

EDUARDO GUTIERREZ DE CABIEDES (Pamplona)

LA FUNCION DEL DERECHO PROCESAL EN LA VIDA JUDICIAL

1. *Introducción.*

Se trata de estudiar en este trabajo la función del Derecho procesal entre las demás ramas de la enciclopedia jurídica y en particular su tarea, a la vez científica y práctica, de servir de instrumento útil al juez en su función de declarar el Derecho.

Un estudio del Derecho procesal con este prisma aboca, necesariamente, a plantearse cuestiones fundamentales de teoría general del Derecho y de Filosofía jurídica, cuales son, entre otras: la posición del juez ante el Derecho, la distinta estructura y finalidad de las normas jurídicas, la diferente vinculación del juez al Derecho nacional y al Derecho extranjero, etc.

2. *El juez ante el Derecho legislado.*

Uno de los problemas centrales que tiene hoy planteado la ciencia del proceso para cumplir la función que más arriba le señalábamos es el de la posición del juez ante el Derecho legislado. Este problema lleva implícitos otros muchos, que, en realidad, son previos: entre otros, la diferente estructura y la finalidad de la norma civil y penal y, por tanto, la distinta situación del juez ante ellas. La adopción de postura en este problema y en otros previos ya planteados, condicionan la respuesta al tema de este trabajo.

La conexión o desconexión del juez con la Ley es una cuestión que por su propia naturaleza rebasa el ámbito del Derecho procesal para entrar en el del Derecho fundamental, y, desde un punto de vista positivo, en el campo propio del Derecho político o constitucional. El problema se liga con los distintos principios rectores que pueden fundamentar la convivencia política.

La misma importancia del tema implica la servidumbre de su variabilidad y contingencia. No hay materia más contingente y sujeta a revisión dentro del mundo del Derecho que la cuestión política. Con razón se ha dicho¹, aplicándolo a la legislación codificada, que “tiende a la permanencia”, que ella es la “base de la seguridad social”, y que presenta un fuerte “contraste con el rápido mudar de las demás disposiciones”. En el lapso de tiempo en que España ha tenido siete constituciones, sustituidas hoy por las Leyes Fundamentales del Estado, sólo se han promulgado dos Leyes de Enjuiciamiento Civil.

La tendencia a la estabilidad de las leyes es lo que ha hecho menos incierta e insegura la postura del Juez, ya que, si bien los sistemas políticos se han ido sucediendo, la permanencia de la Ley procesal ha amortiguado considerablemente la brusquedad de los cambios y ha hecho posible una cierta unidad de criterio imprescindible para la seguridad jurídica.

Desde el punto de vista meramente teórico, sí que se puede deslindar claramente la posición del Juez en los regímenes liberales y en los regímenes totalitarios.

El estudio abarca dos aspectos diferentes, aunque complementarios. Uno es el de la posición del Juez como funcionario administrativo y como órgano judicial respecto a la Administración y la Legislación; otro, el de la relación y vinculación de la sentencia con las fuentes del Derecho. El primero es un problema típicamente constitucional; el segundo va ligado al primero, pero presenta un carácter procesal técnicamente considerado, como lo demuestra su necesario desemboque en el problema de la cosa juzgada.

1) Cfr. DE CASTRO: *Compendio de Derecho civil*, 1957, pág. 51.

La autoridad judicial ante el Derecho legislado es susceptible —como se dijo— de ser considerada de una doble manera: como funcionario administrativo o como órgano jurisdicente.

Como funcionario, su postura de dependencia o independencia varía sensiblemente de un régimen totalitario a otro de corte liberal. En el primero, su dependencia es completa respecto a la Administración y a la Legislación. La dependencia se desprende de la concentración de poderes (ejecutivos, administrativos, legales e incluso judiciales) en una sola persona y en la necesaria potestad delegada que hay que entender en los funcionarios de orden inferior que de aquélla dependen.

En un régimen liberal, la independencia administrativa del Juez se consagra como un postulado. Se piensa, con acierto, que para que el Juez sea independiente a la hora de fallar, debe serlo previamente como funcionario. Para conseguir su independencia personal se sugieren varios medios, como la elección de un Juez para cada caso litigioso, ya por la comunidad (elección democrática), ya por las partes (elección arbitral), y también la elección de los jueces por los propios jueces (sistema de autogobierno), o la elección por el poder legislativo, aunque esta solución, si bien revestiría a la elección de gran autoridad, sería contraria a los propios postulados liberales de independencia de los poderes.

Considerando, no ya la persona del Juez, sino su actividad procesal o jurisdicente, su posición, tomando como parámetros los dos sistemas políticos mencionados, también difiere sensiblemente.

En régimen liberal, la actividad juzgadora ha de ser absolutamente independiente respecto a la Administración. No obstante, no es ésta una regla sin excepciones. La Administración puede, a través de las correcciones disciplinarias, ejercer un control indirecto a la jurisdicción, y ésta, por la vía del proceso administrativo, controla directamente la legalidad de la actuación de aquélla.

Con respecto a la legislación, la postura del Juez en un sistema liberal es de absoluta dependencia. No es lugar de estudiar la fundamentación remota de este principio que nos llevaría a plantear problemas de teoría general como el de los fundamentos del positivismo jurídico y su conexión con el



liberalismo, pero sí a citar las razones próximas que dan los autores que han sido artífices del pensamiento liberal. Así se ha dicho que “aunque los Tribunales no deben ser estables, las sentencias deben serlo, hasta tal punto, que no sean sino un texto preciso de la Ley; si constituyesen una opinión particular del Juez, se viviría en la sociedad sin conocer exactamente los compromisos que uno celebra”. Podría ocurrir que la Ley, que es al mismo tiempo vidente y ciega, resultara en algunas cosas demasiado rigurosa. Pero los jueces de la nación no son, como hemos dicho antes, sino la boca que pronuncia las palabras de la Ley, seres inanimados, que no pueden moderar ni su fuerza, ni su rigor”².

Hay que hacer notar que tampoco es éste un principio sin excepciones, ya que hay países de honda raigambre liberal que no sujetan al Juez a una Ley escrita previamente promulgada. Entre éstos se encuentran los países de sistema jurídico sajón (“case-law), donde la Ley juega escasísimo papel y el Juez sólo se liga al precedente.

En un sistema totalitario la distinción del acto judicial y del acto administrativo, si bien resulta fácil teóricamente, se diluye en la realidad práctica.

Teóricamente, la Administración cumple una función de estructuración de la comunidad, mediante la incorporación de los miembros individuales, mientras que la jurisdicción tutela el orden jurídico privado mediante la definición del derecho de los particulares³. Prácticamente, la intervención de la Administración en la función jurisdiccional en el Estado totalitario es completa y se realiza de variadísimas maneras: unas veces, señalando la Administración la norma que tiene que aplicar el Juez o tomando para sí la solución del pleito; otras, maniobrando en el material facticio o sustrayendo a la jurisdicción los medios idóneos de investigación; las más, influyendo en la interpretación de las leyes, etc. Esta administración de la justicia trae aparejada la ampliación de la investigación oficial y el ensanchamiento de la jurisdicción voluntaria, parcela más administrativa que procesal.

2) Cfr. MONTESQUIEU: *L'esprit des lois*, 1819, II, págs. 58, 68 y 69, respectivamente.

3) Cfr. MAUNZ: *Verwaltung*, 1937, pág. 182.

En el Estado totalitario, la Ley también impera sobre el Juez y le vincula, no ya por razones de desconfianza en los funcionarios judiciales o de supremacía objetiva de la Ley, sino más bien de sometimiento en todos los funcionarios, y entre ellos el Juez —en su actividad—, a la sola voluntad del que manda.

La segunda cuestión que planteaba este epígrafe es la de la relación y vinculación de la sentencia con las fuentes del Derecho.

La independencia del fallo se ha señalado desde diversos puntos de vista, que, a veces, sólo tienen de común el señalar la desvinculación de la decisión judicial respecto a una norma jurídica previa.

En este grupo hay que incluir la doctrina que considera la sentencia como una "Lex specialis"⁴, o como la ley valedera en el caso planteado, siendo la ley objetiva anterior un mero proyecto o recomendación para el juzgador⁵, o la tesis más limitativa de la llamada Escuela Libre del Derecho, que admite que el Juez, en caso de laguna, cree una norma abstracta para resolver el caso y con efecto restringido al mismo.

La dependencia del fallo también se ha defendido con diferentes matices. La codificación señala el comienzo del monopolio estatal del Derecho y de la necesaria adecuación de la sentencia a la norma escrita o Ley.

Para la Escuela Histórica, la adecuación debe darse, pero no entre la sentencia y la Ley, sino entre aquélla y la norma emanada de la conciencia jurídica del pueblo.

Otros entienden que son los hechos normativos, como hechos dados "de facto", los que encarnan un contenido de justicia que se impone al juzgador cuando decide, etc.

La dependencia del fallo respecto de la norma se postula, en todo caso, por estos autores, y sólo difieren unos de otros respecto a lo que entienden por fuentes del Derecho respecto a la concreción formal de las mismas.

4) Cfr. la exposición de GOLDSCHMIDT sobre esta teoría, *Der Prozess als Rechtslage*, 1925, págs. 151 y ss.

5) Esta es la tesis central de la obra de BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, 1855, passim.

Para unos, la dependencia hay que proclamarla respecto de la Ley; para otros, respecto a la costumbre; para unos terceros, respecto al precedente judicial; los menos, respecto a la ciencia (doctrina) a la que dan categoría formal de fuente, etcétera.

Las razones que fundamentan que la decisión judicial no sea una creación personal del Juez, sino un acto reglado de éste, son muy distintas de los teorizantes liberales a los totalitarios.

Para el liberalismo, el sometimiento del Juez a las leyes es un principio necesario por varios motivos fundamentales:

Primero, si se busca la protección jurídica de los ciudadanos, hay que librarlos de cualquier género de arbitrariedades provenientes de la jurisdicción, mostrándose como el medio más idóneo para ello el del sometimiento del Juez a la Ley.

Después, la misma tutela de la Administración y de su esfera jurídica de las intromisiones de otros poderes y, en concreto, del jurisdiccional, hace necesario el sometimiento de todos ellos a un principio objetivo y recto, es decir, la Ley.

Por último, se ha llegado a defender que la especial psicología de los pueblos latinos y sus peculiaridades hacen necesario o conveniente un imperio de la Ley⁶.

Para una organización de la convivencia política según los postulados totalitarios, el sometimiento del Juez a la Ley es un principio indiscutible. Pero ocurre muchas veces, en este tipo de países, que tal postulado aminora aún más la libertad de los justiciables, ya que la Ley no es expresión de un sentir general sino un instrumento concreto de realización de la idea totalitaria⁷.

Cualquiera de las posiciones descritas desembocan en una construcción peculiar de la cosa juzgada en lo tocante a su eficacia y naturaleza.

