministerio de Justicia. |
| <b>BMDC</b>    | Boletín Mexicano de Derecho Comparado.             |
| <b>BOC</b>     | Boletín Oficial de las Cortes.                     |
| <b>BOE</b>     | Boletín Oficial del Estado.                        |
| <b>BVerfGE</b> | Bundesverfassungsgericht.                          |
| <b>CC</b>      | Código Civil.                                      |
| <b>CEJ</b>     | Centro de Estudios Judiciales                      |
| <b>CGPJ</b>    | Consejo General del Poder Judicial.                |
| <b>CJ</b>      | Colección judicial.                                |
| <b>CJM</b>     | Código de Justicia Militar.                        |
| <b>CP</b>      | Código Penal.                                      |
| <b>CPC</b>     | Cuadernos de Policía Criminal.                     |
| <b>CPE</b>     | Código Penal del Ejército.                         |
| <b>CPPI</b>    | Codice di Procedura Penale Italiano.               |
| <b>CT</b>      | Crónica Tributaria.                                |
| <b>DR</b>      | Deutsche Richterzeitung.                           |
| <b>DRiG</b>    | Deutscherichtergesetz.                             |
| <b>DSC</b>     | Diario de Sesiones del Congreso.                   |
| <b>EAC</b>     | Estatuto de Autonomía de Cataluña.                 |
| <b>EAPV</b>    | Estatuto de Autonomía del País Vasco.              |
| <b>EMF</b>     | Estatuto del Ministerio Fiscal.                    |

# ABREVIATURAS

|                      |                                                                    |
|----------------------|--------------------------------------------------------------------|
| <b>ET</b>            | Estatuto de los Trabajadores.                                      |
| <b>FE</b>            | Fuero de los Españoles.                                            |
| <b>Gg</b>            | Grundgesetz.                                                       |
| <b>INE</b>           | Instituto Nacional de Estadística.                                 |
| <b>JA y JrA</b>      | Juristische Arbeitsblätter.                                        |
| <b>JZ</b>            | Juristenzeitung.                                                   |
| <b>LAC</b>           | Ley de Administración y Contabilidad del Estado.                   |
| <b>LAOPJ</b>         | Ley Adicional Orgánica del Poder Judicial.                         |
| <b>LBJM</b>          | Ley de Bases de la Justicia Municipal.                             |
| <b>LOBJ</b>          | Ley de Bases Orgánica de la Justicia.                              |
| <b>LCC</b>           | Ley Constitutiva de las Cortes.                                    |
| <b>LCJ</b>           | Ley de Conflictos Jurisdiccionales.                                |
| <b>LEC</b>           | Ley de Enjuiciamiento Civil.                                       |
| <b>LECR y LECRIM</b> | Ley de Enjuiciamiento Criminal.                                    |
| <b>LEF</b>           | Ley de Expropiación Forzosa.                                       |
| <b>LEM</b>           | Ley de Enjuiciamiento Militar.                                     |
| <b>LGCF</b>          | Ley General de la Cultura Física y del Deporte.                    |
| <b>LGT</b>           | Ley General Tributaria.                                            |
| <b>LH</b>            | Ley Hipotecaria.                                                   |
| <b>LJCA</b>          | Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa.                    |
| <b>LOATE</b>         | Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de la Armada. |
| <b>LOCJPJ</b>        | Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial.               |
| <b>LOE</b>           | Ley Orgánica del Estado.                                           |
| <b>LOPJ</b>          | Ley Orgánica del Poder Judicial.                                   |
| <b>LPA</b>           | Ley de Procedimiento Administrativo.                               |
| <b>LPE</b>           | Ley de Patrimonio del Estado.                                      |
| <b>LPL</b>           | Ley de Procedimiento Laboral.                                      |
| <b>LPMN</b>          | Ley de Principios del Movimiento Nacional.                         |
| <b>LPS</b>           | Ley de Peligrosidad Social.                                        |
| <b>LRL</b>           | Ley de Régimen Local.                                              |
| <b>LRJAE</b>         | Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.           |
| <b>LSA</b>           | Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas.                |
| <b>LSP</b>           | Ley de Suspensión de Pagos.                                        |
| <b>LTC y LOTC</b>    | Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.                          |
| <b>MF</b>            | Ministerio Fiscal.                                                 |

