

BASES UNIFORMES DE LEGISLACION PROCESAL

(LA SISTEMATIZACION DE UNAS «BASES UNIFORMES»
PARA LA LEGISLACION PROCESAL CIVIL DE LOS PAISES
LATINOAMERICANOS) (*)

1. Los temas números I y II, presentados a las V Jornadas Latinoamericanas de Derecho procesal, tienen una íntima relación entre sí y con el Derecho constitucional, del cual el procesal constituye un desarrollo parcial; esta última relación es la que más puede obstaculizar los esfuerzos de «uniformación» del Derecho —mejor dicho, de la legislación— procesal entre diversos Estados independientes.

Este inconveniente lo podemos denominar «externo», pero es el más formidable de todos ellos. No debemos olvidar que en el continente americano, desde el Río Bravo al Cabo de Hornos, conviven pueblos muy diferentes a los que no se pueden adaptar las mismas medidas constitucionales.

La dificultad estriba en que la legislación procesal, el complejo jurídico procesal de cada país, está regido por una serie de principios políticos —algunos de los cuales incluso se expresan en las diversas Constituciones—, desarrollándolos. La «uniformación procesal» sería, pues, una hija de la «uniformación constitucional», la cual, por el momento, es una utopía.

El eslabón de unión entre la Constitución de cada país y su propio ordenamiento procesal para las manifestaciones concretas de la jurisdicción, se halla en su sistema de principios políticos y técnicos (1) que deben tener una for-

(*) Comunicación que presentó a las V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal (Bogotá, junio de 1970), el profesor VÍCTOR FAIREN GUILLÉN, catedrático de Derecho procesal en la Universidad de Valencia (España).

(1) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO: «Principios técnicos y políticos de una reforma procesal», en *Publicaciones de la Universidad de Honduras*, Tegucigalpa, 1950, *passim*; PRIETO CASTRO: «Principios políticos y técnicos para una ley uniforme» (Informe presentado al I Congreso Iberoamericano y Filipino de Derecho Procesal), *Revista de Derecho procesal*, Madrid, 1956, II, págs. 185 y sigs., *passim*.

mulación amplia, aunque no vaga, con exposición dialéctica de sus pares correspondientes (por ejemplo, lo dispositivo y lo inquisitivo), así como de gozar de una protección superior que la misma Constitución debería prever —y que prevé en algunos países—; así aparece el primer tipo de proceso: el proceso «constitucional» en sus diferentes manifestaciones, tan conocidas en los países latinoamericanos; esto es, un proceso mediante el cual la Constitución se defiende a sí misma contra los ataques que jueces (u otras autoridades o ciudadanos) y legisladores le puedan inferir.

Esto no quiere decir que, necesariamente, hayamos de incluir en las Constituciones el completo sistema de principios políticos que han de regir el sistema procesal (globalmente considerado) de cada país (como tampoco quiere decir que hayamos de reducir, por ejemplo, el Derecho civil a constitucional); pero sí que las normas por las cuales se formule aquel sistema de principios, como ligados de modo inmediato con la Constitución, deben gozar de un sistema procesal específico, más fuerte que el que protege el cumplimiento de las leyes inferiores. Iríamos, pues, hacia la creación de una especial categoría de leyes, de «leyes constitucionales», entre las cuales se hallase aquélla, mediante la cual se fijan los principios que en cada país deben regir su ordenamiento procesal.

De aquí se puede inducir que si las Constituciones de los países son diferentes, respondiendo a la idiosincrasia de los respectivos pueblos, los sistemas de principios políticos que rijan a los ordenamientos procesales, muy bien podrán ser diferentes; de lo cual, y descendiendo, nos encontraremos cara a cara con la dificultad de «uniformar» legislaciones procesales en concreto.

Aunque no sea una panacea, no vemos otro camino que históricamente nos pudiera conducir hacia esa «uniformación» de normas inferiores —relativamente— que el de continuar intentando la construcción de una teoría general del Derecho procesal, a la que necesariamente se ha de corresponder una «parte general del Derecho procesal»; aunque esa teoría y esa «parte general» no puedan, en efecto, reducirse a esquemas legales, sí que de ellas podemos extraer consecuencias correctas en cuanto a las posibilidades de «uniformación» de las leyes procesales. Naturalmente, al elaborar aquella «teoría general del Derecho procesal», no deberemos olvidar que se halla muy cerca, tan cerca de la teoría general del Derecho constitucional, que su delimitación es dudosa en ocasiones (2).

Se nos dirá que en la práctica las leyes procesales de los diversos países

(2) Cfr. por ejemplo, BETTERMANN: «Notwendigkeit, Möglichkeiten und Grenzen einer Angleichung des deutschen Verfahrensordnungen», en *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1957 (70), págs. 161 y sig.

(y antes, las diversas leyes procesales de cada país entre sí), contienen normas idénticas, o tan parecidas, que el trabajo de «uniformación» pasa a ser casi solamente gramatical. Efectivamente así sucede, y ello ha de servir de grande apoyo en los intentos «uniformadores»; pero ocurre, ¿en virtud de qué razones?

A) O bien estas normas son descendientes históricamente de una *única norma*, la cual respondía, a su vez, a una función única, y era la transcripción legal de una doctrina única; o B) investigando, llegamos a descubrir que la función a que responden esas normas actuales idénticas o casi, es la misma en la práctica y en la doctrina. Y, desde luego, esa identidad de normas procesales en países, humana y geográficamente lejanos, no suele responder a un capricho.

Un ejemplo de la tesis sub A), lo podríamos hallar en la influencia de la ley de Enjuiciamiento civil española de 1855, en toda una serie de repúblicas americanas (3).

Hallamos, pues, que las dos presuntas bases de trabajo para intentar —por sus pasos ya lo veremos— una «uniformación» (aunque sólo fuera muy parcial) de leyes procesales de diferentes Estados, se nos reduce a una: la de la preexistencia de una doctrina procesal única; la diferencia, más aparente que real, consiste en que hay casos en que esa doctrina única, aparecida en momento histórico ya antiguo, dio lugar a la aparición de normas legales y aun de sistemas (así, por ejemplo, las Partidas, de las que es descendiente, aunque defectuosa, la ley de Enjuiciamiento civil española de 1855); en tanto hay otros casos —los más importantes— en que esa *doctrina única* (¡esa Teoría General!) aún no ha sido construida (estamos intentando hacerlo); mas pocas dudas nos caben de que el día —que históricamente puede consistir en toda una época— en que esa doctrina unitaria esté construida, en que la hayamos difundido y depurado, será seguida, lógicamente, por la aparición de una serie de normas sistemáticas, «uniformes», si no ya «únicas».

Pero nos volvemos a hallar con el mismo inconveniente ya expuesto, *supra*, al principio; no cabe pensar en una «uniformación» procesal sin pensar previamente en una «uniformación» de los principios políticos a que deba responder, y a éstos los hallaremos en íntimo enlace con la propia Constitución de cada país. El problema, así, resulta irresoluble en este siglo XX.

(3) Cfr., por ejemplo, ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO: «A propósito de una planeada ley procesal civil hispanoamericana», en *Boletín del Instituto de Derecho comparado de México*, septiembre-diciembre de 1956 (IX), núm. 27, págs. 40 y sigs., sobre todo; «Acierros terminológicos e institucionales del Derecho procesal hispánico», sobre todo de la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, abril-junio de 1948, *passim*.

Cabe, sin embargo, intentar «uniformar» las instituciones procesales que, en el fondo, difieren en poco porque *son unitarias*, y para ello, el auxilio del Derecho comparado actual es el máximo instrumento —en él deben hallarse las claves de las ponencias sobre los temas I y II de las Jornadas—; pero no será auxiliar mediocre la doctrina procesal en cuanto que, encuadrando y fijando el lugar sistemático en que cada institución debe hallarse —y ello con validez general—, nos dirá «hasta dónde podemos llegar hoy día» y aquello que no es posible alcanzar para tratarlo de modo dialéctico.

No pretendemos aquí sino hacer una breve exposición de nuestro pensamiento, dirigido como Comunicaciones a las Jornadas, sobre esa sistematización de la doctrina general, que en el día de mañana (otro «mañana» históricamente vago) puede ser útil a efectos de contribuir a una «uniformación» legislativa procesal o a fijar límites a la misma.

Sería presuntuoso «unificar» cualquier base posible de trabajo. No se pretende hacerlo.

Ahora bien, se abre también el problema de las personas encargadas (o a encargar) de poner en práctica esas normas nuevas; el problema de los Tribunales. Y con él, de nuevo, nos hallamos en plena Constitución (en las Constituciones). De las diferentes tendencias en cuanto a la constitución de los Tribunales en los diversos países, no podremos «saltar» a una «uniformación» de las normas procesales. Jueces, técnicos o legos; individuales o colegiados; ordinarios o especiales; todos estos datos y su aceptación (o la del par contrario) tienen íntima relación con el sistema de normas que les encargamos aplicar (4).

Alcalá-Zamora Castillo —uno de los autores que más se vienen ocupando del trascendental tema de la «unificación» procesal, en sus diversas acepciones (5)—, a propósito del éxito que obtuvo la ley de Enjuiciamiento civil española de 1855 —madre de la actualmente vigente en mi patria, de 1881—, hace unas interesantes observaciones que por estar relacionadas con un intento, también «unificador», realizado en 1955 (6), interesa recordar aquí.

(4) Sobre todos estos problemas, cfr., por ejemplo, FAIREN GUILLEN: «La figura del juez», y «Jurisdicción ordinaria y Jurisdicción de trabajo», en *Temas del Ordenamiento procesal*, Madrid, 1969, tomo I, págs. 455 y sigs., y 519 y sigs., respectivamente, y la bibliografía allí citada.

(5) Desde su *Programa de Derecho procesal*, Santiago de Compostela, 1932, en múltiples trabajos, que se citarán hasta, por ejemplo, su «Trayectoria y contenido de una teoría general del proceso», en *Jus*, México, marzo de 1950, págs. 153 y sigs., y, últimamente, «La teoría general del proceso y la enseñanza del Derecho procesal», en *Revista iberoamericana de Derecho procesal*, Madrid, 1968, I, págs. 9 y sigs.

(6) Se trata del Informe General de GUASP DELGADO al I Congreso Iberoamericano y Filipino de Derecho procesal (Madrid, 1955), titulado «El sistema de una ley procesal

Dice el citado autor que el motivo de que la citada ley de Enjuiciamiento se difundiera tan rápidamente en América, teniendo en estas tierras «una acogida como quizás ningún otro cuerpo legislativo en la tierra, ni siquiera el Código civil napoleónico», además del «conservadurismo forense», que la favoreció dada «la parquedad de sus innovaciones», hay que hallarlo en el hecho de que se trataba «de un texto articulado que no exigía más que una simple labor de copia y, a lo sumo, de adaptación y desplazamiento de preceptos... en tanto que «su esquema (el de Guasp) o proyecto requiere un doble esfuerzo: el de desenvolver los principios, conceptos y soluciones en él meramente esbozados, y el de prever sus repercusiones y enlaces» (7), proponiendo, en contra, un posible y doble camino para llegar a la «unificación»; o bien el de componer «un Código que satisfaga plenamente la moderna técnica legislativa procesal (correcta sistematización, terminología depurada, extensión razonable, eliminación de procedimientos especiales, simplificación de la ejecución colectiva, regulación satisfactoria de las medidas cautelares, etc.)» (8), «y que tras algunos años de vigencia se recomienda por su eficacia práctica» (9), o «proceder al minucioso estudio comparativo de los distintos códigos procesales hispanoamericanos, efectuado por un solo especialista (10), para asegurar la unidad de criterio o, en su defecto, por varios conforme a una pauta preestablecida, a fin de destacar lo mucho de común que todavía perdura en ellos y las divergencias surgidas al correr de los años, con señalamiento de las

civil hispanoamericana». (Cfr. en el libro de «Actas» de dicho Congreso, Madrid, 1955, y también en *Revista de Derecho procesal*, Madrid, 1956, I, págs. 69 y sigs.)

(7) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO: «A propósito de una planeada ley procesal...», cit., pág. 45.

(8) Hemos de confesar que casi ninguno de estos requisitos fundamentales los contiene el «Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil», redactado por la Sección 3.ª de la Comisión General de Codificación (Ministerio de Justicia español), y dado a información general en 1966. Cfr., sobre este punto, el Informe de la Universidad de Valencia, redactado por nosotros y publicado con el título *Sugerencias sobre el "Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil" de 1966* (Valencia, Secretariado de Publicaciones de la Universidad, 1966), *passim*; también en *Temas del Ordenamiento procesal*, cit., tomo II, págs. 635 y sigs.; ídem, los Informes de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (PRIETO CASTRO), en *Revista de Derecho procesal*, 1967-I, páginas 11 y sigs., del Ilustre Colegio Nacional de Secretarios Judiciales (*Revista de Derecho procesal*, 1967-II, págs. 9 y sigs.); del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla (*Revista de Derecho procesal*, 1967-III, págs. 9 y sigs.), y de la Facultad de Derecho de Sevilla (GUTIÉRREZ-ALVIZ: *Revista de Derecho procesal*, 1968-II, págs. 37 y sigs.).

(9) No sabemos si es este el camino adoptado por la Argentina a través del nuevo «Código procesal civil y comercial de la Nación», cuya aparición ha provocado interesantes acciones y reacciones.

(10) Labor titánica la que ALCALÁ-ZAMORA propone.

que sean de poca monta y de aquellas otras que por su importancia y arraigo necesiten más larga obra de persuasión antes de quitarlas de en medio» (11).

No conocemos las ponencias sobre los temas I y II de estas V jornadas, confiadas a los colegas y amigos profesores Vescovi y Gelsi Bidart (de Uruguay, proceso civil), y Clariá Olmedo y Vélez Mariconde (de Argentina, proceso penal); mas bien pudiera ser este último el camino adoptado. No nos mostramos excesivamente optimistas —pese a que conocemos la excelente clase y amplitud de conocimiento de nuestros ponentes—: recordamos aquí, como describe Bettermann (y lo hace con respecto a una «unificación» en el seno de un solo país, Alemania; esto es, con una ambición de límites exclusivamente nacionales, y no tan intensa y extensa como la que muestran los títulos de nuestras ponencias) el *processus* de dicha «unificación» —que reduce sólo a lo procedimental *Verfahren*—: «comparación de procedimientos, unidad de procedimientos, procedimiento único» (12). No creemos que se pueda olvidar o «saltar» sobre ninguna de estas fases, cada una de ellas, necesariamente de larga extensión temporal.