-
- 6) Aunque es obvio que un postulado tan amplio puede aplicarse a cualquier país.
 - 7) Como puede advertirse, pues, la justificación del imperio de la Ley en los países democráticos y absolutistas es totalmente dispar. En los primeros la Ley debe imperar por ser expresión de la voluntad de todos; en los segundos porque realiza los postulados del que manda.

Para los sistemas jurídicos que mantienen la decisión judicial libre e independiente, como en el caso del derecho inglés, la sentencia tiene el valor y eficacia del Derecho objetivo, con el que se confunde.

Para los que atribuyen a la sentencia la virtualidad de crear derechos subjetivos, la decisión incide en el campo del derecho material subjetivo de la misma forma que lo puede hacer un pacto⁸.

Para los que estiman que la sentencia tiene su enmarque y eficacia exclusivamente dentro del proceso, el fallo no produce efecto alguno en el derecho material (teoría procesal de la cosa juzgada).

Por último, algunos autores⁹ consideran el orden jurídico de manera unitaria, admitiendo que el Derecho pasa por diferentes fases materiales y procesales, pero que es contradictorio escindir unas de otras. Para éstos, la sentencia constituye una etapa —la última— del derecho unitario.

3. *Distinta estructura y finalidad de la norma material civil y de la norma penal. Normas de un tercer género.*

La actuación de la Ley por el Juez civil y el Juez penal tiene un carácter totalmente diferente, pudiendo afirmarse, en líneas generales, que el Tribunal penal actúa la Ley "ex officio", mientras que el Juez civil lo hace a instancia de parte.

La distinta posición del Juez ante una Ley y otra le convierte en actor, aunque imparcial, en el proceso penal y en simple árbitro en el proceso civil.

La diferente posición y función del órgano jurisdiccional en estos dos casos no es caprichoso y se debe a la diferente estructura y finalidad de la norma civil y penal.

El Derecho material civil y el penal tienen una naturaleza jurídica totalmente distinta, y, por ello, son también totalmente distintas las relaciones que unen a cada ordenamiento material con el proceso correspondiente.

8) Cfr. PAGENSTECHER: *Reinische Zeitschrift*, VI, pág. 499, principalmente nota 12.

9) Cfr. LIENZ: *Neue Grundlagen der Rechtsfindung*, 1939, págs. 139 y ss.

El Derecho civil regula las conductas de los ciudadanos como sujetos privados y establece derechos y obligaciones de cada ciudadano frente a otro, evitando las colisiones de conductas o indicando los medios con que han de ser evitadas tales colisiones. Los destinatarios de las normas civiles son, por tanto, las personas privadas, o las personas públicas (el Estado, las Corporaciones públicas), en cuanto actúan como sujetos privados.

El Derecho penal, por el contrario, no está formulado atendiendo o regulando los derechos y obligaciones de los ciudadanos. Tales derechos y obligaciones de carácter penal están en otros ordenamientos o son deberes jurídicos naturales. El Derecho penal castiga unas conductas que se estiman típicamente antijurídicas y señala en qué condiciones se punirán por el Estado tales conductas, ordenando el cuánto de la pena que ha de atribuirse a cada una de ellas. Es obvio que la norma penal no va destinada al ciudadano, sino a los órganos jurisdiccionales encargados de imponer la pena y ejecutarla. En el artículo 407 del Código penal no se prohíbe cometer homicidio—que sería la fórmula equivalente a la norma civil—, sino que “será castigado, como homicida, con la pena de reclusión menor”¹⁰.

Por este camino, desorbitando las cosas, algún autor ha llegado a afirmar “que todo el Derecho penal es Derecho procesal”¹¹. Semejante conclusión es la terminación de un “iter lógico” que comienza reivindicando para el proceso el estudio y tratamiento de la pena y para el Derecho penal el estudio exclusivo del delito. Ahora bien, como delito y pena constituyen la cara y cruz de una misma categoría, ya que no hay delito sin pena ni pena sin previo delito, resulta la conexión inescindible de ambas disciplinas. Si históricamente la primera, el Derecho penal sustantivo y su teoría del delito, había absorbido

10) Sin tener esto en cuenta no se puede comprender la paradoja planteada por BINDING cuando decía que el delincuente no incumple la ley penal, sino que le da precisamente cumplimiento. Si atendemos el criterio del destinatario de la norma, el delincuente ni incumple ésta ni mucho menos la cumple, ya que el único que puede cumplir o incumplir la norma incriminadora es el Juez a quien siempre va destinada.

11) Cfr. CARNELUTTI: *Penal y Proceso*, en *Cuestiones sobre el proceso penal*, trad. esp. Sentis, 1961, pág. 398.

a la segunda teoría del proceso penal, hoy es hora de separar, a efectos de análisis, ambas ciencias, pero de recordar la unidad sustancial de ambas y cómo la primera sin la segunda carece de sentido. Diversamente, la separación del Derecho material civil del Derecho procesal es lógica y deseable. Lo mejor, decía Carnelutti, es que el contrato se cumpla sin necesidad de intervención del Juez. Cuando se ha cometido un delito la intervención judicial es necesaria y, si por algún motivo falla, surge inevitablemente el fracaso. "Todo ello, porque el delito no es el equivalente del contrato, sino el de la litis. El delito, en otros términos, como la litis, pertenece a la patología social. La patología, en sentido amplio, comprende no sólo los medios para curar, sino también los medios para precaver las enfermedades: por eso, el Derecho penal sirve también para hacer que no ocurran delitos, no sólo para hacer que sean castigados cuando hayan ocurrido; pero nos encontramos siempre en un campo opuesto al Derecho civil, el cual no tiende a precaver o a reprimir fenómenos patológicos de la sociedad, sino a promover y regular su desarrollo fisiológico. Sólo así se puede comprender el valor del parangón en virtud del cual he aproximado yo el Derecho penal sustancial a la patología y el Derecho penal procesal a la farmacología: el parangón se ilustra con la diferencia entre patología y fisiología; el Derecho penal material frente al Derecho penal procesal no es, como en materia civil, fisiología opuesta a patología, sino una rama de la patología (estudio de las enfermedades), en comparación con otra (estudio de la medicina)"¹².

Esta construcción es fructífera para señalar la diferente naturaleza y finalidad de la norma sustantiva civil y penal, pero desorbita la semejanza de la última respecto a la procesal, las cuales llega a confundir.

Adoptando una postura doctrinal clásica, la diferencia entre el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal se encuentra nítidamente manifiesta. La norma sustantiva señala el "qué" del delito y de la pena aportando los elementos cualitativos y cuantitativos necesarios para emitir el juicio. Por el contrario, la norma procesal se refiere al "si" y al "cómo"

12) CARNELUTTI: *Pena y Proceso*, cit. págs. 397 y 398.

de la pena. Al "si", indicando qué presupuestos, requisitos y condiciones son necesarios para que la pena pueda ser impuesta, hecha exclusión de la existencia o no de conducta delictiva¹³, y al "cómo", prescribiendo un proceso determinado para la investigación y castigo. Además, como acertadamente se ha puesto de manifiesto¹⁴, ni el contenido de la relación procesal ni los sujetos del proceso coinciden con el contenido de la relación jurídica material y sus titulares. Efectivamente, del contenido de la relación material (de la existencia del delito) nace el derecho del Estado a penar ("ius puniendi") y la obligación del delincuente de cumplir la pena. Por el contrario, de la relación jurídica procesal (aparición de delito) nace el derecho del Estado a perseguir al presunto delincuente. El primer derecho se rige por la norma de la certeza moral; el segundo, por el de la mera probabilidad ("in dubio pro societate").

Los sujetos también cambian de posición jurídica, ya que el sujeto activo del delito es el delincuente, y el sujeto del proceso es el acusador. Sujeto pasivo del delito es el ofendido, y sujeto pasivo del proceso el acusado.

A mayor abundamiento, los supuestos de hecho de las normas procesales y materiales no coinciden. Los supuestos de hecho de las normas procesales consisten en conductas de todos y cada uno de los sujetos del proceso, relevantes procesalmente; en cambio, los supuestos de hecho de las normas materiales se refieren a conductas extraprocesales relevantes en el nacimiento, modificación, extinción, etc., de la relación jurídica sustantiva.

De lo hasta aquí dicho se sigue:

- 1.º Que es muy distinta la estructura y finalidad de las normas civiles y penales.
- 2.º Que por esa finalidad y estructura diferentes, son diferentes también el proceso civil y el penal.

13) No obstante la diferencia de procedibilidad y punibilidad está marcadamente atenuada en el proceso penal, ya que las primeras se pueden convertir en causas de exclusión, no ya del proceso, sino de la pena al prohibirse en el proceso penal la "absolutio ab instantia". Sobre este tema ha sido GÓMEZ ORBANEJA el que a más claras conclusiones ha llegado en nuestra doctrina.

14) Cfr. GÓMEZ ORBANEJA: *Derecho Procesal Penal*, 1959, págs. 3 y ss.

3.º Que en el primero el Juez actúa a excitación de parte y en el segundo de oficio.

4.º Que si esto ocurre así, se debe a que el destinatario propio de la norma civil es el particular, y el de la norma penal el Juez.

5.º Que la diferencia de unas y otras normas debe realizarse atendiendo a este criterio del sujeto a quien se dirigen y al supuesto de hecho de la norma¹⁵.

Intermedia entre la tesis que entiende que los destinatarios de la norma material son los particulares o sujetos no revestidos de "imperium", y la que defiende que el destinatario es el Juez, ha surgido la tesis del llamado derecho justicial o judicial, según la cual, toda norma de derecho privado sustantivo, desde el momento que es deducida en juicio para su tutela jurídica, es una norma de derecho justicial civil dirigida al Juez¹⁶. Por eso, todo el Derecho penal, al carecer de sentido su aplicación y tutela fuera del proceso, es Derecho justicial material (penal).

Siguiendo esta específica corriente doctrinal, el Derecho justicial sería una de las tres grandes ramas del Derecho público, junto con el Derecho administrativo y el Derecho político. A su vez, el Derecho justicial se dividiría en Derecho justicial formal (civil y penal), como normas dirigidas al Juez que regulan la relación jurídica procesal, y en Derecho justicial material. Este abarcaría la totalidad de las normas referentes a la pretensión de tutela jurídica (derecho justicial material civil), y el Derecho penal (Derecho justicial material penal). En otra categoría de Derechos se encontraría el Derecho privado, dirigido a los ciudadanos y con una relevancia positiva fuera del proceso regulador del tráfico jurídico.

Los supuestos de hecho de las normas de Derecho justicial material consisten siempre en conductas ajenas al proceso,

15) El criterio del sujeto destinatario no basta para tomar una norma como procesal, ya que el mismo Juez puede ser destinatario de normas (como funcionario) de otro carácter. Hace falta complementarlo con el criterio del supuesto de hecho de la norma que aclara que sólo son procesales las normas que se refieren a actos o hechos procesales.