# ABREVIATURAS

|                    |                                                      |
|--------------------|------------------------------------------------------|
| <b>MP</b>          | Ministerio Público.                                  |
| <b>NJW</b>         | Neue Juristische Wochenschrift.                      |
| <b>OC</b>          | Orden Circular.                                      |
| <b>OM</b>          | Orden Ministerial.                                   |
| <b>PLOPJ</b>       | Proyecto de ley Orgánica del Poder Judicial.         |
| <b>Qg</b>          | Quale Giustizia.                                     |
| <b>RADP</b>        | Revista Argentina de Derecho Procesal.               |
| <b>RAP</b>         | Revista de la Administración Pública.                |
| <b>RCDI</b>        | Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.             |
| <b>RD</b>          | Real Decreto.                                        |
| <b>RDEA</b>        | Revista de Derecho Español y Americano.              |
| <b>RDI</b>         | Revista de Diritto Industriale.                      |
| <b>RDJud</b>       | Revista de Derecho Judicial.                         |
| <b>RDP</b>         | Revista de Derecho Procesal.                         |
| <b>RDPIb-filip</b> | Revista de Derecho Procesal Iberoamericana-filipina. |
| <b>RDPriv</b>      | Revista de Derecho Privado.                          |
| <b>RivDProc</b>    | Rivista de Diritto Processuale.                      |
| <b>RDPC</b>        | Rivista di Diritto Processuale Civile.               |
| <b>REDA</b>        | Revista Española de Derecho Administrativo.          |
| <b>RFDMéx</b>      | Revista de la Facultad de Derecho de México.         |
| <b>RDFM</b>        | Revista de la Facultad de Derecho de Madrid.         |
| <b>RGD</b>         | Revista General de Derecho.                          |
| <b>RGLJ</b>        | Revista General de Legislación y Jurisprudencia.     |
| <b>RIDPP</b>       | Rivista Italiana di Diritto Processuale Penale.      |
| <b>RII</b>         | Reglamento de la Inspección de Tribunales.           |
| <b>RJCat</b>       | Revista Jurídica de Cataluña.                        |
| <b>RO</b>          | Real Orden.                                          |
| <b>RP</b>          | Rivista Penale.                                      |
| <b>RuG</b>         | Recht und Gesellschaft.                              |
| <b>SG</b>          | Sozialgerichtsbarkeit.                               |
| <b>STPO</b>        | Strafprozessordnung.                                 |
| <b>TAV</b>         | Tribunal de las Aguas de Valencia.                   |
| <b>TC</b>          | Tribunal Constitucional.                             |
| <b>TCu</b>         | Tribunal de Cuentas.                                 |
| <b>TOP</b>         | Tribunal de Orden Público.                           |

## ABREVIATURAS

|                  |                                            |
|------------------|--------------------------------------------|
| <b>TRPL</b>      | Texto Refundido del Procedimiento Laboral. |
| <b>TS</b>        | Tribunal Supremo.                          |
| <b>ZfZ y ZZP</b> | Zeitschrift für Zivilprozess.              |
| <b>ZPO</b>       | Zivilprozessordnung.                       |

# PRIMERA PARTE

---

## LA JURISDICCIÓN



# CAPÍTULO I

---

## EL FUNDAMENTO DE LA JURISDICCIÓN

### I. AUTOTUTELA, AUTOCOMPOSICIÓN, HETEROCOMPOSICIÓN Y PROCESO

Sabido es que una de las funciones del Derecho es la de prevención y composición pacífica de las controversias<sup>1</sup> individuales y colectivas que puedan surgir entre quienes integran la comunidad social. Dicha función de prevención la acomete ya el ordenamiento material al reglamentar y disciplinar la actividad de las personas, al delimitar mediante relaciones jurídicas los vínculos y facultades de los sujetos del Derecho<sup>2</sup>.