2. Volviendo a tomar el hilo de nuestro discurso; venimos propugnando la aplicación de toda una serie de ideas comunes, obtenidas: a) con la elaboración de una teoría general del Derecho procesal, y b) por la contemplación de fenómenos legislativos de tanto interés como lo constituyó el ejemplo de Código procesal único de Suecia (*Rättegångsbalk*, de 1942, entrado en vigor en 1948) a la construcción de una «ley procesal general»; de tal modo que, en resumen, el Ordenamiento procesal completo de un país podría comprender la siguiente serie de leyes (o Códigos):

- I. Ley procesal constitucional (13).
- II. Ley Orgánica del Poder Judicial (14).
- III. Ley procesal general.
- IV. Ley procesal civil (conectada con una ley Concursal, a la que en gran parte podría absorber en el futuro, así como con la legislación hipotecaria).
- V. Ley procesal del trabajo (15).

(11) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO: «A propósito de una planeada ley procesal...», cit., pág. 46.

(12) Cfr. BETTERMANN, Ob. cit., pág. 163.

(13) Es notoria la enorme importancia de estos procesos en las Repúblicas iberoamericanas.

(14) Cuestión a tratar en otro lugar, es la de si el Ministerio público (el fiscal) debe ser tratado en el seno de esta ley o en ley o Estatuto aparte.

(15) Sobre este punto, cfr. nuestro trabajo «Jurisdicción ordinaria y jurisdicción de trabajo», en *Temas del Ordenamiento procesal*, cit., tomo I, págs. 519 y sigs.

VI. Ley procesal penal (integrada por tres grandes libros o apartados generales: uno de disposiciones generales; un segundo sobre el proceso preventivo o de peligrosidad, y un tercero sobre el proceso represivo o penal propiamente dicho).

VII. Ley procesal contencioso-administrativa.

VIII. Ley de Arbitraje.

IX. Ley de Jurisdicción voluntaria (a modo de apéndice) (16).

La reunión armónica de estas leyes o códigos formaría en su total un Código judicial y parajudicial.

Hemos dicho que estamos influidos por el estudio del *Rättegångsbalk* sueco de 1942; siguiendo una vieja tradición histórica —la del *Sveriges Rikes Allmänna Lag* de 1734, en el cual, conforme a la anterior tendencia germánica, había un procedimiento único al servicio de lo civil y de lo penal—, este modernísimo Código ha «saltado» por encima de toda una época histórica a la que el resto del continente europeo —y el americano— están aún sujetos —diversificación de procedimientos civiles y penales—, y es, en gran parte, uniforme (aunque no unitario) para ambos procesos (17).

Las normas comunes del *Rättegångsbalk* son, en general, las siguientes:

I Sección.—Tribunales (he aquí la parte más discutida por quienes no conocen la especial formación y psicología de los jueces suecos).

II Sección, III.—Disposiciones generales.

Cap. 32. Plazos e impedimentos legales.

Cap. 33. Escritos procesales y notificaciones.

Cap. 34. Impedimentos procesales.

III Sección.—La prueba.

Es toda común a los procesos civil y penal, y a nuestro juicio, la parte más interesante de todo el Código.

(16) Cfr. FAIREN GUILLÉN: «Sugerencias», cit., págs. 20 y sig.; «El "Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil" de 1966», en *Temas del Ordenamiento procesal*, tomo II, págs. 642 y sig.

(17) Desde hace tiempo tenemos la intención de consagrar una publicación a este Código, y poseemos sobre él una gran cantidad de material; otros quehaceres más urgentes —no es ajena a ellos la reforma procesal y orgánica española en curso— están diferiendo mucho la puesta en práctica de este proyecto.

En español hay un buen, aunque breve, comentario del *Rättegångsbalk*, por ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, en el *BIDCM*, núm. 18, septiembre-diciembre de 1953, págs. 213 y siguientes. Algún otro trabajo español sobre el mismo contiene graves inexactitudes.

V, VI y VII Secciones.—Recursos («Procesos ante los Tribunales» y «Procesos ante el Tribunal Supremo»).

Las normas referentes a los recursos en materia penal, están tomadas, en gran parte, de los civiles, excepto en lo referente a la motivación, como es natural, de los recursos ante el Tribunal Supremo, de naturaleza muy diferente y combinada en relación con nuestra apelación, casación y revisión.

Hay que tener en cuenta —Alcalá-Zamora lo trae a colación en relación con el éxito de la ley de Enjuiciamiento civil española de 1855 en América (18)— que el *Rättegångsbalk* de 1942 no ha supuesto una revolución conceptual, sino una evolución técnica; en la conciencia jurídica del pueblo y de los juristas suecos estaba bien calada la idea de la unidad de los procesos civil y penal, consecuencia del *Sveriges Rikes Allmänna Lag* de 1734; por lo tanto, lo que a Natanael Gärde y a su equipo le costó una decena de años de trabajo —bien premiado, por cierto, con el éxito de su Código—, ¿qué no nos costaría a nosotros, cargados de una larguísima tradición histórica de separación de los procesos civil y penal (nada menos que desde la decadencia del antiguo Derecho germánico en la Alta Edad Media)?

Sin embargo, anotemos, que en Suecia no se han confundido ambos procesos; lo que se hizo fue unificar —parcialmente— los procedimientos. Y el resultado es que... en 765 §§ se «dice» lo que, por ejemplo, en España, se dice, de un lado, en 2.182 artículos (ley de Enjuiciamiento civil) (19), y de otro, en 998 (ley de Enjuiciamiento criminal).

Hemos defendido, y defendemos, la conveniencia de elaborar una «ley procesal general» que campee al frente de las «especiales» (como se ha visto), por consideraciones doctrinales y de economía procesal (20) (21); salta a la

(18) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO: «A propósito de una planeada ley procesal...», cit., págs. 44 y sig.

(19) Digamos, en favor de nuestra malhadada ley de Enjuiciamiento civil, que en ella se trata de la jurisdicción voluntaria y de los «juicios universales», que llenan no poco de su articulado; materias que quedan fuera del *Rättegångsbalk*.

(20) Cfr. FAIREN GUILLEN: «Ideas para una teoría general del Derecho procesal», en *Temas del Ordenamiento procesal*, tomo I, pág. 271 y sigs.; «Sugerencias», cit., páginas 11 y sigs.

(21) Además de los Códigos unitarios de Panamá y Honduras, debemos recordar aquí —aunque su función es muy diversa de la de los Códigos laicos— al *Codex Iuris Canonici* de 1917 (actualmente en revisión o en preparación uno nuevo), que unificó los procedimientos civiles y penales (nótese que la pena canónica tiene una entidad y significación diferente de la no canónica) en gran medida.

Es característica de este *Codex* el estar dotado de vigencia ecuménica (para quienes lo acepten, naturalmente). Y el dato de que venga funcionando desde 1917 sin aprecia-

vista que no es lo mismo el manejo de 765 normas que la de varios millares, de ahí que esa «uniformación» —llegando a la «unificación» allí en donde la identidad de función y de naturaleza de las instituciones lo consintiera—

bles inconvenientes (cfr. GRISPIGNI: «Verso l'unificazione legislativa della procedura civile e penale?», en *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, XXII (1946), fascículo 1-2, Roma, pág. 185), indica como procedimientos civiles y penales canónicos, son susceptibles de gran aproximación, al menos, en una gran parte (la equivalente a las fases de alegaciones y debates en los procesos laicos).

Son los cánones 1.955 y el 1.959, predominantemente, los que fijan la unificación de los procedimientos civiles y penales; dice el primero: «Promotor statim conficiat accusationis libello eumque exhibeat iudici secundum normas in Sectione Prima statutas»; y el 1959: «In reliquis serventur regulas in Sectione Prima huius libri traditus...»

Esto es, el procedimiento penal, con escasas variantes, se remite al civil (cánones 1.552 al 1.924).

Las diferencias corresponden: a), a un período previo al debate, de una investigación (*inquisitio*) en lo penal, y b), después para éste también, en una mayor concesión al principio procesal de adquisición de la verdad material; es necesario que el inculpado tenga abogado (canon 1.655); no tiene obligación de veracidad en el interrogatorio (canon 1.743, § 1) ni se le puede obligar a jurar (canon 1.744); la confesión judicial no exime al fiscal de presentar pruebas (canon 1.751); la confesión prestada durante el período inquisitivo no se considera como tal, y es revocable (canon 1.753); el juez puede aportar pruebas *ex officio*; las pruebas deben practicarse en el juicio; no sirven para fundar la sentencia, las actuaciones practicadas en la inquisición especial o sumario si no se aportan estos autos al juicio, y se concede al inculpado la posibilidad de impugnarlas.

En lo demás, como se dijo, rigen las normas del procedimiento civil; el sistema de recursos también es unitario (canon 1.959, por su remisión a la Sección I, en que los recursos se hallan regulados).

El *Codex iuris canonici*, de 1917, solucionó el problema de la unificación procedimental de los dos procesos, dotando al penal de una fase previa —cuando no es notorio o conocidamente cierto el hecho delictivo canónico—; se la podría comparar en algo con la investigación preliminar del *Rättegångsbalk*, con parecida posibilidad de que al final se imponga una corrección canónica (*correptio*) semejante a una pena leve al imputado (la *Strafförelägganda* del RB) al final de la *inquisitio*, sin apertura del procedimiento principal (cánones 1.947 y sigs.); mas si la *correptio* es insuficiente, se abre el procedimiento principal, igual en su dinámica al civil.

El proceso penal canónico presenta, desde su punto de vista procedimental, múltiples analogías con el germano y su *Vorverfahren*, el italiano con su *istruzione formale* o *sommaria* y el español, con su *instrucción sumarial*, fases previas al estadio de debate; todos, ellos, vienen a constituir un tipo procesal unitario, el cual sería hasta cierto punto uniforme con el proceso civil, en los casos y países en que éste asume una forma procedimental de división en dos tractos; esto es, uno, de instrucción, ante un juez individual, y otro, de debate, ante un Tribunal colegiado.

En este último caso se hallaría la *inquisitio specialis* canónica, cuando es instruida por el fiscal, como es el caso en el Código de Suecia (Kap. 23) y en Alemania.

debería redundar también en una mejora de la Magistratura (22). Desde el punto de vista de la enseñanza, desde 1948, fecha en que obtuvimos la cátedra de Derecho procesal de Santiago de Compostela, al frente de nuestros programas, figura una «parte general del Derecho procesal», en la que comunicamos a los alumnos la teoría general de dicha disciplina (23).

Anotemos también, como sistema-clave de la unificación de los procesos civil y penal canónicos, que los Tribunales son unitarios.

Este fenómeno del proceso canónico, en que la unificación procedimental ha sido facilitada por el carácter actual de la *inquisitio* y el muy particular de las penas a imponer, pese a sus fundamentales diferencias con respecto a los procesos penales laicos, es muy interesante.

(22) Cfr. FAIREN: «Ideas para una teoría general», cit., pág. 283.

(23) En la «Memoria sobre el concepto, método, fuentes y programa de Derecho procesal», que hubimos de presentar en 1948, para poder optar, en oposición libre, a la cátedra de Santiago de Compostela, y que obra archivada en el Ministerio de Educación y Ciencia, consta este Programa.

Desde luego —aunque quede fuera del tema— esta «Parte general» viene surtiendo muy buenos resultados en la enseñanza; el ejemplo ha cundido, y en las IV Jornadas Latinoamericanas de Derecho procesal, se presentaron excelentes ponencias y comunicaciones sobre «La teoría general del proceso y la enseñanza del Derecho procesal», por el ya clásico unificadorista profesor ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO y por los profesores AGUIRRE GODOY, BARRIOS DE ANGELIS, TEITELBAUM y UNGO (todas ellas se publicaron en la *Revista Iberoamericana de Derecho procesal*, Madrid, 1968, I).

Por nuestra parte, hemos intentado contribuir a la elaboración de la teoría general del Derecho procesal, aparte del trabajo ya citado, con los siguientes: «La acción, el Derecho procesal y el Derecho político» (en *Estudios de Derecho procesal*, Madrid, 1955, páginas 62 y sigs.; un estudio doctrinal y referido al ordenamiento jurídico español en concreto); «Elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento» (en el mismo volumen, págs. 253 y sigs.); «Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del Derecho procesal», en la misma obra, págs. 327 y sigs.; «Los recursos de queja», en *Temas del Ordenamiento procesal*, tomo I, págs. 605 y sigs.; «Ideas y textos sobre el principio de publicidad del proceso», en *Temas*, vol. I, páginas 565 y sigs.; con respecto a la organización de Tribunales y auxiliares, «La figura del juez» y «La reorganización del Ministerio fiscal español», en *Temas*, cit., tomo I, páginas 455 y sigs. Y en cuanto a la función del proceso, intentando diversificar la más compleja del penal con respecto a todos los demás, «El proceso como función de satisfacción jurídica», en *Temas*, cit., tomo I, págs. 353 y sigs.; después de haber procedido a un «barrido» de figuras anacrónicas como la de la *litis contestatio* (cfr. «La *litis contestatio* y sus consecuencias; una perspectiva histórica del proceso», en *Estudios de Derecho procesal*, cit., págs. 14 y sigs.; «Proceso, procedimiento, mito jurídico», en *Temas*, cit., tomo I, págs. 435 y sigs., y en *Zeitschrift für Zivilprozesse*, 1954 (67), páginas 401 y sigs.).

En cuanto a estas publicaciones, hay algunas, dirigidas ya a la simple doctrina, ya a preocupaciones de orden legislativo; así, en mis «Sugerencias», cit., se aborda el tema de una «Ley procesal general», y lo mismo en mi «Informe sobre el "Anteproyecto de Ley Orgánica de la Justicia"» (Valencia, 1969).

