

# *El sentido y alcance de la plenitud jurisdiccional con referencia al derecho español (La tutela de los derechos)\**

Alejandro Díaz Moreno\*\*

Recibido: julio 14 de 2013  
Aprobado: septiembre 9 de 2013

## **Resumen**

El presente texto pretende realizar un análisis del alcance actual de la tutela de los derechos, en particular de la tutela civil que normalmente se identifica con la tutela jurisdiccional. La reserva para el Estado de la declaración y ejecución del derecho no tiene hoy un alcance absoluto, de forma que cabe entender que la aparición de nuevos modelos procesales y formas de ejecución privadas encaja en el orden jurídico actual sin necesidad de violentar los principios constitucionales que conforman el modelo de plenitud jurisdiccional.

**Palabras clave:** Jurisdicción, proceso, autotutela, ADR

---

\* El presente artículo es el resultado de la investigación llevada a cabo para la elaboración de un tratado sobre la autotutela privada de los derechos, del cual el autor es investigador principal, siendo miembro del grupo de investigación sobre Responsabilidad Civil, dirigido por D<sup>o</sup>. Ángel López y López, en la Universidad de Sevilla (España), el cual es financiado por la Junta de Andalucía, en ayuda a la consolidación del Grupo de Investigación SEJ-136/2008. Junta de Andalucía (Plan Andaluz de investigación). La investigación comenzó el segundo semestre del año 2006 y finalizó en el segundo semestre de 2009.

\*\* Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla (España). Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Vicedecano de la Facultad de Ciencias del Trabajo. Colaborador permanente de la Revista de Derecho Patrimonial. E-mail: [ale-diaz@us.es](mailto:ale-diaz@us.es)

## *Sense and Scope of Jurisdictional Fulfillment in Relation to the Spain Law (Protection of Rights)*

### ***Abstract***

This article is intended to perform an analysis on current scope of protection of rights, specifically the civil protection which is frequently identified with jurisdictional protection. Currently, reservation for the state for declaration and execution of law does not have a total scope, so it should be understood that emergence of new procedural models and private execution means is framed within current juridical system, without going against constitutional principles comprising the jurisdictional fulfillment model.

***Key words:*** Jurisdiction; process; "autotutela" (self-protection of basic rights); "ADR."

## Introducción

El presente estudio es una reflexión, necesariamente limitada, en torno a la creciente externalización de la función jurisdiccional de la labor de tutela y protección de los derechos privados, sus diversas manifestaciones y los problemas de índole constitucional que pueden derivarse de semejante fuga de jurisdicción. Forma parte de un más amplio examen sobre la tutela privada de los derechos.

Nos planteamos si la opción de llevar el juicio y su ejecución más allá de las puertas del proceso encaja con las fórmulas constitucionales que garantizan la tutela judicial efectiva, y no resulta un atentado contra el monopolio jurisdiccional atribuido a jueces y magistrados; en suma, si cabe la existencia de jurisdicciones privadas y si el alcance del clásico axioma *nemo iudex in causa propria* sigue siendo una máxima que goce de carácter absoluto.

Hemos adoptado un método a la par deductivo e inductivo, es decir, partiendo como premisa inicial de la compatibilidad de métodos distintos del judicial para resolver el conflicto jurídico para luego hacer referencia a algunos supuestos concretos que nos muestra la práctica forense.

Así, hemos considerado necesario examinar, en un primer lugar, los orígenes del proceso y precisar el concepto más clásico de jurisdicción, entendida esta como función, como actividad e incluso como poder, para comprobar si la impronta publicística resulta ser un obstáculo insalvable que impide la incidencia creciente que se reconoce a la autonomía de la voluntad en la labor de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado... y lo no juzgado.

A continuación, se hacía necesario acercarnos a las modalidades de tutela en el ámbito civil, para constatar las deficiencias de la misma a la hora de obtener una tutela plenamente satisfactoria,

no meramente resarcitoria. Una tutela *in natura* en el ámbito de los derechos de crédito es difícil de obtener en el ámbito del proceso.

En la segunda parte del texto, nos hemos hecho eco de un fenómeno común a la mayoría de las legislaciones modernas, consistente en la desjurisdiccionalización. Como prueba de esta tendencia nos ocupamos brevemente de alguna de las fórmulas de resolución de las controversias al margen de las propiamente jurisdiccionales que se agrupan en torno a la denominación de ADR -Alternative Dispute Resolution-, que suponen el *pendant* de la labor declarativa de la jurisdicción. Paralelamente, también asistimos a una privatización de la ejecución construida sobre la base de una aproximación a la idea del cumplimiento forzoso basado en el convenio de los particulares.

Por último, y a eso dedicamos otro apartado, hemos de comprobar si tal tendencia resulta ser compatible con el sistema de *plenitud jurisdiccional* representado por los artículos 24 y 117 de la Constitución española.

La última parte de este escrito contiene las conclusiones resultantes del presente trabajo.

## 1. Los métodos de resolución de conflictos en el entendimiento de la doctrina procesal

El primer sistema de resolución de conflictos siguiendo un orden cronológico es el de la autotutela o autodefensa<sup>1</sup>. Este sistema se basa originariamente sobre la imposición coactiva de las pretensiones de una de las partes en conflicto y, consecuentemente, en el imperio de la violencia en las relaciones sociales. La resolución del conflicto actual o potencial quedaría

<sup>1</sup> Alcalá-Zamora señala que "Proceso, autocomposición y autodefensa se nos presentan como las tres posibles desembocaduras del litigio", si bien añade que "ello no quiere decir que se encuentren en el mismo plano, ni que presenten las mismas ventajas, ni que necesariamente se repelan" (Alcalá-Zamora, 1991, p. 13)

en manos de una de las partes en litigio que actuaría sin límites y de un modo irreflexivo.

Entre los mecanismos de resolución de controversias, el segundo procedimiento que aparece en el curso de la historia es el de la autocomposición, medio más sofisticado y de menos peligrosidad social. La autocomposición encaja en los llamados *equivalentes jurisdiccionales*, cuya denominación describe su finalidad simétrica a la de la jurisdicción civil.

El más perfecto de los medios de resolución de los conflictos es el de la heterocomposición. La solución en este caso proviene de un tercero colocado *súper partes* y que actúa con desinterés objetivo e imparcialidad. Tales formas heterocompositivas son el arbitraje y el proceso.

Frente a la concepción normativista del derecho, conforme a la cual este configura en cierta medida la realidad, cabe entender que el fenómeno jurídico primario es el conflicto de intereses<sup>2</sup>. El litigio, en cuanto conflicto jurídicamente trascendente, **está en la base del proceso y de los mecanismos de justicia privada o autotutela**. La dimensión caracterizadora de estos últimos se encuentra en ofrecer una alternativa a los cauces estatales establecidos para la declaración y realización del derecho.

## 2. La tutela de los derechos

### 1.1. Tutela civil y tutela jurisdiccional

Precisar en qué consiste la tutela de los derechos resulta difícil. Este término no presenta un significado unívoco; tal expresión se utiliza tal expresión en múltiples acepciones y se emplean sinónimos que evocan realidades muy diferentes (garantía, protección, etc.).

<sup>2</sup> Como apunta Díez-Picazo, el derecho es "fundamentalmente un conjunto de experiencias vividas, que en la mayor parte de los casos son decisiones sobre concretos conflictos de intereses" (Díez-Picazo, 1999, p. 9).