16) Cfr. GOLDSCHMIDT: *Derecho justicial material*, trad. esp. Grossman, 1959, pág. 15 y ss.

realizadas por sujetos extraños al Tribunal, aunque creen obligaciones para éste.

En principio, todas las normas civiles se pueden convertir en judiciales en cuanto fundamenten la acción de tutela jurídica.

En resumen, para la doctrina del Derecho judicial, y utilizando una terminología equivalente más al uso, hay que distinguir:

1.º El Derecho privado cuyo contenido viene dado por las relaciones jurídicas entre particulares.

2.º El Derecho procesal civil, penal, etc., cuyo contenido es una relación jurídica formal que une a las partes con el Juez.

3.º El Derecho judicial material, que abarca todo el Derecho penal y el Derecho privado en cuanto es deducido en juicio y sirve para fundar el fallo.

Ya se utilice la división bímembre, o la más realista de tres miembros, la posición del Juez ante la norma civil —justicia civil— y ante la norma penal —justicia penal— es completamente distinta.

4. *Las normas y sus destinatarios.*

De lo hasta el momento expuesto se sigue que, a los efectos jurisdiccionales, los destinatarios de las normas pueden ser los particulares o los jueces, pero de muy distinta manera y con eficacia y obligaciones diversas.

Existen normas privadas que primaria y principalmente van dirigidas a los ciudadanos, ordenándoles¹⁷ una conducta

17) Recientemente REDENTI: *Variazioni sul tema del verbo comandare*, en *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, II, 1962, págs. 127 y ss., ha defendido la postura de que los ciudadanos pueden ser destinatarios de las normas, pero que éstas no pueden establecer un mandato directo sobre ellos. Se basa para fundar tal afirmación en que la Ley al no ser un sujeto físico existente no puede imponerse por sí, llegando a afirmar que la norma es una regla programática, del ordenar y del obedecer, expresada en forma abstracta. Creemos que aquí una vez más comete el viejo error de confundir la Ley o el derecho con la posibilidad cierta de imposición (coacción). Si una cosa es el derecho y otra la coacción, no hay base para distinguir entre norma y mandato ya que la primera implica el segundo, aunque se incumpla. A esta solución llega REDENTI con otras palabras cuando razona el porqué de la obediencia de los

tendente a la consecución de una convivencia justa y ordenada. La infracción de estas normas no produce desequilibrio jurídico general y sólo afecta a la esfera personal o patrimonial de un sujeto, por lo que el Derecho deja que sea la persona afectada quien pida la tutela de su derecho y prohíbe a los órganos jurisdiccionales la intervención de oficio en estos conflictos.

Cuando estas normas son el fundamento de la acción ejercitada por el particular ante los Tribunales, se convierten en disposiciones fundamentales del fallo, yendo dirigidas al Juez que necesariamente las deberá tener en cuenta para dictar sentencia. Pierden entonces estas normas civiles su carácter privado y su destinatario particular, para convertirse en normas judiciales materiales civiles dirigidas al Juez¹⁸.

Contrariamente el Derecho penal, por su carácter incriminador, no establece deberes o derechos de los particulares —que son objeto de disposiciones naturales o positivas anteriores—, sino define objetivamente cuáles son los delitos y faltas y qué pena tiene derecho (“ius puniendi”) a señalar el Estado a través de sus órganos. Ni en el momento definitorio objetivo ni en el incriminatorio subjetivo tiene el particular una posición que no sea meramente pasiva, por lo que los destinatarios “naturales” de las normas penales son los órganos jurisdiccionales, únicos encargados de aplicarlas. Notando

particulares y de los órganos a la Ley diciendo que se debe a una “fuerza arcana” que reside en la norma. Esa “fuerza arcana” no es otra cosa que el mandato racional, o como más adelante el mismo autor aclara, el deseo de la comunidad de vivir ordenadamente y en paz.

- 18) Igualmente REDENTI: *Variazioni sul tema*, cit. págs. 128 y 129 cree que no es tanto la ley como mandato lo que determina a los órganos públicos a obrar sino lo que él llama “la fuerza arcana” (en el sentido ya visto). La Ley predica pero no manda, aclara REDENTI gráficamente, y si bien es cierto que la Ley crea los órganos, los órganos crean la Ley. No creemos que sea camino adecuado para delimitar las relaciones de los órganos jurisdiccionales frente a la Ley, el negar que la Ley contiene un mandato por la simple circunstancia de que ese mandato no puede imponerse por sí mismo al órgano. Este camino desembocaría, como ya se dijo, en la confusión del derecho con la fuerza. Más acertado nos parece estudiar la vinculación del Juez con la norma atribuyendo un determinado valor a ésta y a su mandato, y derivando de él el grado de ligamen entre el órgano y dicha norma.

esta única virtualidad positiva de las normas penales¹⁹ a ser el fundamento de un fallo judicial, la doctrina viene manteniendo que todo el Derecho penal es justicial material y que su destinatario es el Juez.

Ahora bien, las normas justiciales materiales o, utilizando otra nomenclatura, las normas fundamentadoras de la acción y del fallo, no son actuables por los órganos jurisdiccionales de cualquier forma, sino que necesitan de un instrumento reglado según Derecho para su examen y actuación. Surge así el proceso y el Derecho que los disciplina, independientes ambos conceptualmente, porque una cosa es el fondo y otra la forma, y distinto es el Derecho del instrumento adecuado para exigirlo.

Los destinatarios de las normas procesales son todos los sujetos intervinientes en el proceso: Juez, partes y terceros. Ello no obsta al carácter justicial del Derecho procesal, ya que, si los sujetos privados son término de las normas procesales, lo son en su carácter de intervinientes en una actividad pública con un fin superior que se sobrepone a sus intereses particulares, y no como sujetos de una relación jurídica privada.

Las normas que les afectan les vienen dirigidas como sujetos colaboradores de la justicia, no con una finalidad personal.

5. *Necesidad de un tratamiento separado de las normas civiles y de las normas penales.*

La diferente naturaleza de las normas procesales civiles y penales exige un tratamiento jurídico distinto para cada una de ellas.

19) Decimos virtualidad positiva porque no cabe duda que por vía refleja la intimación con una pena de determinadas conductas produce el que se eviten muchos delitos. La pena, pues, como ya afirmaban los autores clásicos del derecho penal (BENTHAM, ROMAGNOSI, etc.), produce no sólo un efecto retributivo, sino preventivo de los delitos que contempla. REDENTI, *Variazioni sul tema*, cit. págs. 127 y 128, distingue entre programa de la ley e intimación. El programa es lo que la Ley pretende, su fin. La intimación lo que sanciona. Para este autor es mucho más importante el programa que la sanción y por eso estima artificial distinguir el mandato de la prevención. Esto puede ser cierto sociológicamente pero no cabe duda que lo único que tiene valor jurídico es el mandato; la intención sólo es interesante para el conocimiento de la política legislativa y en todo caso para la interpretación de la norma.

Las procesales, por su carácter de normas de orden público proclamado por el artículo 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, han de ser observadas estricta y necesariamente, tanto por los Tribunales como por los litigantes²⁰. Quedan fuera de la regla las normas procesales que por excepción tengan carácter dispositivo²¹. La naturaleza de derecho cogente propio de las normas procesales ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a afirmar que la única —o al menos la principal— fuente del Derecho procesal es la Ley²².

Peculiaridades presenta el tratamiento de las normas civiles como reguladoras del tráfico entre los particulares, pero no es éste el lugar adecuado de su estudio pormenorizado.

Las normas civiles y penales, desde el punto de vista de su deducción en juicio, también necesitan un tratamiento específico y diferente.

Las civiles judiciales, porque por su especial naturaleza jurídica privada imponen un tratamiento también privado a los hechos que contemplan, de tal forma que si las partes no los introducen en el proceso, el Juez no puede “salir” a buscarlos, so pena de cometer incongruencia; y respecto al Derecho, porque aunque es cierto que el Juez lo conoce de oficio, la oficialidad se limita a la elección de la norma que le parezca pertinente dentro de las que contemplan la relación jurídica propuesta por partes, pero no otras²³, y aun eligiendo éstas, no conceder más de lo pedido.

20) Véase al respecto la S. de 20 de enero de 1923 que textualmente declara que “las leyes procesales revisten por su privativa finalidad el carácter de orden público y su estricta observancia se impone por igual a Tribunales y litigantes”.

21) Véase la S. de 7 de enero de 1943, ilustrativa de los límites de la excepción, así como la abundantísima jurisprudencia referente a competencia territorial.

22) La interesante S. de 30 de noviembre de 1935, sienta la siguiente doctrina: “por tratarse en el caso actual de la aplicación de preceptos legales (procesales) claros y concluyentes resulta inoperante citar como infringido el art. 6 del C. C. que atribuye a la costumbre del lugar el carácter de derecho supletorio”.

23) Esta afirmación no siempre se ha aceptado pacíficamente por la doctrina ya que para algunos los poderes del Juez para elegir la norma son ilimitados siempre que se atenga a los hechos. Nuestra jurisprudencia, por el contrario, repetidas veces ha declarado que la congruencia exige que se dé la debida adecuación entre el fallo y las pretensiones en lo referente al derecho controvertido, al modo con que se pidió y a las excepciones que se opusieron. Entre otras mantienen esta jurisprudencia las sentencias de 20 de junio de 1900, 16 de diciembre de 1908, 2 de abril de 1949, etc.

Las normas penales todas son judiciales en sentido material, ya que su finalidad es señalar el "qué" —el contenido— del fallo. Su finalidad represiva y su naturaleza totalmente pública conlleva el que se apliquen de oficio las acciones de ellas nacidas (oficialidad de la acción) y el que los hechos que tratan de averiguar y castigar se investiguen también oficialmente.

En los epígrafes siguientes vamos a estudiar las notas propias de la posición del Juez civil y penal ante la Ley para llegar a comprender la función del Juez en la aplicación de estas normas en el proceso. Es obvio aclarar que los resultados de tal investigación afectan directísimamente al mismo proceso, por lo que las normas que disciplinan la posición del Juez ante la Ley son típica y característicamente normas procesales.

6. *Nomologistas y judicialistas.*

Para señalar la postura conveniente que debe adoptar el Juez civil ante la Ley, resulta claro comenzar destacando las dos posturas extremas que ha formulado la doctrina resolviendo este problema.

La primera es la postura nomologista o de la supremacía objetiva de la Ley a la que deben someterse los demás poderes y funciones del Estado. Nace esta concepción de los supuestos doctrinales propios de la filosofía iluminista del siglo xvii, seguida en Francia por los filósofos de la Ilustración, primeramente, y por los enciclopedistas después, y culmina con el racionalismo contractualista roussoiano.

Esta ideología, en lo que aquí nos interesa, consagra el predominio del poder legislativo y la consiguiente desconfianza en los jueces de los que se quiere hacer instrumentos mecánicos de la aplicación de la Ley. El ciudadano como miembro del Estado necesita de una seguridad, y una verdadera seguridad —se piensa— sólo podrá lograrse cuando en todo momento los particulares sepan a qué norma legal han de atenerse. La legalidad de los mandatos no abarca sólo a los preceptos penales o a aquellos pactos privados sancionados por voluntad de las partes, sino también a las leyes privadas que regirán las conductas en defecto de pacto.