Comprendemos, y así lo hemos expuesto, que no es lo mismo una «Teoría General del Derecho procesal» —o una «Parte general del Derecho procesal»— que una «ley procesal general», conste esto, para evitar confusiones y llamadas de atención de parte de los lectores. Lo que teóricamente es «único» puede muy bien imponer un tratamiento legal dual (o *trial*); la «uniformidad», no implica «unidad conceptual» (24), y hay temas posiblemente a incluir en la teoría general, que de ninguna manera son apropiados para ser expuestos en una «ley procesal general» por su carácter puramente doctrinal.

En cuanto al contenido de esa «Parte general legislativa» o «ley procesal general» se le ha descrito así:

«Nuestras aspiraciones deberían detenerse en la unificación que consistiese en crear una parte general para todas las clases del proceso. El éxito se habría alcanzado *considerando que hoy unas mismas materias son reguladas en el Derecho positivo por duplicado y aun por triplicado, por no mediar especialidad de ninguna clase*. En materia de sujetos, todo lo atañente a la habilidad del juez para entender en un proceso concreto (abstención y recusación) y a la competencia, a la capacidad de la parte, procesal y legitimación, pluralidad de partes e intervención. En orden al procedimiento, estaría señalada a la parte general una incumbencia de tanta monta como es declarar la vigencia, según el objeto del proceso, y el tipo y ocasión en que haya de desarrollarse, de la forma escrita u oral, de la publicidad, o el secreto, con todas las consecuencias inherentes a la eventualidad y preclusión o a la concentración; la vigencia, asimismo, de los principios dispositivos y de la controversia u oficial y el que se refiere al impulso; y cuanto guarde relación con la forma (incluido el tiempo) de los actos. En lo respectivo a dichos actos, en concreto, existe una amplia materia de unificación; los que realizan las

(24) *Ad exemplum*, véase en qué podría consistir el contenido de lo que pretendemos elaborar como teoría general del Derecho procesal:

I. La autodefensa. II. La autocomposición. III. La heterocomposición: A) Extrajudicial. B) Judicial. El proceso. IV. Concepto provisional del proceso (con fines pedagógicos). V. Función del proceso: 1. Material: A) La obtención de satisfacciones jurídicas: a) El concepto de satisfacción jurídica (cfr. nuestro trabajo «El proceso como función de satisfacción jurídica», en *Temas*, tomo I, págs. 353 y siguientes). b) Satisfacciones penales y no penales. 2. Formal. El contenido de las resoluciones satisfactivas. VI. Estructura del proceso: 1. La estática: A) El Tribunal. B) Las partes. C) Los objetos. La mecánica: A') Las relaciones entre los sujetos del proceso. B') Las fuerzas que operan en el proceso: a) La acción. b) La jurisdicción. C) Bases mecánicas del proceso. VII. La dinámica del proceso: A) Teoría del acto procesal. B) Teoría del procedimiento: a) Procedimiento declarativo. b) Ejecutivo. c) Cautelar. VIII. Naturaleza jurídica del proceso. IX. Consecuencias económicas del proceso: 1. Las costas. Su exención. 2. Los daños y perjuicios procesales.

partes, en especial los de ataque y defensa (con materia tan amplia y tan apta para ser unificada como la prueba), los que proceden del órgano jurisdiccional y los de comunicación» (25).

Por nuestra parte, hallamos elementos susceptibles de estudio y aun de formulación de pautas unificadoras en diversas materias y, en otra ocasión, hemos dicho:

«Se trataría, entre otras, de las normas sobre responsabilidad judicial, de la extensión de la jurisdicción ordinaria (extremo este ya formulado en Bases —privadas, no oficiales— por los profesores españoles Prieto Castro, Fenech Navarro, Gutiérrez Alviz, Fairen Guillén, Herce Quemada, Miguel Alonso, Carreras Llansana y Morón Palomino) (26), representantes y defensores (Prieto), recusaciones (véase también Löwe-Rosenberg), resoluciones judiciales (véase Sauer, Grispigni), días y horas hábiles (Prieto), etc., a lo que añadimos nosotros, normas generales sobre actos de comunicación, probatorias (también, Löwe-Rosenberg, Grispigni, el RB sueco), normas sobre recursos (las básicas de los remedios, de la apelación que hay que introducir allí en donde falte, como los profesores españoles antes citados hemos propuesto para el proceso penal ordinario y para el de trabajo y casación, especialmente, en materia procedimental)» (27).

Y solamente a título de ejemplo dirigido a estas Jornadas, sin ningún ánimo de inmiscuirnos en asuntos interiores legislativos ajenos, exponemos lo que en España hemos hallado como susceptible de «uniformación», sino de «unificación»; de normas que en no pocos casos, se hallan ya legislativamente uniformadas (e inútilmente reiteradas en diversos cuerpos legales).

Advirtamos antes, una vez más, que nunca trataremos de «unificar» totalmente todos los tipos de procesos, lo cual es imposible si se tiene en cuenta, ante todo, la especialidad de la función de los penales con respecto a los no penales (o de seguridad) (28); sí de lograr una buena economía legislativa en cuanto a la ordenación externa (y aun en algunos casos, interna) de los mismos. Como se verá, en esta «parte general» se habrían de comprender proposiciones formuladas de modo dialéctico, a modo de tesis y antítesis, que en

(25) Cfr. PRIETO CASTRO: «Principios políticos», cit., sobretiro, pág. 28.

(26) Cfr. conclusiones adoptadas en la I Jornada de Catedráticos Españoles de Derecho procesal, Sevilla, 1965, en *Revista de Derecho procesal*, 1965-II, págs. 23 y sigs.

(27) Cfr. FAIREN GUILLEN: «Ideas para una teoría general», cit., en *Temas*, tomo I, página 281.

(28) Cfr., de nuevo, nuestro trabajo «El proceso como función de satisfacción jurídica», cit., *passim*; también, «La acción, el Derecho procesal y el Derecho político», cit., páginas 97 y sigs.; «Ideas para una teoría general», cit., págs. 312 y sig.

unos casos serían aplicables a unos y no a otros tipos procesales; en algunos de ellos, las leyes procesales especiales podrían llegar a una síntesis.

He aquí una lista de temas a «uniformar» o incluso a «unificar» (la diferencia no es sólo de matiz, sino profunda, y cada figura precisará de un muy detenido examen y meditación).

1. *Con respecto a los Tribunales y su actuación:*

- A) Abstención y recusación.
- B) Responsabilidad judicial, civil y penal.
- C) Vista y despacho de los asuntos.
- D) Magistrados ponentes.
- E) Discusión y votación de las resoluciones judiciales.
- F) Auxilio judicial.

2. *Con respecto a las partes (29), representantes y defensores:*

A) Postulación y defensa personales o por procurador y abogado, respectivamente.

B) Constitución, alteraciones y extinción de las relaciones de las partes con procuradores y abogados.

3. *Con respecto a los actos procesales:*

A) Requisitos y presupuestos de los actos procesales.

- a) Los impedimentos procesales genéricos.
- b) Las consecuencias de la falta de requisitos y presupuestos de los actos procesales. La nulidad y sus diversas magnitudes.

B) La forma de los actos procesales.

a) El principio de escritura.

- a') La forma de los escritos de las partes.
- b') La forma de las resoluciones judiciales.
- c') La forma de los actos de documentación.

(29) Con respecto a las partes, ya expusimos (cfr. FAIREN: «Ideas», cit., 8-C, páginas 299 y sigs.) nuestro pensamiento y las gravísimas diferencias que existen, y necesariamente seguirán existiendo, entre los procesos penales y no penales.

- b) El principio de oralidad.
 - a') La forma de las audiencias.
 - b') Concretamente, la forma de las declaraciones.
 - c) Los principios de concentración y de orden legal de los actos.
 - a') Preclusión y eventualidad.
 - d) Los principios de publicidad y secreto.
- C) El tiempo de los actos procesales.
- a) El impulso judicial.
 - b) Términos y plazos.
 - a') Su cómputo.
 - b') Su prorrogabilidad o improrrogabilidad.
- D) La comunicación de los actos procesales.
- a) Las notificaciones en sus diversas especies.

4. *Con respecto al proceso declarativo:*

Se debe tender a una meditada unificación de la prueba desde el punto de vista formal; materia muy amplia y no exenta de graves dificultades e imposibilidades de transferencias de unos tipos procesales a otros; el *Rättegångsbalk*, empero, ha mostrado las posibilidades de unificación.

Se debe tender, igualmente, a la unificación del sistema de los medios de impugnación, en cuanto a sus tipos (remedios y recursos, mas pretensiones impugnativas independientes) (30), al concepto genérico de gravamen, a los efectos (simplemente devolutivo, suspensivo), al problema de la *reformatio in peius* y al procedimiento, susceptible de ser unificado en torno a un patrón dúctil, tanto en apelación como en casación.

5. *Con respecto al proceso ejecutivo:*

- A) Embargo preventivo.
- B) Realización de bienes (también, a efectos de la ejecución de las penas patrimoniales, sin dejar de tener en cuenta su carácter personal) (31).

(30) Cfr. sobre este punto, por ejemplo, FAIREN GUILLÉN: «Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del Derecho procesal», en *Estudios*, cit., páginas 327 y sigs.

(31) Cfr. sobre este punto, FAIREN GUILLÉN: «El proceso como función de satisfacción jurídica», cit., en *Temas*, tomo I, especialmente páginas 416 y sigs.

6. Con respecto al proceso cautelar:

A) Ciertas medidas referentes a la seguridad de las personas (la Manifestación) (32).

B) Fianzas.

C) Embargos preventivos (la cuestión, en España, está muy cerca de la unificación, en virtud de la remisión que el artículo 614 de la ley de Enjuiciamiento criminal hace a la «legislación civil sobre fianzas y embargos»).

D) Secuestros.

E) Aposiciones de sellos y otras medidas.

F) Astringencias y constricciones.

7. Con respecto a los efectos económicos del proceso:

A) Las costas.

a) Principios generales sobre su contenido.

b) Su exacción (ya unificada en España, según el artículo 245 de la ley de Enjuiciamiento criminal).

B) La exención de las costas.

a) Concepto y gradaciones de la pobreza (fundamentalmente unificado en España, artículo 123 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento criminal, y 15 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil).

b) Procedimiento para obtener el beneficio de pobreza (ya unificado en España, artículo 129 de la ley de Enjuiciamiento criminal).

(32) Estamos ante un proceso cautelar histórico, típicamente general, aplicable tanto en la esfera de lo penal como en la de lo civil (dada su naturaleza constitucional). Hemos propuesto su remozamiento y restauración. Cfr., sobre este punto, FAIREN GUILLEN: «El proceso aragonés de Manifestación y el británico de *Habeas corpus*», en *Temas*, cit., tomo I, págs. 131 y sigs., *passim*; «Los procesos aragoneses medievales y los Derechos del Hombre», en *Revista argentina de Derecho procesal*, 1969-2, págs. 187 y siguientes; sobre su posible aplicabilidad en el futuro en el campo procesal civil, «Sugerencias», cit., págs. 129 y 133; con respecto a lo penal, *Presente y futuro del proceso penal español*, Valencia, 1967, págs. 36 y sig., 59 y 104; «Informe sobre el "Anteproyecto de una Ley Orgánica de la Justicia"», cit., págs. 65 y sigs. También en *Temas*, cit., tomo II, págs. 686 y sigs., y 1156, 1170 y 1193. Cfr. también, «Die aragonesischen Verfassungsprozesse im Mittelalter und die modernen Verfassungsrechtliche Rekurse», en la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (germanistische Abteilung) (en prensa). Trátase de las conferencias que pronunciamos en la Facultad de Derecho de Colonia en la primavera de 1970.

Estas son las materias que hoy día, y sin haber de desarrollar un esfuerzo excesivo, vemos más próximas y adecuadas a su unificación legislativa.

La más difícil de todas ellas sería la probatoria, y las dificultades no sólo serán intrínsecas, sino también debidas a que se trata de una de las materias más defectuosamente reguladas en nuestro Ordenamiento jurídico, comenzando por la ya anómala distribución de sus normas entre el Código civil y la ley de Enjuiciamiento civil.

Mas al Derecho procesal, y no al civil, o al mercantil, o al administrativo o al laboral, le corresponde no pequeña parte del tratado de la prueba; ponerla al día ha de suponer el llegar a poner de manifiesto la unidad de sus conceptos básicos y, en su caso, de los principios generales que deben regirla en todos los procesos (*thema probandi*; principio de su aportación por las partes o *ex officio* y sus límites; carga de la prueba, su distribución y límites y su desaparición; momentos capitales del desarrollo de la prueba; principios generales de la técnica probatoria; sistema de apreciación) (33). Todo esto no se puede improvisar. Y también sería inhábil el pretender romper de un solo golpe el dique de tradicionalismo mal entendido que se opondría (34). Por ello, una unificación legislativa, aunque intrínsecamente fuera posible, en este momento histórico sólo debería referirse a los conceptos básicos (35).

¿Cuál ha sido el destino y resultado de nuestros trabajos —los informes de la Universidad de Valencia sobre los tres «Anteproyectos» españoles, orgánico, procesal civil y procesal penal—?

Comencemos por recordar que el orden de aparición de los mismos fue invertido, dándose a conocer el procesal civil en 1966, el procesal penal en 1967 y el orgánico en 1968 (al final).

En 1964, el entonces ministro de Justicia, Iturmendi Bañales, refiriéndose a la reforma en curso de la «organización y procedimiento de la Justicia», hacía referencia a «tres códigos» (36), una Ley Orgánica, un Código procesal

(33) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO: «Trayectoria y contenido de una Teoría general del proceso», cit., págs. 174 y sigs.; FAIREN GUILLEN: «Ideas», cit., núm. 17, *passim*.

(34) Recordemos las prudentes palabras de ALCALÁ-ZAMORA en «A propósito de una planeada ley...», págs. 44 y sigs.

(35) Cfr. FAIREN GUILLEN, la ob. últ. cit., sobre los hechos notorios, los principios generales de la ciencia, de la técnica, de la experiencia, etc., a efectos de que se vea que no se trata, ni mucho menos, de una tendencia hacia una unificación total, que diputamos imposible.