En el ámbito civil, es común entender que solo cabe la heterotutela. La existencia de una tutela cuya fisonomía responde a los moldes resultantes de la ley procesal civil y, en consecuencia, solo puede resultar asegurada por aquellos órganos que dentro de la estructura del Estado tienen encomendada la función jurisdiccional. Desde esta perspectiva, la tutela civil no presenta una modalidad distinta de la tutela jurisdiccional, de manera que el proceso representa el instrumento principal y tendencialmente exclusivo para la actuación del derecho sustancial.

La reserva para y por el Estado de la tutela de los derechos se ofrece como alternativa a los particulares que se ven privados de defenderse por sus propios medios ante el injusto de otro<sup>3</sup>. Se ha afirmado al respecto que "ningún procesalista puede ver con buenos ojos en la hora presente los sistemas privados de defensa" (Almagro, 1968, p. 125). La tutela judicial encuentra su fundamento, su justificación, en la prohibición de la autotutela<sup>4</sup>, de manera que en defecto de una solución en el ámbito sustancial -que no necesariamente *espontánea*-, se hace necesario el recurso ofrecido por el poder coactivo del Estado. De aquí que se haya llegado a decir que la prohibición de tomarse la justicia por su mano es "una obligación de carácter genuinamente procesal, puesto que sacrifica el interés en litigio al interés en cuanto a la composición del litigio y tiende así a garantizar, cuando haya

<sup>3</sup> Como consecuencia de la supresión de la libertad de tomarse cada cual la justicia por su mano" se nos presenta la necesidad de que el Estado ofrezca a los particulares un medio idóneo para *alegar, probar y ejecutar* su derecho", ya que "no pudiendo dejar la validez de sus normas al arbitrio de los particulares, se encuentra en la necesidad de completar esta función normativa (legislativa) con otra complementaria, aunque independiente, cuyo fin es hacer patente ante todos los ciudadanos la eficacia que la ley posee y proteger en el caso concreto al particular. El Estado no puede exigir que el particular renuncie a ella sino en tanto en cuanto le ofrece un medio de alegar, probar y ejecutar su Derecho. Así se observa que cuando el Estado flaquea, el ciudadano acude al sistema punitivo de la lucha del hombre contra el hombre" (Prieto-Castro, 1988, p. 2).

<sup>4</sup> Esta tesis es prevalente entre quienes mantienen una concepción privatística-contractual, no solo del proceso sino muy especialmente del Estado.

necesidad de ello, la función del proceso” (Carnelutti, 1936, núm., 352 b).

El ordenamiento nos muestra, cada vez con más profusión, que hemos de agotar todas las vías no traumáticas que permitan la restauración del orden jurídico violado. Solo ante la falta de cooperación del responsable u obligado, se hace necesaria la intervención judicial, precisamente para doblegar esa voluntad rebelde del responsable<sup>5</sup>.

Existe, en consecuencia, la posibilidad de hablar de una tutela civil desconectada de aquella jurisdiccional, lo que es tanto como decir que al lado de la tutela procesal existen remedios pertenecientes al derecho sustancial, capaces de mitigar o evitar la lesión a un derecho, interés o prerrogativa jurídica<sup>6</sup>.

## 1.2. *Tutela satisfactoria y tutela resarcitoria*

“Entre *resarcimiento* y *restitución* parece saldarse el círculo de la tutela civil”, de manera que frente a los daños derivados del incumplimiento contractual (artículo 1101 CC) o del ilícito aquiliano (artículo 1902 CC) procede una tutela compensatoria, encaminada a eliminar las consecuencias dañosas que un comportamiento ha provocado y, al propio tiempo, restablecedora de la situación originaria. El objeto de la tutela civil es asegurar el restablecimiento de las condiciones

existentes antes de la violación y, al tiempo, la reparación de los daños.

Señala Betti que la idea de cooperación es un hilo conductor que sirve para orientar al jurista a través de las más difíciles cuestiones del derecho de obligaciones. De aquí que, mientras que las relaciones jurídico-reales se resuelven en problemas relativos a la adjudicación y distribución de los bienes (aspecto estático), las relaciones obligatorias lo hacen en un problema de cooperación dentro del conjunto social (Díez-Picazo, 2008, p. 128).

La diferente naturaleza de los intereses susceptibles de ser lesionados ha sugerido la posibilidad de recabar la existencia en el orden jurídico de diferentes mecanismos o formas de tutela. Así, respecto de situaciones de “pertenencia” o ligadas al goce de un bien la tutela tiene que obedecer, desde un punto de vista sustancial, a la necesidad de restablecer o restaurar el estado de hecho o de derecho anterior a la verificación de la lesión.

Por el contrario, tratándose de derechos o intereses concretados en la obtención de parte de su titular de un bien a través de la prestación o cooperación de otro sujeto, la tutela restitutoria o restablecedora no satisface la necesidad de tutela<sup>7</sup>. Respecto de los derechos de crédito, la tutela debe concretarse preferentemente en posibilitar al acreedor obtener aquello que le es debido.

En uno y otro caso, cuando la reparación del perjuicio no puede tener lugar reponiendo las cosas a su estado primitivo o forzando el cumplimiento exacto de la prestación, procede el resarcimiento de los daños y perjuicios. La tutela de la obligación y, por tanto, del acreedor,

<sup>5</sup> Para Di Majo reducir la noción de tutela a la jurisdiccional supondría adoptar un significado muy restringido. La tutela de los derechos no se coloca únicamente sobre el terreno de la función jurisdiccional, sino que “ciertos medios o instrumentos que tienen la función de tutela pueden pertenecer al derecho sustancial en la medida en que apelan a la voluntad (y a la cooperación) de los sujetos incumplidores de obligaciones que pesan sobre ellos (primera hipótesis) o, excepcionalmente, a la misma iniciativa de los titulares de derechos insatisfechos o violados (segunda hipótesis)” (Di Majo, 1989A, p. 363). También Bigliuzzi, constatando que la tutela procesal “no agota el sistema de los medios que el ordenamiento jurídico ofrece al particular para la defensa de su propio interés” (Bigliuzzi, 1971, p. 31).

<sup>6</sup> Para Di Majo la tutela jurisdiccional es un “*quid pluris* que interviene para superar el obstáculo constituido por la resistencia que opone el responsable de la violación a restaurar el orden violado” (Di Majo, 1989A, p. 364).

<sup>7</sup> No tendría mucho sentido imponer al incumplidor la obligación de restituir, habida consideración de que la obligación de proporcionar el bien o la utilidad debida al acreedor subsiste o *preexiste* de manera que lo que se impone, en principio, es su cumplimiento y, tendencialmente, la prestación del *id quod interés*. Sobre el particular, vid. Invrea (1929).

encuentra en el resarcimiento el remedio que se adapta mejor a su naturaleza y funcionamiento. La tutela en forma específica, de carácter satisfactivo, tendría carácter meramente residual<sup>8</sup>.

Este planteamiento, que responde a la clásica dicotomía entre lo que se denomina tutela real y tutela obligatoria, resulta hoy inapropiado<sup>9</sup>. Cabe una configuración del cumplimiento y de la obligación<sup>10</sup>, que permite aplicar el cumplimiento o ejecución específica también a los derechos de crédito que se resuelvan en el pago de una suma de dinero o de otra cosa fungible<sup>11</sup>. La ejecución en forma específica es la manifestación "de la tutela «real» sobre el terreno de las obligaciones" y de la progresiva constitucionalización del derecho privado que acentúa la exigencia de tutela específica.