Las leyes y normas mencionadas nunca deberán emanar del poder judicial, siendo la función propia de éste la aplicación estricta de las mismas, pero jamás el arbitrio en el juicio. Con la razón puede llegarse a determinar lo que es justo o injusto con carácter general, y esta determinación corresponde por entero al poder legislativo del Estado.

La razón se convierte, por tanto, en la fuente de la justicia, y el único medio de que los jueces —servidores de la Ley y, por tanto, de la razón— cumplan adecuadamente su función es sometién-dole a éstas y prohibiéndoles que creen mediante la formulación en cada caso de la regla jurídica aplicable.

Esta doble característica de sometimiento a la Ley y de prohibición de crear normas generales en lo que respecta al poder judicial viene a ser lo que define mejor un nomologismo liberal puro.

Frente al nomologismo, como reacción contra él, o antes del mismo, como creación espontánea, se alza el judicialismo. Para los judicialistas, la expresión más depurada y típica del Derecho se encuentra en la decisión judicial. Derecho es lo que dicen los jueces, y fuera de esta fuente lo que nace no es Derecho.

Las posturas de unos judicialistas a otros varían en puntos tan sustanciales como el valor de la norma jurídica estatal, su función, posición del Juez ante ella, etc., pero todos coinciden en señalar que el sujeto creador del Derecho es el Juez.

Las tesis judicialistas, a veces fundadas en contingentes sistemas jurídicos históricos²⁴, otras en una concepción peculiar y absorbente del Derecho procesal²⁵, coincide sustancial-

24) Este es el caso de algunos romanistas que como D'Ors entienden que el "iudicium" es la declaración de lo que es el "ius". Existe tal identidad —para estos autores— entre declaración judicial y Derecho, que como ha puesto de manifiesto ALVAREZ SUÁREZ, *La jurisprudencia romana en la hora presente*, 1966, pág. 16, "sólo puede hablarse de Derecho cuando los particulares saben que el acto que realizan será admitido como válido por el órgano judicial".

25) Como la que revelan ALLORIO, *El ordenamiento jurídico en el prisma de la declaración judicial*, trad. esp. Sentis, págs. 71 y ss. o PEKELIS, *Azione*, en *Nuovo digesto italiano*, II, 1937, págs. 91 y ss., que no pretenden restar eficacia y fuerza a la ley positiva pero que añaden que ésta se manifiesta en la declaración judicial sin la cual la ley queda como un simple enunciado. Es siempre el proceso quien en última instancia actúa la ley material, quedando desconocida la ley inaplicada por los jueces. Esta tesis lleva a negar la existencia propia e independiente del derecho sustantivo y a convertir todo el derecho en procesal.

mente con las corrientes filosófico-jurídicas conocidas con el nombre de realistas, que tanto predicamento han encontrado en Estados Unidos y Suecia ²⁶.

7. *Crítica del nomologismo.*

La concepción nomológica imperante no puede dejar de criticarse en alguno de sus aspectos, por ser los mismos erróneos teórica y técnicamente.

Teóricamente, la concepción nomológica de la función jurisdiccional confunde el Derecho con la Ley positiva estatal, y, llevada del laudable deseo de evitar un árbitro judicial injustificado, impone a los jueces el absurdo mandato de ser esclavos de algo, la Ley, que por su misma generalidad, no se puede aplicar de manera automática en los casos concretos.

El Derecho no es sólo la Ley estatal, el Derecho es una regulación de las conductas externas en cuanto son relevantes para la convivencia social, y esa regulación puede nacer —y de hecho nace— de otras muchas fuentes distintas a la Ley del Estado. La costumbre, el pacto, los reglamentos privados, etc., y otras tantas fuentes normativas de distinto rango, jalonan el camino de la vida jurídica imponiendo obligaciones y creando derechos que deberán ser tenidos en cuenta por los particulares y eventualmente por el Juez, si son objeto de litigio. Con razón puede decirse que la sociedad contemporánea es pluralista ²⁷, y que no debe hablarse tanto de ordenamiento como de ordenamientos ²⁸ o de Derecho como de Derechos (en su acepción objetiva).

26) Destacan en esta línea HALL, FRANK, OLIVECRONA, HOLMES, etc. El último defiende la tesis hasta sus últimas consecuencias llegando a mantener que la resolución judicial aunque injusta también es Derecho. Sobre el realismo jurídico puede encontrarse una excelente información bibliográfica en RECASENS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, II, 1963, págs. 593 y ss.

27) Cfr. CASTAN: *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho (Metodología y Técnica operatoria en Derecho privado)*, 1947, páginas 16 y ss.

28) La teoría de los ordenamientos jurídicos se debe a SANTI ROMANO, y ha sido seguida por su escuela. Supone el reconocimiento del pluralismo social y la posibilidad de que todo ente o cuerpo social venga a constituir un ordenamiento independiente como institución. Para ROMANO el ordenamiento jurídico está compuesto por un conjunto de normas pero no termina en ellas, es algo más que no

Reducir todo el Derecho a la Ley es un error craso, que ya el mismo Código napoleónico tuvo que corregir ²⁹.

Pero esta variedad normativa nos podía conducir, a primera vista, a un Juez no sometido, si se quiere, a un conjunto de normas estatales, pero sí a un conglomerado plural de normas de distinta procedencia. Vendría a reducirse su misión a la aplicación "de los derechos", pero con la misma exactitud y automatismo que se están criticando.

Semejante concepción, de ser mantenida, entraña de nuevo una estrecha intelección de lo que es la norma jurídica, aun dando a ésta un ámbito más amplio del que le concede el positivismo estatalista.

Se olvidaría que el Juez en ejercicio de su potestad jurisdiccional crea también una norma jurídica que no es la repetición ni la copia de la que aplica en la sentencia, sino autónoma e individual para el caso concreto.

Las normas en su formulación legislativa —al nivel que sea—, al tener como finalidad disciplinar las conductas, han de ser forzosamente generales y pensadas para unos supuestos más o menos abstractos. Por el contrario, al enfrentarse el Juez con la solución del caso concreto, necesita —quiera o no— emitir una regulación de las conductas —por tanto, una norma—, pero particular y única. El paso de la norma general a la particular es vano que pretenda hacerse de forma automática, ya que la esencia indeterminada de la primera y determinada de la segunda lo impide. Este paso supone una creación, aunque la "norma judicial" tenga como precedente inmediato la norma legislativa.

determina claramente, pero que probablemente se refiere a la necesaria fuente institucional y social de todo ordenamiento; es decir, para que surja un ordenamiento es necesario una realidad que ordenar de acuerdo con unos principios superiores a las partes componentes de esa realidad (institución) y de otra parte que el ordenamiento lleve consigo la idea de socialidad (multiplicidad de sujetos), frente al mandamiento que se dirige a un solo sujeto. La obra más interesante para conocer el pensamiento de ROMANO es su monografía *L'ordinamento giuridico*, s. a.

29) En cuanto al art. 4, señalaba como fuentes del derecho junto a la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Esta fórmula un tanto circunstancial, pues se pretendía enunciar no señalar un número cerrado de fuentes, pasó al párrafo 2.º del art. 6, del C. C. español.

El tránsito de lo general a lo particular y la decisión autónoma que ello necesariamente comporta ha sido destacado muy acertadamente por la Escuela Vienesa del Derecho, Así, su iniciador textualmente afirma³⁰: “La unidad del orden jurídico consiste en una cadena de actos de creación. Pero urge advertir que el orden jurídico no es un sistema de normas de Derecho coordinadas, situadas unas al lado de otras, por así decirlo, sino una serie escalonada de diversas formas normativas, que podemos presentar en esquema del modo siguiente: el grado supremo de un orden jurídico estatal está formado por la constitución —en el sentido material de la palabra—, cuya función esencial consiste en determinar los órganos y el procedimiento de creación de normas jurídicas generales, es decir, de la legislación. El grado inmediato lo constituyen las normas generales creadas por el procedimiento legislativo, cuya función consiste no sólo en determinar los órganos y el procedimiento, sino, en esencia, también el contenido de las normas individuales, creadas de ordinario por los Tribunales y las Autoridades administrativas. Una norma general que enlaza a un hecho abstractamente determinado, con una consecuencia determinada también en abstracto, necesita ser individualizada para tener sentido. Precisa establecer si es dado o no “in concreto” un hecho que la norma general ha determinado “in abstracto”, y para este caso concreto precisa realizar un acto concreto de coacción, es decir, precisa, en primer término, disponer y después realizarlo, aplicando las determinaciones abstractas de las normas generales. Esto es lo que hace la sentencia judicial, que es la función de la jurisdicción o “poder judicial”. Esta función no tiene en modo alguno carácter meramente declarativo, como lo da a entender su etimología “*juris dictio*”, “declarar el Derecho”, y como sostiene la teoría en algunas ocasiones, el Tribunal hace algo más que declarar o constatar el Derecho ya contenido en la Ley, en la norma general; por el contrario, la función de la jurisdicción es más bien constitutiva, es creación de Derecho en el sentido auténtico de la palabra. Pues la sentencia judicial

30) Cfr. Kelsen: *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho*, trad. esp. Legaz, 1933, págs. 52 y ss.

crea por completo una nueva relación: determina que existe un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe enlazarse a él y verifica en concreto dicho enlace. Así como los dos hechos —condición y consecuencia— van unidos por la Ley en el dominio de lo general, tienen que ir enlazados en el ámbito individual; individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta, continuación del proceso de creación, de lo general en lo individual; sólo el prejuicio según el cual todo Derecho se agota en la norma general, sólo la errónea identificación del Derecho con la Ley pueden oscurecer una idea tan evidente”.

Abundan en la misma idea tratadistas de la Teoría General y de la Filosofía del Derecho³¹; con ello no se infringe la división de funciones legislativas y judiciales, porque el Juez nunca dará leyes, o disposiciones generales, sino sentencias que resolverán conflictos singulares.

Si la concepción en un sentido absoluto se aborda, no ya desde el terreno de los principios, sino en el ámbito de sus aplicaciones técnicas, también resulta inaceptable. Los instrumentos técnicos de que se han venido sirviendo los legisladores y tratadistas para mantener al Juez en la estricta aplicación de la Ley, o han quedado derogados o han sido superados por la doctrina posterior.

