

DIRECCIÓN

Manuel Cañón Cadenas
Vicente Pérez Daudí

COORDINACIÓN

Cristina Riba Trepal
Carmen Navarro Villanueva
Francisco Ramos Romeu
Núria Reynal Querol
Arantza Libano Beristáin
Consuelo Ruiz de la Fuente.

SECRETARÍA TÉCNICA: Reunions i Ciència S.L.
Montnegre, 18-24, baixos - 08029 Barcelona
T. 93 410 86 46 - E-mail: derechoprocesal@gruporic.com



Grupo
RIC

IV MEMORIAL MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ

JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO PROCESAL. EL ENJUICIAMIENTO CIVIL Y PENAL, HOY

Universidad Autónoma de Barcelona
Fundación Privada Manuel Serra Domínguez

Días 12 y 13 de noviembre de 2018
Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona
(campus de Bellaterra)

UAB
Universitat Autònoma
de Barcelona

FUNDACIÓN PRIVADA
**MANUEL
SERRA
DOMÍNGUEZ**

IV MEMORIAL MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ

JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO PROCESAL, EL ENJUICIAMIENTO CIVIL Y PENAL, HOY

LUNES, 12 DE NOVIEMBRE

10.00 h. Inauguración

Rectora
Decana
Francisco Ramos Méndez, Catedrático de Derecho Procesal, Presidente del Patronato de la Fundación Manuel Serra Domínguez
Victoria Berzosa Francos, Profesora Titular de Derecho Procesal
Manuel Cachón Cadenas, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad Autónoma de Barcelona

10.30 h. PRIMERA SESIÓN

?Siguen siendo útiles los conceptos fundamentales del Derecho Procesal?

MODERADOR

Fernando Jiménez Conde, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Murcia

PONENTES

Víctor Moreno Catena, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad Carlos III de Madrid
Manuel Ortells Ramos, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Valencia
Giampiero Balena, Profesor Ordinario de Derecho Procesal Civil, Universidad de Bari
Luca Luparia Donati, Profesor Ordinario de Derecho Procesal Penal, Universidad, Universidad Roma Tre (Italia)
José María Asencio Mellado, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Alicante
Juan Herrero Perezagua, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Zaragoza

PAUSA CAFÉ

12.30 h. SEGUNDA SESIÓN

Los métodos alternativos de resolución de conflictos: ¿es necesario menos proceso?

MODERADOR

Manuel Peláez del Rosal, Catedrático de Derecho Procesal

PONENTES

Raquel Castillejo Manzanares, Catedrática de Derecho Procesal, Universidad de Santiago de Compostela
Isabel González Cano, Catedrática de Derecho Procesal, Universidad de Sevilla
Guillermo Urnazaél Sánchez, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Girona
José Borrel Navarro, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Valencia
Fernando Martín Díz, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Salamanca

17.00 h. TERCERA SESIÓN

Protección procesal de los consumidores

MODERADORA

Teresa Armenta Deu, Catedrática de Derecho Procesal, Universidad de Girona

PONENTES

Carmen Senés Motilla, Catedrática de Derecho Procesal, Universidad de Almería
Esther Píllado González, Catedrática de Derecho Procesal, Universidad de Vigo
Lorenzo Bujosa Vadell, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Salamanca
David Vallespín Pérez, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Barcelona
Fernando Gascón Inchausti, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad Complutense de Madrid

MARTES, 13 DE NOVIEMBRE

10.00 h. PRIMERA SESIÓN

La prueba procesal a examen

MODERADORA

Mar Jimeno Bunes, Catedrática de Derecho Procesal, Universidad de Burgos

PONENTES

José Garberrí Lobregat, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Castilla-La Mancha
Joan Picó i Junoy, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

Olga Fuentes Soriano, Catedrática de Derecho Procesal, Universidad

Miguel Hernández de Elche

José Martín Pastor, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de

Valencia

Ramon Escaler Bascompte, Profesor de Derecho Procesal,

Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

PAUSA CAFÉ

12.00 h. SEGUNDA SESIÓN

El proceso penal: a la búsqueda del tiempo perdido

MODERADOR

Manuel Lozano-Higuero Pinto, Catedrático de Derecho Procesal,

Universidad de Cantabria

PONENTES

José Martín Ostos, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Sevilla
Juan Darrián Moreno, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad Autónoma de Madrid
Jaime Alonso-Cuevillas Sayrol, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Barcelona
Coral Aranguena Fanego, Catedrática de Derecho Procesal, Universidad de Valladolid
Jordi Nieva Fenoll, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Barcelona

13.45 h. Clausura

Just Franco Añas, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad

Autónoma de Barcelona

Fernando Gómez de Liaño, Catedrático de Derecho Procesal

Joan Prat Rubí, Profesor Titular de Derecho Procesal, Patrono de la

Fundación Manuel Serra Domínguez

Lorenzo Bujosa Vadell, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad

de Salamanca

Vicente Pérez Daudí, Catedrático acreditado de Derecho Procesal, Director

de la Fundación Manuel Serra Domínguez

1 | Conceptos fundamentales del Derecho Procesal. Sobre su utilidad actual

*Manuel Ortells Ramos
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València*

I. ¿Siguen siendo útiles los conceptos fundamentales del Derecho Procesal?

El tema planteado como objeto de reflexión se ha enunciado con la pregunta del epígrafe. De entrada, esa pregunta encierra problemas en todos los componentes de su formulación.

Sin pretensiones de exhaustividad, se pueden explicitar algunos de los interrogantes que suscita: ¿Qué se entiende por conceptos fundamentales del Derecho Procesal? ¿Cuáles son esos conceptos? ¿Qué significa su utilidad? ¿Fueron útiles en algún momento, en el sentido de que eran considerados, encuadraban, eran punto de referencia en las reflexiones y en los debates sobre materias procesales? ¿Ha dejado de ser así? ¿En qué consiste, si es el caso, su pérdida de utilidad actual? ¿En que no se presta atención a los conceptos fundamentales tal como eran entendidos en cierto momento, porque han sido sustituidos por otro modo de concebirlos? ¿O más bien significa que las reflexiones y debates sobre temas procesales fundamentales se desarrollan con métodos que prescinden de la utilización de conceptos fundamentales?

Se comprenderá que es un programa imposible de asumir en toda su extensión. Especialmente sería muy exigente responder a la última pregunta, porque remite a la cuestión del método, si se sigue alguno y cuál, en las reflexiones y debates sobre los temas fundamentales del Derecho procesal, o si prepondera el que alguien llamó «metodo del non so come».

Entre nosotros la cuestión del método no preocupa o, al menos, no se hace explícita la preocupación por la misma, como tampoco el método seguido. No

es extraña la tendencia a mezclar los enfoques metodológicos, combinando los que tienen como objetivo la interpretación de las disposiciones normativas y la investigación integradora del Derecho, los que utilizan conceptos sin hacer cuestión de su radicación normativa, los que persiguen explicar la interacción entre normas y realidad social y los que se proponen determinar cuál debería la más perfecta ordenación jurídica de determinada materia.

Aunque no me atrevo a pronunciarme sobre si los conceptos fundamentales y su construcción juegan un importante papel en el método que actualmente seguimos los procesalistas españoles, porque las opciones metodológicas no son claras, sí que me voy a permitir un apunte sobre cuya corrección creo que podremos convenir.

Unos conceptos fundamentales, antiguos o nuevos, un método que opere con los mismos, siguen siendo útiles. Si por conceptos fundamentales se entiende construcciones intelectuales dotadas de un alto grado de abstracción y generalidad, a las que debería añadirse —dado que utilizamos la expresión en un contexto jurídico— una característica de cierta efectividad normativa, los conceptos fundamentales no solo son útiles, sino que han adquirido la mayor importancia en el Derecho Procesal actual.

En efecto, las cuestiones básicas del Derecho Procesal, que son las que constituyen objeto de sus conceptos fundamentales, son actualmente tratadas y resueltas por tribunales que juzgan con arreglo a unos parámetros normativos que no son —o no son sólo y fundamentalmente— normas jurídicas de estructura tradicional —es decir, reglas, más o menos detalladas, con supuesto de hecho y consecuencia jurídica—, sino normas que proclaman derechos humanos o derechos fundamentales, normas «principales»,¹ o principios jurídicos. Ese es el caso del Tribunal Constitucional y de los imperativos constitucionales que está llamado a concretar.² También el del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la estructura de muchas normas de los Tratados y de disposiciones de Derecho derivado, como las directivas, respecto de las que ha de verificar si las formas y medios elegidos por los Estados son adecuadas para cumplir el resultado al que obliga la disposición. Es igualmente el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyas resoluciones trascienden de tecnicismos, tanto en la identificación del acto de violación del derecho fundamental —sea una norma que impone o autoriza esa violación, la violación de una norma que protege ese derecho o la falta de seguimiento de una jurisprudencia interna que haya perfeccionado la tutela normativa del derecho—, como en

1. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Madrid, 1973, p. 207.

