

CONFLICTO, CONTROVERSIA, CONTRAPOSICIÓN, CONTIENDA, POLÉMICA, OPOSICIÓN: PROCESO Y LITIGIO*

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN

Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma
de Madrid

Resumen: La contienda o controversia entre las partes se sustancia, desde los primeros tiempos, por la vía del proceso, el arbitraje, la mediación, la transacción o la conciliación.

Abstract: The contention or controversy between parties has taken shape, since the beginning of time, by way of the process, arbitration, mediation, transaction or conciliation.

Palabras clave: Conflicto, oposición, contienda, proceso, arbitraje.

Key words: Conflict, opposition, contention, process, arbitration.

«No hay Dogmática sin historia. O no debería haberla, porque los conceptos y las instituciones no nacen en un vacío puro e intemporal, sino en lugar y fecha conocidos y como consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizá invisible, pero condicionante», escribía en 1996 TOMÁS Y VALIENTE, en su obra *Independencia Judicial y garantía de los derechos fundamentales*.

La lesión de los derechos ajenos, su no reconocimiento, las divergencias de opinión sobre la interpretación de las disposiciones contenidas en una norma jurídica o sobre el ejercicio de las facultades

* El presente escrito ha sido asimismo enviado para su publicación en *Despaldro. Ensayo de Humanidades*. N. 6. 2012, pendiente de aparición.

propias de los derechos subjetivos, superada la etapa de la autodefensa, desemboca, de forma natural, desde los tiempos más remotos, en la petición de amparo y reparación ante un órgano imparcial de la propia comunidad política o ante un árbitro o tribunal arbitral elegido, de común acuerdo, por las partes en conflicto.

En el plano jurisdiccional, la comunidad política romana, fue muy pronto consciente de la necesidad de asumir, en las polémicas y controversias sobre los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, la función de administrar justicia, en aras del mantenimiento del orden público y de la tutela de la paz social.

La contienda o controversia entre las partes se sustancia, desde los primeros tiempos, por la vía del proceso, el arbitraje, la mediación, la transacción o la conciliación.

El litigio se configura como el núcleo esencial de la jurisdicción contenciosa, *iurisdictio contentiosa*, desde las fuentes romanas, expresión mediante la que se hace referencia a la actividad que el magistrado, provisto de potestad jurisdiccional, ejercita en los procesos civiles, y a partir del siglo III d C., también en los procesos penales, que tienen lugar entre los litigantes, *inter nolentes*, *inter contententes*.

El término *contentiosus*, referido a la noción de *iurisdictio*, es decir a la facultad atribuida a determinados magistrados para decir, *dictio*, cuál es el derecho, *ius iuris*, aplicable al caso concreto, se utiliza en los textos romanos, no sólo para calificar a la *iurisdictio*, sino también, en ocasiones, como exponente de una propensión o tendencia a la actuación litigiosa.

Del término latino *directum*, propio de la época postclásica romana, procede la palabra española derecho, y los términos equivalentes de las lenguas neolatinas o románicas: *droit*, *diritto*, *direito*, *dret* etc., y el término germánico *recht*. Del vocablo latino *ius*, más antiguo que *directum*, derivan los términos actuales: jurídico, *giuridico*, *xurídico*, *juridique*, *juristisch* etc., y las distintas acepciones latinas y actuales de *iurisprudentia*, *iurisdictio*, *iudicium*, *iudicare*, *iustitia*, *iurisperitus*, *iustum* etc.

Justicia y Derecho se interrelacionan en la medida en que éste es un punto de vista sobre aquélla, contingente, limitado, perfectible y criticable. Por otra parte, las soluciones jurídicas a las polémicas planteadas en el mundo del derecho y a los problemas que se intentan resolver, nacen en un contexto socio político y económico determinado y de ahí la relatividad del derecho y la mutabilidad de la idea de lo justo.

La perspectiva histórica, la democracia política, la ética y la equidad, en la elaboración y en el análisis de las normas y de las instituciones jurídicas, constituyen, por otra parte, instrumentos fundamentales para preservar la libertad de los legisladores y de los juristas, en el logro del interés general y del bien común, frente a una concepción dogmática o sacralizada del derecho positivo.