(36) Cfr. ITURMENDI BAÑALES: «Perfeccionamiento de la organización y procedimiento de la Justicia», Discurso de Apertura de los Tribunales el 15 de septiembre de 1964, Madrid, 1964, pág. 76.

civil y un Código procesal penal. No se pensaba, pues, en una «ley Procesal general», intermedia entre la Orgánica y las procesales especiales.

Y efectivamente, en 1966 se dio a información por entidades jurídicas (Universidades, etc.) un «Anteproyecto de Bases procesal-civil», el cual se limitaba exclusivamente a este ordenamiento; ni una sola alusión se hallaba en él a la posibilidad de que se formularan proyectos de normas comunes de todos los procesos (o, al menos, a los civil y penal).

Fue entonces cuando en el informe de la Universidad de Valencia, que me fue encargado, expuse las ideas sobre una «ley procesal general» que se acaban de resumir (junio de 1966) (37).

Otros informes (38) también preveían y preconizaban una unificación normativa «a iniciar» —pero no iniciada— «con motivo de la reforma de la legislación procesal civil» (39); mas se apreciaba en ellos una tendencia clara a concentrar ese contenido «procesal general» sobre la Ley Orgánica (40), la cual, a nuestro entender, les hacía incurrir en doble defecto: no tener en cuenta la idea de una «ley procesal general» —procesal no orgánica—, en la que cupieran, de modo más correctamente encuadrado, las normas sobre el «funcionamiento de los tribunales» —que si es jurisdiccional constituye el proceso—, y llegar solamente a una unificación normativa parcial, desaprovechando la magnífica ocasión que se presenta para extenderla hasta allí a donde sea viable, en relación con las posibilidades de cada institución, cada figura y cada fenómeno, contemplados a la luz de la doctrina y de la legislación.

En la primavera de 1967 se pidió a diversas entidades jurídicas —entre ellas a la Universidad de Valencia— información y sugerencias sobre un «Anteproyecto de Bases procesal penal». En él las Bases 4 a la 11 tendrían ca-

(37) Publicado por la Universidad de Valencia, con el título «Sugerencias», cit. *supra*; un resumen del mismo se halla en nuestros *Temas*, también cit., tomo II, págs. 635 y siguientes.

(38) Cfr. el de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (redactor, profesor PRIETO CASTRO), en *Revista de Derecho procesal*, Madrid, 1967-I, págs. 18 y siguientes; el del Ilustre Colegio de Secretarios Judiciales (redactor, profesor HERCE QUEMADA) en la misma revista, 1967-II, págs. 12 y sigs.; ponencia a la IV Jornada de Profesores de Derecho procesal (Salamanca, 1968, ponente, profesor MIGUEL ALONSO), en la misma revista, 1968-II, págs. 21 y sigs., con referencia al informe de la citada Real Academia, pág. 18.

(39) Cfr. el informe de la citada Real Academia, pág. 18.

(40) Informe de la Real Academia. cit., pág. 18; también PRIETO CASTRO: «Puntos de vista generales sobre la reforma de las leyes de la Justicia», en la misma revista, 1965-III, págs. 52 y sigs.; Informe del Ilustre Colegio de Secretarios Judiciales, páginas 12 y sigs.

rácter «eventual hasta tanto se determine el contenido previo de la Ley Orgánica» (41), y la Base 26, despachando nada menos que dos títulos del futuro código, decía así:

«De los actos procesales y ordenación del proceso.—Los actos procesales, en cuanto se refiere a los requisitos de la actividad, contenido y efectos, así como la ordenación del proceso, se regularán por las disposiciones comunes que para todos los órdenes jurisdiccionales se establecen en la Ley Orgánica de la Justicia (o en la ley especial que regule esta materia).»

Si, de una parte, esta Base era halagadora, pues suponía la posibilidad de que se elaborase una «ley procesal general», como habíamos propugnado, no dejó de preocuparnos el hecho de que se hiciese una remisión de normas procesales a una Ley Orgánica de los Tribunales, lugar en donde no tienen por qué hallarse tales normas si tratamos de adoptar una sistemática correcta del ordenamiento jurídico.

Y esto es lo que ocurrió. En el «Anteproyecto de Bases de una Ley Orgánica de la Justicia» (denominación no correcta; a la «Justicia» no se la organiza) (42), dado a información en el año 1968, aparecía un Título VII, que comprende las siguientes materias:

De la actividad judicial.—Capítulo 1.º: «Del lugar de la actividad judicial». Capítulo 2.º: «Del tiempo de la actividad judicial»; Sección 1.ª: «De la actividad jurisdiccional»; párrafo 1.º: «Del despacho y vista»; párrafo 2.º: «De las resoluciones judiciales»; párrafo 3.º: «De los actos de comunicación con las partes y terceros»; párrafo 4.º: «Del impulso y constancia procesales»; párrafo 5.º: «De las correcciones disciplinarias»; Sección 2.ª: «De la actividad de gobierno de los órganos judiciales».

Una gran parte de este contenido, en el estudio de las respectivas Bases, no es «orgánico», no es de «organización de los tribunales», a la que debe ceñirse la Ley Orgánica si su nombre se quiere aplicar con exactitud. Ciertamente se refieren al «funcionamiento de los tribunales», pero ese «funcionamiento», si no es el administrativo (el caso de la Base 81, «actividad de go-

(41) Estas Bases tenían el siguiente contenido: la 4.ª APP, «De la jurisdicción» (duplicada posteriormente en la Base 2.ª del ALOJ); la 5.ª del APP, «Cuestiones prejudiciales» (duplicada en gran parte pero no totalmente por la 6.ª del ALOJ); la 6.ª APP, «Auxilio jurisdiccional interno» (duplicada en gran parte en la Base 2-5.ª del ALOJ y en la 7.ª, 2); la 7.ª APP, «Auxilio jurisdiccional internacional» (duplicada, con diferente lenguaje y contenido en la 7.ª-2 del ALOJ); la 8.ª APP, «Conflictos jurisdiccionales» (duplicada y desarrollada en algo por la 8.ª del ALOJ); Bases 9.ª, 10 y 11 APP, «De la competencia (interna) y sus clases», sin equivalente en el ALOJ. Cfr., sobre ello, FAIREN GUILLEN: «Informe sobre el "Anteproyecto de Bases de una Ley Orgánica de la Justicia"», cit., pág. 60.

(42) Sobre este punto, cfr. ob. últ. cit., págs. 82 y sig.

bierno»: las «correcciones disciplinarias profesionales»), es jurisdiccional y, por lo tanto, se trata de actividad *procesal*, de *actos procesales* que deben estar regulados, no en una Ley Orgánica, sino en una ley procesal (muchos de ellos en la «ley procesal general» que propugnábamos).

Como esta intromisión de la Ley Orgánica en materia procesal, no se preveía por los redactores del «Anteproyecto procesal civil», en 1966.—véase su texto y no se hallará ni un solo indicio en dicho sentido, de lo cual nos quejábamos (43)—, es indudable que la idea de crear una serie de normas «procesales generales» surgió después, en pleno desarrollo del Plan de reforma y no desde el principio.

El ministro de Justicia, Oriol y Urquijo, explicó así el *processus* producido:

«Si la actividad judicial al manifestarse en distintos órdenes ofrece variaciones de matiz, no son éstas tan fundamentales que no pueden reducirse a unas líneas generales que evitarán la necesidad de que en las leyes procesales se consignen las normas relativas a esta materia, con una gran repetición de artículos, porque, como decimos, son idénticos o muy parecidos los principios que las inspiran.»

«La observación de estas semejanzas y la conveniencia de evitar inútiles repeticiones han motivado que se hayan propugnado como soluciones, bien el traslado de la regulación de estas materias a la Ley Orgánica, en la que tienen perfecto encaje por referirse a un aspecto esencial del órgano judicial, como es su actividad, o bien crear con ellas, y otras normas de orden procesal, un Código destinado a ser común para todos los órdenes judiciales.»

(Esta era la solución por nosotros propugnada en el Informe sobre el «Anteproyecto procesal civil», y más tarde, también en cuanto al penal.)

«Ha parecido preferible la primera solución y ésta es la que se ha seguido, llevando al Anteproyecto de Ley Orgánica las diversas normas sobre el lugar, el tiempo y forma de la actividad, requisitos y eficacia, y, en general, cuantas determinan el modo de actuar de los Tribunales» (44).

Hubiera sido muy interesante conocer las razones que impulsaron a adoptar una solución que diputamos incorrecta; mas fijándonos en el contexto del discurso del ministro, vemos que se trataba de conservar lo hasta entonces hecho, aunque en el «Anteproyecto procesal civil» no se hallase indicio alguno que permitiera pensar en su conexión con esas «normas procesales generales» que ahora han venido a parar al Anteproyecto de Ley Orgánica. Esto

(43) Cfr. FAIREN GUILLÉN: «Sugerencias», cit., págs. 16 y sigs.

(44) Cfr. ORIOL Y URQUIJO: «El Plan de Reformas de la Justicia y su estado actual», Discurso de Apertura de los Tribunales, septiembre de 1968, Madrid, 1968, págs. 41 y siguientes.

es, se cambió de plan en pleno desarrollo del primero, y ahora aparecen los dos mezclados.

Ante esto, insistimos en nuestras razones en favor de una «ley procesal general», que no debe intentar evitar simples repeticiones de normas; no se trata de atribuirle una función negativa (no repetir), sino positiva (construir como unitario o uniforme lo que sea doctrinal y legalmente posible).

Hay que hacer notar que los dos Informes que invitaban a incluir en la futura Ley Orgánica una serie de normas, de las cuales no pocas son procesales; pensaban en la vieja ley de Enjuiciamiento civil, esto es, sólo en una parte del ordenamiento procesal (45); concretamente, el Informe de la Real Academia de Jurisprudencia (profesor Prieto Castro) hablaba de «iniciar la labor de unificación con motivo de la reforma de la legislación procesal civil» (46) —iniciar, pero, lógicamente, «completar» en la reforma de todo el ordenamiento—; y lo que se ha hecho es «iniciar» la unificación, dejando una gran laguna en el Anteproyecto procesal penal, y haciendo una remisión al final del Anteproyecto de Ley Orgánica (dejando en esta laguna, verbi-gracia, a la prueba procesal penal propiamente dicha, de lo que ya nos quejamos) (47). Esto es, una «iniciación de la labor de unificación», tardía y errónea, amén de limitada en exceso, con olvido de que la función jurisdiccional del tribunal es... procesal.

Así pues, con intención laudable, los autores del Anteproyecto de Bases para la Ley Orgánica española, introdujeron en su seno normas procesales fácilmente identificables como tales; pero al hacerlo, adoptaban una posición contestable por limitada y asistemática, cuando lo que procedía era seguir, sí, el camino de la unificación (o de la uniformación, en su caso), pero tomando previamente al principio de la reforma y atacando el problema ya en el primer «Anteproyecto» (que fue el procesal civil, como hemos dicho), y que debería haber sido el de «ley procesal general», base de dirección y decisión sobre el contenido de las especialidades a recoger, a su vez, en las leyes o códigos sobre cada orden judicial.

Si desde el interior de España saltamos a la plenitud de América, es evidente que un plan de «uniformación» tan ambicioso, tropezaría con inconvenientes enormes. No conocemos el contenido de las ponencias I y II, y, por lo tanto, nos abstenemos de preopinar.

(45) Se trata de los Informes emitidos por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y por el Ilustre Colegio de Secretarios Judiciales.

(46) Cfr. «Informe», cit., en rev. cit., pág. 18.

(47) Cfr. el Informe de la Universidad de Valencia, publicado con el título «Presente y futuro del proceso penal español», cit., y en resumen, en *Temas*, cit., tomo II, páginas 1141 y sigs., y concretamente las 1145 y sig.

3. Pasemos ahora a examinar brevemente cuál fue la posición que adoptamos en cuanto a las «leyes» (o códigos) procesales civil y penal en anteproyecto en nuestra Patria, que fueron objeto de sendos informes, por nosotros suscritos y presentados en nombre de la Universidad de Valencia.

Con respecto al futuro Código procesal civil, estimamos que de no aceptarse nuestra idea de crear esa «ley procesal general» que campease al frente del ordenamiento procesal (después de la ordenación de los procesos constitucionales, naturalmente), debería comenzar por un Título Preliminar, en el cual deberían hacerse constar ordenadamente los principios políticos que lo informasen, dándole el valor de normas con sanción (48) y protegiéndolos por medio de un recurso. Solución de recambio, ya que estimamos preferible que esos principios políticos se hallasen en la ley procesal general.

Después vendría un primer Libro de «Disposiciones generales», de los que los mismos códigos americanos actuales pueden ofrecer buenos ejemplos en cuanto a contenido y sistemática; nótese, sin embargo, que este Libro quedaría muy descargado si se siguiese la idea de elaborar una «ley procesal general».

Tres Libros más completarían el código procesal civil.

No pretendemos aquí inmiscuirnos en materia que puede llegar a tener incluso influencia pre-legislativa en las Repúblicas americanas, y tenemos muy en cuenta ciertas palabras de Alcalá-Zamora Castillo, apoyadas esta vez en la clara razón de no conocer lo suficiente los ordenamientos procesales de dichas Repúblicas como para intentar un trabajo que tendría forzosamente carácter crítico; simplemente, pretendemos dar a conocer, por si puede ser utilizable, una serie de esquemas sistemáticos, amplios, que compusimos con destino (probablemente fallido) a España, en vista de los anteproyectos de reforma procesales que hubimos de estudiar.

Fijadas así las fronteras literales e intencionales de esta comunicación, pasamos a exponer, resumidamente, estos esquemas.

El segundo libro de un futuro código podría estar dedicado a los procesos declarativos. El esquema lo consideramos amplio, y en él se podrían incluir ordenadamente los tipos de proceso y de procedimientos que cada país, según el tenor de sus propias necesidades, considerase necesario o conveniente mantener (o crear).

(48) Que no resultasen normas sin sanción, como aquéllas a que se refería ALLORIO (cfr. «Osservazioni critiche sulla sanzione», en *L'ordinamento giuridico nel prisma del ordinamento giudiziale*, Milán, 1957, I, págs. 162 y sigs.) en polémica con BENVENUTI, MANDRIOLI y CARNELUTTI.