2. *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, Thomson-Aranzadi, 2005, que codirigí con Isabel Tapia, ofrece muchas muestras del valor de los conceptos fundamentales.

el propio pronunciamiento del tribunal que sólo determina si la lesión del derecho fundamental existe y por qué, sin decisiones sobre la validez o eficacia jurídica del acto que la hubiera causado.³ Por fin, aunque no se trate de un órgano jurisdiccional, el Comité de Derechos Humanos de la ONU en su función de supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, puede conocer comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto —entre ellos los que se refieren a la relación de las personas con los tribunales de justicia— y, como conclusión de un procedimiento, puede presentar presentará observaciones sobre el caso denunciado.⁴ Estos tribunales y el Comité, precisamente por la calidad de los parámetros normativos que deben aplicar, operan necesariamente con conceptos generales. Otra cosa es que los conceptos que formulan difieran de los conceptos fundamentales tradicionales, bien porque son otros los temas que se consideran fundamentales, bien porque dan un contenido distinto a los conceptos referidos a los temas fundamentales tradicionales.

En los apartados que siguen me referiré a algunos conceptos fundamentales tradicionales del Derecho Procesal y al tratamiento que, en mi opinión, les dispensa nuestra literatura jurídica procesal. Ese tratamiento es, para algunos de esos conceptos, descuidado; para otros, injustamente despectivo; para unos terceros, erróneamente reverencial.

II. Algunos conceptos fundamentales descuidados

1. El concepto de Derecho Procesal es, sin duda, un concepto fundamental

La determinación de qué es el Derecho Procesal debería ser una muestra señera de la construcción de un concepto fundamental y de la utilidad del mismo.

Si más allá de lo que se dice en las obras generales de nuestra disciplina,⁵ atendemos a la producción bibliográfica de los juristas académicamente califica-

3. Buena muestra de los resultados de la actividad de este Tribunal en materia procesal pueden encontrarse en el *Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia*, accesible en <https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/b7e56970-383b-11e6-a825-01aa75ed71a1/language-es>

4. Ampliación de la información en <http://www.derechoshumanos.net/ONU/ComiteDerechosHumanos-CCPR.htm>

5. Incluso en esas obras pueden observarse diferencias al establecer, en los capítulos de apertura, los temas básicos de la materia en estudio. Así, p. ej., la referencia a los modos no jurisdiccionales de resolución de controversias, justificada por la imposibilidad o la dificultad de la justicia estatal de asumir su función con la amplitud necesaria, en RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil*, I, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 444-559, NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal*, I, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 20-24, no aparece en otros autores, que centran la atención en el Derecho procesal

bles como procesalistas, llegamos a la conclusión de que, ya respecto de este concepto fundamental, existe discordancia, si bien la misma no se formula explícitamente y, por tanto, no hay debate sobre ella.

Los procesalistas han asumido como propio el estudio, no sólo del arbitraje, sino también de la mediación y, en general, de los modos no jurisdiccionales de solución de las controversias jurídicas.

Como es lógico, nada puede objetarse a que los juristas delimiten el objeto de su estudio y de su investigación del modo que consideren más acertado. No obstante, sí que debe hacerse notar que la opción que se refleja en una extensa producción escrita y en una amplia atención en las reuniones científicas significa una toma de postura sobre el concepto de Derecho Procesal. Éste sería el Derecho rector de la solución de controversias jurídicas y no solo, más estrictamente, el Derecho rector de la jurisdicción y de los derechos de las personas respecto de la misma.

Conceptualmente la diferencia es extraordinaria, porque el Derecho de solución de controversias jurídicas que no verse sobre la solución de las mismas por la jurisdicción propia de un poder público es, sustancialmente y con toda la complejidad que se quiera, una manifestación de la autonomía de la voluntad proyectada sobre los intereses en juego en situaciones de controversia. Consiguientemente, una materia propia del Derecho privado, en especial del Derecho de contratos. Y eso debe tener implicaciones sobre el método correcto para su estudio y para la aplicación de sus normas.

Personalmente, considero más correcto acotar el Derecho procesal a la solución de controversias jurídicas mediante la potestad jurisdiccional, como potestad jurídico pública, respecto de la cual las personas tienen derecho a obtener tutela. Las siguientes consideraciones sobre conceptos fundamentales se moverán en el ámbito de ese concepto de Derecho procesal.

2. Los conceptos fundamentales relativos a la jurisdicción

El concepto de jurisdicción está integrado, a mi juicio, por otros dos conceptos fundamentales, el de órgano jurisdiccional y el de potestad jurisdiccional. Para

como Derecho de la función jurisdiccional del Estado —así, DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA et al., *Derecho procesal. Introducción*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 21-23; CORDÓN MORENO, F., *Introducción al Derecho Procesal*, EUNSA, Navarra, 1994, pp. 19-20; GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 402-405; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en CORTÉS DOMÍNGUEZ, MORENO CATENA, *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 21-23.

la construcción de los mismos hay que tener presentes, sin duda, reflexiones de muy diversa procedencia geográfica e histórica, pero parece razonable sostener que la construcción acabada de esos dos conceptos ha de satisfacer las exigencias de comprensión y aplicación de la Constitución española y servir para detectar desviaciones de la misma en la ordenación legal de la materia.

Cuando considero descuidados estos dos conceptos fundamentales lo hago por entender que los procesalistas españoles, salvo excepciones, no han profundizado en su radicación constitucional, ni han prestado suficiente atención crítica a reformas y proyectos de reforma que han afectado a estas dos piezas esenciales de la jurisdicción.

A) *Vientos de cambio sobre en qué consiste la independencia del juez*

La independencia del juez es uno de los requisitos del órgano jurisdiccional, el fundamental de todos ellos.⁶

Del complejo entramado de normas referidas a la independencia judicial y que, siguiendo el método que estimo correcto, deben tenerse en cuenta para establecer el concepto de independencia judicial, centro ahora la atención en aquellas normas que determinan en qué consiste esa independencia en lo que respecta a las relaciones entre órganos jurisdiccionales, en especial si estos son de diferente grado.

Esta faceta del concepto de independencia judicial ha sido, en el contexto del ordenamiento español, entendida y normativamente protegida (art. 12 LOPJ) como una posición de inexistencia de vinculación de un órgano jurisdiccional a las resoluciones de otro órgano jurisdiccional, salvo que éste resuelva un recurso legalmente previsto contra resoluciones dictadas por el primero y, yo añadiría, también salvo la vinculación a la cosa juzgada.

Esta faceta del concepto fundamental ha estado y continúa estando expuesta a cambios. Proyectos normativos, normas que han estado en vigor y normas que siguen vigentes atribuyen a la doctrina jurisprudencial (jurisprudencia, precedentes) establecida por algunos órganos jurisdiccionales de más alto grado un valor jurídico general, adicional a la eficacia de la sentencia que, al resolver un concreto medio de impugnación, ha sentado esa doctrina, jurisprudencia, o precedente.

6. Sobre el conjunto de los requisitos del órgano jurisdiccional y su interrelación, ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal*, Comares, Granada, 1999, pp. 19-56; para una actualización, ORTELLS RAMOS, M., en ORTELLS RAMOS et al., *Introducción al Derecho Procesal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 55-107.

A mi juicio, no producen este cambio ni las normas que imponen a un órgano jurisdiccional que motive su divergencia con los precedentes (p. ej., art. 264 LOPJ), tampoco las normas que establecen que esa divergencia es presupuesto para que el asunto pueda acceder al Tribunal Supremo (p. ej., art. 477.3 LEC). La quiebra sólo tiene lugar si las normas netamente establecen la vinculación al precedente, sin otra posibilidad de desvinculación más que la de razonar que el caso es diferente, lo que, a poco que se piense, no significa negar la eficacia vinculante del precedente, sino simplemente constatar que no es aplicable al caso considerado.

Un cambio —o un posible cambio— de esa entidad en el concepto de la independencia judicial ha tenido, entre nosotros, tres manifestaciones recientes.

1ª) Un proyecto de reforma de las leyes procesales básicas y de la LOPJ del año 2006,⁷ del que ahora sólo destacaré el nuevo apartado que pretendía introducir en el art. 5 LOPJ, que disponía lo siguiente: «Los Jueces y Tribunales aplicarán las leyes y reglamentos de acuerdo con la interpretación uniforme y reiterada que de los mismos haya realizado el Tribunal Supremo».

2ª) El modo en el que el TC juzgó la cuestión de inconstitucionalidad del hoy derogado artículo 100.7 LJCA.

La STC 37/2012, 19 de marzo, declaró que una norma como la del art. 100.7 LJCA no vulneraba la independencia judicial, a pesar de que esa norma sometía a todos los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo a la «doctrina legal» formulada por algunos altos órganos jurisdiccionales al resolver un recurso llamado «en interés de la ley» y publicada en el BOE.