### 3. La jurisdicción. Su naturaleza y función. Nuevas perspectivas

#### 3.1. Concepto. Orígenes. Aspecto orgánico (como poder) y aspecto funcional (como actividad)

La jurisdicción<sup>12</sup> es una función o actividad. Se suele definir como potestad que deriva o

<sup>8</sup> En este sentido Di Majo afirma que "la distinción *resarcimiento-restitución* no reproduce la imagen de la distinción entre tutela *real-obligatoria*, como se entiende comúnmente" (Di Majo, 1989A, p. 105).

<sup>9</sup> Di Majo recalca como se ha venido a superar la dicotomía entre obligación y tutela por equivalente de un lado, y derecho absoluto y tutela específica, por otro (Di Majo, 1989B, p. 12).

<sup>10</sup> Nos referimos, como puede colegirse fácilmente, a la adopción de un concepto objetivo de la obligación cuyo objeto pasa a ser el bien debido o utilidad económica que el acreedor espera conseguir, frente a las concepciones subjetivistas que fijan el objeto de la obligación en la prestación o comportamiento del deudor.

<sup>11</sup> Al respecto son de interés las observaciones de Satta quien afirma que "ya que la ejecución *por expropiación* tiene siempre lugar por un crédito en dinero, no se puede negar de ninguna manera que la misma no haga conseguir el bien debido, y sea por lo tanto típicamente en forma específica" (Satta, 1952, p. 26). También Montesano considera que en tales casos es posible reconocer al acreedor un poder instrumental de autosatisfacción que le permita obtener una ejecución específica (Montesano, 1957, p. 90).

<sup>12</sup> Del concepto de jurisdicción se han ocupado todos los tratadistas y expositores del derecho procesal. En particular,

dimana de la soberanía del Estado y, en consecuencia, exclusivamente suya, ejercida a través de órganos competentes.

El concepto de jurisdicción es un concepto esencialmente relativo. Como ya apuntase Calamandrei

... no se puede dar de la jurisdicción una definición para todos los tiempos y todos los pueblos. Relatividad histórica que se traduce en una relatividad política. Pero si se admite que el Estado, en algún momento determinado asumió para sí, con carácter exclusivo, la actividad jurisdiccional, ello supone lógicamente aceptar que lo jurisdiccional es previo al Estado (Calamandrei, 1962, p. 65).

La jurisdicción es una potestad<sup>13</sup>. Eso implica que su ejercicio no sería posible si no existiera una relación *súper partes* entre aquel que actúa el derecho (el Estado a través de los órganos creados a tal efecto) y aquellos sobre los que se proyecta (ciudadanos). Además, la potestad enlaza con la idea de deber. No responde en esencia a un interés privado ni de quien la ejerce de quien se encuentra sujeto a la misma. Lo que caracteriza la potestad es su doble cualidad de poder-deber.

#### 3.2. Funciones de la jurisdicción. Teorías objetivas y subjetivas

podemos citar a Prieto-Castro (1988), Montero (1988), Serra (1969), Calamandrei, (1962), Carnelutti (1936) y Chioyenda (1965).

<sup>13</sup> Ese carácter de potestad se destaca en las palabras de Ortiz de Zúñiga al decir que "Inútiles serían las leyes que protegen los derechos de las personas, que aseguran el cumplimiento de las obligaciones y que reprimen y castigan los delitos, si no hubiese una potestad que velase sobre su exacta observancia e imparcial y severa aplicación: ni esta potestad podría llena tan importantes objetos, si no estuviese establecido un orden regular y acertado de indagar la verdad, de oír los razonamientos, y de discutir las cuestiones, para hacer una recta y justa distribución de los derechos y de los castigos. En una palabra, las mejores leyes serían estériles sin un poder público que las hiciese observar, y sin un sistema bien ordenado que asegurase su justa aplicación. Por eso, toda sociedad regularmente constituida tiene una potestad y no pudiéndola ejercerla por sí colectivamente, la delega y confía a la autoridad de los jueces y tribunales" (Ortiz de Zúñiga, 1870, p. 1).

La segunda de las notas que hoy cabe predicar respecto de la jurisdicción es que nos encontramos ante el desarrollo de una actividad, de una función<sup>14</sup>.

Corresponde al Estado, como máxima de carácter general, conservar el orden jurídico ya creado. La jurisdicción representa, desde este punto de vista, una actividad secundaria respecto de la actividad de creación de normas genéricas<sup>15</sup>.

Se distinguen dos corrientes de opinión que reciben las denominaciones de subjetiva y objetiva. Para los primeros<sup>16</sup>, la jurisdicción viene caracterizada por ser una actividad dirigida a proveer a la tutela del derecho subjetivo, esto es, a la conservación o reintegración del derecho amenazado o atacado. Quien pone en marcha la actividad jurisdiccional del Estado lo hace, bien para que se declare su derecho, o bien para que se actúe su *pretensión*. Se aprecia que la nota que viene a colorear la actividad jurisdiccional es la de *servicio público* que el Estado está obligado a prestar a los particulares. Podemos afirmar que se acentúa el aspecto de *prestar justicia*.

Para la concepción objetiva, la jurisdicción tiene por función garantizar la observancia y respeto del derecho objetivo. El objeto *directo* o

*inmediato* de la tutela es la Ley, la actuación de su contenido en aquellos supuestos en que es desconocido o transgredido<sup>17</sup>. El respeto a las normas jurídicas, la observancia de los mandatos generales y abstractos en que las mismas se concretan, no puede quedar subordinado a la voluntad de los particulares, porque no encuentra tampoco su fuente en la voluntad de aquellos. Se trata de aplicar el derecho al caso concreto. Prevalece, desde esta perspectiva, la idea de *poder judicial*.

Desde ambas perspectivas, la jurisdicción sustituye a la justicia de los privados. En la concepción subjetiva, por el carácter de convenio o transacción entre el Estado y los particulares y el aspecto de deber, obligación, casi necesidad de la tutela ofrecida por los órganos jurisdiccionales en concepto de contrapartida o contraprestación. Conforme a la tesis objetiva, la prestación de tutela ofrecida por el Estado es manifestación de autoridad, del interés general que encarna la Administración de la Justicia aunque su objeto sean intereses particulares<sup>18</sup>.

Como dice Chiovenda<sup>19</sup>, la actividad jurisdiccional es siempre, por necesidad conceptual, una

<sup>14</sup> Así lo expresa López y López al decir que "la jurisdicción es órgano y también actividad individualizada y delimitada típicamente por la historia... ¿Cuál es el núcleo de esa actividad? Parece claro que en todo tiempo, lugar y condiciones, el núcleo de esa actividad es el juicio. El juicio entendido como la necesidad de superación de la parcialidad en las contiendas entre los hombres, superación que solo se puede encomendar a un tercero que se encuentre -empleando las palabras de Cotta- en una posición de desinterés, superadora de la antinomia amigo-enemigo, en suma y valga la redundancia, en una posición de *imparcialidad*. A este deseo de imparcialidad... responde la existencia misma de la figura del juez. La imparcialidad es la condición propia del juicio; es más, es su condición estructurante, fuera de la cual no hay juicio. Con ello se pretende decir que el valor primario de la jurisdicción es la imparcialidad" (López, 1989, p. 218).

<sup>15</sup> Como función complementaria, aunque independiente la califica Prieto-Castro (1988), cuyo fin es *hacer patente ante todos los ciudadanos la eficacia que la Ley posee y proteger en el caso concreto al particular*.