Así, la concepción de la sentencia como un silogismo regido por las leyes de la lógica, está ya totalmente superada³². In-

31) Cfr. LEGAZ: *Introducción a la ciencia del Derecho*, 1943, págs. 381 y ss., que citamos textualmente para no privar de fuerza a sus razonamientos: “el juez —dice— al aplicar la norma general crea una norma nueva, no general, sino individual, pero norma al fin, que aporta un plus al conjunto del orden jurídico y que tiene frente a la relación individual que regula y frente a los actos ejecutivos que han de convertirla en realidad, el mismo valor autárquico de exigibilidad que posee la norma general”. En sentido semejante CASTRO, *Derecho civil de España*, 1949, I, pág. 465, afirma que “la aplicación de las normas supone una actividad creadora en cuanto el que interpreta da sentido, desarrolla y completa la Ley”. Igualmente DEL VECCHIO, *Crisis del Derecho y Crisis del Estado*, trad. esp. Castaño, 1945, pág. 44, etc.

32) Se mantiene la tesis del silogismo en estudios ya antiguos como el de Rocco, *La sentencia civil*, trad. esp. Ovejero, 1944, págs. 51 y ss. o CARNELUTTI, en su obra procesal, *La prueba civil*, trad. española Alcalá Zamora, 1955, pág. 4, etc. Preocupa a estos autores si la sentencia es un acto de voluntad o de inteligencia, coincidiendo en afirmar que es un acto intelectual debiéndose referir la voluntad a la ley. Olvidan que la sentencia como la misma ley, por ser juicios

cluso quienes continúan afirmando que la labor del Juez es esencialmente lógica y no rechazan totalmente la idea del silogismo o los silogismos judiciales, admiten que no puede concebirse el enjuiciamiento de un modo tan simplista como se hacía hace unas décadas³³.

La subsunción de los hechos en la norma nunca puede hacerse de una manera automática, ya que el supuesto de hecho legal es necesariamente abstracto y el Juez para conducir a él los hechos singulares debe realizar unas operaciones de abstracción muy similares a las seguidas por el legislador al promulgar la norma. En el paso de lo concreto a lo general —o de lo general a lo concreto, como postula la escuela vienesa—, el Juez se mueve en un ámbito no previsto por el legislador y regido por el principio de autonomía judicial.

Pero no acaba aquí todo. Si se hace hincapié en la función de abstracción que realiza el Juez, la misma culmina con la obtención de un supuesto de hecho general subsumible en el de la norma, pero si se toman en consideración como premisa menor estos hechos singulares, el silogismo es inviable, ya que la premisa mayor —Ley— es general, dándose la heterogeneidad de las premisas.

Estos y otros muchos reparos que se han opuesto a la tesis del silogismo nos confirman en nuestra idea del error que han supuesto ciertos expedientes técnicos de realización del nomologismo que encarnan otros tantos errores técnicos.

Efectivamente, si el discernimiento entre el material fáctico y jurídico es difícil³⁴, si el Juez no lleva a cabo una activi-

sobre conductas, unen indestructiblemente el elemento intelectual y el volitivo.

- 33) Además de CALAMANDREI, es significativa la tesis de ROSENBERG, *La carga de la prueba*, trad. esp. Krostoschin, 1956, págs. 5 y ss., que si bien afirma que la aplicación del Derecho que lleva a cabo el juez es el resultado de un silogismo, reconoce que éste tiene como presupuestos tantos silogismos auxiliares como corresponde a las características que contiene el estado de cosas enfocado por el precepto jurídico a aplicarse.
- 34) La separación, en el proceso, de los hechos por una parte y el derecho por otra es muy difícil y cuando se intenta efectuarla resulta artificial. El tema tiene importancia para los abogados desde el punto de vista de la redacción de la demanda, casación, etc.; para el Juez desde el punto de vista del juego del principio de aportación o el de conocimiento de oficio, etc. La experiencia viene a demostrar que a la hora de enjuiciar no se da un derecho independiente, ya que la elección de las normas está teñida de mil circuns-

dad simple y automática, si su función no puede encerrarse en los estrechos márgenes de un silogismo, es obvio que el enjuiciamiento supone una función autónoma del Estado de signo eminentemente creador, no un puro automatismo de aplicación de la Ley.

8. *Crítica del judicialismo.*

Dos objeciones ha solido proponer la doctrina al judicialismo en cualquiera de sus formas. Una de carácter filosófico-jurídica, la otra puramente técnica.

La primera está ínsita en la tesis liberal nomológica y viene a ser como su cruz. La cara de la misma es la supremacía absoluta y excluyente de la Ley; su cruz la necesidad de garantizar ese imperio de la Ley evitando que los jueces creen derecho³⁵. Los medios técnicos de control para garantizar la subordinación de la jurisdicción a la Ley, especialmente la casación, no es lugar éste para estudiarlos. Por otro lado, la supremacía objetiva de la Ley es un dogma jurídico, que como todos los que no derivan necesariamente de un principio de derecho natural, tampoco hay que admitirlo sin discusión³⁶.

tancias fácticas que hacen elegibles unos preceptos de hecho para que encaje en el de la norma viene a ser un supuesto de hecho jurídico muchas veces compuesto de conceptos de derecho (posesión, buena fe, propiedad, etc.). Cfr. a este respecto CALAMANDREI, *La génesis lógica de la sentencia*, págs. 414 y ss.; PLAZA, *La casación civil*, pág. 220, etc. En estudios sobre el proceso civil, trad. esp. cap. esp. Sentís, 1945, págs. 414 y ss., 1944, págs. 220 y ss.

- 35) Son muchos los juristas aún actuales que siguen desconfiando de la independencia de los jueces y que estiman que la función jurisdiccional debe estar sometida en todo caso a la Ley. Es muy expresivo al respecto un párrafo de GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, 1958, pág. 271, donde hablando de los principios generales del derecho, dice textualmente: "Si existe una ley positiva contraria a lo que el Juez (o el Administrador) estime ser un principio del Derecho Natural, no tiene más remedio —en nuestro sistema— que aplicar la Ley y olvidarse del principio. Y posiblemente no debemos lamentarnos de que así sea, pues de los tiempos en que el imperio de la Ley escrita aún no se había consagrado con su actual carácter absorbente, es aquel rancio adagio del Derecho francés, recordando por RIVERO, "Dios nos guarde de la equidad de los Parlamentados".
- 36) Cfr. D'ORS: *Sobre el dogma jurídico*, en *Papeles del Oficio Universitario*, 1961, págs. 170 y ss., que llega a esta conclusión y afirma que no es el campo jurídico lugar adecuado para dogmas.

En la actividad ordinaria del Estado sus tres funciones principales (legislativa, judicial y ejecutiva) si se quiere que sean independientes es una contradicción someterlas radicalmente unas a otras. La independencia se consigue actuando cada poder dentro de unos límites que en la Ley, por ser juicio futuro, se señalan previamente. Pero en la Jurisdicción, al desconocerse el litigio concreto futuro, no se puede intentar dar una regla particular. Y no vale decir que es factible emitir unas reglas generales que contemplen casos particulares, ya que el paso de lo general a lo particular —como ya se señaló— supone una creación.

Por tanto, la desconfianza en los jueces, aunque se tenga, no puede engendrar el sometimiento de su juicio de manera absoluta a la Ley, ya que este sometimiento y los medios que se proponen para conseguirlo serían irrealizables.

La objeción de que veníamos hablando, por sí sola no sería una crítica de peso contra el judicialismo.

Más fundado nos parece otro reparo de carácter técnico que se achaca al judicialismo, al reducir el derecho a la solución de casos patológicos y al tomar como estado de normalidad jurídica aquel que es excepcional y poco deseable³⁷.

Realmente, para la postura judicialista que cabría llamar “procesal positiva” sólo es Derecho el debatido ante los Tribunales, dejando en la sombra la importantísima vida jurídica de sesgo positivo y constructivo.

Incluso a la teoría judicial de corte “iusnaturalista”³⁸ se le puede objetar lo mismo, pero en un sentido más profundo. Para ella no es sólo el derecho el que declaran los funcionarios judiciales o los que hacen el oficio de tales, sino también el emanado de cualquiera que resuelva un caso, una cuestión jurídica conflictual o dudosa. Aquí la enfermedad que la solución jurídica entraña, no se reduce al “pleito”, sino que se ensancha su base. Pero en la raíz de la tesis, la enfermedad, la duda, la dialéctica de lo jurídico como presupuesto de la decla-

37) Cfr. ALVAREZ SUÁREZ: *La jurisprudencia romana en la hora presente*, 1966, págs. 23 y ss.

38) Entre cuyos autores destaca D'ORS, *Una introducción al estudio del Derecho*, 1963, págs. 113 a 118 que llega a afirmar que derecho es “lo que aprueban los jueces”, pero precisamente como una reacción ante el positivismo imperante.

ración del derecho, sigue siendo necesaria. Se olvida la existencia de un derecho constructivo y cierto: el de la construcción de las sociedades, el del pago voluntario de una deuda, el del normal cumplimiento de los deberes paterno filiales, etc.; y a éste, aunque presente menos problemas, y, en cierto sentido —al presentarse pacífico, forme menos al jurista—, no se le puede privar del nombre de Derecho.

Por último, si es cierto que el Juez es independiente y autónomo en su función de juzgar, no cabe duda que no puede desconocer siempre y en todo caso la Ley. La Ley es un mandato genérico que, como tal, debe ser tenido en cuenta por el Juez.

El modo en que esto ocurre se tratará en los epígrafes que siguen.

9. *El Juez ante las situaciones que debe enjuiciar.*

No se descubre nada nuevo cuando se constata que el Juez, en su largo camino de examen y crítica de los datos procesales, no realiza un sólo y definitivo juicio —la sentencia—, sino otros muchos de carácter provisorio, pero necesarios para llegar a aquél y que de algún modo lo configuran³⁹.

El proceso no es tan simple como nos lo presenta la concepción empírica del mismo —una serie o sucesión de actos—, sino que más bien su esencia y decisividad radica en el enjuiciamiento de esos actos y situaciones.

Las situaciones procesales necesitadas de la emisión de un juicio son múltiples. Unas veces, el juicio afectará al fondo de la cuestión; otras, únicamente a la marcha del proceso como instituto jurídico autónomo. Pero en todas el juicio supone una elección entre los términos de una duda para intentar

39) Ya CARNELUTTI: *Volvamos al juicio*, en *Cuestiones sobre el Proceso Penal*, ob. cit., págs. 51 y ss. sobre todo 59 y 60, defendió vigorosamente cómo en el proceso no hay un solo juicio sino infinidad de ellos que conducen al juicio básico —la sentencia—. Reducir a este juicio el proceso “sería lo mismo —dice CARNELUTTI— que imaginar que todo el proceso nutritivo consistiera en la quimificación, cuando ésta no es más que la última fase de un *iter* que comenzó cuando el hombre llevó a la boca el manjar, y hasta en rigor antes incluso”.

llegar a la certeza más consistente que le sea posible al hombre⁴⁰.