El TC fundó esta conclusión en diversos argumentos. Unos son secundarios, como la excepcionalidad de esta clase de normas y su idoneidad para preservar valores constitucionales, como los de igualdad y de seguridad jurídica. El argumento principal es que la «doctrina legal» establecida constituye una concreción vinculante del propio precepto legal interpretado, «una interpretación que se incorpora al precepto mismo». En palabras llanas: esa «doctrina legal» es como la propia ley interpretada, por eso el TC admite que el tribunal que deba aplicar la «doctrina legal» pueda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del bloque integrado por el precepto legal interpretado y por su interpretación vinculante «doctrina legal».

7. Sobre este proyecto, ORTELLS RAMOS, M., «Una nueva reforma de la casación civil española», *Revista General de Derecho Procesal*, iustel.com, n.º 11, enero 2007, pp. 19-36.

Si las cosas fueran como dice el TC, poco habría que esforzarse para explicar qué ha cambiado en cuanto a la esencia de la independencia judicial. Otra cosa serían los cambios en el concepto de ley. En efecto, si se acepta la fundamentación del TC, la independencia judicial en nada habría cambiado, porque el juez continuaría sujeto sólo a la ley y al Derecho, sólo que debería entenderse que también es ley la «doctrina legal» fijada por algunos altos tribunales al resolver determinados recursos.

Disposiciones con un contenido similar al derogado art. 100.7 LJCA, aunque con expresión diferente, son el art. 4bis.1 LOPJ, que impone a los tribunales que apliquen el Derecho de la Unión Europea «de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», y el art. 5.1 LOPJ, que les imponen que apliquen las normas infra-constitucionales no sólo según la CE, sino específicamente conforme a la interpretación de la misma «que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos» y no sólo en los que deciden sobre la constitucionalidad de disposiciones legales.

3ª) En 2011 y 2014 hubo dos intentos de reforma —el primero apenas inició la tramitación parlamentaria y el segundo no pasó de anteproyecto—⁸ uno de cuyos objetivos era facilitar la previsibilidad de las respuestas judiciales en primera instancia. Partiendo de la atribución del conocimiento de asuntos en la primera instancia a salas o secciones, los textos proyectados permitían que, cuando se hubieran manifestado discrepancias en la resolución de casos iguales por jueces destinados en aquellos órganos, las salas o secciones se constituyeran en pleno para conocer de algún o de algunos asuntos de la clase afectada, siendo los criterios de la sentencia que dictaran estos órganos vinculantes, en principio, para los jueces de la sala o sección cuando tuvieran que resolver casos iguales.

En lo informes preceptivos del CGPJ ⁹ esta parte de la reforma proyectada mereció una valoración de inconstitucionalidad por contraria a la independencia del juez. En efecto, en la ordenación proyectada de los tribunales de instancia

8. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la creación de los Tribunales de Instancia —accesible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_144-01.PDF—. Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial —accesible en <http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288788483261/Detalle.html>—.

9. El informe preceptivo del CGPJ, de 31 de marzo de 2011, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la creación de los Tribunales de Instancia —accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/->, pp. 46-49 y 70-71, considera, en efecto, inconstitucional la regulación del art. 94 del Anteproyecto de Ley. Respecto del intento de regulación de la materia en el Anteproyecto de LOPJ de 2014, véase el Informe del CGPJ de 27 de junio de 2014 —accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-del-Poder-Judicial> -, pp. 53-64.

el órgano jurisdiccional vinculado —juez unipersonal destinado en una sección de esos tribunales— no era el mismo que el que había creado el precedente —pleno de la sección del tribunal de instancia— y, además, para desvincularse no le bastaba con motivar la diferencia de los casos —lo que realmente no significa desvinculación—, sino que la norma imponía, también, que la divergencia estuviera amparada por criterios establecidos por un tribunal de grado superior, de modo que la vinculación a un criterio jurisprudencial (el de la sección del tribunal de instancia) sólo podía eludirse aceptando la vinculación a otro criterio de la misma naturaleza (el de un tribunal de grado superior).

B) El concepto de potestad jurisdiccional y sus transformaciones normativas

Según el art. 117.3 CE, la potestad jurisdiccional solo puede ser válidamente atribuida a órganos jurisdiccionales. Parece, pues, que el de potestad jurisdiccional es uno de los conceptos fundamentales al que los procesalistas españoles deberían haber dedicado, y seguir dedicando, gran atención.

No han faltado páginas dedicadas a la jurisdicción como actividad, a la función de la jurisdicción. Mi crítica, en esta materia, es que, al construir el concepto de potestad jurisdiccional —expresión que debería ser acuñada, pero cuyo uso no es frecuente— el discurso tiende a moverse en un plano puramente doctrinal, sin conceder la relevancia debida a los condicionamientos constitucionales del concepto y sin prestar suficiente atención al examen crítico de normas que, aunque no versen explícitamente sobre la actividad de los tribunales, implican, o hay razones para analizar si lo hacen, una atribución inconstitucional de la potestad jurisdiccional.

Una construcción rigurosa de este concepto resulta especialmente necesaria cuando el legislador ordinario es activo e innovador en la atribución a quienes no son jueces de funciones que tradicionalmente estaban atribuidas a estos últimos.

Por sistematizar estas tendencias de cambio que se observan en la obra del legislador, distinguiré las que afectan a la potestad jurisdiccional como potestad de resolución sobre objetos litigiosos y las que se proyectan sobre la misma en cuanto potestad de dirección procesal y potestad de ejecución.

a) ***Excesos de la potestad de autotutela de las administraciones públicas. La debilitación del criterio de la cosa juzgada***

En mi opinión,¹⁰ las aportaciones de los administrativistas para delimitar el alcance de la potestad de autotutela de las administraciones públicas no han recibido, por parte de los procesalistas, ni suficiente consideración, ni colaboración para identificar excesos que, en definitiva, significan, precisamente, atribuciones ilegítimas de potestad jurisdiccional.

De estos excesos ha habido notables ejemplos históricos¹¹ y hay alguna manifestación actual, rodeada, eso sí, de cierto disimulo. Es el caso de las potestades de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual para ordenar a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la retirada de contenidos lesivos de derechos de propiedad intelectual. De la regulación, que explico en otro lugar,¹² se deduce que, para el legislador, lo único que la CE reserva a los órganos jurisdiccionales es la tutela de los derechos fundamentales —en el caso, los derechos de libertad de expresión y de libre comunicación de la información, cuyas eventuales violaciones examinará el órgano jurisdiccional que controla, antes de su ejecución, los actos administrativos de cierre o interrupción del servicio—, no así la resolución sobre una controversia de Derecho privado, que indudablemente subyace a la consideración como lesiva, y por tanto ilícita, de la acción de alojar determinados contenidos y posibilitar el acceso a los mismos. Estas valoraciones han sido realizadas por la Comisión y subyacen al acto administrativo de ordenar la retirada o la interrupción del servicio.

Es cierto que tampoco el TC se ha pronunciado con frecuencia sobre en qué consiste la potestad jurisdiccional y sobre la legitimidad constitucional de su atribución.

En el caso de la STC 146/1996, de 19 de septiembre, el tema sólo se planteó de manera colateral y el TC no se enfrentó con él. Se limitó a constatar que la atribución a los tribunales de unas competencias que antes correspondían a un órgano administrativo (el Jurado Central de Publicidad) no invadía las competencias de una Comunidad Autónoma en materia de régimen de la publicidad, sino que se basaba en las competencias estatales en materia de Administración de Justicia y legislación procesal.¹³

10. Es un tema que me ha preocupado desde hace tiempo; ampliamente Ortells, *Introducción*, ed. 1999, cit., pp. 57-94; 19-56; para una actualización, Ortells, en Ortells Ramos et al., *Introducción*, ed. 2018, pp. 117-132.

11. Ortells, *Introducción*, ed. 1999, cit., pp. 89-93.

12. Ortells, en Ortells Ramos et al., *Introducción*, ed. 2018, pp. 131-132.

13. Ortells, *Introducción*, ed. 1999, cit., pp. 92-93.

La STC 121/1992, de 28 de septiembre, sobre la inconstitucionalidad de disposiciones de la Ley de Arrendamientos Históricos de la Comunidad Valenciana, que atribuía a la Administración la declaración de qué arrendamientos tenían esa naturaleza —con las correspondientes consecuencias en su régimen de Derecho privado—, eludió examinar la naturaleza de la potestad atribuida a la Administración, limitándose a anular las disposiciones de la ley que encomendaban el control jurisdiccional del ejercicio de la misma a los tribunales del orden contencioso-administrativo. El voto particular del magistrado Gabaldón López fue, a mi juicio, más coherente y, tras examinar, la naturaleza de la potestad atribuida, concluyó su carácter jurisdiccional y su ilegítima atribución.¹⁴

Recientemente, la STC 85/2018, de 19 de julio, ha declarado la inconstitucionalidad de artículos de la Ley Foral navarra 16/2015, de 10 de abril, de reconocimiento y reparación de las víctimas por actos de motivación política provocados por grupos de extrema derecha o funcionarios públicos, específicamente de los artículos que regulan las funciones y atribuciones de la Comisión de Reconocimiento y Reparación por considerar que constituyen atribución de potestad jurisdiccional, que solo a los tribunales puede encomendarse.¹⁵ La sentencia cuenta con un voto particular disidente del magistrado Xiol Ríos.¹⁶ Es una nueva invitación a que los procesalistas nos apliquemos a la construcción del concepto de potestad jurisdiccional.