<sup>16</sup> Entre los seguidores de la tesis subjetiva resaltar a Hellwig (1912, p. 29) o Kisch, (1932, p. 19). En España, se sitúa en esta línea Guasp (1977, p. 104).

<sup>17</sup> Entre los principales expositores de esta tesis cabe citar a Wach, (1977, p. 3), para quien el Estado se había de erigir en defensor del derecho objetivo en aquellos supuestos en que no existe un acatamiento voluntario del mismo.

<sup>18</sup> "La concepción que ve en la jurisdicción civil principalmente la defensa de los derechos subjetivos, parte de las premisas propias del Estado liberal, para el cual la función del derecho mira, en primer término, al mantenimiento del orden entre los coasociados y a la conciliación de los contrapuestos intereses individuales, y la justicia aparece así como un servicio público puesto a disposición de los mismos. Por contra, cuando se parte de la concepción autoritaria que ve en el derecho, ante todo, la voluntad del Estado, y en la observancia del derecho, el respeto a la autoridad, resulta que también en la definición de la finalidad de la jurisdicción queda en la sombra el interés individual en la defensa del derecho subjetivo y surge en primer plano el interés público en la observancia del derecho objetivo" (Calamandrei, 1962, p. 65).

<sup>19</sup> Donde se puede leer que la jurisdicción es "actuación de la voluntad concreta de la ley, mediante la sustitución de la actividad de órganos públicos a una actividad de otros", es decir, de los particulares (Chiovenda, 1965, p. 365). Acaba por definir Chiovenda la jurisdicción como "función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución, por la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, sea

actividad de sustitución. La actuación de la ley se realiza mediante la sustitución de la concreta voluntad de las partes por la del juez.

La referencia a la jurisdicción como actividad sustitutoria alude en última instancia a la divergencia entre observancia espontánea o forzosa del precepto. Con ello se evoca la idea de que ante la falta de un comportamiento acorde a lo dispuesto en la ley es el Estado el que proporciona los medios necesarios para imponer la acomodación de la conducta a la norma, garantizando el cumplimiento del derecho que él mismo establece. Se destaca en este sentido la idea de que la jurisdicción es aquello que el Estado ofrece como contrapartida a la renuncia que los particulares hacen de defender por su propia mano sus derechos.

La actividad de sustitución que encarna la jurisdicción es, fundamentalmente, una labor intelectual. Se sustituye el juicio privado por un juicio público en torno al alcance de la norma<sup>20</sup> destinado a su aplicación.

### **3.3. El contenido de la potestad jurisdiccional. La declaración y ejecución del derecho. El juicio y su ejecución**

La actividad que se ha de desplegar para cumplir con la finalidad propia de la jurisdicción no resulta del todo homogénea. La afirmación de que la potestad jurisdiccional consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado supone que el juzgador tiene, desde luego, la facultad de conocer del litigio o controversia y decidirlo o resolverlo pero que, además, en caso de incumplimiento

al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva" (Chioyenda, 1954, p. 1954).

<sup>20</sup> A juicio de Tommaseo, hablar de la jurisdicción como de una actividad sustitutiva puede inducir a error si se pone en relación con "el resultado práctico que persigue la parte" puesto que ello no supone en absoluto que la jurisdicción proporcione a aquel que tiene derecho lo que debía proporcionarle el deudor. La sustitución no se debe entender referida exclusivamente al plano material, sino que se trata esencialmente de una labor intelectual dirigida a determinar cuál sea el Derecho aplicable entre las partes, extremo este que solo es posible cuando la tutela se presta desde una posición de supremacía respecto de las mismas (Tommaseo, 1995, p. 110).

de su decisión, tiene también la posibilidad de ejecutar lo decidido.

La labor jurisdiccional es fundamentalmente declaración del derecho reconocido como tal por los órganos legislativos del Estado. La etimología de la palabra —*ius dicere*— hace referencia al aspecto declarativo de la jurisdicción. La labor esencial del órgano jurisdiccional consiste en afirmar el derecho aplicable al litigio o controversia, después de la correspondiente labor hermenéutica y, en su caso, integradora. Es lo que recoge el aforismo *iurisdictio in sola notione consistit*.

Distinta es la actividad que se ha de desplegar cuando de la ejecución del derecho se trata. No cabe duda de que la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos a que alude el artículo 24 de la Constitución española no se agota en la posibilidad de ejecutar la acción sin dilaciones ni obstáculos, ni en la necesidad de dictar una resolución de fondo, sino que exige que el fallo judicial tenga también efectivo cumplimiento.

Desde ámbitos de la propia disciplina procesal se duda del carácter jurisdiccional de la actividad ejecutiva, lo que supone discutir su exclusividad. La actividad jurisdiccional debe limitarse en sentido estricto al juicio, porque es ante todo *autoritas*<sup>21</sup>.

Por ello, respecto a la ejecución, no solo se introduce la actividad jurisdiccional dentro de los límites fijados por la estructura del proceso, sino que se hace hincapié en que se trata de la ejecución de lo juzgado. Pero en el ámbito jurisdiccional civil, no hay razones de orden público que exijan de una intervención judicial dirimente. La actividad ejecutiva de las resoluciones judiciales es primariamente jurisdiccional y por ello procesal, pero así lo será en la medida en que se trate de una resolución judicial, que

<sup>21</sup> En este sentido Serra (1969, p. 60), ya que a su juicio, el proceso ejecutivo es jurisdiccional *por conexión o accesión* —*accesión industrial o artificial*, añadiríamos nosotros— sobre la base de que falta en el mismo la cosa juzgada definitiva de la jurisdicción. También se puede citar en esta línea a Carreras (1962, p. 105).



sea reclamado por las partes y que estas no hagan uso de la facultad de disponer de las normas procesales en los términos legalmente permitidos.

#### 4. **Nuevas perspectivas. Nuevos modelos procesales. Nuevos modelos ajurisdiccionales de resolución de conflictos**

##### 4.1. **Desjudicialización y deslegalización**

Cuando empleamos los términos de *desjudicialización*, *deslegalización* o *desformalización* no hacemos sino poner de manifiesto una línea de tendencia que puede ser observada desde distintos puntos de vista. La *desformalización* o *informalización* de la controversia no es sino una reacción ante el excesivo formalismo y complejidad de que se está dotando a la justicia estatal. Las garantías de que se rodean los procedimientos en el orden jurisdiccional han incrementado el coste del proceso en términos económicos y de tiempo al hacerlo cada vez más complejo<sup>22</sup>.

Además, la inflación de las materias a las que se les ha ido dotando de la etiqueta de indisponibles, resultado de la aparición de leyes procesales que amplían el catálogo de aquellas, ha generado el desbordamiento de la Administración de Justicia y una creciente tendencia a la informalización de la justicia. Asistimos a un proceso que podemos llamar de *desjudicialización* como búsqueda de soluciones a la crónica y fisiológica —no meramente patológica— ineficacia de la justicia.

No obstante, de lo que hay que hablar propiamente es de una *desjurisdiccionalización*<sup>23</sup> de

<sup>22</sup> En efecto, parece haberse consolidado la idea de que un procedimiento más informal resulta equivalente a una justicia más rápida y, por tanto, más eficaz. En tal sentido, es de destacar que la llamada *informal justice* no se ciñe únicamente a las alternativas al proceso, sino que se ha operado un creciente desarrollo de sistemas tendentes a evitar la fase propiamente de debate del juicio, fomentándose la definición del litigio por vía de acuerdos o transacciones.