Este esquema sería el siguiente :

Título I.—*De las disposiciones generales comunes a todos los juicios declarativos.*

Capítulo I.—*De la iniciación de los juicios declarativos.*

Sección 1.^a—De las diligencias preparatorias.

Sección 2.^a—De la demanda.

Capítulo II.—*De la instrucción.*

Sección 1.^a—De las alegaciones.

Sección 2.^a—De las pruebas.

Subsección 1.^a—Disposiciones comunes.

Subsección 2.^a—Del interrogatorio de las partes.

Subsección 3.^a—Del testimonio.

Subsección 4.^a—De la pericia.

Subsección 5.^a—De los documentos.

Subsección 6.^a—Del reconocimiento judicial.

Subsección 7.^a—De las presunciones (49).

Capítulo III.—*De los modos de terminación.*

Sección 1.^a—De la sentencia.

Sección 2.^a—Del sobreseimiento.

Título II.—*De los juicios declarativos en primera instancia.*

Capítulo I.—*De los juicios declarativos plenarios.*

Sección 1.^a—De los juicios dispositivos.

Subsección 1.^a—De los juicios ordinarios.

1.—Del juicio ordinario común (50).

2.—Del juicio de pequeña cuantía.

(49) Como se trata de un método probatorio, también se las podría incluir en la subsección 1.^a

(50) Este es el punto en el que se debería desarrollar todo el procedimiento del juicio ordinario.

No olvidamos los juicios que hemos denominado siempre «plenarios rápidos», intentando desvirtuar la que consideramos errónea concepción de la «sumariedad» (que

Subsección 2.^a—De los juicios especiales.

1.—Del juicio monitorio (51).

Sección 2.^a—De los juicios no dispositivos (52).

Subsección 1.^a—De los juicios de estado civil y condición de las personas.

1.—De los juicios de divorcio y nulidad de matrimonio.

2.—De los juicios de incapacitación.

3.—De los juicios en materia de tutela.

Subsección 2.^a—De los juicios con interés de ausentes legales.

Subsección 3.^a—De los juicios sobre derechos políticos y honoríficos.

Subsección 4.^a—De los juicios de reconocimiento de sentencias extranjeras (53).

se confunde con la «rapidez») (cfr. FAIREN GUILLÉN: *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1953, *passim*). Ni el hecho de que en algunos países iberoamericanos, los llamados juicios «sumario» y «sumarísimo» tienen gran importancia [y, por cierto, en algún caso, como por ejemplo, el del Código procesal civil y comercial de la Nación (ley argentina núm. 17.454, de 20 de septiembre de 1967), no trata de «juicios sumarios», sino de «plenarios rápidos», a nuestro entender; cfr. FAIREN GUILLÉN: «El proceso ordinario, sumario (plenarios rápidos) y sumarísimo», comunicación al V Congreso (argentino) Nacional de Derecho Procesal», Salta, julio de 1968, y en *Revista Argentina de Derecho procesal*, Buenos Aires, 1968-2 págs. 5 y sigs.]

Por lo tanto, está claro que estos tipos de juicio podrían desarrollarse a seguida del más extenso, como subsecciones 2.^a y 3.^a

(51) Evidentemente, caben aquí otros tipos de juicios plenarios especiales. Lo que ocurre es que, en este esquema, elaborado para España, hemos procurado reducir al máximo posible, el número de procedimientos plenarios especiales (cfr. FAIREN GUILLÉN: «La sistematización de los procedimientos declarativos españoles», en *Temas*, cit., tomo II, páginas 747 y sigs., *passim*; «Sugerencias», cit., págs. 47 y sigs.

(52) Se exponen sus modalidades, que pueden ser más, aunque entendamos que debería procederse siempre que sea posible a una reducción de las mismas al tipo procedimental común, sin perjuicio de que a lo largo del mismo tenga mayor o menor predominio al principio inquisitivo. Cfr. FAIREN GUILLÉN: «La sistematización», cit., páginas 761 y sigs.; «Sugerencias», cit., págs. 56 y sigs.

(53) Si a este proceso se le concibe como un simple *exequatur*, está claro que su lugar sistemático no está aquí, sino en el libro correspondiente al proceso ejecutivo. Más si se le concibe —a nuestro juicio con más corrección— con mayor amplitud, esto es, de reconocimiento, y no sólo a fines ejecutivos (sino, ante todo, para obtener la protección de la cosa juzgada), entonces nos hallamos ante un proceso declarativo en sentido amplio, una de cuyas consecuencias es el *exequatur*. Cfr. FAIREN GUILLÉN: «La sistematización», cit., págs. 761 y sigs.; «Sugerencias», pág. 66.

Capítulo II.—*De los juicios declarativos sumarios* (54).

Sección 1.^a—Del juicio ejecutivo.

Sección 2.^a—Del juicio de alimentos provisionales.

Sección 3.^a—De los juicios de protección posesoria (55).

Título III.—*El sistema de medios de impugnación.*

Capítulo I.—*Los remedios.*

Sección 1.^a—La reposición.

Sección 2.^a—La súplica.

Capítulo II.—*Los recursos.*

Sección 1.^a—La apelación.

Sección 2.^a—La casación.

Sección 3.^a—La queja.

Título IV.—*Del juicio de revisión.*

Capítulo I.—*De la revisión en general.*

Capítulo II.—*De la revisión a favor del rebelde.*

Si toda esta sistematización precisa de explicaciones, que en otros lugares hemos dado (56), más perentoriamente la necesitan los Títulos III y IV de este hipotético Libro II de un Código.

Para ilustrar al lector, conviene que sepa que en el «Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil» español de 1966, los medios de impugnación de las resoluciones judiciales aparecían en el Libro IV como «procesos especiales», separados del tratamiento de la primera instancia de los juicios decla-

(54) A no confundir con los plenarios rápidos. Cfr. ob. cit. en nota 50.

(55) Naturalmente, cabe ampliar el número de juicios sumarios; ahora bien, estimamos que, a efectos de economía de normas —y de la consiguiente mayor facilidad en su manejo—, en cuanto que sea posible, esa «sumariedad» debe reducirse, desde el punto de vista procedimental, a las líneas generales del juicio plenario más acelerado formalmente. Cfr. FAIREN GUILLEN: «La sistematización», cit., págs. 765 y sigs.; «Sugerencias», págs. 59 y sigs.

(56) Cfr. las obras citadas en la nota 55 y anteriores.

rativos (incluida en el Libro II), pero unidos a otros «procesos especiales» declarativos, así como a los procesos cautelares (57).

(57) La sistemática de los libros II y IV del «Anteproyecto» era la siguiente:

Libro II.—*De los juicios declarativos.*

Título I.—*De las disposiciones comunes a todos los juicios declarativos.*

Capítulo 1.º—«De la iniciación de los juicios declarativos».

Sección 1.ª—De las diligencias preparatorias.

Sección 2.ª—De la demanda.

Capítulo 2.º—«De la instrucción».

Sección 1.ª—De las alegaciones.

Sección 2.ª—De las pruebas.

Subsección 1.ª—Disposiciones comunes.

Subsección 2.ª—Del interrogatorio de las partes.

Subsección 3.ª—Del testimonio.

Subsección 4.ª—De la pericia.

Subsección 5.ª—De los documentos.

Subsección 6.ª—Del reconocimiento judicial.

Subsección 7.ª—De las presunciones.

Capítulo 3.º—«De los modos de terminación».

Sección 1.ª—De la sentencia.

Sección 2.ª—Del sobreseimiento.

Título II.—*De los juicios declarativos comunes.*

Capítulo 1.º—«Del juicio declarativo ordinario».

Sección 1.ª—De la demanda y emplazamiento del demandado.

Sección 2.ª—De la contestación a la demanda.

Sección 3.ª—De la fijación de la litis.

Sección 4.ª—De la prueba.

Sección 5.ª—De las conclusiones.

Sección 6.ª—De la sentencia.

Capítulo 2.º—«De los juicios declarativos acelerados».

Sección 1.ª—Del juicio declarativo abreviado.

Sección 2.ª—Del juicio urgente.

Sección 3.ª—Del juicio ejecutivo.

Libro IV.—*De los procesos especiales.*

Título I.—*Por razones jurídico-materiales.*

Capítulo 1.º—«Procesos sobre el derecho de personas».

Capítulo 2.º—«Procesos sobre el derecho de cosas».

Capítulo 3.º—«Procesos sobre el derecho de obligaciones».

Capítulo 4.º—«Procesos sobre el derecho de familia».

Capítulo 5.º—«Procesos sobre el derecho de sucesiones».

«4. No compartimos esta sistemática (58) que supone la desvalorización de la cosa juzgada, ya que cuando se trata de los recursos dirigidos contra resoluciones que aún no la han producido, la materia procesal todavía no está «decidida» con los caracteres de inmutabilidad (y de imperatividad en el proceso civil) que caracterizan a la satisfacción procesal (59).

Esta desvalorización de la noción de cosa juzgada resalta cuando resultan insuficientes las diferenciaciones sistemáticas que se hacen entre a) recursos contra resoluciones que no la han surtido (reforma, apelación, casación), y b) las que sí la han surtido (revisión); en el «Anteproyecto» no se hallaba debidamente marcada la diferenciación sistemática entre la «revisión» y otros medios de impugnación.

Dejando aparte el hecho de que en el «Anteproyecto» se enviase a los recursos como «procesos especiales», junto a los cautelares y otros, entendemos que la nota predominante en los recursos es de tipo declarativo, aunque puedan surgir con motivo de los procesos ejecutivo o cautelar; o son consecuencias de la primitiva pretensión declarativa (en sentido amplio) o constituyen un proceso nuevo, cuya diferenciación se hallará en el hecho de dirigirse contra el resultado del primero.

El hecho de que la cosa juzgada sea una de las garantías fundamentales de la satisfacción por medio del proceso —inmutabilidad e imperatividad— significa una coraza de la satisfacción conseguida, y a destruir esa coraza se dirige el llamado «recurso de revisión», a fin de dejar el terreno despejado, libre para un tercer proceso. Por ello no se pueden reunir en el mismo grupo

Título II.—*Por razones funcionales.*

Capítulo 1.º—«Del proceso cautelar».

Sección 1.ª—Medidas cautelares de carácter personal.

Sección 2.ª—Del embargo preventivo.

Sección 3.ª—De las intimaciones.

Capítulo 2.º—«De los procesos de impugnación».

Sección 1.ª—Disposiciones comunes.

Sección 2.ª—De la reposición.

1.—De la reposición ordinaria.

2.—De la reposición al rebelde.

Sección 3.ª—De la apelación.

Sección 4.ª—De la casación.

Sección 5.ª—De la revisión.

(58) Que sigue las huellas de la del profesor GUASP DELGADO en su obra *Derecho procesal civil*, 2.ª edición, Madrid, 1964.

(59) Cfr. los caracteres de la satisfacción jurídica, para nosotros, en nuestro trabajo «El proceso como función de satisfacción jurídica», cit. en *Temas*, I, páginas 353 y siguientes.

de «procesos especiales»; de un lado a la reposición, apelación y casación, y del otro, a la revisión, saltando por encima del hecho de que en estos últimos casos el proceso ha terminado y precisamente se ha producido su fundamental efecto de cosa juzgada como amparo de la satisfacción jurídica obtenida a través de él.

Se debe partir, pues, de la idea, gráficamente expresada, de que «el mundo, cuando la *res*, de *iudicanda* pasa a ser *iudicata*, es, poco o mucho, diferente de lo que antes era; algo nuevo ha venido al mundo» (60).

Estimamos, por lo tanto, que la naturaleza del «Derecho de impugnación» y la de la misma sentencia sujeta a ella, son diferentes, según exista o no la fuerza de cosa juzgada.

Para nosotros, en cuanto a los recursos propiamente dichos (los simples remedios, como la reposición, o los recursos de apelación, casación y queja) son estadios diferentes y consecutivos del mismo proceso (61), por lo que las posibilidades de recurrir en tales casos, son solamente momentos o fases —contingentes— del llamado «Derecho procesal de acción» (para nosotros, del Derecho de pretensión) (62) (63).

Otro es el caso de la revisión (española). Aquí sí que se trata de una pretensión impugnativa nueva (64); por medio de ella se puede destruir una sentencia que hasta entonces fue perfectamente eficaz, mientras que en los casos o los recursos de apelación y casación (y aún más claramente en los de queja), tal eficacia aún no se daba en la sentencia a ellos sujeta (65).

El interés que mueve a la pretensión de revisión está apoyado en una

(60) Cfr. CARNELUTTI: *Trattato del proceso civile*, Nápoles, 1958, I, pág. 262.

(61) Cfr. también CALAMANDREI: «Vicios de la sentencia y medios de gravamen», en *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1945, págs. 440 y sigs.; FAIREN GUILLÉN: «Doctrina general de los medios de impugnación», cit., en *Estudios*, cit., páginas 351 y sigs.

(62) Decía HELLWIG, matizando: «Naturaleza común de las acciones impugnatorias. Según su forma externa, comienza un nuevo proceso; en el fondo no se trata de otra cosa que de una continuación extraordinaria del procedimiento» (*System des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1912, I, pág. 279). No iba, pues, tan lejos como los autores del «Anteproyecto» español.

(63) Cfr. FAIREN GUILLÉN: «Ideas para una teoría general», cit., especialmente páginas 310 y sig.

(64) Cfr. HELLWIG: «System», cit., I, págs. 277 y sigs.; GILLES: «Zur Systematik des Wiederaufnahmeverfahrens», en *ZZP*, 1965, especialmente págs. 478 y sigs.; CALAMANDREI: «Vicios de la sentencia», cit., págs. 446 y sigs.

(65) Cfr. por ejemplo, HEUSLER: «Die Nichtigkeitsbeschwerde in den schweizerischen Zivilprozessordnungen», en *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, vol. 15 (1887), página 107.

base nueva con respecto a la que fue tratada en el proceso anterior. (66). Ello queda patente aún mejor en la demanda de revisión penal, en la que su base de hecho puede ser precisamente la opuesta a la que provocó la sentencia que se trata de revisar (67).