14. ORTELLS, *Introducción*, ed. 1999, cit., pp. 91-92

15. Merece destacarse el Fj 6º de la STC 85/2018: «el legislador foral no se ajusta a los parámetros que se han expuesto y ha sobrepasado con ello los límites constitucionales, al atribuir a la comisión que crea la ley impugnada, la potestad de investigar y apreciar en plenitud por sí misma, al margen del Poder Judicial y sin vocación alguna a la institución del proceso, hechos en apariencia delictivos. Se ha venido a establecer un procedimiento de investigación sustraído al Poder Judicial, que podría desplegarse incluso en caso de resoluciones judiciales firmes. La norma no contiene previsión alguna que evite la coincidencia material entre hechos susceptibles de ser investigados penalmente con la indagación acerca de lo que considera hechos determinantes de daño indemnizable. Tal procedimiento de indagación pública, con la consiguiente sujeción a ella de cualesquiera personas (art. 3.6), y la pretensión de presentar como verdad jurídica sus resultados [arts. 3.1 y 7 y 6.2 b), en relación con el artículo 1.2 a)], son incompatibles, en tanto que los suplanta, con la dirección o el control que corresponde al Poder Judicial en la averiguación del delito y en el descubrimiento del delincuente, con el riesgo añadido de conculcar derechos fundamentales de todos cuantos pudieran verse sometidos o expuestos al escrutinio de la Comisión y a su «fijación ... de los hechos» (art. 3.1). Se interfiere así con el sistema de justicia penal constitucionalmente configurado y se menoscaba el principio de reserva de jurisdicción consagrado en el artículo 117 CE, vinculado al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye. (...) En conclusión, la regulación de las competencias y funcionamiento de la Comisión comporta la atribución a este órgano ad hoc de una función materialmente jurisdiccional, con lo que se invaden unas funciones que, en exclusiva, corresponden a la autoridad judicial (art. 117 CE), en su caso al Ministerio Fiscal (art. 124 CE) y a la policía judicial (art. 126 CE), dado que, como hemos indicado anteriormente, las conductas a las que refiere el ámbito de actuación de la Comisión se encuentran tipificadas en el Código penal».

16. Sus argumentos básicos son que existe una reserva constitucional del orden jurisdiccional penal para el ejercicio del *ius puniendi* del Estado en la imposición de sanciones que directa o indirectamente impliquen privación de libertad, también un principio constitucional de preferencia del orden jurisdiccional penal en materia sancionadora, pero carece de todo fundamento constitucional la supuesta reserva jurisdiccional absoluta en favor del orden penal para la investigación de hechos delictivos.

Hay un amplio consenso en considerar la cosa juzgada —la aptitud de producirla— como criterio que, en todo caso y tras descartar otros plausibles, identifica la potestad jurisdiccional.

Precisamente porque reconozco que ese criterio es muy seguro como última *ratio* para resolver el problema de identificación de esa potestad exclusiva, considero que es aconsejable prestar atención a un fenómeno normativo que, desde diversos puntos, afecta a la consistencia de la cosa juzgada generada por la actividad jurisdiccional de los tribunales ordinarios.

Para empezar, y desde hace tiempo, hay que atender a las consecuencias en esta materia del amparo constitucional. El amparo no es, ciertamente, un medio de impugnación de la cosa juzgada, sino un medio para la protección de los derechos fundamentales por el TC, entre los que hay derechos procesales —art. 24 CE— y derechos «materiales» que pueden ser violados, directamente o por falta de protección, en un proceso ante los tribunales ordinarios. Sin embargo, el régimen del amparo constitucional puede conducir a que la cosa juzgada sea eliminada. De un lado, la admisión del amparo requiere haber agotado los medios de impugnación ante los tribunales ordinarios (art. 44.1 a) LOTC), por lo que puede haberse llegado a la cosa juzgada. De otro lado, la estimación del amparo comporta el reconocimiento del derecho fundamental, el restablecimiento del recurrente en el disfrute del mismo, y la declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que ha impedido el disfrute (art. 55.1 LOTC); es decir, si la cosa juzgada se hubiera producido, habrá que eliminarla para que se cumpla la sentencia de amparo.

En segundo lugar, y tras agónicos intentos por encontrar acceso a la revisión en su régimen tradicional, nos encontramos con el expreso reconocimiento como causa de revisión de la cosa juzgada generada por los tribunales nacionales de las sentencias del TEDH que, estimando una demanda individual, hayan declarado violado un derecho fundamental reconocido por el CEDH y sus protocolos.¹⁷

Mucho más problemática, pero ya se está llamando a la puerta, es la incidencia de las sentencias del TJUE sobre cuestiones prejudiciales respecto de la cosa juzgada que hubieran producido los tribunales nacionales en procesos resueltos con sentencia firme con anterioridad a aquellas sentencias, si el sentido de tales sentencias firmes de los tribunales nacionales fuera divergente del modo en que la cuestión ha acabado por ser resuelta por el Tribunal de la Unión.

17. ORTELLS RAMOS, M., «Impugnación de la cosa juzgada «interna» para dar cumplimiento a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España. La reforma de 2015», pendiente de publicación en los *Estudios en honor a Barbosa Moreira y Pellegrini Grinover*.

Por el momento, dos resoluciones del TS han negado que el juicio de revisión sea el medio para conseguir ese objetivo. La STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 18 febrero 2016 (Id Cendoj 28079110012016100066), desestima una demanda de revisión con la motivación de que las causales de revisión no la permiten, a diferencia de lo que se ha establecido respecto de las sentencias del TEDH. El ATS 19 abril 2017 (Id Cendoj 28079110012017200960) no considera admisible la revisión de un proceso en el que se desestimó la condena a devolver intereses de un préstamo hipotecario aplicados con base en una cláusula abusiva («cláusula suelo»), habiéndose fundado la demanda de revisión en que el criterio de cálculo de los intereses indebidos establecido por la STS 24/2013, de 9 de mayo, al que se había ajustado la sentencia firme del proceso cuestionado, había sido posteriormente modificado por la STJUE de 21 de diciembre de 2017. La única novedad posterior a la cosa juzgada era un cambio de criterio jurídico sobre la cuestión litigiosa.

La lectura de estas resoluciones evoca uno de los estadios por los que transcurrieron los intentos de que las sentencias del TEDH quebraran la cosa juzgada de sentencias firmes dictadas por tribunales españoles. Cómo puede evolucionar esta cuestión es un tema abierto,¹⁸ pero empieza a no percibirse como algo pacífico el blindaje de la cosa juzgada producida por los tribunales nacionales en estos casos.

b) *Potestad jurisdiccional y atribución de potestades al Letrado de la Administración de Justicia sobre la dirección del proceso y en el proceso de ejecución*

Una ocasión para reflexionar sobre en qué consiste la potestad jurisdiccional como potestad solo atribuible al juez vino dada por la atribución de nuevas potestades al secretario judicial, vinculada a la nueva ordenación de la oficina judicial, mediante las reformas legislativas que se iniciaron con la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ, y que continuaron con la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial y con la Ley Orgánica 1/2009, de la misma fecha, que complementaba la anterior en lo necesario para reformar la LOPJ. Se trata, en este caso, de manifestaciones de la potestad diferentes a la que consiste en resolver asuntos en un proceso de declaración, especí-

18. LAFUENTE TORRALBA, A. J., «Las cuestiones prejudiciales sobre la cláusula suelo: problemas de cosa juzgada ante un posible pronunciamiento del TJUE favorable a la retroactividad plena de la declaración de nulidad», en *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Dir. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., SIGÜENZA LÓPEZ, J., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 289-307; SÁNCHEZ GARCÍA, J. M., «El principio de efectividad en la jurisprudencia del TJUE en materia de consumidores y su repercusión sobre los efectos de cosa juzgada regulada en la LEC», en *RJC*, 2017, núm. 1, pp. 13-30.

ficamente de qué está reservado a la potestad jurisdiccional en la dirección del proceso y en la actividad ejecutiva.