Pero lo cierto es que, sean cuales fueran las causas<sup>3</sup>, las tensiones individuales o sociales llegan en ocasiones a agudizarse hasta el punto de devenir irreconciliables. Lo que en un primer momento consistía en una divergencia de opiniones o de tesis contrapuestas puede degenerar en un *litigio* o en un conflicto abierto entre la sociedad y algún particular.

Se entiende por litigio el conflicto de intereses caracterizado por la existencia de la *pretensión* de uno de los interesados y la resistencia de otro. Es, pues, un conflicto cualificado por la oposición de dos pretensiones contrapuestas<sup>4</sup>.

---

1 Sobre el concepto de «controversia», vide: GOLDSCHMIDT, *Controversia y soluciones*, Buenos Aires, 1953, pp. 71 y ss., «El proceso como justa forma de reparto», *RDP*, 1957, pp. 851 y ss.; MORÓN, «Sobre el concepto de Derecho Procesal», *RDP*, 1962, pp. 508 y ss.

2 MORÓN, «Sobre el concepto...», cit., p. 509.

3 Para CARNELUTTI la causa del surgimiento de los conflictos estriba en el hecho de que las necesidades del hombre son ilimitadas en tanto que los bienes sobre los que recaen los intereses de los particulares son escasos. (*Sistema del Diritto Processuale Civile*, Padova, 1936, 1, 3, a, p. 12.) Sin embargo, a nadie se le oculta que el alcance de las mismas puede ser más amplio, inclusive fuera del campo estrictamente económico.

4 CARNELUTTI, *Sistema...*, cit., I, 14, c, pp. 40-41.

Ahora bien, no todos los conflictos son intersubjetivos. Ciertamente esta fue la tesis de CARNELUTTI y en ella radica uno de los principales errores de su construcción sobre la *lite*<sup>5</sup>. Para el mencionado autor, incluso «el delito es siempre el producto de un conflicto intersubjetivo»<sup>6</sup>. Sin embargo, en el proceso penal el conflicto entre ofensor y ofendido permanece en un segundo plano, limitado a la esfera de la pretensión civil derivada del delito. Puesto que la acción delictiva supone un ataque o puesta en peligro de un bien o interés de la vida social, el conflicto surge entre la sociedad que reclama la actuación del *ius puniendi* del Estado y el presunto autor de la acción penalmente antijurídica. Como señala LEONE el objeto genérico del proceso penal viene determinado por el «conflicto entre el derecho subjetivo de punir y el derecho a la libertad de individuo»<sup>7</sup>. Algo similar ocurre también con los denominados procesos civiles «inquisitorios», en donde tampoco cabe hablar aquí de la existencia de conflicto intersubjetivo alguno<sup>8</sup>.

El nacimiento de un litigio entre los particulares o el de un conflicto entre la sociedad y alguno de sus miembros origina un estado de «insatisfacción» individual o colectiva. La paz social se ha alterado y urge equilibrar los intereses en pugna<sup>9</sup>. Para ello han surgido en la historia de las instituciones procesales y coexisten en el momento presente tres métodos o posibles medios de solución: *la autotutela*, *la autocomposición* y *la heterocomposición*.

## A) Autotutela

De las tres formas enunciadas de composición de los conflictos la *autotutela*, «autodefensa» o «autoayuda»<sup>10</sup> es sin lugar a dudas la más primitiva. Mediante ella, una de las partes impone a la otra, por su fuerza propia, la solución del litigio.

5 CALAMANDREI, «Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti», en *Opere Giuridiche*, I, Nápoles, 1965, pp. 200 y ss.; ALCALÁ-ZAMORA, «Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso», en *Estudios de Teoría general e Historia del proceso* (1945-1972), 1, México, 1974, pp. 396-397.

6 CARNELUTTI, *Trattato del processo civile*. Diritto e Processo, Nápoles, 1958, p. 53.

7 *Manuale de Diritto Processuale Penale*, Napoli, 1973, p. 46. MORÓN, «Sobre el concepto...», cit., pp. 525-527. *Vide infra*, pp. 154 y ss.