<sup>23</sup> El término "desjurisdiccionalización" lo encontramos en Cons-

la actividad ejecutiva en especial. Asistimos a una creciente difuminación de las diferencias entre la ejecución forzosa propiamente dicha y el cumplimiento, sobre la base de la progresiva objetivación de la obligación y la contemplación del fenómeno desde el punto de vista del acreedor.

Este fenómeno contribuye, por lo demás, a la desestatalización que es la otra cara del "gobierno privado de la justicia" (la primera sería el arbitraje); si bien la deslegalización va más allá, porque no se trata de sustituir el derecho del Estado por un derecho de grupo, sino de evitar la ley y, por tanto, su reiteración. Se suple la norma con el acuerdo.

Como fenómeno que representa el reverso de semejante tendencia habría que destacar que asistimos a una creciente y progresiva *formalización* de los medios y modos no judiciales de conciliación. Tal inclinación es una de las múltiples manifestaciones del llamado *panprocesalismo* que venía invadiendo gran parte de la vida jurídica y social y que, en este caso, se plasma en una institucionalización y procesalización de los medios extrajudiciales de resolución de controversias<sup>24</sup>.

##### 4.2. **Los sistemas de ADR (Alternative Dispute Resolution)**

La denominación *Alternative Dispute Resolution* (ADR)<sup>25</sup> hace referencia a métodos de resolución de disputas fuera de la Corte de Justicia, y apare-

tantino (1993).

<sup>24</sup> Tal orientación se ha dejado notar en la propia terminología, como Estados Unidos de América en los que de la expresión *Dispute settlement* se ha pasado al empleo de la de *Dispute processing*, difuminando el aspecto negocial de la conciliación y haciendo más visible su carácter de procedimiento dirigido a la definición de la controversia jurídica, de forma que "la conciliación como procedimiento prevalece, en el uso lingüístico, sobre la conciliación como acto negocial" (Denti, 1980, p. 410).

<sup>25</sup> La denominación de ADR domina en la actualidad en la literatura científica, aun cuando en Francia los institutos que se encuadran bajo dicha denominación reciben la denominación conjunta de *Modes Alternatifs de Règlement des Conflicts*, expresión que no aporta nada sustancial al respecto más allá de un intento de *nacionalizar* dichas prácticas.

ce hace algo más de treinta años como prolongación de otro movimiento más amplio cual era el del *libre acceso a la justicia*, que persigue como objeto que los ciudadanos puedan disfrutar de ver atendidas sus demandas oportunamente.

Esta denominación incluye fenómenos muy heterogéneos, únicamente ligados entre sí por un elemento negativo: ser extraños al ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado<sup>26</sup>. Lo que viene a caracterizar todas las modalidades que se aglutinan bajo tal denominación es el dato de que en todos los casos se opera desde fuera del sistema judicial<sup>27</sup>. De aquí que puedan definirse como "mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales"<sup>28</sup>. El ADR típico incluye el *Arbitration* o *Court Annexed Arbitration*, la *Mediation*, el *Neutral fact-finding*, el *Mini-trial*, el *Summary Jury Trial* y el *Moderated Settlement Conference*.

Se trata de un proceso necesariamente lento y prudente en orden a facilitar la resolución extrajudicial de controversias, eludiendo y evitando en la medida de lo posible la vía judicial, y un propio y verdadero litigio, y al mismo tiempo concretando los esfuerzos de la organización judicial en aquella faceta de la conflictividad social respecto de la que cabe predicar una absoluta indisponibilidad de las partes o, cuando menos, a propósito de la que no cabe manifestar la indiferencia estatal. Este proceso se encuadra dentro de lo que se ha venido denominando la *civil diversión*, expresión con la que desde los años setenta se hace referencia a la tendencia a buscar fórmulas de resolución de las contro-

versias civiles que fueran alternativas respecto a la tradicional *adjudication*<sup>29</sup>.

La aparición e incluso proliferación de nuevas formas de resolución de conflictos no obedece a criterios cuantitativos —incremento de litigiosidad, complejidad del tráfico económico y jurídico, escasez de medios, etc.— ni cualitativos —evitar dilaciones indebidas obteniendo una solución rápida, mayor cualificación profesional, etc.—. En realidad, lo que se busca es que el conflicto permanezca dentro de la órbita o círculo de quienes se encuentran interesados en el asunto sobre la base de la disponibilidad de los derechos e intereses en juego de manera que no se diluya la controversia dentro de la maquinaria o aparato del Estado.

Es la autonomía de la voluntad la que se ha abierto paso en este caso como en tantos otros<sup>30</sup>. No se trata de disponer de derechos de los que se tiene previamente la libre disposición, sino de tutelarlos con las armas y en el terreno de juego que los titulares de aquellos intereses consideran más adecuados.

No obstante, la evolución de tales sistemas de resolución de conflictos ha derivado hacia la debilitación del elemento privado de la voluntad para adquirir progresivo protagonismo la sustancia procesal. Si en sus orígenes asistimos a un movimiento que encontraba en la voluntad su causa y fundamento, en la actualidad se entremezclan procedimientos claramente gobernados por la voluntad particular al lado de otros que llegan a formar parte del propio sistema judicial. Se habla al respecto incluso de "procedimientos intrajudiciales" en el sentido de hallarse incorporados al sistema legal existente, de manera que surgiendo y siendo fruto de la

<sup>26</sup> Así los caracteriza Chiarloni (1993). La misma idea en Chase (2005) para quien el ADR engloba un "potpourri of processes".

<sup>27</sup> Tales sistemas o modelos alternativos operan totalmente desde fuera del sistema de la Corte de Justicia, habiéndose dado vida a estructuras "informales" destinadas a funcionar "no solo desde fuera del sistema judicial y como su alternativa, sino en contraposición a la corte y, en todo caso, en fuerte concurrencia con ella" (Silvestri, 1987, p. 314).

<sup>28</sup> Así los define Cappeletti (1993).

<sup>29</sup> En la base de semejante fenómeno se halla la teoría llamada de la "lógica del *total redress*" que se traduce en la concepción de que todo daño experimentado, sea individual o colectivo, es susceptible de generar una adecuada reparación por parte de los tribunales (Silvestri, 1987).

<sup>30</sup> A juicio de Urban Guit, T. (1997), los sistemas de ADR se asientan sobre dos pilares básicos que sería, de un lado, la autonomía de la voluntad, en cuanto manifestación de libertad, y, de otro, la economía, no solo de medios.

iniciativa particular han venido a ser absorbidos por la mecánica procesal hasta el extremo de localizarse físicamente en su tramitación en dependencias propias o accesorias a los mismos tribunales de justicia<sup>31</sup>.

Esta fuerza expansiva de los órganos jurisdiccionales presenta varias vertientes diferenciadas. De un lado, la asunción por los mismos de las labores llevadas a cabo en el seno de organizaciones o sistemas conflictuales privados, de manera que se produce una tendencia a la procesalización de tales medios conflictuales. De otro, la tendencia a publicitar los sistemas privados de resolución de controversias desemboca en la tentación de hacer de tales mecanismos métodos de obligado cumplimiento, ya sea como alternativa, ya sea —lo más frecuente— como paso previo a intentar la vía procesal.