Aunque los informes preceptivos del CGPJ no habían apuntado problemas generales de constitucionalidad en los textos proyectados, se hicieron públicas, principalmente en relación con el proyecto de la que llegó a ser Ley 13/2009, dos declaraciones de sendos grupos de juristas que centraron sus principales, y radicalmente enfrentados, argumentos en atacar y en defender la constitucionalidad de las potestades atribuidas a los secretarios judiciales. En mi opinión,¹⁹ por un lado, es muy correcto que el debate se desarrolle en atención a los condicionamientos constitucionales de lo que sea potestad jurisdiccional, pero, por otro lado, considero necesario no incurrir en simplificaciones cuando se hacen apreciaciones de constitucionalidad sobre esta materia. Frente a las posturas enfrentadas en lo que tiene apariencia de enfrentamiento gremial, caben aproximaciones más matizadas.²⁰

III. Un concepto fundamental injustamente despreciado: ¿Qué se hizo del concepto de acción?

Si había un campo en el Derecho procesal en el que la construcción de conceptos concitaba grandes esfuerzos era, sin duda, el de la explicación de la acción o derecho de acción. Esa atención venía de lejos, por eso Calamandrei iniciaba su artículo sobre la relatividad del concepto de acción con el comentario, elegante y humorístico, de que las teorías sobre la acción, como las noches de la leyenda, son mil y una y todas maravillosas.²¹

Actualmente, al revisar las obras generales se constata la ausencia de una exposición, aun sintética, de las principales orientaciones sobre el concepto de acción y de una revisión crítica de las mismas. Su lugar es ocupado por la referencia a un derecho fundamental, el derecho a la tutela judicial efectiva, acompañada de la exposición de su contenido esencial con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.²² En algún caso, la escueta mención de los

19. Véase ORTELLS RAMOS, M., «Las funciones judiciales del secretario en la nueva oficina judicial: constitucionalidad, efectividad/eficiencia y técnica legislativa», en *Proceso, eficacia y garantías en la sociedad global*, María del Carmen Calvo Sánchez, *Liber amicorum*, II, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 181-206.

20. He intentado hacer esas aproximaciones más matizadas en el artículo citado en la nota inmediatamente anterior y también en ORTELLS, en ORTELLS RAMOS et al., *Introducción*, ed. 2018, pp. 132-136.

21. CALAMANDREI, P., «La relatività del concetto d'azione», en *Opere Giuridiche*, I, Napoli, 1965, p. 436 y sigs.

22. GIMENO SENDRA, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., pp. 280-288; MORENO CATENA, V., en CORTÉS DOMÍNGUEZ, MORENO CATENA, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., pp. 207-215.

esfuerzos teóricos precedentes para determinar y afinar el concepto de acción va precedida de la poco amable calificación de «viejas teorías».²³

Considerar esta situación me ha evocado con naturalidad dos fragmentos excelsos de la poesía castellana. De Jorge Manrique, los versos de las *Coplas a la muerte de su padre* en los que ilustra lo efímero de la fama —«¿Qué se hizo el rey don Joan? Los Infantes de Aragón ¿Qué se hicieron?»—. También en la poesía he encontrado orientación para una reflexión pertinente sobre la utilidad de los conceptos fundamentales, ahora en relación con el concepto de acción; concretamente, en el impresionante soneto de Quevedo «Amor constante más allá de la muerte»: «Serán ceniza, mas tendrán sentido/polvo serán, mas polvo enamorado».

La reflexión se refiere, específicamente, a uno de los conceptos del derecho de acción, el que lo configura como derecho a una tutela jurisdiccional concreta. Ese concepto, frecuentemente malentendido, tiene, sin duda, aspectos criticables, pero de su construcción y de las críticas al mismo han derivado resultados muy apreciables para perfeccionar la tutela jurisdiccional de los derechos.

La concepción concreta del derecho de acción, inicialmente construida por Wach, seguida y explicada por Hellwig y por Goldschmidt, y, con variantes, por Chiovenda, recibió una crítica aparentemente contundente: este modo de conceptualizar el derecho de acción no permite explicar la eficacia y validez del acto de iniciación procesal, que existen con anterioridad y con independencia de la certidumbre sobre el derecho de acción así entendido; no explica el derecho, que corresponde incluso a quien no tiene razón -o que el ordenamiento atribuye a las personas prescindiendo de que tengan o no razón- de provocar la válida iniciación y prosecución de un proceso.

Ocurre, sin embargo, que ésta era una crítica desenfocada.²⁴ Este concepto de acción no pretendía explicar el derecho a iniciar un proceso. Hellwig, tras denunciar que quienes hacían esa objeción estaban combatiendo contra molinos de viento,²⁵ aclaró, con cierta irritación frente a Bülow: «Nein! Das Klagerecht ist nicht Bedingung des Prozesses sondern des Sieges im Prozesse».²⁶

23. NIEVA FENOLL, *Derecho procesal*, I, cit., p. 52.

24. Así lo hacen notar, también, DE LA OLIVA SANTOS, en DE LA OLIVA y alt., *Derecho procesal. Introducción*, cit., pp. 95-96; CORDÓN MORENO, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., pp. 114-115.

25. HELLWIG, K., *Klagerecht und Klagemöglichkeit*, 2ª reimpresión de la edición de Leipzig, 1905, Scientia Verlag Aalen, s. f., p. 6.

26. HELLWIG, K., *Klagerecht und Klagemöglichkeit*, cit., nota 13 en p. 6 y también p. 50.

La concepción concreta del derecho de acción lo que hizo fue situar ese derecho en un plano relacional distinto al del Derecho privado, lo concibió como un derecho frente al Estado-Juez, pero con un contenido que no solo consiste en iniciar y proseguir un proceso hasta obtener un pronunciamiento judicial, sino que incluye el resultado de que ese pronunciamiento sea favorable, obviamente siempre que se le demuestre al tribunal que se cumplen todos los presupuestos a los que el Derecho condiciona tal pronunciamiento. Examinando esos presupuestos, esta concepción de la acción realiza su principal aportación, consistente en evidenciar que existen normas rectoras de presupuestos de una sentencia estimatoria que no pueden ser aplicadas por las personas en el tráfico jurídico-privado, que regulan modalidades de tutela jurisdiccional y que sólo son relevantes cuando esa tutela es pedida en un proceso y debe decidirse sobre su otorgamiento. Por estas razones, y a pesar de que no sean normas que regulen el procedimiento (como forma y sucesión de actos), esas normas pertenecen al Derecho procesal y no al Derecho privado. Esto tiene importantes consecuencias de técnica jurídica, por ejemplo, en materia de vigencia de las normas en el tiempo —la modalidad de tutela jurisdiccional está regida por las normas vigentes en el momento de resolver sobre ella, aunque no estuvieran en vigor al constituirse la situación jurídico-material protegida— y en el espacio —la modalidad de tutela jurisdiccional está regida por las normas del Estado del tribunal, aunque la situación jurídico-material esté regida por normas extranjeras—.

De ese modo, esta concepción del derecho de acción ha facilitado el camino para comprender y para configurar normativamente —en la ley, si hay buena técnica legislativa; por vía jurisprudencial, en su defecto— modalidades de tutela jurisdiccional diferentes a la tutela de condena ordinaria —apegada a la idea de derecho subjetivo lesionado—, tales como la tutela meramente declarativa y sus presupuestos, superando la extraña construcción de la acción de jactancia y la condena a perpetuo silencio;²⁷ la tutela de condena a prestación futura, la generalización de la tutela cautelar, más allá de limitadas medidas típicas.²⁸ Y también la amplia recepción actual de la tutela inhibitoria, de la llamada acción de cesación, modalidad de tutela que posibilita que los derechos e intereses jurídicos sean judicialmente protegidos sin esperar a su lesión y sin dejar su protección limitada irremediabilmente a una indemnización posterior a la lesión.

27. Con alguna referencia a la acción de jactancia y la mejor explicación de su función como acción declarativa negativa, PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, Aranzadi, Pamplona, 1982, pp. 441-442.

28. En general, la comprensión de la tutela judicial cautelar como algo diferente a una especie de derecho a una prestación de aseguramiento que el titular de un derecho amenazado tendría frente a quien causara la amenaza. Esa fue la comprensión inicial del Arrest por Wach —*Der Arrestprozess in seiner geschichtlichen Entwicklung. Erster Theil: Der Italienische Arrestprozess*, Leipzig, 1868, pp. 80-96—, que después rectificó para explicarlo como una manifestación de la *Rechtsschutzanspruch* —*La pretensión de declaración*, Buenos Aires, 1962, trad. Semon, pp. 44-45—.

IV. Los principios del proceso: La subsistencia de un interés, tal vez excesivo y desnortado, por los conceptos fundamentales

La referencia a los principios del proceso se mantiene en las obras generales²⁹ y está presente en algunas reformas y debates a los que nos referiremos después. Sin duda esa referencia significa un reconocimiento de la utilidad de los conceptos fundamentales. En efecto, la exposición de los principios del proceso implica construir conceptos explicativos de las ideas que informan la regulación de los aspectos más importantes, principalmente los poderes del órgano jurisdiccional y de las partes respecto al objeto procesal, al material de hecho y a la dirección formal del proceso, y la forma según la cual se realizan y ordenan los actos que componen el procedimiento.

