

DR 29 213

Yo me limito como Director del Departamento en lo que afecta al derecho procesal y como catedrático que soy de la disciplina a señalar unas pautas y a explicarle o decirle a los alumnos que tienen a su disposición este instrumento didáctico. Pero el alumno de derecho procesal hará mal si se limita exclusivamente a estudiar un manual. El alumno debe de tener permanentemente a su disposición los textos legales.

Un alumno de derecho procesal tiene que manejar la ley orgánica del Poder Judicial que, como digo, es básica en esta materia, la ley de enjuiciamiento civil, la ley de enjuiciamiento criminal, el texto regulador de la jurisdicción contencioso administrativa, la ley reguladora del procedimiento laboral, todas estas materias, todos estos cuerpos legales deben de ser frecuentemente manejados por el alumno y debe de acostumbrarse al empleo de los textos legislativos. Igualmente, el alumno que sienta la vocación que necesariamente ha de despertársele con el estudio del derecho procesal, la vocación jurídica, que se manifiesta justamente en cómo se aplica, cómo se efectúa, cómo se realiza la norma jurídica, deberá, en la medida de lo posible y de las posibilidades que tenga en su localidad, de acudir a la práctica de actos judiciales. Si reside en una capital de provincia, la audiencia provincial o en una cabeza de territorio, la audiencia territorial, hasta que permanezcan vigentes, pues desaparecerán una vez que se apruebe la normativa de los Tribunales Superiores de Justicia, en orden a presenciar actos judiciales, actos públicos de esta naturaleza que le permitan familiarizarse con el contenido y la realización del proceso.

En este sentido, recuerdo que el profesor Carnelutti, en alguna ocasión, dirigiéndose por la radio italiana a los alumnos, les comentaba en una obrita que luego se editó, con el título de *Cómo se hace un proceso*, que por mucho que sea la disponibilidad del alumno en orden al estudio de la disciplina, del manejo de los textos legales, solamente sabrá verdaderamente derecho profesional cuando perciba, cuando vea la realización de estos actos. Y por eso les recomendaba igualmente, como yo hago en este momento, que en el bufete de algún abogado, que en la notaría, que en el juzgado, se familiarice con los actos jurídicos y con los actos procesales, como especie de los jurídicos, para adquirir esa práctica y esa receptividad en el conocimiento de la teoría a través de las cosas o de los actos concretos, que es indispensable para el jurista. Recordemos que el derecho no es una sofía, como dirían los griegos, un conocimiento por el puro conocimiento, un saber por el saber, sino una fronesis.

Esto es un conocimiento aplicado, un conocimiento que tiene razón de ser en tanto en cuanto sirve para realizar la ciencia de lo justo y de lo injusto, en tanto en cuanto sirve para hacer efectivo, en la medida de lo posible, en las relaciones de la convivencia, las reglas del derecho a ser efectiva la justicia. El derecho procesal regula, por tanto, la aplicación jurisdiccional del derecho. Esto es, disciplina cómo se produce, desarrolla y concluye la actividad necesaria para actualizar en el caso concreto de qué se trate la eficacia imperativa de las normas jurídicas mediante el mandato determinado y específico de la sentencia judicial.

La norma jurídica establece las consecuencias jurídicas que se siguen si se producen unos eventos, actos o abstenciones considerados con carácter de generalidad y de modo supuesto o hipotético. Ocurrido el hecho jurídico o acontecida la conducta descrita en género por la norma jurídica, normalmente los sujetos implicados en las relaciones jurídicas que se traban procuran el cumplimiento voluntario de lo ordenado por la norma jurídica. Efectivamente la mayoría de los ciudadanos cumple voluntariamente las normas jurídicas ya que en otro caso se produciría un desorden, se produciría un caos.

El plus de cumplimiento de la norma jurídica sobre los casos de incumplimiento tiene que ser siempre mayor en una sociedad realmente organizada. Pero sucede también que la regla puede ser ignorada o desobedecida con las perturbaciones y perjuicios consiguientes a la satisfacción de los derechos subjetivos e intereses legítimos. Las eventualidades de los incumplimientos o inobservancias de las normas jurídicas permiten si la materia es de derecho dispositivo o de disponibilidad reservada a los interesados o exigen si la materia es de derecho imperativo y así se establece la intervención de los jueces.