A este respecto se ha llegado a preguntar si estaríamos en presencia de un monstruo de dos cabezas o si, por el contrario, ante lo que estaríamos sería delante de las dos caras de una misma moneda (Katz, 1993) de manera que ya no nos encontraríamos ante alternativas al sistema público de la justicia sino que serían nuevas modalidades de servicio público basadas en la informalidad y la celeridad<sup>32</sup>.

Cierto es que, paralelamente, se ha operado una ampliación del ámbito de operaciones de los programas de ADR, incorporando tales mecanismos al aparato judicial<sup>33</sup> o, cuando menos, a referenciarlos a instituciones públicas ha determinado que su aplicación se haya ido

extendiendo a otras parcelas y sectores, más allá del representado por el derecho privado<sup>34</sup>. Alternativas... ¿a qué? Estos instrumentos ofrecidos como alternativa a los cauces judiciales no se concretan en soluciones enfrentadas o antagónicas a las ofrecidas por el Estado a través de sus propios órganos, sino que participan de su misma filosofía e incluso, en ocasiones, forman parte de la estructura judicial (Robert A. Baruch Bush, citado en Barona, 1999, p. 42)<sup>35</sup>.

Alternativas al proceso judicial, a la actividad jurisdiccional. Sin embargo, la incorporación de varios de los institutos de ADR a las estructuras y organigramas judiciales ha llevado a someter a revisión tal denominación, proponiéndose la sustitución del término alternativas por el de adecuadas, precisamente porque se ha diluido en muchos casos esa fisonomía de mecanismos alternativos al proceso.

Los programas de ADR y sus variantes continentales representan una de las manifestaciones de irrupción de la tendencia a privatizar quizá el último de los bienes públicos que todavía sigue siendo tal. Pese a ello, merecen un juicio positivo en la medida en que no solo implican ahorro de costes y dinero, sino que permiten una mayor implicación en el proceso de decisión y, ante todo, "velan por la justicia sustancial sin frustrarla en nombre de la forma" (Abel, 1982, p. 310).

## 5. Privatización de la ejecución

<sup>31</sup> El ejemplo más significativo es el de la *Court Annexed Arbitration o Mandatory* que se concreta en un arbitraje obligatorio de forma que cumplidos los requisitos exigidos -en particular, que se trate de una causa por daños y de cierta cuantía- el recurso al árbitro constituye un paso obligatorio.

<sup>32</sup> Este peligro es advertido por Barona, para quien de esta manera se desvirtúan tales procedimientos "fundamentalmente porque puede conminarse a su utilización" (Barona, 1999, p. 53).

<sup>33</sup> En los EEUU existe una opinión favorable a la integración de los medios alternativos de resolución de controversias en el sistema de la justicia pública, encontrando su más visible experiencia en el *Multi-door Courthouse* como procedimientos auxiliares del proceso judicial. Al respecto Roberts (1993).

<sup>34</sup> La tendencia a reconducir los procedimientos alternativos al proceso al interior de la estructura judicial permite garantizar, incluso dentro de un procedimiento *informal*, un respeto mayor por las garantías fundamentales del derecho a la defensa (Edwards, 1986).

<sup>35</sup> Bush Baruch, R.A., decía a este respecto que la distinción entre ambos "es más una ficción que un hecho; ADR no es una alternativa a los tribunales; está englobado en y bajo la participación de los tribunales" (citado en Barona, 1999, p. 42). En parecidos términos Fiadjoie, quien señala que "ADR has developed as an adjunct to the legal system, rather than in direct contrast to litigation" (Fiadjoie, 2004, p. 143).

El proceso descrito supone una clara tendencia hacia la privatización del apremio que abarca la entera ejecución forzosa.

El control judicial ha de subsistir en todo caso en ciertos aspectos de la ejecución en que se antoja indispensable, tales como la valoración de la existencia del título ejecutivo, la ausencia de perjuicios a terceros, el respeto a las normas sustantivas aplicables a la ejecución, etc. Pero se ha desplazado el centro de gravedad de la situación subyacente a un momento ulterior, a un momento futuro o, mejor, sucesivo a la ejecución misma.

Asistimos en nuestros días a lo que se ha denominado una *fuga de jurisdicción*, mediante la creación de nuevos modelos procesales que reúnen como característica unitaria el dato negativo de la exclusión de la actividad jurisdiccional del Estado<sup>36</sup>, sin que limite la posibilidad del ulterior conocimiento judicial. Tal huida de la jurisdicción se manifiesta tanto en el aspecto declarativo como en el ejecutivo. La incorporación a la ejecución de la autonomía privada permite cifrar la finalidad de la ejecución en la satisfacción del acreedor. No se conforma el legislador con *vender* con mayores o menores garantías los bienes embargados. Se tiende a permitir toda modalidad de ejecución convenida por las partes que no perjudique a terceros, y salvo las limitaciones impuestas por el derecho material.

## **6. Los principios político-constitucionales del Poder Judicial. La tutela judicial efectiva y el monopolio judicial**

Los artículos 24 y 117 Constitución Española conforman un modelo llamado de "plenitud jurisdiccional".

<sup>36</sup> Con acierto Chiarloni califica tales procedimientos como "modelos dirigidos a prescindir del proceso", puesto que su finalidad primaria es la de sustituir a aquel (Chiarloni, 1993, p. 285).

El artículo 24, que encuentra acogida en el título I, Sección primera de la Constitución española, representa un principio básico de todo Estado de derecho, sancionando el derecho de los ciudadanos al acceso a la Justicia. El artículo 24 refleja el llamado "derecho a la jurisdicción", concebido como derecho público subjetivo. El constituyente abordó uno de los problemas más fecundos de la ciencia procesal como es el de la problemática en torno a la acción<sup>37</sup>, constitucionalizando el derecho de acción.

El artículo 24.1 de la Constitución Española ha venido a imponer la tutela judicial —desplegada por órganos jurisdiccionales— como la única modalidad de tutela posible, también en el orden jurídico-privado, configurando el derecho a la jurisdicción como contrapartida ofrecida por el Estado a los particulares como consecuencia de la prohibición de la autotutela<sup>38</sup>. El derecho a la jurisdicción no implica solo la posibilidad de impetrar el auxilio de la autoridad judicial en la defensa de nuestros derechos. Su eficacia no se detiene en las puertas del proceso (González, 1989, p. 45). Irrumpe en el mismo y continúa presente en su desarrollo, a lo largo del procedimiento.

Sin embargo, no parece que la formulación del artículo 24 mencionado suponga vedar en absoluto la existencia de formas privadas de resolución de conflictos. Proporciona a los particulares la posibilidad de accionar frente a los tribunales, garantizándoles que con su estímulo el Estado pondrá en marcha el mecanismo judicial oportuno<sup>39</sup>.

El derecho a la jurisdicción no ve limitada su naturaleza a la concesión de una simple pre-

<sup>37</sup> Así, González (1983).

<sup>38</sup> Como recuerda Maqueda Ibáñez, es evidente la relación entre la interdicción de la autotutela y la consagración del derecho a la tutela judicial (Maqueda, 1983). También Montero (1976).

<sup>39</sup> Dagnino afirma que el juez estatal no es "una imposición sino un servicio (aunque sea de naturaleza particular) prestado por el Estado a los ciudadanos; y a tal servicio se puede renunciar" (Dagnino, 1983, p.27).

rogativa susceptible de ser utilizada por todos sino que, en cierta medida, conllevaría un deber de los ciudadanos con la sociedad. Se consagra tanto un derecho de acceso como un "deber de acudir" a los tribunales. En su dimensión negativa, el principio impone la obligación de dirimir todo posible litigio o controversia ante los órganos jurisdiccionales del Estado, sin más excepciones que las que la propia Constitución permite. Se excluye la posibilidad de encomendar la tutela de los derechos a órganos o distintos de aquellos a quienes el Estado atribuye la función jurisdiccional.