En estrecha relación con el vocablo contencioso, contentiosus, se contienen en las fuentes numerosas referencias a contentio, contentione, contentionem, contentiones, contentionis, contententibus, contentidur, contendebatur etc., en las que se pone de relieve, en la mayoría de los supuestos, la existencia de una contraposición de intereses que se sustancia en un proceso y, en otros casos, la proclividad o disposición favorable a la polémica.

La jurisdicción contenciosa se contrapone por un jurista clásico del siglo III d C., Marciano, a la jurisdicción voluntaria, en un texto, contenido en el Digesto de Justiniano, en el que se afirma que: «Cuando los magistrados son designados como tales y salen de Roma para la provincia de la que han sido nombrados gobernadores, no tienen competencia en materia de jurisdicción contenciosa, pero sí la tienen en jurisdicción voluntaria, sed non contentiosam sed voluntariam, así por ejemplo pueden autorizar concesiones de libertad, emancipaciones y adopciones».

En el texto de Marciano, el vocablo voluntaria alude a que la participación del magistrado se ejerce inter volentes, es decir, entre personas, que de forma espontánea y voluntaria reclaman o solicitan su intervención, habiéndose puesto previamente de acuerdo acerca de la actuación ante el magistrado, que se limitaría a, ante la ausencia de conflicto entre las partes, sancionar, ratificar, legitimar o colaborar en el nacimiento de una relación jurídica, una vez realizado un control de legalidad de la petición del promovente o de los solicitantes.

Esta concepción de la Jurisdicción Voluntaria pacífica y negocial, ha evolucionado con el paso de los siglos, hasta la actual conformación de la institución como una tutela sumaria de derechos e intereses legítimos, que si bien en ocasiones continúa siendo pacífica y negocial, abarca asimismo, en otros supuestos, la tutela de intereses generales y sociales que afectan a menores, incapacitados, personas con discapacidad, desvalidos y ausentes, así como supuestos de derecho de familia en los que, las discordancias en el ejercicio de la patria potestad o en el seno de la comunidad conyugal, se tramitan en el marco de un procedimiento sumario contradictorio y con garantías, por entender el legislador que, por razones de urgencia, necesidad pe-

rentoria o conflicto atenuado, no procede la tramitación mediante un procedimiento contencioso. En los días que se redactan estas páginas, el Gobierno de la nación, ha anunciado el envío a las Cortes Generales de un Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Durante los primeros ocho siglos de la historia de Roma y, en especial, durante los casi seis siglos de República, el proceso fue oral, por influencia del proceso griego. La justicia se administraba, en esta primera etapa de la experiencia jurídica romana, públicamente en el foro o en el comicio, al aire libre, lo que se prolonga hasta la época del Principado, en la que comienzan a proliferar los Palacios de Justicia o Basílicas, en la que se administra justicia por jueces que son ya profesionales del derecho.

El magistrado republicano, elegido por la asamblea popular, rodeado del consejo de juristas que le asesoraba y de los auxiliares o lictores, se situaba en un estrado y sentado en la silla curul, insignia de su iurisdictio, dirigía el proceso.

Desde el inicio del procedimiento, las actuaciones realizadas por los contendientes, adversarii, actor y reus, se desarrollaban todas ellas de forma verbal y pública, a lo largo de un día, ante el magistrado, que encauzaba el litigio, fijaba las posiciones de las partes y decía si había o no derecho a continuar el procedimiento, conforme a las previsiones legales o a la justicia del caso concreto.

Finalizada la tramitación ante el magistrado, se iniciaba una segunda fase del juicio ante el juez –o jurado elegido por las partes, de entre una lista de jueces elegidos por la asamblea popular– que era el encargado, en un plazo no superior a uno o varios días, de dar su opinión o sentencia, una vez practicada en su presencia la prueba de los hechos alegados por los litigantes.

A la oralidad se refiere el artículo 120 de nuestra Carta Magna conforme al siguiente tenor: «1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento. 2. El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal».