La intervención de los jueces u órganos jurisdiccionales parece así como necesaria para fijar y definir o decir de aquí el nombre de jurisdicción una vez delimitado el caso cuál es el derecho aplicable. Y para decir cuál es el derecho aplicable han de comprobarse la existencia de los hechos. En definitiva la norma jurídica lo que hace como decíamos al principio es suponer unos hechos pero la comprobación de esos hechos, la existencia de esos hechos debe de realizarse en el juicio para en consecuencia a esos hechos comprobados anudar unas determinadas consecuencias jurídicas concretas y ordenar su cumplimiento o acatamiento por medio de la sentencia.

No se trata por tanto de un acto meramente intelectual de conocimiento de cuál es la norma jurídica aplicable al caso concreto sino algo más profundo es el mandato, la orden de que se cumpla de que se aplique la norma jurídica con las consecuencias concretas que se derivan de la existencia de esos hechos. El cumplimiento por tanto si es necesario puede llevarse a cabo forzosamente. La sentencia produce lo que llamamos los efectos inherentes al caso juzgado o como decían los clásicos la cosa juzgada, es el mito de la cosa juzgada la santidad de la cosa juzgada, ese misterio onimbo que rodea la cosa juzgada como definición irrevocable de la justicia del caso concreto.

Así pues del derecho procesal hay que hablar en dos acepciones principales. Como rama jurídica el derecho procesal es el conjunto de normas jurídicas que regulan la aplicación jurisdiccional del derecho. Como ciencia es el conjunto de conocimientos sobre las normas jurídicas referidas.

En realidad ambas acepciones expresan significaciones interdependientes aunque con acentos diferenciados. La primera en cuanto que supone una acotación de un campo jurídico determinado reclama unos criterios de conocimientos previos que permitan a los operadores jurídicos realizar el deslinde, realizar la separación. La segunda al efectuar la ordenación

sistemática según criterios conceptuales y dogmáticos de unas determinadas normas jurídicas no puede sustraerse a la observación directa de la realidad normativa sobre la que actúa.

Si funcionalmente el derecho procesal regula la actividad del proceso desde un punto de vista institucional el derecho procesal ocupa una posición singular en el ordenamiento jurídico puesto que se erige en garantía última de su aplicación y efectividad. Puede así afirmarse que el derecho procesal es un derecho para el derecho o si se quiere, un derecho garante del derecho. En este aspecto comporta tanto una prevención general que actúa como disuasoria frente a los incumplimientos o inobservancias posibles implícitas en la coercibilidad de las normas como una prevención específica cuando el caso llega que se transforma en garantía de reparación mediante la declaración del derecho y si procede, ejecución de la condena.

Cabe decir que el desenvolvimiento de la libertad que tutela el derecho tiene como contrapunto la seguridad jurídica que si está garantizada por la Constitución es porque a su vez aquella seguridad depende de la definitiva certeza jurídica que resulta de la efectiva aplicación de las leyes como consecuencia de la cosa juzgada y en su caso de la cosa ejecutada. En próximos contactos radiofónicos seguiremos con nuestros alumnos estas audiciones que permiten oír al profesor y establecer, ya sea por este medio, una relación con el alumno. Nada más y hasta otra emisión.

Y llegamos al último tema de hoy con Derecho Civil 3 y el concepto de Derecho Real. Tenemos hoy con nosotros al profesor titular numerario de Derecho Civil Jesús María Álvarez Carballo quien de acuerdo con los títulos previstos en la guía de los medios audiovisuales para este año va a hablarnos del concepto de Derecho Real. Hola, buenas noches profesor.

¿Cuáles son sus primeras palabras en torno al concepto de Derecho Real? Buenas noches. Antes de contestar a tu primera pregunta yo deseo saludar a mi invisible audiencia a la cual van dirigidas mis palabras y quiero dejar constancia de que estas de hoy constituyen una versión nueva y abreviada de un tema de otro año que por afán de meter en el espacio muchas palabras dije a velocidad de vértigo lo cual dio origen a quejas afectuosas pero fundadas y por eso hoy hago una versión en tiempo lento dejando en el tintero un montón de cosas. Al mismo tiempo os incito a que me escribáis yo con retraso os contestaré siempre y por si acaso os doy también como a otras promociones el número de teléfono de mi casa en donde me encontraréis siempre de 3 a 4 única hora segura de cazarme en ella salvo en ocasionales salidas de viaje a centros asociados o comilonas de trabajo.