8 CALAMANDREI, «Il concetto di lite...», cit., p. 212.

9 *Vide infra* («La función del proceso»), parte 3., capítulo III.

10 No existe unanimidad conceptual en la denominación por parte de la doctrina de este medio de solución de los conflictos. Así, SCHMIDT utiliza el de *selbsthilfe* o autoayuda (*Lehrkommentar Zur Strafprozessordnung und Zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Göttingen, 1964, I, pp. 35 y ss.). ALCALÁ-ZAMORA emplea el de «autodefensa», aunque esté convencido de que el término «autotutela» resulta más expresivo (*Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1970, p. 50). Por último, otros autores se sirven del vocablo «autotutela»: ARAGONESES, *Proceso y Derecho Procesal*, Madrid, 1960, pp. 27 y ss.; MONTERO, *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1976, pp. 89 y ss.

Son, pues, caracteres de la autotutela la inexistencia de un tercero o juez distinto a las propias partes y la imposición coactiva de la decisión por una de ellas a la otra, resultando indiferente el que la solución se adopte a través de un procedimiento preestablecido<sup>11</sup>.

Expresa la autotutela la natural reacción del sujeto lesionado en su interés que al acudir a ella se deja llevar por consideraciones emocionales y egoístas prescindiendo de toda idea de solidaridad social. Sus causas pueden ser muy heterogéneas: en ocasiones obedecen a un equivocado sentido del honor o a los prejuicios sociales, aunque en otras pueden tener su origen en las deficiencias del propio sistema procesal de un país<sup>12</sup> y muy especialmente en la lentitud y carestía de los procesos civiles, así como en la ineficiencia del procedimiento civil de ejecución de sentencias<sup>13</sup>.

Existen manifestaciones lícitas de la autodefensa, tanto en el ordenamiento interno (v. gr.: arts. 612 y 592 CC los desahucios «administrativos», los Tribunales de Honor, fuera del ámbito de la Administración Civil y de las organizaciones profesionales —art. 26 C—, etc) como en el ámbito de las relaciones internacionales. Sin embargo, aunque en determinadas ocasiones puedan, por razones de economía, estar justificadas, constituye un instrumento muy peligroso para la solución de los litigios y conflictos sociales. De aquí, que el Derecho positivo reaccione de un lado, prohibiendo la realización arbitraria del propio derecho (art. 337 OP) y, de otro, consagrando a nivel constitucional el acceso efectivo a los Tribunales (art. 24 C).

## B) Autocomposición

Dentro de esta evolución de los medios de solución de los conflictos aparece una fórmula más civilizada, la autocomposición, mediante la cual, bien ambas partes mediante acuerdo mutuo, bien una de ellas por sacrificio o resignación, deciden poner fin al litigio planteado. La autocomposición se asemeja con la autodefensa en la circunstancia de que, tanto en una como en otra, son los propios interesados quienes solucionan el conflicto, aunque en aquella puede eventualmente aparecer un tercero cuya función consista en aproximar a las partes. Pero difiere de la autotutela en que la decisión no se impone de forma coactiva por la parte más fuerte, sino, como ha quedado dicho, el conflicto se dirime a través del acuerdo de voluntades o de la resignación de una de ellas.

---

11 ALCALA ZAMORA, *Proceso...*, cit., pp. 50 y ss.

12 Así, por ejemplo, la casi desaparición práctica de los delitos semipúblicos y privados en el Estado Absoluto (cfr. Ley 10.<sup>a</sup>, t. 32, 1. XII Novísima Recopilación) produjo el incremento de los «duelos». Vide TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, Madrid, 1969, pp. 46-48; GIMENO, *La Querrela*, Barcelona, 1977, pp. 55-57.

13 Vide *infra*. Parte 2.<sup>a</sup>, 4, A.

Así pues, atendiendo al número de voluntades que intervienen en la finalización del litigio, una primera clasificación que se impone es la de métodos autocompositivos *unilaterales* y *bilaterales*. Son unilaterales el allanamiento y la renuncia en los que la conformidad en un caso del demandado a la pretensión<sup>14</sup> y en el otro la renuncia del actor al derecho subjetivo material («derecho de accionar») o a la pretensión<sup>15</sup> producen la terminación del conflicto.