Es conveniente recordar tanto el origen histórico del método de las *Prozessmaximen*, cuanto las críticas al mismo, imprescindibles para precisar el significado correcto, la utilidad, que puede tener este modo de exponer las opciones básicas de ordenación del proceso.

La teorización inicial sobre las *Prozessmaximen* se produjo en un contexto filosófico preciso —el iusnaturalismo racionalista— que imprimió en aquélla su impronta característica. Para Gönner, iniciador de la doctrina de los principios con la distinción entre el *Verhandlungsgrundsatz* (principio de controversia) y el *Untersuchungsgrundsatz* (principio de investigación), los principios no eran generalizaciones obtenidas del Derecho positivo, sino postulados derivados de la razón natural, de la naturaleza de las cosas, dotados de un valor apriorístico respecto a la regulación jurídico-positiva y que, utilizados en el estudio doctrinal del Derecho positivo, conducían a una reelaboración de este último en términos ajustados al sistema de principios concebido apriorísticamente.³⁰

Esta concepción no es desde luego mantenida por los autores que siguen admitiendo el método de los principios. Expresamente advierte Brüggemann que el hecho de que la jurisprudencia de conceptos los considerara como principios vigentes *a priori*, no puede hacerse pesar sobre el concepto de los principios como categoría del pensamiento jurídico rectamente entendida.³¹

29. Por descontado hay muchas diferencias entre los autores, en cuanto al contenido de los principios, su valor, incluso sobre si tal calidad corresponde a todos los criterios generales que se mencionan en esos contextos expositivos. Véase, p. ej., CORDÓN MORENO, *Introducción*, cit., pp. 126-147, DE LA OLIVA SANTOS, en DE LA OLIVA et al., *Derecho procesal. Introducción*, cit., pp. 55-87; GIMENO SENDRA, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., pp. 318-329; CORTÉS DOMÍNGUEZ, en CORTÉS DOMÍNGUEZ, MORENO CATENA, *Introducción*, cit., pp. 244-251; Nieva Fenoll, *Derecho procesal*, I, cit., pp. 121-178.

30. BOMSDORF, F., *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit*, Berlin, 1970, pp. 96-157, ofrece una amplia exposición de la teoría de Gönner y de sus bases filosóficas; también NÖRR, K. W., «La scuola storica, il processo civile e il diritto delle azioni», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1981, p. 24.

31. BRÜGGEMANN, D., *Judex statutor und iudex investigator*, Bielefeld, 1968, p. 101.

La correcta comprensión de la teoría de los principios consiste, para un conjunto de autores,³² en considerar aquéllos como las ideas que están en la base de determinados conjuntos de normas y que se deducen de la propia ley aunque no estén expresamente formuladas. Su valor no es sólo teórico, sino que tiene también repercusión práctica como medio auxiliar de la interpretación³³ y como punto de partida para la resolución por analogía de supuestos no regulados.³⁴ No tienen, sin embargo, tales principios naturaleza normativa, aunque, como advierte Pohle,³⁵ algunos de ellos pueden tenerla, como concretamente sucede con los principios establecidos en la Constitución. Igualmente se ha resaltado la importancia de los mismos como marco teórico adecuado para la discusión de las soluciones *lege ferenda* a los problemas básicos de ordenación del proceso,³⁶ así como también el valor didáctico de su exposición.³⁷

Reconocen, por otra parte, los autores citados que los principios del proceso no se realizan en las leyes en sus formulaciones más puras, sin que por ello pierda utilidad su estudio, porque en todo caso conviene conocer las soluciones maximalistas que pueden darse a un problema antes de buscar un compromiso entre ellas, y porque, como indica Henckel,³⁸ precisamente para delimitar la exacta vigencia de un principio, hay que saber en qué consiste, en qué se funda y al servicio de qué fin está.

La observación de esta no absoluta vigencia de los principios constituye, sin embargo, el punto de partida de la crítica de la teoría sobre los mismos. Según Hagen estos principios no sirven para la construcción de una teoría general del proceso porque no agotan la determinación de la idea fundamental a la que responde su regulación, se caracterizan por su relatividad, su sentido globalizador y una mera función de acentuación.³⁹ Para otros autores los principios del proceso —particularmente algunos de ellos muy importantes, como el de aportación de parte y el de investigación oficial— no expresan la realidad de la regulación del actual proceso civil, sin que esta ineludible objeción sea correctamente superada cuando se afirma que un determinado principio rige como

32. GRUNSKY, W., *Grundlagen des Verfahrensrecht*, Bielefeld, 1974, pp. 16-17; HENCKEL, W., *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen, 1970, p. 118; Brüggemann, *Judex statutor*, cit., p. 102.

33. BRÜGGEMANN, *Judex statutor*, cit., p. 102; POHLE, R., en Stein-Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, I, Tübingen, 1972, p. 646.

34. GRUNSKY, *Grundlagen*, cit., pp. 16-17.

35. POHLE, en Stein-Jonas, *Kommentar*, I, cit., p. 646.

36. Brüggemann, *Judex statutor*, cit., pp. 101-102; BETTERMANN, K. A., «Hundert Jahre Zivilprozessordnung. Das Schicksal einer liberalen Kodifikation», en *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1978, p. 365.

37. GRUNSKY, *Grundlagen*, cit., pp. 16-17.

38. HENCKEL, *Prozessrecht*, cit., p. 119.

39. HAGEN, J. J., *Elemente einer allgemeinen Prozesslehre*, Freiburg, 1972, pp. 84-92.

regla, con excepciones derivadas del principio contrario, porque en tal caso lo que en realidad sucede es que ya no rige ninguno de los dos.⁴⁰

Esta crítica pone en guardia frente al riesgo de sobrevaloración de los conceptos, mediante la cual estos pueden superponerse y falsear la propia regulación jurídico-positiva que deberían explicar o presentarse como parámetros indiscutibles de la única ordenación correcta, sustituyendo el análisis de los elementos que pueden incidir en la solución por la imposición de las exigencias que derivarían del contenido del pretendido principio, apodócticamente determinado.

Encontramos muestras recientes de debates, reformas o proyectos normativos y orientaciones jurisprudenciales en los que la invocación de los principios del proceso, como conceptos fundamentales, juega un papel importante, aunque no siempre acertado.

Me referiré a tres de ellas, dos propias y una ajena, que me parecen significativas.

1. Un concepto, probablemente erróneo, del «principio acusatorio» y su decisiva influencia en el régimen de la correlación entre acusación y sentencia

El régimen de la correlación entre acusación y sentencia en el proceso penal español ha tenido, desde los años ochenta del pasado siglo, cambios lentos, a veces inseguros, pero radicales, por vía siempre jurisprudencial en lo que se refiere al procedimiento ordinario —respecto del cual la LECrim sigue diciendo lo que decía en 1882—, y por vía de reformas legales respecto del procedimiento abreviado, que la jurisprudencia ha acabado por extender al procedimiento ordinario.⁴¹

40. BOMSDORF, *Prozessmaximen*, cit., pp. 278-283; WASSERMANN, R., *Der soziale Zivilprozess*, Neuwied-Darmstad, 1978, pp. 103-104.

41. Al estudio de estos cambios, impulsados por un concepto fundamental —el del principio acusatorio— he dedicado algunos trabajos, en los que se desarrollan los planteamientos necesariamente sintéticos del texto: «El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales», «Correlación entre acusación y sentencia: antiguas y nuevas orientaciones jurisprudenciales» y «Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica del cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia», todos ellos publicados con anterioridad, pero más fácilmente consultables en ORTELLS RAMOS, M., *El proceso penal abreviado (Nueve estudios)*, Comares, Granada, 1997, respectivamente pp. 1-24, pp. 155-178 y pp. 179-205; ORTELLS RAMOS, M., «Líneas generales de la reforma del procedimiento abreviado y del nuevo procedimiento de enjuiciamiento rápido», en *Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras normas procesales penales*, Consejo Valenciano de Colegios de Abogados, Valencia, 2003, pp. 29-30; ORTELLS RAMOS, M., «Legisladores, jueces y renovación del proceso penal en España (1978-2015)», en *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 55-58.

En la justificación de esos cambios han jugado un papel decisivo conceptos fundamentales como los que definen el principio acusatorio, el derecho a ser informado de la acusación y la prohibición de indefensión. En especial, el modo de entender el concepto del principio acusatorio.