La aplicación de la "cláusula general" que deriva del artículo 24 mencionado no tiene un significado absoluto ni alcance general. Hay casos en que no solo no hay obligación de acudir a la vía del proceso, sino que se excluye el conocimiento del litigio a los órganos jurisdiccionales<sup>40</sup>. Además, el alcance de la obligación de solicitar el amparo judicial no se manifiesta igual en todos los órdenes jurisdiccionales. El artículo 24 es garantía para los ciudadanos de que siempre podrán acudir al cauce del proceso en caso de conflicto. La finalidad es la de que se tenga la seguridad de que la última palabra sea dicha por los jueces, legitimando o no un determinado comportamiento, de manera que no haya zonas de *impunidad* que escapen del conocimiento de los tribunales.

Si el artículo 24.1 resulta ser el pórtico de todo el sistema constitucional de la tutela jurisdiccional, el cierre lo supone el artículo 117 al precisar quiénes han de ejercer las funciones en que aquella se concreta.

La mejor doctrina ha creído ver en el número tercero del artículo 117 de la Constitución española el corolario del principio de "exclusividad jurisdiccional", principio que se complementa con los de unidad, recogido en los apartados 5

y 6, y de legalidad, sancionado en el apartado primero del mismo artículo. Estos tres principios pueden agruparse bajo la rúbrica de "monopolio judicial de los tribunales".

La exclusividad presenta dos facetas diferenciadas. De un lado, supone una reserva estatal de jurisdicción. La actividad que, dentro del proceso, se concreta en *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado* corresponde exclusivamente al Estado, con la exclusión de jurisdicciones no estatales y la posibilidad de existencia de jurisdicciones privadas *ad extra*. Tal conclusión resulta robustecida por el principio de unidad que prohíbe jurisdicciones especiales y pregona la existencia de un único Poder Judicial. El Estado tiene, en línea de principio, la exclusiva en orden al enjuiciamiento de los conflictos que puedan surgir; es el denominado "monopolio estatal de la jurisdicción" o principio de reserva de jurisdicción.

Monopolio estatal y judicial. *Ad intra*, esto es, dentro de la estructura del Estado, no cabe atribuir funciones propiamente jurisdiccionales a otros órganos distintos de aquellos que, desde un punto de vista orgánico, integran el Poder Judicial.

El entendimiento de tal principio en términos absolutos supone no solo la asunción de la idea de que la actividad jurisdiccional es exclusiva del Estado, sino que la misma solo se puede ejercitar dentro del proceso. De aquí que, o no es actividad ejecutiva la verificada al margen del proceso por órganos estatales, o toda actividad ejecutiva *extraordinem* ha de considerarse inconstitucional. La división de poderes tiene su origen en la necesidad de proteger al individuo y su libertad frente al Estado autoritario, y no en la necesidad de prohibir el desarrollo de actividades *cuasijurisdiccionales* por órganos no judiciales. A eso responde el principio del monopolio judicial recogido en el artículo 117 de la Constitución Española<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Se habla de "justicia contractual" como sinónimo de justicia privada en referencia a una de sus modalidades cual sería el arbitraje. Así, Demogue (1911) o Fazzalari (1995).

<sup>41</sup> Así lo entiende Santaolalla para quien el principio de reserva jurisdiccional de la ejecución "opera básicamente frente a los poderes legislativo y ejecutivo y no frente a los particulares"

Por tanto, se va produciendo una merma más visible del monopolio del Estado respecto de las funciones relativas a la formación del derecho —a través del legislativo—, así como de la tutela del mismo —jurisdiccional—. Este último aspecto, el afectante al alcance del principio *ad extra* en cuanto exclusividad estatal del enjuiciamiento, es el que entra en consideración la hora de debatir acerca de la adecuación a la Constitución de los medios de ejecución no judiciales.

La exclusividad se debe entender limitada a aquello que es propio de la jurisdicción, es decir, la función de juzgar y ejecutar lo decidido *dentro del proceso*. El artículo 117 CE<sup>42</sup> limita el monopolio en una doble coordenada: materialmente, en cuanto que lo que corresponde exclusivamente a jueces y tribunales es el ejercicio de la potestad jurisdiccional; formalmente, ya que se trata del ejercicio de tal potestad dentro del proceso. El artículo 117.3 Constitución española circunscribe su alcance al interior del proceso, de manera que la potestad jurisdiccional queda limitada en su eficacia a lo que acontece procesalmente. Actividad jurisdiccional propiamente solo cabe en el seno de un proceso. No hay jurisdicción sin proceso. Pero cabe un proceso sin jurisdicción o, cuando menos, un procedimiento en el que el ejercicio de tal potestad quede referido a un momento ulterior.

Existe, por tanto, la posibilidad de proceder a una ejecución sin intervención inmediata de los tribunales. Ya se entienda que nos hallamos ante supuestos de actividad jurisdiccional ejercida por órganos o personas que carecen de facultades *jurisdicentes*, ya se conciba la posibilidad de una ejecución no jurisdiccional.

(Santaolalla, 1998, p. 1684), siendo de esta suerte un principio de proyección intraestatal más que extraestatal.

<sup>42</sup> Por una interpretación o entendimiento *relativo* del principio de exclusividad en la línea expuesta por Díez-Picazo "Sobre la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 4 de mayo de 1998, que considera inconstitucional el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria" (Díez-Picazo, 1998, p. 820).

## Conclusiones

La tutela civil se identifica, como hemos dicho, con la tutela jurisdiccional. La declaración y ejecución del derecho son actividades típicamente *jurisdiccionales*.

De las dos funciones en que se concreta el contenido de la función jurisdiccional, es la declaración del derecho la que es genuinamente suya. No es posible obtener una certeza en el nivel negocial en alguna medida equiparable a la que es posible alcanzar a través de la cosa juzgada. La ejecución es también actividad jurisdiccional; pero no de un modo exclusivo, sino únicamente en la medida en que se lleve a cabo por órganos jurisdiccionales. Asistimos a una creciente tendencia a la *informalización* que llega a una desjudicialización entendida como deslegalización, es decir, una huida no ya de los mecanismos procesales sino de la norma aplicable.

Manifestación de esta tendencia a la desjurisdiccionalización es el auge que van adquiriendo los llamados medios alternativos de resolución de controversias que reciben, en el mundo anglosajón, la denominación de ADR. Son sistemas que se caracterizan por operar desde fuera del sistema judicial, aunque sin pretender una sustitución del procedimiento judicial. No son soluciones contra el proceso, sino alternativas al mismo que no excluyen el conocimiento ulterior de los tribunales. La autonomía privada ha acabado por irrumpir también en el ámbito de la ejecución. De aquí que hablemos de una privatización de la ejecución.

El sistema conformado por los artículos 24 y 117 de la Constitución española que se conoce como de plenitud jurisdiccional no es obstáculo a esta creciente fuga de jurisdicción. De un lado, porque la tutela judicial efectiva sanciona en el ámbito constitucional el denominado dere-

cho de acción; pero no genera una obligación correlativa en el particular. No impide resolver los conflictos por medios distintos de la tutela judicial, sino que reserva al Estado la última palabra de forma que sea posible un control judicial. El correcto entendimiento del principio de exclusividad jurisdiccional se concreta en un doble monopolio en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Pero siempre tratándose de actividad materialmente jurisdiccional: juzgar y ejecutar lo juzgado.