Por el contrario, son bilaterales el desistimiento, la transacción, la mediación y la conciliación. Con respecto al primero de ellos, una deficiente conceptualización del proceso como un contrato de *litis contestatio*<sup>16</sup> llevó en un primer momento a la jurisprudencia<sup>17</sup>, así como a algunos autores<sup>18</sup>, a sostener la naturaleza unilateral del desistimiento al proceso del actor. La existencia de la «difamación judicial», ello no obstante, obliga a pensar que el demandado puede tener un interés legítimo en la continuación del procedimiento, y de aquí, que haya que convenir con FAIRÉN en su naturaleza bilateral<sup>19</sup>.

La transacción, conciliación y mediación constituyen «equivalentes jurisdiccionales»<sup>20</sup> a través de los cuales se puede obtener el mismo objetivo de jurisdicción civil<sup>21</sup>. La transacción es un contrato extrajudicial<sup>22</sup> bilateral y recíproco mediante el cual las partes interesadas en el conflicto pueden evitarlo a través de concesiones mutuas o finalizar el litigio ya comenzado (art. 1.809 CC). La reciprocidad es una nota esencial del mencionado convenio, de manera que si viene a faltar habrá un desistimiento o un allanamiento total o parcial, pero no una transacción<sup>23</sup>.

La mediación y la conciliación son también bilaterales, pero se diferencian de los demás métodos autocompositivos en que en ellas interviene un tercero. La aparición del mismo, sin embargo, es distinta en cada una de ellas: en la mediación el tercero interviene de manera «espontánea» al

14 MUÑOZ ROJAS, *El allanamiento a la pretensión del demandante*, Pamplona, 1958, p. 93.

15 MUÑOZ ROJAS, *El allanamiento...*, cit., pp. 58 y ss. En general, para una sistematización de los distintos modos de finalización del proceso civil, *vide* del mismo autor: *Caducidad de la instancia judicial*, Madrid, 1963, pp. 16 y ss.

16 *Vide infra*. Parte 3., I, C.

17 Cfr. FAIRÉN, «El desistimiento», en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, pp. 594 y ss. El fundamento de la bilateralidad del desistimiento en la Primera instancia de nuestro proceso civil», en *Estudios...*, cit., pp. 617 y ss.

18 GUASP, *El arbitraje en el Derecho español*, Barcelona, 1956, p. 18; ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso...*, cit., p. 83.

19 «El fundamento de la bilateralidad...», cit., pp. 636 y ss.

20 CARNELUTTI, *Sistema...*, cit., I, Pp. 170-179; MUÑOZ ROJAS, *la ciudad...*, cit., p. 18.

21 CARNELUTTI, *Sistema...*, cit., I, P. 154.

22 GUASP, *El arbitraje...*, cit., p. 19.

23 CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 171; ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso...*, cit., 9. 91.

conflicto para intentar su solución; por el contrario, en la conciliación el tercero actúa de manera «provocada», por haber sido llamado a ella por las propias partes<sup>24</sup>.

Sin embargo, tanto en uno como en otro caso, el tercero nunca impone su decisión a las partes. La función del mediador o del conciliador es la de aproximar a las partes y, a lo sumo, la de proponer una solución; pero la composición definitiva del litigio la realizarán las propias partes, a través del acuerdo o la resignación. El tercero actúa *inter partes*, no *supra partes*<sup>25</sup>.

## C) Heterocomposición

Distinta es la situación del tercero en la heterocomposición. En ella, la persona individual o colegiada a quien las partes previamente han acudido se compromete o está obligada por razón de su oficio a emitir una solución, cuyo cumplimiento deberán acatar las partes.