En un trabajo anterior expliqué que, para analizar los fundamentos del deber de correlación, era imprescindible deshacer el nudo argumental que se construye relacionando todos esos conceptos, porque esa relación es a veces confusa.⁴²

Por una parte, debe atenderse al principio acusatorio que, en su significado más estricto, está relacionado con la exigencia de que los titulares del tribunal del juicio queden situados en una posición de imparcialidad. De este principio, que además es un imperativo constitucional, derivan, sin discusión, la indefectible diferencia entre juez de la instrucción previa y juez sentenciador y la ineludible limitación del tribunal sentenciador a enjuiciar solamente el hecho justiciable y la persona del acusado que hayan sido llevados ante él por los acusadores. En atención a ese mismo principio e imperativo constitucional debe también determinarse algo menos obvio; a saber, si debe excluirse o si puede admitirse, con limitaciones, atribuir al tribunal del juicio poderes oficiales de dirección material —específicamente, la potestad de acordar medios de prueba y de intervenir en la práctica de la prueba— y si, dando un paso más en la limitación de los poderes del tribunal, está justificado poner límites incluso a su simple potestad de subsunción, mediante la que ese tribunal concreta las consecuencias legales previstas para unos hechos que sólo y exclusivamente las partes han alegado y podido probar.

Por otra parte, hay que atender al derecho de defensa, a la prohibición de indefensión. En definitiva, al derecho a contradecir de modo eficaz sobre cualquier elemento que sea relevante para la admisibilidad y el sentido de la sentencia, ya sea introducido en el proceso por las partes, como será la regla general, ya lo sea por el tribunal, en la medida, cabe pensar que siempre limitada, que la ley le habilite.

Respecto de la primera de estas dos cuestiones —es decir, las exigencias que derivan del principio acusatorio—, en nuestro ordenamiento se ha llegado a una conclusión que considero absurda o, por lo menos, no suficientemente

Respecto del concepto fundamental del principio acusatorio se ha escrito mucho en nuestra literatura procesal. Para encontrar claridad, mencionaré una obra que es menos conocida de lo que merece: DÍAZ CABIALE, J. A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Comares, Granada, 1996.

42. ORTELLS, «Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción», en *El proceso penal abreviado*, cit., pp. 179-185.

explicada por la garantía de la máxima imparcialidad del juzgador, que es el fundamento de ese principio.

No puedo examinar con detalle si en la práctica judicial se ha impuesto una rigurosa exclusión de los poderes del tribunal del juicio oral para acordar prueba no propuesta por las partes. LECrim en mano, el tribunal puede acordar de oficio la prueba documental y el examen de las piezas de convicción (art. 726 LECrim) y cualquier medio de prueba no propuesto por las partes que considere necesario para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación (art. 729. 2º LECrim). Estos poderes del órgano jurisdiccional están acotados por la delimitación del objeto del proceso que ha hecho la acusación (hechos y persona a la que se atribuyen). Además, no afectan a la imparcialidad del tribunal porque no hacen del mismo un investigador, sino que sólo le autorizan para comprobar la certeza del acaecer histórico acotado y llevado ante él por el acusador, utilizando las fuentes de prueba que la propia actividad del juicio oral y la instrucción previa han revelado existentes. La STS, Sala 2ª, de 26 diciembre de 2003, fj. 3º, no entiende que el art. 729 haya sido abrogado por las exigencias del principio acusatorio, siempre que se respeten los límites acabados de mencionar y que se admita que las partes propongan nueva prueba destinada a contradecir aquella ordenada de oficio por el tribunal.

Me referiré, un poco más extensamente, al límite absoluto de la potestad del tribunal de valorar jurídicamente los hechos presentados por los acusadores y de establecer sus consecuencias penales, que resulta de una disposición legal expresa, el art. 789.3 LECrim, extendida por el TS al procedimiento ordinario,⁴³ que prohíbe al tribunal sentenciador superar el estricto umbral máximo fijado por la concreta petición de pena de los acusadores.

No veo ningún riesgo para la imparcialidad del tribunal siempre que se limite, estrictamente, a valorar la prueba y a interpretar y aplicar la ley penal a los hechos que considere probados y que sólo y exclusivamente las partes acusadoras han podido llevar y probar ante él, y esto no sólo en cuanto a los hechos que identifican el «hecho justiciable», objeto del proceso penal, sino también en cuanto a hechos accesorios que sólo complementan ese «hecho justiciable» influyendo en la entidad exacta de la pena.

Pero aún me parece más absurdo que esa mácula de parcialidad que tendría el juez que, con estricta sujeción a los límites que acabo de recordar, ejerce su

43. TS, Sala Segunda, Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 20 de diciembre de 2006, según el cual «el tribunal sentenciador no podrá imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa».

potestad de dictar sentencia, pueda desaparecer con la simple técnica de que un acusador acepte la concreta hipótesis jurídica agravatoria que el tribunal hubiera planteado para debate de las partes.

El derecho de defensa era el otro elemento implicado en el régimen jurídico de la correlación. Respecto de ese derecho, la reconsideración que inició la jurisprudencia y los pasos subsiguientes de la jurisprudencia y de las reformas legales han llevado el régimen de la correlación a un nivel de garantías superior al del punto de partida.⁴⁴

No obstante, la errónea concepción de los principios implicados ha dejado la muestra literal de una barbaridad que, tal vez correspondiera plenamente al concepto de principio acusatorio que tuviera quien redactó la disposición, pero que debe ser objeto de interpretación correctora para no incurrir en el desconocimiento absoluto de las exigencias más elementales de los principios de contradicción y de igualdad. Me refiero a la redacción del art. 789.3 LECrim debida a la reforma de 2003. Ese artículo, cuya redacción subiste hoy, recibió el contenido del antiguo artículo 794.3, al que se añadió un insólito inciso final que hace que el apartado disponga textualmente lo siguiente:

«La sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado, salvo que alguna de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el Juez o Tribunal dentro del trámite previsto en el párrafo segundo del artículo 788.3».

La lectura del inciso final pone de manifiesto que, según una (insostenible) interpretación literal, el tribunal podría, si plantea la cuestión y ésta es asumida por algún acusador, no sólo imponer pena más grave que la solicitada por alguna acusación definitiva inicialmente formulada, sino también «condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado». La segunda consecuencia podría ser muy acorde con el principio acusatorio, porque es un acusador quien, en definitiva, sostiene la petición, pero burlaría completamente el principio de contradicción y la garantía de la defensa.

44. ORTELLS, «Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción», en *El proceso penal abreviado*, cit., pp. 195-197.

2. TJUE, tutela judicial de los consumidores, la oportunidad de revisar el concepto de principio dispositivo y de reflexionar sobre la falta de valor normativo de algunos principios

Varias sentencias del TJUE resolviendo cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales españoles respecto, principalmente, de la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la incidencia que debía tener en la aplicación de las normas nacionales, han alentado un renovado interés por un discurso atento a los conceptos fundamentales, específicamente los relativos a los principios del proceso civil.

En los abundantes y, a veces, clarificadores trabajos sobre esta ya amplia jurisprudencia del TJUE es frecuente encontrar argumentos en el sentido de que las exigencias que ese tribunal deduce, en esta materia, del principio de efectividad «quebrantan las reglas del principio dispositivo en el ámbito del proceso civil»,⁴⁵ se han «adentrado en el núcleo del principio dispositivo»,⁴⁶ significan un ataque frontal al principio dispositivo.⁴⁷ Otros trabajos se refieren a la incidencia de esas sentencias no sólo en el principio dispositivo, sino también en el de aportación de parte,⁴⁸ y analizan esa diferente afectación.⁴⁹

Respecto de este renacimiento del interés por los conceptos fundamentales me limitaré a algunas observaciones.

1ª) Una construcción rigurosa de los conceptos requiere distinguir el contenido y la fundamentación del principio dispositivo y del de aportación de parte.⁵⁰ Partir de esta base permitirá apreciar, con más precisión, si los cambios que impone la jurisprudencia del TJUE afectan al principio dispositivo o simplemente modifican la ordenación tradicional entre nosotros sobre los poderes para practicar prueba sobre hechos relevantes para el sentido de la sentencia.

45. MARTÍNEZ SEJO, J. M., «Lo que se sabe y lo que no se sabe: la prueba en los procedimientos que afectan a los consumidores», en *Diario La Ley*, nº 9236, de 11 de julio 2018, Nº 9236, 11 de jul. de 2018, p. 3.

46. SERRANO MASIP, M., «Efectos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el proceso civil interno», en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 68, julio-diciembre 2016, p. 14.

47. GONZÁLEZ GARCÍA, S., «El control de oficio, un ataque frontal al principio dispositivo del proceso civil: ¿Hacia un proceso especial de consumidores?», en *Diario La Ley*, Nº 9100, Sección Doctrina, 15 de diciembre de 2017.

48. JIMENO BULNES, M., *Un proceso europeo para el siglo XXI*, Burgos, 2018, pp. 30-31

49. NIEVA FENOLL, J., «La actuación de oficio del Juez Nacional Europeo», *Diario La Ley*, Nº 9000, Sección Doctrina, 14 de junio de 2017; ARMENGOT VILAPLANA, A., «La incidencia de la doctrina del TJUE en los principios que informan el proceso civil», en *Revista General de Derecho Procesal*, iustel.com, nº 44 (2018).