El número es el 232 6566. Las notas más características del concepto de derecho real ¿cuáles son? Las dos notas absolutamente típicas del concepto de derecho real consisten en el poder directo e inmediato sobre la cosa y en su traducción efectiva consistente en la posibilidad efectiva de exclusión esto es, de impedir a cualquier persona cualquier acto de perturbación de los aprovechamientos de la cosa lo cual se traduce en un doble sentido por una parte, mediante el deber general de abstención que incumbe a todos para no perturbar el disfrute directo e inmediato de la cosa sobre que recae el derecho real por parte de su titular y por otra

parte en la efectiva posibilidad de recuperar ese poder directo e inmediato sobre la cosa cualesquiera sean los avatares por la misma sufridos o en poder de quienquiera se encuentre. Profesor, ¿están todos los autores de acuerdo o hay discrepancias entre ellos que puedan despistar, desorientar a los alumnos? Efectivamente, está muy bien hecha la pregunta y es un tema que a mí me preocupa un poco pensando en el alumno que estudia solo es frecuente aludir entre los civilistas a la doble concepción existente aunque evidentemente sería más exacto manifestarse trata más bien de dos diferentes formas de explicar el fundamento de una realidad aceptada y no de dos concepciones del concepto de derecho real.

Así, yo creo conveniente ahora aludir a cada una de ellas y al final manifestar cuál es mi opinión personal no tanto para que se siga a pies juntillas sino para evitar la usual acusación de que los profesores universitarios no nos mojamos y así el alumno no sabe a qué carta quedarse. Aunque esta última postura pueda servir para que algún alumno siga mi opinión solo en plan pelota y no por personal convencimiento y por el contrario a alguno le parezca va a ser reprobado por seguir una opinión distinta de la mía cosa que yo niego rotundamente desde ahora pero lo que sí puede pasar es que sea reprobado por el simple dato de no haber entendido ni una postura ni la otra. Una vez entrado el tema ¿cuál es la primera posición? Yo acostumbro a enunciarla con una frase un tanto fuerte y la llamo la postura clásica y su punto flaco.

Se suele llamar también doctrina clásica y ésta ve en el derecho real un poder directo e inmediato ejercitado sobre una cosa que engendra una relación directa e inmediata con la propia cosa mientras el derecho de crédito o derecho de obligación consiste en una relación entre dos sujetos deudor y acreedor en virtud de la cual uno de ellos el elemento activo o acreedor tiene el poder de exigir al otro sujeto el deudor o sujeto pasivo por cuanto sufre en su bolsillo o en términos pegantes en su patrimonio una determinada conducta para satisfacer el interés protegido por el ordenamiento que normalmente se suele materializar en la realización de una prestación de contenido económico. Así, en la doctrina clásica se caracteriza el derecho real por su carácter absoluto por su oponibilidad frente a todos y por su pretensión de hacerse valer incluso coactivamente frente a todos absolutamente mientras el derecho de crédito o de obligación solamente puede esgrimirse frente al único sujeto obligado o deudor determinado con nombre y apellidos. Pero es muy importante señalar además que el derecho real puede ser agredido por cualquiera, ya que incluso un extraterrestre ocasionalmente de vacaciones turísticas en España puede invadir la finca ajena, mientras que la obligación de pagar una cantidad de dinero solamente puede agredirla el deudor especialmente obligado al pago al dejarla incumplida.

El punto flaco de esta justificación, único que yo deseo resaltar aquí y ahora ha sido puesto de manifiesto hace ya muchos años por el filósofo alemán Kant con rollazo macabeo, harto indigesto que nadie podrá nunca derribar y yo, con este lenguaje mío escandalizador de tanto bienpensante, me atrevo a decir es ello debido a su propia evidencia. El admirado y citadísimo filósofo alemán ha descubierto el mar Mediterráneo ya que nadie ha puesto en duda literalmente la real imposibilidad de existencia de relaciones jurídicas entre un sujeto de

derecho, una persona y una cosa. La relación del titular del derecho real con la cosa sobre la que ejerce un poder directo e inmediato obedece a un poder de dominación reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico pero no a una susceptibilidad de las cosas dominadas para padecer voluntariamente esa dominación.