De todos los medios para la solución de los litigios y conflictos sociales la heterocomposición es indudablemente el más perfecto. Hemos visto que en la autotutela y en la autocomposición son las propias partes quienes lo dirimen, bien mediante su propia fuerza, el acuerdo o la resignación. Tales medios de composición posibilitan el que alguna de ellas, debido a su hegemonía en el litigio, procedente de la desigualdad económica o a través de sus malas artes, puede imponer su solución a la otra y lo que, a simple vista aparezca como una actitud «altruista» del resignado, no esconda otra cosa sino una obligada rendición<sup>26</sup>.

Por el contrario, en las formas heterocompositivas, en el *arbitraje* y el proceso, el conflicto es solucionado por un tercero al que las partes reputan imparcial. La imparcialidad de este órgano, situado *supra partes*, deriva en el primer caso de su *auctoritas*<sup>27</sup> y en base a ella los interesados han estipulado el correspondiente contrato de compromiso<sup>28</sup>. En el proceso, la imparcialidad del juzgador proviene de su independencia institucional, de la existencia de un complejo régimen jurídico que disciplina la situación del juez como funcionario y que ha de resguardarlo de las posibles presiones de sus superiores, Gobierno y demás poderes del Estado, de la sociedad y de las propias partes.

---

24 GUASP, *op. cit.*, pp. 19-20.

25 MONTERO, *Introducción...*, cit., p. 93.

26 ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso...*, cit., p. 78; MONTERO, *Introducción...*, cit., p. 94.

27 Sobre este concepto volveremos después. *Vide infra*, pp. 31 a 34.

28 CARRERAS, «Las fronteras del Juez», en *Estudios de Derecho Procesal* (con Miguel FENECH), Barcelona, 1962, p. 111.

# FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL

Fundamentos de Derecho Procesal, del Prof. Vicente Gimeno Sendra, es sin duda uno de los grandes clásicos del Derecho Procesal. Se trata de una obra absolutamente atemporal, pues aun habiendo sido elaborada al tiempo de la aprobación de la Constitución Española de 1978, los problemas y soluciones que plantea muestran una total vigencia en la actualidad. La obra se divide en tres partes que constituyen la trilogía del Derecho Procesal: jurisdicción, acción y proceso. En la primera se analiza todo lo ínsito a la jurisdicción, esto es, su fundamento, la independencia, exclusividad y funciones que la Jurisdicción debe ejercer en un Estado de Derecho. En la segunda, se estudia el concepto y elementos nucleares de la acción, sus manifestaciones y limitaciones. La tercera y última parte gira en torno al proceso, a través del estudio de su naturaleza jurídica, los principios que lo integran y las distintas tesis acerca de la función que debe ostentar en la sociedad. La presente obra, por consiguiente, constituye un instrumento muy valioso para el conocimiento de las bases en las que se asienta el Derecho Procesal, reflejando su autor una impronta en valores, principios e ideales que todavía perdura y en los tiempos de cambio que transitamos actualmente, conviene releer y recordar.



## JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA

Vicente Gimeno Sendra (1949-2020) fue un reconocido jurista español. Licenciado y Doctorado por la Universidad de Valencia, su último destino fue como Catedrático de Derecho Procesal de la UNED, si bien antes lo fue en otras universidades españolas, principalmente la Universidad de Alicante y la Autónoma de Madrid. Fue Magistrado del Tribunal Constitucional a propuesta del Senado (1989-1998), Vocal Permanente de la Sección Quinta, Derecho Procesal, de la Comisión General de Codificación y ejerció la abogacía en distintas etapas de su carrera profesional. Cuenta con un sinnúmero de reconocimientos, como la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort, la Gran Cruz de Isabel la Católica y la Medalla al mérito Constitucional. Su labor investigadora, además de extensa, es considerada como pionera en el ámbito del Derecho procesal penal, en el que destacó por su decidida defensa de los derechos fundamentales, poniendo las bases en un momento histórico complejo, de lo que hoy se ha asumido como consustancial a un proceso democrático y acusatorio. Sus trabajos sobre la prueba, las medidas cautelares, la independencia judicial o el derecho de defensa, son obras clásicas de obligada consulta, que no han perdido actualidad.

PVP: 25,00 €

ISBN: 978-84-1194-303-1



9 788411 943031