En efecto, el primer proceso terminó por una sentencia que ahora ya ha surtido sus efectos de cosa juzgada. Después se promueve una nueva demanda —la de revisión—, en la que tanto su fundamentación fáctica como jurídica se remiten a otro *petitum*, el de que se rescinda la sentencia firme. Para llegar a esta conclusión, las premisas del silogismo de la demanda de revisión han de ser también distintas de las correspondientes a la demanda del primer proceso, que ahora se trata de rescindir. Esto es, se exponen los hechos tal y como están previstos en el artículo 1.796 de la ley de Enjuiciamiento civil; en la parte jurídica de la demanda, el actor se remite a las disposiciones que regulan la admisibilidad de la revisión.

Así pues, en la demanda de revisión han cambiado, con respecto a la primera, la fundamentación y el *petitum*.

Además, no deja de repugnar al concepto de proceso que uno de sus estadios tenga exclusivamente la finalidad de provocar otro nuevo y contrario sobre el mismo objeto. A esta idea la sustituimos por la de la existencia de tres procesos consecutivos: el que ya causó cosa juzgada, el rescindente y el tercero, que, tratándose de intereses privados, queda en lo civil al arbitrio de las partes.

Abordando el problema por la otra vertiente, esto es, por el de fijación de la naturaleza jurídica de la resolución impugnada, si se admite que las sentencias sujetas a recursos de apelación o casación, lo están a una condición suspensiva (68), con respecto a la revisión, se trataría mejor de una condición resolutoria (69). Mas no obstante, la doctrina de la revisión como pretensión impugnatoria independiente, solventa mejor el problema.

Por lo tanto, llegamos a la conclusión de que en un Código, la demanda de revisión debe ser tratada sistemáticamente con separación de los recursos, y lo mismo el llamado en España «recurso de rescisión» o de «audiencia al rebelde», perteneciente a la familia de la revisión.

(66) Es el caso del art. 954-2.º de la LECRIM española.

(67) Cfr. la nota 65.

(68) Cfr. CALAMANDREI: «Vicios de la sentencia», cit., pág. 442; FAIREN GUILLEN: «Doctrina general de los medios de impugnación», cit., págs. 356 y sigs.

(69) Es la doctrina sustentada por KOHLER (*Der Prozess als Rechtsverhältnis*, Mannheim, 1888, págs. 71 y sigs.). Se trataría de la condición resolutoria de que no se interponga la demanda de revisión en el plazo fijado por la ley (cinco años para España) y de que no triunfe.

Ahora bien, si los recursos, a nuestro entender, por formar parte del mismo proceso en su primera instancia, deben ser regulados en el mismo Libro que ésta y a continuación de la misma (o mismas, si, como es natural, se regulan diversos procedimientos), ¿dónde deberá encuadrarse la demanda de revisión?

Hay una triple alternativa sistemática.

A) Crear para estas demandas un V Libro en un futuro código.

En efecto, cabe la idea de hacer de la cosa juzgada la clave fundamental de la sistemática procesal (70), clasificando las materias según aparezcan «antes» o «después» de ella —y contra ella—. Se podría pensar en reunir en un solo Libro a la cosa juzgada y a los medios de atacarla (la revisión). Esta sistematización ha sido adoptada por algún autor (71); pero no es lo mismo doctrina que legislación. Y, en efecto, como ya dijimos, el proceso de revisión es declarativo —en sentido amplio—, y el adoptar la dicotomía citada nos llevaría a admitir un nuevo punto de vista en cuanto a la sistematización total, doctrinalmente a nivel diferente y que, pese a su corrección, podría complicar el manejo de un código.

Desechamos, pues, esta solución a pesar de ser, quizá, la más correcta.

B) Llevar a los procesos de revisión, como declarativos que son, al Libro II, y dentro de él, al grupo de «procesos especiales».

Mas por su misma trascendencia, la revisión rebasa del resto de las especialidades. Tampoco cabe parangonarla con la clasificación lógica de las instancias, ya que no es ni una primera, ni una segunda, ni una casación, sino una *nueva y única* (seguimos pensando en los principios vigentes de la revisión española, naturalmente), por lo cual, si la colocásemos al lado de los demás procesos especiales o como especialidad, debería ser común a todos ellos y, en tal caso, además, deberíamos colocarla... en lugar sistemática-

(70) Recuérdese las palabras citadas de CARNELUTTI en su *Trattato*.

(71) Cfr. por ejemplo, ROSENBERG:

II Libro.—*El procedimiento declarativo.*

Introducción.—«La demanda y la sentencia» (Klage und Urteil).

I.—El procedimiento declarativo ordinario.

I Sección.—El procedimiento de la primera instancia.

II Sección.—El procedimiento de los recursos.

III Sección.—La cosa juzgada y su supresión.

Capítulo I.—La cosa juzgada.

Capítulo II.—La supresión de la cosa juzgada.

Cfr. ROSENBERG, por ejemplo, la 7.^a edición de su *Lehrbuch*, Munich y Berlín, 1956. Posteriormente, en la 10.^a edición (ROSENBERG-SCHWABE), se mantiene esta sistemática (Munich, 1969).

mente anterior a la apelación y a la casación (por caber contra las sentencias firmes dictadas en primera instancia), lo cual es absurdo por tratarse de la última *ratio legis* para cortar la injusticia. De otro lado, no debemos olvidar que la misma seriedad de la cosa juzgada debe continuar haciendo que la demanda de revisión opera como vertical, y que en el aludido caso correría como un proceso especial paralelamente a los recursos propiamente dichos.

Por ello, desechamos la segunda solución.

C) La tercera solución —que es la que adoptamos, y tratamos de explicar el por qué— consiste en introducir a la revisión (o revisiones) en el Libro II (procesos o juicios declarativos), como un Título aparte, el VI, como posibilidad abierta a todo el contenido de dicho Libro, tanto en cuanto a la primera instancia como a la segunda, como a la casación, y a todo tipo de proceso declarativo.

De esta forma no se despoja a la revisión de su carácter declarativo ni de su generalidad, ni con esta separación exterior de los recursos se la confunde con ellos. Si el título referente a los recursos debe llevar la rúbrica «El sistema de medios de impugnación», el correspondiente a la revisión (o revisiones) debe llevar la de «El juicio de revisión».

5. Según nuestro pensamiento, el III Libro de Código procesal civil, debería comprender al proceso ejecutivo. Es una diferenciación sistemática recogida en numerosísimos códigos ya vigentes.

En cuanto al contenido de este Libro, lo hemos explicado en otros trabajos nuestros (72) a los que remitimos al lector.

6. De mayor entidad podría ser la innovación que hemos propuesto para el IV Libro de un código, como contenido total: el del proceso cautelar.

Un recuerdo de sus caracteres será la base de la fijación de su calidad y autonomía en frente de los procesos declarativo y ejecutivo.

A) El proceso cautelar tiene carácter instrumental, está ordenado por sus bases (el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*) (73) a una resolución definitiva que recaiga en otro proceso, cuya fructuosidad asegura (74). Mejor que el objetivo de actuar al Derecho mediante su satisfacción, lo tiene en

(72) Cfr. «La sistematización de la ejecución forzosa española», en *Temas*, cit., tomo II, págs. 873 y sigs.; «Sugerencias», cit., págs. 83 y sigs.

(73) Cfr., por ejemplo, CHIOVENDA: *Instituciones de Derecho procesal civil*, traducción española de GÓMEZ ORBANEJA, 2.ª edición, Madrid, 1948, I, pág. 282 y sigs.; sobre todo, CALAMANDREI: *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padua, 1936, págs. 63 y sigs.

(74) Aunque se pretenda que esa resolución definitiva también pudiera ser de tipo instrumental (cfr. SAPIENZA: *I provvedimenti d'urgenza*, Milán, 1957, págs. 19 y siguientes, frente a CALAMANDREI, Ob. cit., pág. 21).

asegurar la eficacia práctica de la resolución definitiva, que es la que a su vez actúa el Derecho (75). Se ha dicho gráficamente que, más que hacer Justicia, el proceso cautelar sirve para garantizar el eficaz funcionamiento de la Justicia. Es un instrumento del instrumento que, a su vez, es el proceso; no se trata en él de una tutela inmediata, sino mediata (76).

Esto es, en vez de ser independiente, sirve para establecer una seguridad a efectos de buen fin de otro proceso —el definitivo—.

B) El proceso cautelar tiene como nota distintiva la de provisionalidad, sus efectos tienen una duración limitada (77).

Esta provisionalidad ha sido alegada como argumento en cuanto a otros procesos —que indudablemente existen— de efectividad también provisional (los juicios sumarios) (78) desde el punto de vista de la posibilidad de que el asunto sea sometido a un juicio plenario.

Pero la provisionalidad actúa en tales casos en un sentido diferente. Cuando no se produce el juicio plenario como ulterior al sumario —y en la práctica ello ocurre muy a menudo— esa «provisionalidad» del primero no se consolida, y la resolución «provisional» pasa a ser definitiva. La sentencia provisional no se dicta en espera de la definitiva, sino en espera de que la definitiva no se produzca. Por el contrario, el carácter de la resolución de un proceso cautelar, aunque corra paralelamente a un proceso declarativo ordinario, consiste en que no aspira a transformarse nunca en definitiva, sino porque por su naturaleza está destinada a extinguirse en el momento en que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto. La diferencia radica en el interés diverso que guía al proceso cautelar, esto es, el de prevenir el peligro de un daño derivado del retardo lógico de una resolución jurisdiccional definitiva (el *periculum in mora*); si la provisionalidad de las sentencias dictadas en juicio sumario, se refiere a la formación del procedimiento, la de los procesos cautelares, mira al objetivo del procedimiento; el juicio sumario es

(75) Cfr. CALAMANDREI, Ob. y loc. cit.

(76) Cfr. CARNELUTTI: *Treatato*, cit., I, pág. 356; LIEBMAN: «Unità del procedimento cautelare», en *Rivista di Diritto processuale*, 1954, I, pág. 251.

(77) Sobre este punto, entre otros autores, cfr. CALAMANDREI: «Introduzione», cit., páginas 9 y sigs.; CARNELUTTI: *Sistema de Derecho procesal civil*, traducción española de ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, tomo I, núm. 116, pág. 389, y sigs.; ZANZUCCHI: *Diritto processuale*, 4.ª edición, Milán, 1946, tomo I, pág. 152; ALLORIO: «Per una nozione del processo cautelare», en *Rivista di Diritto processuale civile*, 1936, I, págs. 27 y siguientes; DINI: *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile*, 3.ª edición, Milán, 1961, págs. 55 y sigs.; SAPIENZA, Ob. cit., págs. 12 y sigs.

(78) Cfr. CALAMANDREI: «Introduzione», cit., págs. 13 y sigs.

provisional en su formación y definitivo en su objetivo (79); el cautelar, aunque se forme en una cognición ordinaria, es provisional por su fin.

La provisionalidad del proceso cautelar opera en un campo más amplio; en efecto, puede concebirse que no todos los cautelares actúan en función de una resolución definitiva a obtener, por lo que no es posible considerar la provisionalidad exclusivamente por razón de aquélla. Los procesos cautelares tienen efectividad limitada en el tiempo, sea en función del servicio que pueden desarrollar en el proceso, sea, también, en función de la exigencia de garantizar el Derecho subjetivo para cuya tutela se ha puesto en acción la resolución cautelar (80).

C) Se aclara también la confusión entre «provisionalidad» de los juicios sumarios y la de los cautelares, contemplando el hecho legislativo de que los juicios sumarios son declarativos (81), y que el proceso cautelar también está a su servicio como instrumento provisional dentro de ámbito mismo, a fin de alejar el *periculum in mora* que, pese a la mayor celeridad del juicio sumario, puede aparecer. Recuérdese el caso del artículo 1.442 de la ley de Enjuiciamiento civil española, poniendo al embargo preventivo a disposición del juicio sumario ejecutivo; el de los artículos 1.663 y 1.668, sobre suspensión cautelar de una obra en construcción, en tanto no se resuelve el juicio sumario interdictal.

D) Otra característica de los procesos cautelares es la de responder a la eliminación de un *periculum in mora*, que deriva de la lógica duración temporal de los procesos declarativos.

El *periculum in mora* básico de los procesos cautelares no es el peligro de daño jurídico genérico, que se obvia con la tutela declarativa, es el peligro de ulterior daño «marginal» (82) que podría derivar de dicho retraso, sin que basten a evitarlo otros medios ordinarios, como la acumulación de intereses, etc. Es la mora de la sentencia que recaerá en el juicio declarativo, considerada en sí misma como posible causa de ulterior daño, la que se evita.

Así, en tanto que cuando el daño ya se ha producido, su remedio reintegrativo se halla en el proceso declarativo, el proceso cautelar tiene como objetivo el preventivo de evitar que ese daño se agrave como consecuencia de la duración de aquél (83).

(79) Cfr. CALAMANDREI, Ob. cit., pág. 15.

(80) Cfr. SAPIENZA, Ob. cit., págs. 35 y sigs.

(81) Recordemos nuestra concepción de los juicios sumarios, como de cognición cualitativamente limitada (cfr. FAIREN GUILLEN: *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, passim).

(82) La expresión es de FINZI (cfr. CALAMANDREI: «Introduzione», cit., pág. 18).

(83) Cfr. CALAMANDREI, Ob. cit., pág. 18.

Esto ha dado lugar, una vez más, a una confusión entre «tutela preventiva» (el género) y la «cautelar» (la especial) (84). Pero debemos sentar de una vez que la tutela preventiva puede ser también declarativa ordinaria, mas tiene efectos definitivos (recordemos las declaraciones y condenas de futuro, a cuyo servicio pueden estar igualmente los procesos cautelares) (85 y 86).

Pero, excediendo la idea de lo preventivo del marco de los procesos cautelares, un paso más hacia la fijación de la esencia de los mismos nos lo da la noción de «urgencia»; si no se provee a sofocar el peligro rápidamente, éste se transformaría en realidad.

Pero la «urgencia» no es solamente propia de los procesos cautelares, también hay juicios declarativos «urgentes» (los sumarios en no pocos casos).

Por lo tanto, no bastando las dos ideas (prevención y urgencia), el elemento que da el debido alcance al *periculum in mora*, motor del proceso cautelar, es el hecho de que la tutela jurisdiccional declarativa sea demasiado lenta, de tal modo que en tanto madura el proceso ordinario, se hayan de tomar medidas provisionales a fin de impedir la producción o agravación del daño durante dicho estadio de espera; esto es, será necesario prever que «no se llegará a tiempo» (en el proceso declarativo), y que será dicho retraso el causante del daño.