Se pensaba en la Roma republicana que la figura del ciudadano, *civis*, o ciudadanos, *cives*, que actuaban como juez, *iudex*, o tribunal, formado por tres o más jueces, y de ahí la denominación, o jurado popular, asesorados por los juristas, era una garantía de pureza democrática, frente a la posible injerencia de los poderes del Estado, idea ésta de justicia popular que Roma recibe de Atenas y lleva a la práctica tanto en el ámbito de la justicia civil, como de la justicia penal.

La vieja concepción de la justicia popular directa se recoge en el artículo 125 de la Constitución española que establece que: «Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado en aquellos procesos penales que la ley determine». La acción popular constitucional tiene también su origen en la *actio popularis romana*.

A finales de la República romana, acaba optándose, en el ámbito penal, por el sistema de Tribunales permanentes y colegiados que conocen cada uno de ellos, de forma especializada, de actividades delictivas específicas. Los enfrentamientos entre las distintas fuerzas políticas, que caracterizan el siglo I a. C., para imponer la elección en la asamblea popular de sus candidatos a jueces, es una de las razones que contribuye a la crisis de la etapa republicana romana, que degenera en el gobierno autoritario de Augusto y sus sucesores, y supone la introducción de la nueva concepción de la administración de la justicia, como función pública del Estado y de los jueces como funcionarios de la cancillería imperial.

La evolución desde esta concepción burocrática y jerarquizada de la justicia, hasta la actual configuración de los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial como «independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley», conforme al artículo 117.1, de la Constitución, se prolongó, con altibajos, a lo largo de veinte siglos.

La democracia popular ateniense, en la que se había inspirado la República romana había conocido un periodo de esplendor de apenas 50 años. Sin embargo, tiene escrito Castillejo, el pueblo ateniense de hombres libres que tantas veces había logrado la victoria sobre los déspotas persas, no consiguió dominar sus propias pasiones, envidias y suspicacias: por condena popular, Mílcíades, el héroe de Tesalónica, murió en la cárcel; Temístocles, el héroe de Salónica, murió en el destierro condenado por un Jurado; Sócrates, condenado a muerte por escaso número de votos, bebió la cicuta, al igual que lo hizo Demóstenes, el gran orador y opositor a Filipo de Macedonia, ante una condena popular, que afectó asimismo a Fidias, escultor del Partenón, que muere en la cárcel y la democracia acabó eclipsándose.

El desarrollo del procedimiento, en los siglos de la República romana, entre el VI y el I a. C., constituía, en la práctica, una manifestación de los denominados, en el último siglo de la pasada centuria, principios de brevedad, concentración, publicidad, contradicción, inmediatez, inmediatez temporal, así como de los principios dispositivo y de aportación de parte, en la medida en que son los litigantes

quienes aportan los medios de prueba a tener en cuenta por el juez, salvo en aquellos casos en los que el interés general exige la incoación y el impulso de oficio por la autoridad judicial.

Existían incluso unos magistrados, los ediles curules, que administraban justicia en Roma sólo los días de mercado, en los que conocían y resolvían los supuestos de enajenación de cosas que no pertenecían al vendedor, los problemas derivados de vicios o defectos ocultos de las cosas vendidas, y cualesquiera otras discordancias o polémicas surgidas en el marco de las transacciones comerciales realizadas en los días feriados.

El proceso en el Imperio fue, por contraste, predominantemente escrito, lento, lleno de cautelas, de garantías procesales, de posibilidades dilatorias, de tecnicismos, de sutilezas jurídicas, y de reforzamiento del papel activo del magistrado como conductor del proceso, al tiempo que se le atribuye al propio magistrado, como profesional del derecho y funcionario de la Administración Pública, la competencia para dictar sentencia.

Eterno y clásico retorno de principios, problemas, figuras e instituciones. Polémica sin fin, tan romana y tan moderna, al propio tiempo, entre una concepción liberal y privatista de la actividad judicial y otra intervencionista y publicista del papel de la autoridad judicial. Acentos y contrapesos, según las épocas, entre oralidad y escritura, formalismo y ausencia de formalidades, poder coercitivo del magistrado o cargas procesales de las partes, impulso de oficio del procedimiento o principio de aportación de parte, obligación legal de fomentar la transacción entre los litigantes o papel pasivo y neutral del órgano jurisdiccional. Y siempre, en suma, las enseñanzas de la Historia.