50. Remito, principalmente, a ORTELLS, *Introducción*, ed. 1999, cit., pp. 155-158, 160-162, 183-187, 202-211.

2ª) Sorprende que se considere novedoso, o hasta sorprenda, que, si en el plano jurídico-material la calificación de una cláusula contractual como abusiva es cuestión de orden público y determinante de nulidad, el juez, siempre que los autos le den base para ello, pueda y deba apreciar de oficio esa calidad de la cláusula, considerarla nula y, en consecuencia, denegar la tutela judicial solicitada en la medida en que dependa de la misma.

He rescatado de mi biblioteca la clásica obra de Federico de Castro, «El negocio jurídico», editada en 1971, que ya sostenía eso respecto de los supuestos de nulidad,⁵¹ aunque los que contemplaba eran obviamente diferentes a los que establece un nuevo Derecho material. Sólo le faltaba claridad en puntualizar que el tratamiento de oficio es predicable para la desestimación de las pretensiones fundadas en condiciones viciadas de nulidad, pero no para convertir esa nulidad en el objeto principal de la declaración judicial en el proceso en que han sido constatadas. Esa apreciación desde el punto de vista del Derecho material se complementaba con la tesis que, ya en un artículo de 1955, explicaba entre nosotros Prieto-Castro respecto de que los hechos impeditivos debían ser tenidos en cuenta por el juez, para desestimar la pretensión, con independencia de cuál fuera la parte que los hubiera introducido en el proceso.⁵²

3ª) Respecto de la aparentemente escandalosa afectación al principio dispositivo que derivaría de la STJUE, Sala Primera, de 3 de octubre de 2013 (C-32/12 Duarte Hueros), a la que, por cierto, se llegó por una errónea explicación y comprensión de lo dispuesto por el art. 400 LEC, considero que un pronunciamiento de reducción del precio se hubiera podido amparar en el modo de apreciar el ajuste entre lo pedido y lo resuelto que sigue la jurisprudencia. En efecto, esa determinación encierra siempre problemas de interpretación que suelen resolverse con un criterio favorable al agotamiento del litigio existente entre las partes, siempre que lo que se resuelva pueda entenderse implícitamente incluido en lo que se había pedido (p. ej., STS de 28 de febrero de 1981, RJ 1981\635, y STS de 3 de marzo de 1992, RJ 1992\2156) o en el «contenido económico y jurídico» de la súplica de la demanda (STS 23 de abril de 2010, RJ 2010\3548).

4ª) La tesis de que el principio de efectividad requiere que el juez pueda adoptar medidas cautelares de oficio para proteger la posición del consumidor, que ha sentado el Auto TJUE (Sala Quinta), de 26 octubre de 2016, Fernández Oliva y otros, (asuntos acumulados C-568/14 a C-570/14), ha sido también calificada

51. DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, pp. 475-477.

52. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., «La defensa del demandado», en *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pp. 176-181.

como contraria a nuestro sistema procesal civil y a sus principios inspiradores.⁵³ No se puede negar que es una excepción a una regla general claramente establecida por la ley, pero habría que matizar que si la justificación de la tutela cautelar se examina en el plano de los conceptos no resulta extraña la presencia de un interés público que avalaría la atribución al juez de una potestad de acordar las medidas cautelares de oficio. La clásica monografía de Calamandrei ya hacía notar la finalidad pública que cumplía la función de la tutela cautelar.⁵⁴

5ª) Por fin, el deber, que también deriva de las sentencias del TJUE, de que el juez nacional acuerde de oficio medios de prueba respecto de los hechos que habrán de basar el ejercicio de sus poderes de examen de oficio de las cláusulas abusivas, no es más que una restricción normativa del régimen de aportación de parte en cuanto a la proposición de prueba en el proceso, régimen que puede ser el general en un proceso civil, y efectivamente lo es en el proceso civil español. En cualquier caso, no es una regulación que contradiga el principio dispositivo, porque no limita el poder de disposición de los derechos, sino que incide sobre el tema de la aportación y prueba de los hechos.⁵⁵ Y, en ese campo, el principio de aportación de parte no es el único criterio correcto de ordenación, como lo demuestra la variedad de regímenes sobre la materia en ordenamientos cuyo proceso civil en ningún caso podría sostenerse que, a la hora de su tutela judicial, desconoce la estructura del Derecho privado.⁵⁶

3. Excesos en la reacción contra el formalismo procesal y riesgos para la garantía de la legalidad del procedimiento: la perniciosa influencia de una construcción conceptual más allá de las normas

Al referirme a la teoría de los principios del proceso hice notar el riesgo de que la construcción conceptual del contenido de esos principios acabara sustituyendo el específico régimen normativo de una materia, o superponiéndose al mismo y alterándolo.

53. AGUILERA MORALES, M., «TJUE, proceso civil y tutela del consumidor: repaso de un año que termina y previsiones en torno a otro que comienza», en *Revista General de Derecho Procesal*, iustel.com, nº 44 (2018), p. 11; SERRANO MASIP, «Efectos de la jurisprudencia del TJUE», cit., p. 16.

54. CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, CEDAM, Padova, 1936, pp. 143-146

55. ORTELLS, *Introducción*, ed. 1999, cit., pp. 151-153.

56. Véanse, como ejemplos próximos, CADIET, L., JEULAND, E, *Droit Judiciaire Privé*, LexisNexis, Paris, 2013, pp. 429-430; AMRANI MEKKI, S., STRICKLER, Y., *Procédure Civile*, PUF, 2014, pp. 516-517; SASSANI, B., *Lineamenti del processo civile italiano*, Giuffrè EDITORE, Milano, 2010, pp. 212-214; BIAVATI, ARGOMENTI, cit., pp. 323-324.

La regulación legal del proceso, con todas las dificultades de la interpretación y aplicación de las normas, se impone no solo a las partes —limitando su libertad de acción, pero, al tiempo, protegiendo sus derechos—, sino también al juez —acotando sus potestades—. De ahí que el riesgo al que me he referido al principio sea extremo cuando esa regulación, o un parte importante de la misma, es sustituida por la referencia a un concepto, cuya concreción caso por caso queda en manos del juez.

Los ejemplos históricos son abundantes.⁵⁷ Me limitaré a mencionar una muestra muy próxima, en el espacio y en el tiempo, de un intento de realizar esa operación, con el pretendido objetivo de satisfacer el derecho a que los procesos concluyan en un plazo razonable.

En noviembre de 2017, en el debate parlamentario de la ley de presupuestos italiana se presentó una enmienda,⁵⁸ en principio aceptada por el Gobierno, según la cual el *procedimento sommario di cognizione* sería el adecuado para todos los litigios de competencia del tribunal en composición de juez unipersonal. Esta norma de adecuación ya existía antes de este intento de reforma, pero estaba matizada por la potestad del juez de ordenar la tramitación en forma ordinaria, si apreciaba que el concreto asunto litigioso requería una actividad probatoria compleja.⁵⁹

Esa potestad iba a desaparecer con la reforma, de modo que incondicionadamente se impondría la regla característica del *procedimento sommario*, a saber:

«Alla prima udienza il giudice, sentite le parti, ammette i mezzi di prova proposti e, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto».

En síntesis, una ordenación legal del proceso —la que sea, más o menos generosa con las posibilidades de acción de las partes, pero definida, límite y garantía para ellas y también brida para el poder del juez— queda sustituida por el concepto «de modo de proceder más conveniente», en el que se omitirá todo lo que —nuevamente la conceptualización es necesaria— no sea esencial para la contradicción.

57. FAIRÉN GUILLÉN, V., *Lo «sumario» y lo «plenario» en los procesos civiles y mercantiles españoles. Pasado y presente*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2006, pp. 17-104, sobre la concreción de los conceptos del modo de proceder «*simpliciter et de plano*», «*sine strepitu et figura iudicii*, *sola facta veritatis atenta*».

58. <http://www.ordineavvocatifirenze.eu/wp-content/uploads/2017/11/Proposta-di-modifica-n.-101.0.34-al-DDL-n.-2960-Senatore-Viceconte.pdf>

59. BIAVATI, ARGOMENTI, cit., pp. 613-615.

Esta ocurrencia reformadora fue, en definitiva, frenada por la reacción de los procesalistas y de otros profesionales del Derecho.⁶⁰ Me recordó un antiguo artículo de Baur en el que fundaba la necesidad de regulación legal del proceso en la relación funcional entre proceso y Derecho material, en cuanto solo esa regulación, delimitando poder de partes y de juez, puede garantizar que el Derecho material aspire a tener una aplicación igual en los casos que sean iguales.⁶¹

60. Una síntesis de esa reacción puede encontrarse en http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_processuale_civile_e_delle_procedure_concorsuali/Processo_civile_principio_di_legalita_riforme_estemporanee.html

61. BAUR, F., «Potere giudiziale e formalismo del Diritto Processuale», en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965, pp. 1683-1696.