F) El proceso cautelar, en cuanto a las medidas que como corolario se adopten, éstas son susceptibles de alteración y aun de revocación (87), de acuerdo con el principio *rebus sic stantibus*; esto es, cabe su modificación en cuanto se altera el estado de los datos reales sobre los que la medida fue adoptada (aumento o disminución del *periculum in mora*; disminución del *fumus boni iuris*). Y la desaparición de las medidas debe producirse, en tales casos, por vía análoga a la de su aparición (88).

(84) Cfr. por ejemplo, en relación con las *actions préventives* francesas y los procesos cautelares de la *Jurisdiction des Référé*s, MICHELI: «L'azione preventiva», en *Rivista di Diritto processuale*, 1959, págs. 202 a 204.

(85) Sobre la prevención definitiva y la provisional o cautelar, también MICHELI, Obra citada, pág. 204.

(86) Cfr., por ejemplo, VIADA: «Embargos de futuro», en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1948, I, págs. 75 y sigs.; RODRÍGUEZ VALCARCE: «¿Puede decretarse el embargo preventivo de un título de deuda dineraria no vencida?», en *Revista de Derecho Procesal*, 1945, II, págs. 285 y sigs.; arg. en ROBERT GOLDSCHMIDT: «L'azione preventiva», en *Riv. Dir. Proc.*, 1959, págs. 405 y sigs., y especialmente 413 y sigs.

(87) Cfr. CALAMANDREI: «Introduzione», cit., pág. 81; CARNBLUTTI: «Tratato», página 376.

(88) Recuérdense en España, en cuanto al incremento del embargo —aunque se trate del juicio ejecutivo, éste es un sumario declarativo— los artículos 1.455 y sigs. de la ley de Enjuiciamiento civil; en cuanto a la extinción de una medida cautelar por la

En resumen: de cómo se manifieste el principio *rebus sic stantibus* depende el que; denegada una medida cautelar por primera vez, ello no puede evitar que se inste y conceda (a la segunda vez) en torno al mismo asunto, siempre que el estado de los hechos se hubiese modificado.

G) Otro carácter es el de la extinción a término o a plazo exclusivo suyo (89), también consecuencia típica de su instrumentalidad; la extinción *ipso iure* da sus efectos en el momento en que surte efectos de cosa juzgada la resolución recaída sobre el asunto declarativo; el proceso cautelar, en este momento, ha agotado su ciclo de vida.

Aunque se ha hablado de sujeción a una condición resolutoria (90), mejor resuelve el problema el aplicar la idea de término o de plazo (*dies certus an, incertus quando*), a cuyo advenimiento cesará el proceso cautelar y será sustituido por el principal.

H) Consecuencia lógica de estos caracteres es la tendencia, extendida (pero discutible) a afirmar que las resoluciones cautelares no producen efectos de cosa juzgada; su especial objeto, su instrumentalidad, su variabilidad y su especial provisionalidad, excluyen la «duración» de los efectos de una resolución, en lo que consiste la cosa juzgada (91) (92).

I) Todos estos factores producen la necesidad de que el procedimiento cautelar se desarrolle con celeridad, matizado por dos requisitos a alegar (y a probar, como veremos) con gran rapidez; sobre la probable existencia del Derecho amenazado (*fumus boni iuris*) y sobre el *periculum in mora* (93).

a) La indagación en el proceso cautelar sobre el Derecho, cuyo peligro alega el actor, se limita a un juicio de probabilidad o de verosimilitud (94); declarar la certeza del Derecho corresponde al proceso principal. Para el cautelar basta con que su existencia aparezca como verosímil, como hipótesis;

desaparición del *periculum in mora*, cfr. el artículo 1.423, sobre «aseguramiento de bienes litigiosos».

(89) Cfr. entre otros, CARNELUTTI: «Trattato», cit., págs. 376 y sigs.

(90) Así, CALAMANDREI, con referencia a VASSALLI; CONIGLIO: *Il sequestro giudiziario e conservativo*, Turín, 1926, pág. 448.

(91) Cfr. LIEBMAN: «Unità del procedimento cautelare», cit., pág. 253, con la bibliografía citada.

(92) No es este el momento de entrar a discutir sobre este tema, pero entendemos que bien se podría tratar de fuerzas temporales, superables cada una de ellas, por la desaparición de la base *rebus sic stantibus*, que opera con fuerza inmediata.

(93) Cfr. CALAMANDREI, Ob. cit., pág. 63; POLLAK: *System des österreichischen Zivilprozessrechtes*, Viena, 1932, págs. 1051 y sigs.

(94) Cfr. LIEBMAN: «Unità», cit., pág. 252; CALAMANDREI: «Introduzione», cit., págs. 63 y sigs.; DINI: «I provvedimenti», cit., págs. 46 y sigs.

cuando se dicte la sentencia de fondo se verá si la hipótesis coincide con la realidad (95) (96).

b) El contenido del procedimiento cautelar también deberá contener la alegación y prueba del *periculum in mora*, esto es, de la urgente necesidad de adoptar la medida, y la prueba de que su retraso provocaría o aumentaría un daño en el Derecho del actor.

Y he aquí uno de los mayores problemas del procedimiento cautelar, la subjetividad en la determinación del peligro. Este subjetivismo lo padece nuestra vieja ley de Enjuiciamiento civil (97). Subjetividad ineludible en total, pero paliable si la ley fija los presupuestos y la prueba de cada peligro, con lo que bastará que el juez examine si aquellos concurren y si, por tanto, puede eximir de la prueba al actor o hacerla más leve (hay que recordar aquí el principio sentado en la jurisprudencia alemana de que el peligro debe existir «según el juicio objetivo de una persona razonable») (98) (99).

Si este «juicio objetivo» queda facilitado por la ley, está claro que la prueba del peligro puede ser innecesaria, y estar más de acuerdo con la celeridad que impone el tráfico presente, aumentar las posibilidades de que tal prueba sea sustituida por una caución del actor (100).

J) De la enunciación de todos estos caracteres (101) resulta, a nuestro entender, que el proceso cautelar tiene autonomía suficiente para justificar su

(95) Cfr. CALAMANDREI, Ob. cit., págs. 63 y sig.

(96) A la verosimilitud se refieren estos autores, sin duda, en un grado menor; esto es, no se precisa que alcance el más alto denominado «de convicción judicial». Confróntese, sobre este punto, SAUER: *Allgemeine Process-rechtslehre*, Berlín-Detmold-Köln-München, 1951, págs. 167 y sigs. Las ideas de SAUER no escaparon a la atención crítica de CALAMANDREI (cfr. «Verità e verosimiglianza nel processo civile», en sus *Studi di Diritto processuale*, Padua, 1957, especialmente págs. 137 y sigs.).

(97) Cfr. FAIREN GUILLÉN: «La reforma del proceso cautelar español», cit., pág. 906.

(98) Cfr., por ejemplo, ROSENBERG: *Lehrbuch*, cit., 6.ª edición, 1956, § 211, IV, 2, a), pág. 1041.

(99) Cfr., por ejemplo, el artículo 754 del *Codice di procedura civile italiano*, con referencia a la oposición de ellos de oficio, en los siguientes casos: 1.º Si el cónyuge o alguno de los herederos está ausente del lugar. 2.º Si entre los herederos hay menores o incapaces y falta el tutor o el curador. 3.º Si el difunto había sido depositario público o había desempeñado cargos o funciones públicas por efecto de los cuales se supone que puedan hallarse en su casa actas de la Administración pública o de otro carácter reservado.

Cfr. el comentario, por ejemplo, en D'ONOFRIO: *Commento al Codice di procedura civile*, 4.ª edición, Turín, 1957, págs. 407 y sigs.

(100) Cfr. PRIETO CASTRO: «Trabajos y orientaciones», cit., pág. 778.

(101) Más ampliamente tratados, por ejemplo, en FAIREN GUILLÉN: «La reforma del proceso cautelar español», cit., *passim*, en *Temas*, II.

separación legislativa de los procesos declarativo y ejecutivo, de los cuales es instrumento (102).

Carnelutti, cuya posición de conceder al proceso cautelar la calidad de *tertius genus* entre el declarativo y el ejecutivo está clara, lo cualificaba —ya lo dijimos— como «proceso que sirve como tutela del proceso, y no como tutela del Derecho», a lo cual sirven, a su vez, los procesos de cognición y ejecución (103).

Y para él, la razón de la existencia del proceso cautelar radica en que no sirve «para procurar a uno de los litigantes una posición favorable en el proceso de cognición o de ejecución, al contrario, evita que la duración del proceso se resuelva en una alteración del equilibrio inicial de fuerzas entre las partes» (104); se trata del factor «duración», del tiempo y del hecho, en relación con las mutaciones de una situación.

En efecto, de la relación entre los factores «hecho» —el que se refiere al proceso cautelar— y «tiempo» en la Historia, el profesor italiano llegaba a la conclusión del enorme valor de éste y de los de su «detención», «retroceso» y «aceleración»; la triple exigencia de haber de impedir, eliminar o anticipar mutaciones para mejor fijar la materia o instrumentos del proceso a través de mandato cautelar (105).

Es, pues, esta observación del tiempo, la que hizo que Carnelutti —que había contrapuesto a los procesos «cautelares» con los «definitivos», cuestión a tener en cuenta en el momento de valorar la autonomía de aquél (106)— introdujera a los cautelares como *tertius genus* de proceso contencioso entre los de cognición y ejecución (107); proceso contencioso, ya que su presupuesto es un litigio diverso de los demás, puesto que su fin no es «la composición de la litis» y su efecto no es una declaración jurídica (sino solamente

(102) Decir que el proceso cautelar está al servicio de la eficacia de la ejecución forzosa es decir muy poco, puesto que también se podría alegar que el proceso declarativo lo está, ya que si bien allí se crea el título que contiene la satisfacción, ésta no se obtiene, efectivamente, en muchos casos, sino a través de esta ejecución forzosa (cfr. FAIREN GUILLEN: «El proceso como función de satisfacción jurídica», en *Temas*, cit., I, *passim*).

El proceso cautelar también se halla al servicio del declarativo (así ocurre, por ejemplo, con las medidas probatorias anticipadas).

(103) Cfr. CARNELUTTI: «Trattato», cit., I, págs. 156 y sig.

(104) Cfr. CARNELUTTI: «Trattato», cit., I, loc. cit.

(105) Cfr. CARNELUTTI: «Trattato», cit., I, pág. 354.

(106) Cfr. CARNELUTTI: *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, traducción española de GUASP, Barcelona, 1943, pág. 63.

(107) Cfr. CARNELUTTI: «Trattato», cit., I, pág. 355; LIEBMAN: «L'unità», cit., página 254.

sobre el *fumus boni iuris* y sobre el *periculum in mora*) (108), proceso contencioso con la nota específica de que deja subsistir el litigio (109).

En cuanto a este *tertius genus* hay que considerar que no cabe fijar una homogeneidad de criterio poniéndolo al mismo nivel que los procesos declarativo y ejecutivo; la característica del cautelar es su instrumentalidad en la relación en que se halla con ellos, pero esta falta de homogeneidad entre uno y otros no puede impedir que se le configure como una categoría procesal autónoma, ya que por sus caracteres tiene «una inconfundible fisonomía procesal que permite colocarlo en la sistemática del proceso como categoría en sí, determinable por criterios (ya indicados) que no son los mismos que sirven para diferenciar a la cognición y a la ejecución» (110).

«Proceso y no procedimiento, en sentido técnico, a fin de denotar su autonomía al confrontarlo con el proceso principal, y, por lo tanto, su distinción de los procedimientos especiales...» (111), sin posibilidad de distinguir dentro del propio proceso cautelar declaración y ejecución, porque único e indivisible es el interés en obrar (112).

Así pues, tanto desde el ángulo visual del procedimiento (especialmente, Calamandrei) como desde el del proceso (especialmente Carnelutti), resulta autónomo el proceso cautelar.

Enfocando el problema desde el punto de vista de las formas de la tutela jurídica (113) o de las tareas de la Jurisdicción (114), se ha llegado a la misma solución. Son tres: la de conocimiento, la de ejecución y la cautelar.

Es preciso abandonar las posiciones que consideraban al proceso cautelar como un anexo a la ejecución forzosa (115) o como procedimiento especial unido a los declarativos (116). Vemos la depuración de estas doctrinas en

(108) Cfr. CARNELUTTI: «Trattato», cit., I, pág. 360.

(109) Cfr. CARNELUTTI: «Trattato», cit., I, pág. 355.

(110) Cfr. CALAMANDREI: «Introduzione», cit., págs. 8 y sigs.; CARNELUTTI: «Carattere della sentenza di fallimento», en *Riv. Dir. Proc.*, 1931, II, pág. 159.

(111) Cfr. CARNELUTTI: *Trattato*, cit., I, pág. 355.

(112) Cfr. ard. DINI: «I provvedimenti», cit., págs. 75 y sigs.

(113) Cfr. CHIOVENDA: «Instituciones», cit., Y, págs. 52 y sigs.

(114) Cfr. ROSENBERG: *Lehrbuch*, cit., 7.ª edición, § 1, III, 3, pág. 3.

(115) Cfr., por ejemplo, WEISSMANN: *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Stuttgart, 1865, II, págs. 1 y 233 y sigs.; OERTMANN: *Zwangsvollstreckung* (final del *System*, cit., de HELLWIG), Leipzig, 1919, págs. 439 y sigs.; SCHÖNKE: *Zwangsvollstreckungsrecht*, Karlsruhe, 1948, págs. 225 y sigs. También el Proyecto alemán de ZPO, de 1931, incluía a los procesos cautelares en su 9.º Libro, de la ejecución forzosa y de su desarrollo.

(116) Cfr., por ejemplo, VON RINTELEN: *Der Civilprozess*, Berlín, 1891, págs. 107

el curso de la obra de quien ha sido un gran maestro del Derecho procesal, en el profesor Rosenberg.