### Referencias bibliográficas

- Abel, L. (1982). *The contradictions of informal justice*. En R.L. Abel (Ed.), *The politics of informal justice*, Vol. 1, (pp. 267-320). New York: Academic Press.
- Alcalá-Zamora, N. (1991). Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso (3ª Ed.). México: Universidad nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones jurídicas.
- Almagro, J. (1968). Significación procesal del derecho de retención. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, (julio.-septiembre), (n.º 3), pp.113-143.
- Barona, S. (1999). Solución extrajurisdiccional de conflicto: "alternative dispute resolution" (ADR) y derecho procesal. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bigliuzzi, L. (1971). *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I. Milán: Giuffrè.
- Calamandrei, P. (1962). *Instituciones de derecho procesal civil*, Vol. I. (S. Sentis Melendo, Trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Cappeletti, M. (1993). *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-wide Access-to-Justice Movement*. *Modern Law Review*, Vol. 56, pp. 282-296.
- Carnelutti, F. (1936). *Sistema di Diritto Processuale Civile. Funzione e composizione del processo*, Vol. I. Padua: CEDAM.
- Carreras LLansana, J. (1962). Las fronteras del juez. En *Estudios de Derecho Procesal* (pp. 105-123). Barcelona: Bosch.
- Chase, O. G. (2005). ADR and the culture of litigation. The example of the United States of America. En L. Cadet (Dir.) *Médiation & Arbitrage alternative dispute resolution. Alternative à la Justice ou Justice alternative. Perspectives comparatives* (pp. 135-151). París: Litec.
- Chiarloni, S. (1993). Nuovi modelli processuali. *Rivista di Diritto Civile*, Anno XXXIX, (Marzo-Aprile), (N.º 2), pp. 269-291.
- Chiovenda, (1954). *Instituciones de derecho procesal civil*, T. II. (E. Gómez, Trad.). Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Chiovenda, (1965). *Principii di diritto processuale civile* (4ª Ed.). Nápoles: E. Jovene.
- Constantino, G. (1993). Degiurisdizionalizzazione della espropriazione immobiliare. *Riv. trim. di dir. e proc. civile*, (fasc. 4), pp.1053-1074.
- Dagnino, A. (1983). *Contributo allo studio dell'autotutela privata*. Milán: Giuffrè.
- Demogue, R. (1911). *Les notions fondamentales du droit privé*. París: Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence.
- Denti, V. (1980). I procedimenti non giudiziali di conciliazione como istituzioni alternative. *Riv. di Dir. Proc.*, Volumen XXXV (II serie), n.º 3, pp. 410-437.
- Díez-Picazo Giménez, I. (1998). Sobre la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 4 de mayo de 1998, que considera inconstitucional el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. *Tribunales de Justicia*, (n.º 8-9), pp. 819-820.
- Díez-Picazo, L. (1999). *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, (3ª Ed.). Barcelona: Ariel.
- Díez-Picazo, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II. Las relaciones obligatorias. Madrid: Thomson-Cívitas.

- Di Majo, A. (1989A). La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processuale. *Rivista critica diritto privato*, Vol.7, pp. 363-392.
- Di Majo, A. (1989B). Forme e tecniche di tutela. En S. Mazzamuto (Dir.), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Vol. I, (pp. 1-35). Nápoles: E. Jovene.
- Edwards, Harry T. (1986). *Alternative Dispute Resolution; Panacea or Anathema?*. *Harvard Law Review*, Vol.99, Part I, pp. 668-684.
- Fazzalari, E. (1995). *L'esperienza dell'arbitrato*, Quaderni della Rassegna di diritto civile. Nápoles: E. Jovene.
- Fiadjo, A. (2004). *Alternative Dispute Resolution: A developing World Perspective*. Londres: Cavendish Publishing.
- González, J. L. (1983). *Notas en torno al derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en la Constitución española*. El Poder Judicial, (Vol. III), Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- González, J. (1989). *El derecho a la tutela jurisdiccional*, (2ª Ed.). Madrid: Cívitas.
- Guasp, J. (1977). *Derecho procesal civil*, T. I. Madrid: Civitas.
- Hellwig, K. (1912). *System des Deutschen Zivilprozessrechts*. Leipzig: A. Deichert.
- Invrea, F. (1929). *I rimedi contra il torto*. *Riv. Dir. Comm.*, a. XXVII, n. 5 e 6, parte I, pp.638-664.
- Katz, L. V. (1993). *Compulsory alternative dispute resolution and voluntarism: two-headed monster or two sides of the coin?* *Journal of Dispute Resolution*, vol.1993, (n.1), pp. 1-56.
- Kisch, W. (1932). *Elementos del derecho procesal*. (L. Prieto, Trad.). Madrid: Revista de Derecho privado.
- López, A. M. (1988). *Independencia, imparcialidad, objetividad del juez*. En V. Moreno (Coord.), *Problemas actuales de la Justicia*, (homenaje al Dr. D. Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario), (pp. 215-226). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Maqueda, P. (1983). *El derecho a la tutela jurisdiccional*. En *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, (pp. 87-100). Madrid: Presidencia del Tribunal Supremo, Secretaría Técnica.
- Montero, J. (1976). *Introducción al derecho procesal: jurisdicción, acción y proceso*. Madrid: Tecnos.
- Montero, J. (1988). *La función jurisdiccional y el status de jueces y magistrados*. En *Trabajos de derecho procesal*, (pp. 25-97). Barcelona: Bosch.
- Montesano, L. (1957). *La condanna nel processo civile (anche tra privati e pubblica amministrazione)*. Nápoles: E. Jovene.
- Ortiz de Zúñiga, M. (1870). *Práctica General Forense*, T. I. Madrid: Rodríguez Calvario.
- Prieto-Castro, L. (1988). *Derecho Procesal Civil*, T. I, (4ª Ed.). Madrid: Tecnos.
- Roberts, S. (1993). *Alternative Dispute Resolution and Civil Justice: An Unresolved Relationship*. *The Modern Law Review*, Vol. 56, (n.º 3), pp. 452-470.
- Santaolalla, F. (1998). *Jurisdicción y ejecución extrajudicial*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (año nº74, sep.-oct.), (n.º 648), pp.1663-1688.
- Satta, S. (1952). *L'esecuzione forzata*. En F. Vassalli (Dir.), *Trattato di diritto civile italiano*, Vol. XV, T. I, fasc. 2º (pp. 1-257). Turín: UTET.
- Serra, M. (1969). "Jurisdicción". En *Estudios de derecho procesal* (pp. 21-62). Barcelona: Ariel.
- Silvestri, E. (1987). *Le alternative al processo civile nell'esperienza statunitense*. En *Il Foro Ital.*, CX, parte V, (pp. 310-317).
- Tommaseo, F. (1995). *Appunti di Diritto Processuale Civile. Nozione introduttive*, Turín: Giappichelli.
- Urban, T. (1997). *A framework of understanding and using ADR*. *Tulane Law Review*, Vol. 71, pp. 1313-1338.
- Wach, A. (1977). *Manual de Derecho procesal civil*, V. II. (T. A. Banzhaf, Trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.