El resto de las críticas las paso por alto olímpicamente en base a ser argumentos muy poco válidos por consistir en un confusionismo entre derechos reales y derechos de crédito en alguno de los casos contemplados o bien en la ilegítima transposición a la dogmática jurídica de la posición del cirujano ya que éste sí que puede determinar claramente al manejar el bisturí que parte del pecho femenino es constitutiva del tumor maligno que hipertrofia el órgano y que otra parte en cambio podrá salvarse por no estar afectada. La razón de ser de esta postura mía no se fundamenta en una pereza mental cuanto en la convicción de no ser justo exigir al alumno en su primer contacto con realidades complejas una profundización que solamente con el avance del curso académico y de su esfuerzo mediante el estudio íntegro del programa se le irá clarificando sirviendo únicamente los ejemplos y las situaciones expuestas en cualquiera de los libros de texto usuales más para enturbiar la situación que para aclararla ¿En cuanto a la segunda postura no se habrá olvidado de ella? Creo que no aunque puede parecer lo contrario la segunda postura, llamada obligacionista, parte de una realidad evidente que ya he mencionado antes, la imposibilidad de relaciones jurídicas entre una persona y una cosa carente de personalidad como podría ser una finca rústica o urbana o un semoviente aunque haya algún crítico taurino que nos hable en sus crónicas de la peligrosa personalidad del cuarto toro de la corrida de ayer esta fundamentación obligacionista se basa en la afirmación de que el derecho real debe construirse sobre la base de la existencia de un deber general de abstención recayendo sobre todos los ciudadanos de todos los mundos posibles, del cual únicamente está excluido el propietario de aquella cosa concreta. De esta forma, se pudo criticar a esta teoría modernista haciendo chistes, tan malos que parecían míos, al jugar con el pobre dominio del alemán cuando se centró su configuración en la ausencia de prohibiciones de actuar respecto al titular del derecho real frente a todos los demás que las padecían tal como formuló esta fundamentación su creador original, Augusto Ton, y cuya mejor versión es la del italiano Ferrara quien al seguir esta dirección define al derecho real como el poder jurídico contra otros hombres dirigido a una pretensión de incondicionado respeto en el desenvolvimiento de su propia actividad, ya sea en plenitud o en particular dirección sobre una cosa determinada ¿Y utilizando sus mismos términos tiene punto flaco esta segunda postura? Sí, por cierto y para mí, el punto flaco que en este caso es muy gordo se encuentra en que con esta explicación se puede justificar la situación del derecho real cuando su titularidad es puesta en crisis por un agresor por ejemplo, el invasor de una finca ajena pero no explica el conjunto de poderes o facultades que normal y habitualmente ejerce el titular mientras no se las discute nadie y es importante resaltar que es precisamente ese ámbito de poder o de facultades aquello que en todos los ordenamientos jurídicos caracteriza a la naturaleza de las diversas relaciones jurídicas es decir, tratarse de un derecho real, una finca de propiedad privada o ante un derecho de crédito, la necesidad de pagar la factura del hotel Pero antes de acabar y pensando en lo que dijo al principio ¿podría manifestar cuál es su postura? Haciendo

generosamente omisión expresa de la teoría de moda actualmente nacida en el año 1881 y que por lo tanto ya se ve es de una absoluta y radical modernidad, consiste en la llamada posición armonizadora que solamente consigue reunir los defectos de ambas sin ninguna virtud especial, sirviendo eso sí, para que los alumnos terminen por no reconocer siquiera la existencia del problema por eso yo insisto en la validez actual y permanente de la fundamentación clásica que es mi teoría predilecta, quiero repetir utilizando la teoría americana del refuerzo, que no será juzgado desfavorablemente ningún alumno por manifestarse partidario, ya sea de una explicación o de la otra, pero sí, indudablemente vive Dios por no haber sido capaz de digerir la fundamentación obligacionista o la clásica riesgo de indudable importancia sobre el cual quiero llamaros especialmente la atención agradecemos al profesor Álvarez Carballo su presencia aquí en los estudios y con él finalizamos estas primeras orientaciones sobre las asignaturas de cuarto curso que configuraron la revista de hoy 16 de octubre pero antes de finalizar os recordamos que el próximo programa dedicado a cuarto se emitirá el 20 de noviembre y se abordarán ya temas más concretos de estas materias pero también queremos recordaros que la revista de derecho puede dar respuesta a vuestras dudas, siempre que os pongáis en contacto con nosotros a través de estos teléfonos 244-0803 o 244-2500 repetimos 244-0803 o 244-2500 ya sabéis, con el 91 de prefijo para los que llaméis desde fuera de Madrid o también escribiendo a la ciudad universitaria 28040 Madrid dirigidas al CEMAD esto es Centro de Diseño y Producción de Medios Audiovisuales de la UNED nosotros nos despedimos ya, pero volvemos el próximo viernes a las 9 y 5 de la noche con otros temas y otras asignaturas serán en esta ocasión para los alumnos de tercero ahora ya de nuevo Isabel Quiñones con el informativo habitual de los viernes