Ante el juicio que debe emitir el Juez, se pueden adoptar las dos posturas radicales que ya quedaron reseñadas. Se puede adoptar una postura de desconfianza e intentar obligar al Juez a que la elección entre los términos de la duda le venga impuesta de manera absoluta por una norma extraña a él mismo: la Ley. O se puede asumir una postura de desestimación de las categorías universales preestablecidas y de estimación del juicio concreto e individual caso a caso. Las dos posiciones extremas entendemos que son inadmisibles, pues si la primera olvida que la aplicación automática de la Ley es imposible, la segunda no destaca suficientemente la existencia de reglas objetivas —positivas o no— a las que el Juez debe atender para que su decisión más que personal sea justa. Pero el estudio no puede parar ahí, si no se quiere caer en un voluntarismo irracional, donde la decisión valdría por sí misma, aun carente de toda fundamentación.

Indudablemente, la Ley y la sentencia, cada una en su ámbito, suponen una creación jurídica, un algo jurídico que antes no estaba y ahora está con relevancia nueva, pero su valor no reside, o mejor no debe residir, en la voluntad de quien lo manda, sino en el fundamento de lo mandado. Este fundamento existe cuando el juicio emitido es acertado, y no existe cuando el juicio realizado es desacertado. Tanto en la buena sentencia como en la buena ley debe existir una "creación juiciosa" de un mandato. Estaremos entonces en presencia de un buen fallo o de una excelente disposición legal.

40) Ha sido también CARNELUTTI quien ha puesto de manifiesto la función positiva de la duda para alcanzar la certeza. La mejor manera de llegar a la certeza es exasperar la duda teniendo en cuenta que del examen de las posibilidades contradictorias nacerá con más garantías de acierto la verdad. La misión de provocar la duda y exasperarla se atribuye en el proceso penal a las partes instrumentales —v. g.— el Ministerio Fiscal. Véase a este respecto, *Volvamos al juicio*, cit., pág. 59. Nosotros por nuestra parte hemos estudiado la función de la duda en el proceso penal de manera complementaria a la expuesta. Existente la duda, el Ministerio Fiscal tiene el deber de pedir el procesamiento y de instar el proceso. Contrariamente el Tribunal no puede condenar nunca en la duda. La función del fiscal se rige por el principio "in dubio pro societate" y la del Tribunal por el "in dubio pro reo". Cfr. G. DE CABIEDES, *El principio "Pro reo" en el Derecho Penal y Procesal*, en *Revista de Derecho Procesal*, abril-junio 1966.

Se suele reducir inconscientemente la sentencia o la ley al mandato final que entraña cualquiera de las dos, pero se olvida frecuentemente el juicio previo que precede a cualquiera de ellas. El juicio antecedente acertado produce un mandato justo; el mandato justo siempre se fundamenta en un juicio anterior acertado.

Es parcial, por tanto, reducir la creación que se opera con la Ley o con la decisión judicial, al mandato terminal. También el juicio que le precede es nuevo y totalmente original, y en ese sentido supone una verdadera creación, pero no una creación caprichosa y sin reglas, sino fundada en normas subjetivas, como la del buen artista cuando hace su obra de arte.

Para poder mandar, es necesario elegir (enjuiciar), y el secreto del mandato es que la elección (el juicio) sea buena.

Aunque el tema no nos incumbe directamente, es conveniente que aclaremos que la Ley, que aparentemente sólo es un mandato, también es antes juicio. En la sentencia de esto no hay duda ni desde el punto de vista de la extensión. Los resultandos y los considerandos —puro juicio— son previos al fallo, y como todo fundamento, respecto al mandato en que se concreta, mucho más largos que el propio mandato.

La Ley también es juicio antes que mandato. Un juicio general sobre conductas futuras, que provoca un mandato. Lo que ocurre es que en la Ley el juicio, en la mayoría de los casos, está subyacente en la letra de la norma, porque el legislador no le ha parecido conveniente, por razones de brevedad y aun de autoridad —¿hay cosa más discutible que un juicio?— incluirlo. Pero el juicio existe; sin él, la norma sería un mandato irracional. Cuando el Código Civil dice que “el vendedor está obligado a la entrega de la cosa objeto de la venta”, el juicio queda establecido de esta forma: entre la posibilidad de que el vendedor no entregue, o entregue la cosa a que se comprometió, es más justo ateniéndose al principio de equivalencia de las prestaciones elegir (juicio) la segunda posibilidad. Por eso se manda que el vendedor entregue, y no otra cosa. Hay veces que el legislador cree oportuno incluir el juicio en la norma. Un ejemplo expresivo de ello lo proporciona el artículo 1.124 del Código Civil, referente al incumplimiento en las obligaciones recíprocas. La parte perjudicada podrá escoger —según la regulación del Código— entre el

cumplimiento o la resolución de la obligación, y el Tribunal decretará la resolución, si es lo que se le reclama, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar un plazo. Estas causas justificadas son el fundamento que determinan el juicio (la elección) del Tribunal, en un determinado sentido —señalamiento de plazo—. Aquí el esquema del juicio y del mandato está perfectamente trazado: de una parte, los extremos de la duda —resolución o cumplimiento—; de otra, un fundamento —causa justificada—; por último, el juicio y el mandato —elección del cumplimiento y orden de que se cumpla la obligación, pero señalando plazo—.

La única diferencia sustancial entre el juicio legal y el judicial es que el primero es un juicio general y abstracto, mientras el segundo es un juicio particular y concreto. Por eso, la Ley regula normalmente conductas futuras más o menos indeterminadas, y la sentencia, hechos y actos pasados perfectamente individualizados.

Incluso las leyes en sentido formal —como las que aprueban el presupuesto, determinan una pensión en favor de la viuda de un héroe, etc.—, tienen la nota de generalidad, pues no se dictan “intuitu personae”, sino “ad ordinatio bonum commune”, como diría un clásico.

Inversamente, las sentencias con pluralidad de sujetos o de intereses se formulan pensando en los derechos de las partes, no en las exigencias de la comunidad.

10. *Las normas legales en la sentencia judicial.*

Vamos a estudiar ahora la posición del Juez ante las normas legales.

El hecho de la elección por el legislador de una determinada posibilidad convierte en jurídica la solución escogida y en mandato obligatorio el precepto que se imponga: Es bueno (es jurídico), porque está mandado; es malo (es antijurídico) porque está prohibido, según el apotegma clásico.

El Juez no puede desconocer el hecho de la elección de una determinada posibilidad por el legislador, ya que precisamente la legalidad de la conducta contemplada se liga a aquella elección y a su imposición.

Por tanto, existente una norma, el Juez tiene que elegir en la causa la solución tomada por el legislador, en tanto en cuanto la juridicidad de esa solución —igualmente viable a otras diferentes— depende de la elección efectuada.

Ahora bien, no puede olvidarse el carácter singular y creador de la decisión judicial que comporta sea imposible una aplicación automática de la norma desconociendo la realidad concreta a la que se aplica, su configuración, sus necesidades, etcétera.

En la combinación del elemento intelectual y el voluntario reside la originalidad del juicio jurídico. El primero, como elemento objetivo fundamentador, y el segundo, como elemento subjetivo creador.

Tanto el conceptualismo como el voluntarismo jurídico tienen parte de razón.

El primero, en cuanto recuerda que la decisión justa es aquella fundada en los principios generales y obtenida con los medios adecuados. Estos medios serán, ordinariamente, la Ley, la costumbre o la jurisprudencia. Es muy raro que en ninguna de las tres no se encuentre una pauta que fundamente el juicio jurídico. Y en caso de variedad de las regulaciones, no dudamos en defender que debe ser elegida la Ley.

El voluntarismo también nos descubre una parte importante del juicio jurídico, que el conceptualismo deja en la sombra. La parte original, creadora y diferente de cada decisión jurídica. El intelecto, por sí solo, no puede alcanzar la solución justa en el caso concreto. Por más que se infieren, partiendo de un principio general (ley, costumbre, etc.), las deducciones lógicas, éstas no podrán captar lo singular. Como tampoco con una categoría absoluta exclusivamente se puede intentar solucionar lo contingente. En todo ello se basa la particularidad creadora de la decisión jurídica y sus especiales caracteres dimanantes del factor voluntario. La doctrina⁴¹ ha señalado, entre otros, los siguientes caracteres que significan la presencia activa de la voluntad en la decisión jurídica:

a) El riesgo de la decisión. Todo juicio jurídico entraña un riesgo no previsible, dada la falibilidad humana. Ese ries-

41) Cfr. MARTÍNEZ DORAL: *La estructura del conocimiento jurídico*, 1963, págs. 83 y 84.

go, medidas hasta el límite por el intelecto todas las circunstancias para reducirlo hasta el máximo, es típico de todo acto libre del hombre y debe correrse por el que decide.

b) El diferente acceso a la verdad en lo especulativo y en lo práctico. En lo especulativo, se llega a la verdad por una búsqueda metódica de ella, que concluye con el hallazgo de la misma como la realidad única e incontrovertible en su orden.

En el reino de lo práctico, por el contrario, la verdad que se busca no es teórica, sino la adecuada a un caso concreto. No se trata, por tanto, de hallar la verdad cuanto de "hacerla" a través de la decisión. En esas circunstancias, el intelecto es impotente para suministrar datos exactos y adecuados al caso concreto, por muy ilustrado que se encuentre por reglas o principios generales.

La verdad, en la decisión jurídica, no es un descubrimiento de una realidad única e incontrovertible, sino una tendencia de la voluntad hacia lo recto que hace que el intelecto descubra la decisión más justa y adecuada. De la rectitud de la voluntad depende que los datos que criba el intelecto sean los oportunos para llegar a la solución justa. Por eso decía el aforismo clásico: "qualis unum quisque est, talis finis videtur ei": que cada cual juzga según las disposiciones afectivas en que se encuentra y la prudencia aconseja no juzgar con las disposiciones del ánimo alteradas.

c) La existencialidad del juicio jurídico. Motivada por la misma existencialidad del juicio jurídico como juicio no teórico, sino vivo y existente, la rectitud de la voluntad debe ser previa si se quiere la rectitud de la inteligencia.

d) Elemento técnico y elemento voluntario en la decisión jurídica. Como conclusión de este epígrafe se puede terminar afirmando que la decisión jurídica no es sólo creación autónoma, sino que supone la aplicación técnica de una serie de instrumentos legales, naturales, científicos, etc.

Por otro lado, esto no basta, la rectitud de la voluntad es necesaria para resolver con justicia las circunstancias totalmente nuevas que el intelecto va encontrando en su tarea enjuiciadora.

Así como para el logro de una obra jurídico-científica, perfecta técnicamente, no es necesaria la rectitud de la voluntad, para una decisión justa, sí.

Como puede comprobarse, el factor intelectual y antecedente de la Ley, y de las demás fuentes del Derecho, en cualquier juicio jurídico, y el carácter creador asumido por la voluntad, en cuanto concreta el mandato abstracto en dicho juicio, son dos realidades complementarias que no deben olvidarse en este tema. Ambas, cumpliendo cada una su tarea específica, arrojan la luz necesaria para la exacta comprensión de la función de juzgar.

11. *El problema de los destinatarios de la norma civil. Derecho privado material y Derecho judicial material. Contenido de uno y otro Derecho.*

El problema de los destinatarios de la norma ha sido resuelto por la doctrina de muy diversas maneras. Para aquellos que todo el Derecho lo reducen a una declaración judicial, la norma se dirige única y exclusivamente al Juez. Por el contrario, a los que confieren importancia exclusiva al Derecho sustantivo, la norma se dirige siempre a los ciudadanos, advirtiendo simplemente el Juez la conformidad o disconformidad de las conductas con las reglas establecidas.

Nosotros creemos que el problema del destinatario de la norma civil no se puede solucionar de una forma general y que hay que resolverlo caso a caso, atendiendo a lo que la norma disponga expresa o técnicamente. La afirmación, de puro sencilla, parece simple, pero no hay otra forma de despejar el problema.

Cuando el supuesto de hecho de la norma regula conductas de los particulares y les señala una consecuencia jurídica, parece obvio que la norma se dirige a los particulares. Diversamente, cuando la conducta que la norma ordena va impuesta de una forma directa al Juez, o no se señala destinatario, pero es imposible que nadie la cumpla sino él, la norma va dirigida al Juez. Es la propia norma quien directa o indirectamente declara su destinatario, y a ella habrá que atenerse para averiguarlo.

En la distinción de unas normas de otras es expresivo llamar a las primeras normas mencionadas, de Derecho privado material, y a las segundas, de Derecho judicial material.

Efectivamente, las disposiciones que se dirigen a los ciudadanos y regulan sus conductas son las normas de Derecho privado, en cuanto éste tradicionalmente ha contemplado la persona, desde un punto de vista racional con otras personas. El calificativo material es propio de los estudiosos del Derecho procesal, y viene a significar que el Derecho privado, en cuestión, se ha deducido en juicio.

El derecho judicial material, como su nombre indica, es aquel que se dirige al Juez, no a los ciudadanos, y que sólo procesalmente puede ser tutelado. La expresión judicial deja en claro que ese derecho tiene como destinatario al Juez en su calidad de órgano de justicia, no como persona privada. El adjetivo material delimita definitivamente este Derecho, excluyendo de él las normas judiciales no materiales —es decir, las procesales—.

En la acepción sentada, difiere sensiblemente lo que nosotros entendemos por Derecho judicial material y lo que entendía del mismo el autor que creó esta expresión⁴². Esto vale tanto como decir que nos parece feliz la expresión utilizada, pero que no coincidimos en su contenido. Para el autor mencionado, es Derecho judicial material cualquier norma sustantiva desde el momento que se haga valer en el proceso fundamentando la pretensión. En este sentido, las mismas normas sustantivas privadas se convierten en judiciales materiales cuando se deduzcan en juicio. Se sigue del concepto que el destinatario de todas las normas privadas en cuanto se formulan en el proceso es el Juez, y que éste, naturalmente, queda ligado por el mandato al que antes era ajeno.

En el sentido que nosotros lo utilizamos, el Derecho judicial material se dirige al Juez desde el momento de su formulación. Antes del juicio es ya su destinatario. El juicio no añade nada nuevo a su contenido normativo legal, aunque sí es el motivo de que se concrete aquel mandato y de que se individualice de una forma particular aquella disposición abstracta.

Los particulares, ni antes ni después del juicio pueden cumplir por sí mismos la conducta que se ordena al Juez que realice, que unas veces será creadora, modificadora o extintiva de derechos; otras, de simple vigilancia y control, etc.

42) Cfr. GOLDSCHMIDT: *Derecho judicial material*, ob. cit., pág. 20.

La consideración del Derecho justicial material en su sentido primigenio no del todo es fecunda. En realidad, poco se añade a la tesis de los seguidores de la pretensión de tutela jurídica de que ésta tiene una fundamentación material que coincide con el Derecho sustantivo y que la pretensión se dirige contra el Estado. Además, nos parece errónea en cuanto señala como destinatario al Juez de las normas materiales por el mero hecho de introducir éstas en el proceso, cuando, como ya vimos, al Juez estas normas sólo le afectan por vía refleja. Por eso preferimos llamar a este Derecho, Derecho sustantivo o material, que indica perfectamente su condición de norma que regula conductas de los particulares, pero que al ser deducido en el proceso es un dato sometido a la consideración del Juez.

El contenido dado por nosotros al Derecho justicial material tiene la ventaja de señalar una naturaleza definida a algunas normas importantes y muchas veces desdibujadas. Además, aclara que esas normas afectan al Juez directamente y queda sometido a ellas de una manera particular.

El contenido de las normas de Derecho privado material es variadísimo, pero se refiere siempre a las conductas de los sujetos privados en su vida de relación jurídica, por ejemplo, familia, obligaciones, sucesiones, relaciones reales, comerciales, etc.

Más interesante, por lo desconocido, y mucho más limitado, es el contenido del Derecho judicial material en la acepción que nosotros lo tomamos.

A él hay que reconducir dos tipos importantes de normas; las primeras, las que imponen una situación que no puede ser cumplida por las partes por más que quieran, y sólo le es posible realizarla al Juez. Nos referimos, por ejemplo, a las normas de separación matrimonial, divorcio vincular, etc., y a la mayoría de aquellas que pueden dar lugar a una sentencia constitutiva. En estos casos, la norma se dirige al Juez para que cree, modifique o extinga una relación jurídica.

En el segundo tipo de normas judiciales materiales, al Juez se le pide una tutela que sólo él puede conceder, aunque esta tutela no supone la creación, modificación o extinción de un derecho. En este grupo se encuentran normas ordenatorias, como la del 1.124 del Código Civil, donde se manda al Tribunal

que señale plazo de cumplimiento a la obligación si hay causa justificada para ello.

Normas de carácter subsidiario, como la acción subrogatoria y revocatoria del artículo 1.111 del Código Civil.

Normas de carácter declarativo, como las que regulan la nulidad de los actos jurídicos; v.g.: el artículo 101 del Código Civil.

Normas de garantía, confiadas en su ejecución al Juez, como la del artículo 1.911 del Código Civil, etc.

12. *La Ley extranjera y las normas de solución de conflictos. Naturaleza.*

Se presentan casos de procesos en que el Derecho aplicable en la sentencia es el Derecho extranjero. En estos supuestos, la doctrina internacional privada se plantea el problema de cómo el Juez nacional puede aplicar el Derecho extranjero. Razones de soberanía, de límite territorial de las Leyes, incluso de supervivencia de los mismos principios nacionales parecen oponerse a ello.

A nuestro juicio, el problema presenta dos facetas ligadas entre sí, y de cuya solución depende la aplicación de la Ley extranjera.

La aplicación del Derecho extranjero se debe, en primer lugar, a que las normas conocidas con el nombre de normas de conflicto, porque dirimen la discordia entre dos o más legislaciones aplicables a un único caso concreto —que son “lex fori”—, señalan al Juez el Derecho utilizable. Las normas de conflicto se suelen incluir en los códigos civiles y escasean los países que crean para ellas un cuerpo legislativo aparte. En España vienen recogidas en el título preliminar del Código Civil, en los artículos 8 a 11, inclusive.

A pesar de ello, la inclusión de las normas de conflicto en textos positivos privados no debe engañar al jurista, creyendo que son normas que se dirigen a los particulares. Las normas de conflicto no tienen sentido ni eficacia si no van dirigidas al Juez. Como en los casos recogidos en el epígrafe anterior, estas normas constituyen un típico y específico supuesto de Derecho judicial material: su destinatario es el Juez, le obli-

gan a la elección del Derecho efectuada por el legislador, debe vigilar su cumplimiento de oficio, etc.

En esta línea creemos que carece de sentido el sostener que las normas conflictuales son disponibles. Si realmente tienen naturaleza judicial material, no podrán disponerse ni por las partes, ya que no se dirigen a ellas, ni por el Juez, por ser para él un mandato jurídico imperativo.

El segundo problema de la aplicación del Derecho extranjero estriba en la naturaleza jurídica de ese Derecho para el Juez nacional.

La razón de que pueda ser aplicado el Derecho extranjero por el Juez nacional, a pesar de no ser un mandato dirigido a él, no es otra que el carácter de hecho jurídico de la Ley extranjera. No todos los hechos jurídicos tienen relevancia para el Juez, pero el hecho de la Ley extranjera sí que lo tiene, por el mandato expreso a él de la norma judicial material de conflicto.

La referencia de la norma de conflicto a la Ley extranjera no es, en principio, a una disposición concreta, sino al hecho del Derecho extranjero en su conjunto. Por eso tiene razón la corriente doctrinal que entiende⁴³ que el Juez nacional más que aplicar el Derecho extranjero lo que emite es un juicio acerca de la sentencia probable que el Juez extranjero hubiera dictado si él hubiese realizado el enjuiciamiento.

Para la corriente doctrinal mencionada, el hecho del Derecho extranjero no se refiere tanto a la Ley como al supuesto hipotético de la sentencia probable del Juez extranjero.

Sea esto o no aceptado⁴⁴, el Derecho extranjero, como Ley o como sentencia probable, no vincula al Juez nacional como mandato es su propia norma nacional de conflicto, que, como decíamos, es una norma de Derecho judicial material.

13. *El Derecho penal como Derecho judicial material.*

Atendiendo al concepto de Derecho justicial como Derecho fundamentador de la pretensión procesal, y que, por tanto,

43) Cfr. GOLDSCHMIDT: *Suma de derecho internacional privado*, 1958, página 105.

44) Cfr. MIAJA DE LA MUELA: *Derecho internacional privado*, I, 1962, páginas 341 y ss. que critica duramente la postura de GOLDSCHMIDT.

regula la parte material de la relación judicial civil o penal⁴⁵, todo el Derecho penal es derecho judicial material, ya que no tiene sentido apartado de la regulación sustantiva del proceso que le sirve de instrumento.

Igualmente, si se sigue el concepto de Derecho judicial material por nosotros propuesto, como Derecho dirigido no a las partes, sino directa e inmediatamente al Juez para su aplicación exclusiva y excluyente a través del proceso, todo el Derecho penal sustantivo es Derecho judicial material.

La trabación entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal ya había sido puesto de manifiesto por la doctrina repetidas veces.

Se había aclarado la íntima relación entre institutos pertenecientes a una y otra rama del Derecho, como el delito, la pena y el proceso, e incluso se había llegado a afirmar que "los tres términos: delito, pena y proceso, son rigurosamente complementarios; excluido uno, no pueden subsistir los otros dos, no hay delito sin pena y proceso; ni pena sin delito y proceso; ni proceso penal sino para determinar el delito y actuar la pena"⁴⁶.

Desde otro punto de vista, y en base a la conexión que estudiamos, se ha defendido que la forma más cierta de distinguir las sanciones penales de otras muy semejantes estructuralmente administrativas es concluir que las primeras sólo se pueden imponer mediante una sentencia definitiva, mientras que las segundas no requieren un acto jurisdiccional de este tipo⁴⁷.

Pero quizá donde se note mejor la íntima conexión del proceso penal y del Derecho sustantivo penal sea en el contenido de las resoluciones judiciales ya interlocutorias, ya definitivas. La mayoría de las primeras, y preceptivamente las segundas, no pueden ser resoluciones estrictamente procesales desconexionadas del fondo. Para que se inicie el proceso, no basta con que se den unos presupuestos procesales, sino que es ne-

45) Este es el concepto de GOLDSCHMIDT al respecto. Véase su *Derecho Judicial material*, ob. cit., pág. 20.

46) Cfr. CARNELUTTI: *Teoría general del delito*, trad. esp. Conde, 1941, página 12.

47) GÓMEZ ORBANEJA: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, I, 1947, págs. 34 y 35.

cesario un hecho que revista caracteres de delito. El procesamiento sólo se pondrá decretar cuando existan indicios racionales de criminalidad. El sobreseimiento supone una valoración jurídico-sustantiva de los hechos, de la responsabilidad de las personas, de su participación, etc.

Muy contrariamente en el proceso civil, son perfectamente explicables las resoluciones procesales, que no afectan al fondo y que sólo modifican el contenido de la relación jurídica procesal. Muy gráficamente se ha dicho⁴⁸ que el Juez civil, si no fuera porque en las leyes sustantivas se encuentran, a veces, preceptos procesales, podría prescindir de los textos legales materiales hasta dictar la sentencia definitiva. Y hay que añadir a esta acertada afirmación que incluso al citar sentencia definitiva podría atenerse exclusivamente a las disposiciones procesales si de su aplicación se siguiese que falta algún presupuesto de admisibilidad de la acción, en cuyo caso debería dictar una sentencia absolutoria de la instancia sin pronunciarse sobre el fondo.

En el proceso penal, la asimilación de los presupuestos procesales a los requisitos jurídicos materiales de la acción lleva a la confusión de unos y otros, a la equiparación de las condiciones objetivas de punibilidad y las condiciones de procedibilidad con la prohibición de la absolución en la instancia, aunque la "litis" no esté válidamente constituida⁴⁹.

Este es un signo más de la íntima relación entre los dos Derechos, que hace muy difícil el estudio profundo de uno sin el estudio complementario del otro.

En ello se ha basado, sin duda, la teoría del Derecho judicial material para negar toda sustantividad al Derecho penal en cuanto a ordenamiento de los particulares y concebirlo más que en esta dirección clásica, como un Derecho dirigido al Juez que regula su actividad en cuanto al fondo. No en cuanto al "si" y al "cómo" del juicio, sino en cuanto al "qué" del mismo.

Tradicionalmente, la realidad jurídico-penal se hacía girar alrededor de tres institutos: el derecho a penar o "ius puniendi", la acción penal y el derecho al pronunciamiento de la

48) Cfr. GÓMEZ ORBANEJA: *Comentarios*, ob. cit., págs. 35 y ss.

49) Cfr. GÓMEZ ORBANEJA: *Comentarios*, ob. cit., págs. 38 y ss.

sentencia penal⁵⁰. Los tres derechos correspondían al Estado, pero bajo distinta personalidad orgánica. Por el primero —“*ius puniendi*”—, el Estado se hacía acreedor contra el delincuente a una pena, como consecuencia de la conducta típicamente antijurídica y culpable de éste. Por el segundo, el Estado *qua* órgano administrativo (M. F.), ejercitaba ante los Tribunales su derecho concreto a penar. Por el tercero, el Estado *qua* órgano jurisdiccional, realizaba su derecho a dictar sentencia.

A esta construcción hay que oponer que la pretensión punitiva no tiene sentido considerada a la manera civil de tutela jurídica que puede ser exigida privadamente por el actor y cumplida voluntariamente por el obligado⁵¹, y que sólo cuando es insatisfecha se proyecta de un modo peculiar en una relación jurídica autónoma de carácter procesal.

Por el contrario, la relación jurídica penal ni puede exigirse fuera del proceso por el Estado, ni el imputado puede satisfacerla con otro medio que cumpliendo la pena.

Por ello, en el proceso penal la proyección en la causa de la relación jurídica sustantiva incumplida no es para que el Juez declare un contenido ya existente, sino para que *crea* éste. En este sentido, la sentencia penal es siempre constitutiva respecto a la pena y respecto al deber de cumplirla, no respecto al delito.

Con todo, la pretensión punitiva supuso un acierto intuitivo de la doctrina de destacar la conexión indisoluble de los institutos procesales con los materiales, en el sentido de que los primeros tienen corrientemente unos presupuestos, un contenido y unas causas de extinción recíprocos, materiales y procesales, la acción penal presenta como presupuesto material la apariencia de un delito, como contenido el derecho a la absolución o a la condena y como causas de extinción la prescripción, la amnistía, el indulto, etc., todos ellos institutos materiales.

50) Cfr. BINDING: *Handbuch des Strafrechts*, I, 1885, pág. 822.

51) Esto quebraría en las relaciones jurídico privadas cuya modificación requiere preceptivamente la intervención del juez v. g. No obstante el núcleo esencial de la relación jurídica puede cumplirse privadamente. Totalmente distinta la relación penal, no produce efecto alguno fuera del proceso.

Pero hay que convenir, con la doctrina del Derecho judicial material, que estos institutos, en su vertiente material, quedan mejor explicados refiriéndolos al Juez y al derecho sustantivo que tiene que aplicar, que no a la pretensión punitiva como concepto sustantivo, pero del que el Juez no es titular. Nada en el Derecho penal tiene realidad positiva si no se dirige al Juez; al principio de legalidad que a continuación examinaremos se añade en este ordenamiento el principio de garantía procesal "no se impondrá pena alguna, sino... en virtud de sentencia por el Juez competente"⁵².

Todo el Derecho penal está, pues, destinado al Juez penal, y constituye Derecho judicial material.

14. *Principio de legalidad penal.*

No interesa aquí estudiar el principio penal "nullum crimen nulla poena sine lege", tanto en su aspecto penal objetivo cuanto en su vertiente de aplicación jurisdiccional.

En cualquiera de las dos formas constituye, como todas las normas penales sustantivas, un precepto de Derecho judicial material, pero mientras en la acepción objetiva la Ley se limita a definir, en la vertiente aplicativa señala al Juez una conducta a seguir, de ahí que al procesalista le interesa especialmente el segundo caso.

Por eso carece de interés especial para nosotros el estudio del artículo 1.º del Código Penal vigente, que reputa delitos o faltas las acciones u omisiones voluntarias penadas por la Ley, ya que de su texto se sigue un principio que el Juez deberá tener en cuenta, pero no se le impone, directamente al menos, una conducta.

No se puede decir lo mismo de otras disposiciones del Código Penal, como los artículos 2.º, 21, 23 y el 88, que forman una triple garantía declarativa, impositiva y ejecutiva ante el delito o la pena, que queda confiada directamente al propio Tribunal o Juez de la causa penal.

El artículo 2.º del actual Código Penal es uno de los ejemplos más genuinos de Derecho judicial material en su acepción

52) Art. 1.º de la L. E. Cr. española.

de norma dirigida única y exclusivamente al Juez penal. El artículo contiene frases como éstas: "El Tribunal... se abstendrá de todo procedimiento... acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente", etc.

Se establecen en *él* unos supuestos de hecho y se derivan de ellos unas consecuencias jurídicas consistentes en unas conductas que se imponen al Tribunal penal.

Los supuestos de hecho son dos totalmente contrarios respecto a la vigencia de la Ley penal positiva.

El primero es un supuesto negativo en el que el Tribunal tiene noticia de un hecho que por su malicia o peligrosidad le parece digno de reprensión, pero que no está penado por la Ley.

El segundo es el supuesto contrario. Se da cuando el Tribunal entiende que una determinada acción u omisión penada por la Ley no debiera estarlo o en todo caso sería justo penarla menos.

En el primer caso, la Ley impone a los jueces que se abstengan de todo procedimiento y que expongan al Gobierno las razones que les asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal lo actualmente no penado.

En el segundo supuesto, la Ley ordena a los jueces primeramente, "la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley", después que acudan al Gobierno si lo estiman conveniente, exponiendo las razones oportunas para que el delito cometido no se pene o se pene menos en lo sucesivo.

Los dos supuestos son aplicación del principio de legalidad, que por constituir derecho judicial material dirigido al Juez, le obligan de manera directa a su observancia.

Con todo, de los dos mandatos sólo el primero es expresión del principio de legalidad en su formulación pura "nullum crimen sine lege". Por eso, quizá se repite el mismo mandato, no ya referido al delito, sino a la pena, en el artículo 23 del Código Penal: "no será castigado ningún delito ni falta —ordena el artículo— con pena que no se halle establecida por ley anterior a su perpetración" ("nulla pena sine lege"). Y, por último, la garantía legal alcanza un tercer grado; después de la garantía declarativa e impositiva se dispone la garantía ejecutiva: "tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la Ley y Reglamentos, ni con otras

circunstancias y accidentes que los expresados en su texto”⁵³.

El segundo párrafo del artículo 2.º del Código Penal ya no es tanto expresión del principio de *legalidad* cuanto de un *legalismo* a ultranza. El principio de legalidad genuinamente es una garantía de los justiciables a los cuales ampara la Ley. Por el contrario, el mandato del 2.º párrafo del artículo 2.º es la imposición indiscriminada y a todo caso de la Ley penal.

Por esto, cabe hablar de legalidad solamente en el primer caso y de legalismo más bien en el segundo.

15. *Conclusión.*

De lo expuesto pueden extraerse algunas conclusiones:

En primer lugar, que la función jurisdiccional es una función autónoma y creadora del derecho en cuanto el derecho declarado en la sentencia es algo siempre concreto e irreformable.

En segundo lugar, que el juicio jurisdiccional, además del factor voluntario que plasma en el mandato creador y concreto de la sentencia, tiene como antecedente necesario un juicio abstracto de valor, normalmente recogido en el mandato de la Ley, y las demás fuentes del Derecho, que el Juez no puede desconocer. Precisamente, lo específico de la función jurisdiccional es el paso mediante el proceso y, sobre todo, en la resolución que lo termina, del mandato genérico de la Ley al individualizado de la sentencia. De ahí el carácter creador de lo ordenado en la última.

En tercer lugar, que la vinculación del Juez ante las leyes es muy distinta en fuerza y grado. Hay leyes que están dirigidas directamente a los Tribunales, las cuales les vinculan inmediatamente y de un modo inexcusable, y otras dirigidas a los sujetos privados, que sólo servirán de pauta a los jueces en cuanto se deduzcan en juicio.

En cuarto y último lugar, debe recalarse que lo específico de la aplicación judicial del Derecho es la realización de la justicia en el caso concreto, lo que sin duda es uno de los campos más importantes en la consecución de la justicia en sí misma considerada.

53) Art. 192 del C. P.