Este autor, en las primeras ediciones de su ya clásico *Lehrbuch* (117), encuadraba a los «Arrest und einstweilige Verfügungen» (embargo y medidas provisionales) como un «aseguramiento de la ejecución forzosa», según un criterio trimembre, a saber: una Introducción, un primer Libro de «Teorías generales», un segundo de «Procedimiento declarativo» y un tercer de «Ejecución forzosa».

Pero más tarde rectificó, manteniendo un nuevo criterio sistemático hasta el final de su vida (118), clasificando las posteriores ediciones del *Lehrbuch* —desde la 4.ª al menos (119)— en una Introducción y cuatro Libros: I) «Teorías generales»; II) «Procedimiento declarativo»; III) «Ejecución forzosa», y IV) «Aseguramiento de derechos en peligro por medio de embargo y medidas provisionales» (120).

Es esta la sistemática que, con la alteración lógica de la terminología y adaptación necesaria a una obra legislativa, desde el primer momento se ha propugnado por nosotros (121), y ya está elaborado en 1964 un «Anteproyecto de Código de proceso civil» para el Brasil, por el profesor Alfredo Buzaid, siguiendo una doctrina aquí compartida (122).

y siguientes; KLEINFELLER: *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 2.ª edición, Berlín, 1910, págs. 574 y sigs.; STEIN: *Grundriss des Zivilprozessrechts*, Tübingen, 1921, págs. 238 y sigs.

(117) Por ejemplo, la 2.ª edición, de Berlín, 1929; pese a enunciar el triple objetivo de la Jurisdicción, como se indica en el texto, en la sistemática, el embargo preventivo y las medidas provisionales aparecen tratados como capítulo II de la sección II de la ejecución forzosa, §§ 217 y sigs., págs. 673 y sigs.

(118) En la 4.ª edición del *Lehrbuch* (Munich y Berlín, 1949) embargo y medidas provisionales aparecían ya como libro IV. Esta sistemática se mantiene en la 6.ª y 7.ª ediciones (1954 y 1956, respectivamente).

(119) No hemos podido hacernos con la 3.ª edición de ROSENBERG, que quizá explicase su evolución.

(120) La 1.ª parte de la 10.ª edición (póstuma) del *Lehrbuch*, la ha preparado el profesor HEINZ SCHWAB; comprende una introducción y dos libros: el I, «Teorías generales»; el II, «Procedimiento declarativo». en el prólogo advierte SCHWAB que el «derecho de ejecución forzosa» será trabajado por el profesor GAUL. La primera parte se publicó a fines de 1969, en München; no poseemos aún la 2.ª parte.

(121) En los Informes de la Universidad de Valencia a los tres «Anteproyectos» españoles. Cfr. FAIREN GUILLEN: «Sugerencias», cit. *passim*; «Presente y futuro del proceso penal español», pág. 11 y sigs.; «Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica», cit., págs. 54 y sigs.; «El "Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil" de 1966» y «El "Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal" de 1967», en *Temas*, cit., II, págs. 635 y sigs., y 1141 y sigs.

(122) Cfr. también, desde el punto de vista prelegislativo, CARNELUTTI: *In* tomo

∴ No olvidemos que las razones de la separación del proceso cautelar con respecto a los declarativos y ejecutivos son de diferente entidad de las que nos sirven para distinguir a entre estos dos últimos grupos, ya que aquél se halla al servicio de ambos (y de ahí lo acertado de concebir una tutela cautelar frente a una definitiva). Estas razones, que no se pueden esquivar cuando se trata de una obra doctrinal (de ahí la solución dada por Calamandrei) (123), sin embargo; cuando se trata de una obra legislativa tales razones pueden quedar en segundo plano (124), en vista de la ventaja sistemática de ofrecer todo el proceso cautelar disciplinado de modo coherente y autónomo, contrapuesto al declarativo y al ejecutivo.

Si desde un punto de vista constructivo científico, en un tratado o en una monografía se debe operar con varias dimensiones (esto es, descubriendo y adoptando diversos puntos de vista, dirigidos a diversos niveles, para encuadrar conceptos), esto, para una ley, es mucho más difícil; como ésta (ni siquiera a través de una buena Exposición de Motivos) no puede ir explicando su sistemática punto por punto, el hecho de utilizar un doble (o múltiple) punto de vista daría lugar a confusiones. En nuestro caso concreto no podemos concebir que una ley procesal establezca dos Libros (procesos declarativo y ejecutivo) según «un nivel», y un tercer Libro (proceso cautelar) «a un nivel o altura diferente».

Pero si por no proceder así operamos desparramando el contenido de ese tercer Libro entre los dos, o bien ocultándole en un «cajón de sastre», no habremos remediado nada y sí confundido mucho.

Esto es, ya sabemos que un Libro dedicado exclusivamente a los procesos cautelares aparecerá como producto de la aplicación de un criterio diferente de aquél que nos sirvió para distribuir entre otros dos Libros a los procesos declarativo y ejecutivo. Pero si el hecho de cometer esta incorrección sistemática (introducir dos criterios sistemáticos), nos lleva a la ventaja de contemplar como entidad unitaria —que lo es— al proceso cautelar, y a su

al *progetto preliminare del Codice di Procedura civile*, Milán, 1937, pág. 9; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO: «Indicaciones acerca del nuevo Código de procedimiento civil italiano», en su traducción española al *Sistema*, de CARNELUTTI; «Reforma del enjuiciamiento civil cubano», en *Ensayos del Derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, 1944, pág. 126, rectificado después en *Principios técnicos y políticos cit.*, página II y notas 30 y sigs.

(123) Cfr. CALAMANDREI: *Istituzioni di Diritto processuale civile*, Padua, 1943, I, páginas 40 y sigs.

(124) El profesor BUZARD, dice en la «Exposição de Motivos» de su *Anteprojecto* que los tres primeros libros del mismo constituyen solamente una parte general, faltando un cuarto libro para «Procedimientos especiales» y un quinto y último de «Disposiciones generales y transitorias». No conocemos el texto de estos dos últimos libros proyectados.

posición con respecto a los demás, debemos arrostrar las consecuencias de la referida incorrección —no tan grave como lo sería la de introducir dichos procesos mezclados con los otros— y crear un Libro especial para los procesos cautelares. Libro que «por imposibilidad de diferenciar el tipo o el color de letra» (intentamos ser lo más gráficos posible) deberá estar en pie de igualdad con los correspondientes a los procesos declarativos y ejecutivo (esto es lo que, en resumen, vinieron a hacer Chiovenda y Rosenberg), aunque «sepamos» doctrinalmente que esta igualdad no es completa.

En resumen, y para terminar, propugnamos que de los cuatro libros de una hipotética ley (o código) procesal civil, uno de ellos esté dedicado al proceso cautelar frente a otros tres: uno de «Disposiciones generales», otro sobre el proceso declarativo y otro sobre el ejecutivo.

Habíamos propuesto, y reproducimos aquí, una sistemática sobre ese presunto Libro. Partimos de la base de que los supuestos prácticos en que se deba o se pueda aplicar un proceso cautelar ofrecen una variedad casi infinita, por lo que no es posible prever procedimientos adecuados a cada uno de ellos. Está claro que a las condiciones de cada país (y aun de cada región de un país) corresponderán supuestos más o menos frecuentes, y, por tanto, a vigilar procesalmente con mayor o menor atención. Pero nos parece fundamental introducir, como «*ultima ratio legis*», destinada a colmar las lagunas que inevitablemente se producirán a causa de la imposibilidad de regular exhaustivamente todas las situaciones de la vida humana en que fuere del caso utilizar un procedimiento cautelar; introducir uno «para la adopción de medidas innominadas», al modo de lo previsto en los párrafos 935 y 938 de la ZPO alemana, en la «*Executionsordnung*» austríaca y en el artículo 700 del *codice* italiano (ampliación a las previstas en el artículo 1.428 de la ley de Enjuiciamiento civil española, que quedó «esterilizado» a *nativitate* por la exigencia de que la medida cautelar se basase en un título ejecutivo).

La sistemática propuesta, y que en otro lugar quedó explicada (125), podría ser la siguiente:

Título I.—Procesos cautelares para garantizar la seguridad de las personas.

Capítulo I.—Procesos de abstención de hacer o de evitación de perturbaciones.

Sección 1.^a—Del internamiento de dementes furiosos.

Sección 2.^a—De la manifestación y guarda de personas.

Sección 3.^a—De la restricción o suspensión de actividades personales.

(125) Cfr. FAIREN GUILLÉN: «La reforma del proceso cautelar español», en *Temas*, cit., págs. 913 y sigs. del segundo tomo.

Capítulo II.—*Procesos de hacer cosa específica.*

Sección 1.^a—De la sumisión de personas a reconocimientos.

Sección 2.^a—Del nombramiento de defensores judiciales provisionales.

Capítulo III.—*Procesos de dar cosa específica.*

Sección 1.^a—De los alimentos y socorros urgentes (126).

Título II.—*Procesos cautelares para garantizar la seguridad de los bienes.*

Capítulo I.—*Del aseguramiento del pago de créditos dinerarios. El embargo preventivo.*

Sección 1.^a—De las anotaciones preventivas.

Sección 2.^a—Del secuestro conservativo.

Subsección 1.^a—Del depósito (127).

Subsección 2.^a—De la intervención judicial (128).

Subsección 3.^a—De la administración judicial (129).

Capítulo II.—*Del aseguramiento de la esencia de bienes. El secuestro judicial.*

Sección 1.^a—Del depósito judicial.

Sección 2.^a—De la intervención judicial (130).

Sección 3.^a—De la administración judicial (131).

Sección 4.^a—De la oposición de sellos.

Sección 5.^a—De las exhibiciones, inventarios, reseñas y tasaciones.

Sección 6.^a—De los reconocimientos y declaraciones sobre evolución de hechos.

Capítulo III.—*Del aseguramiento de la productividad de bienes.*

Sección 1.^a—De la intervención judicial.

Sección 2.^a—De la administración judicial.

(126) Otras medidas que pueden servir para garantizar la seguridad de las personas (como lo son las intimaciones), deberían hallarse entre las de aplicabilidad general (igualmente, por ejemplo, la «búsqueda y presentación de personas», no se hallaría aquí sino como una forma de la constricción).

(127) Se haría aquí una remisión al capítulo correspondiente al secuestro.

(128) Se haría aquí una remisión al capítulo correspondiente.

(129) Se haría aquí una remisión al capítulo correspondiente.

(130) Se haría aquí una remisión al capítulo siguiente.

(131) Se haría aquí una remisión al capítulo siguiente.

Título III.—*Procesos cautelares para garantizar obligaciones de hacer, de no hacer y de dar cosa específica* (132).

Capítulo I.—*De las intimaciones* (133).

Capítulo II.—*De las subrogaciones judiciales y de terceros*.

Título IV.—*Procesos cautelares para garantizar la prueba* (134).

Título V.—*Procesos cautelares de aplicabilidad general*.

Capítulo I.—*Procesos en relación con las personas*.

Sección 1.^a—*Las intimaciones*.

Sección 2.^a—*Las astringencias* (135).

Sección 3.^a—*Las constricciones* (136).

Capítulo II.—*Procesos en relación con los bienes*.

Sección 1.^a—*Las cauciones* (137).

Título VI.—*Proceso cautelar para adoptar medidas indeterminadas*.

(132) Este grupo de procesos se diferencia de los de análoga denominación con referencia a la seguridad de las personas, en que se dirigen a asegurar una prestación, en la cual, aun siendo grande el interés de la favorecida por la resolución judicial, su seguridad personal no queda afectada, siéndolo más la relación «prestación-bien-persona» que la relación «prestación-persona», aunque exista un bien alcanzado por la medida (por ejemplo la materia «alimentos»).

(133) Se haría aquí una remisión al título V.

(134) Se debería establecer un buen sistema de remisiones entre este título y el (o los) del libro II correspondientes a la prueba, así como con el título V y otros de este libro en cuanto a otras posibles medidas a adoptar.

(135) Cfr. la justificación de la introducción de las astringencias en nuestro trabajo «Sistematización de la ejecución forzosa española», en *Temas*, cit., II, págs. 879 y siguientes.

(136) Cfr. la justificación del introducir aquí, de modo muy limitado, las constricciones, en nuestro trabajo «Sistematización de la ejecución forzosa», cit., págs. 882 y siguientes.

Los casos de aplicabilidad de las constricciones deben ser regulados exhaustivamente, fijándose también de modo exhaustivo las modalidades, límites y procedimientos.

(137) Que son el denominador común de no pocas otras medidas cautelares, a las que pueden sustituir con ventaja y mayor comodidad. (Cfr. FAIREN GUILLEN: «La reforma del proceso cautelar español», cit., pág. 925 y sigs.).

Añadamos, como última explicación de nuestro pensamiento, que el contenido de un Libro sobre procesos cautelares no debe estar cruzado por mamparos estancos, herméticos, sino que, tratándose de situaciones muy variadas y complejas, y en ocasiones de gran fluidez (para vigilar esta fluidez deben aportarse medidas como las correspondientes, por ejemplo, al grupo de «reconocimientos y declaraciones sobre evolución de hechos»), el contenido global del Libro debe ser susceptible de transvase de un Título a otro, de una Sección a otra. Tanto, verbigracia, para asegurar una prestación de alimentos será procedente un embargo, como una intervención en una administración de bienes; las intimaciones aparecerán en casi todos los campos; el depósito judicial puede ser de gran utilidad, tanto al servicio del secuestro como al del embargo, etc.

Dentro de esta posibilidad de que los jueces apliquen el proceso cautelar fundamental que estiman del caso (y que les sea pedido), deberían poder adoptar las medidas más adecuadas a las características del asunto y momento, aunque fuere tomándolas de entre las previstas en otro lugar del Libro, y acudiendo, en caso de falta de regulación concreta, al proceso cautelar inno-

minado. Partiendo de esta base se comprenderá que estimamos admisible un criterio de «normalidad casuística» (que debe variar, lógicamente, en función del país de que se trate) en la producción de estos procedimientos y medidas, que aparecerían como derivadas de la idea cautelar que presida el proceso adoptado, o bien como independientes de aquél; esto es, el criterio adoptado es el de exponerlas o remitirse a ellas en los «lugares» del Libro en que más frecuentemente aparezcan, evitando enojosas duplicaciones de normas.

Por ejemplo, la «aposición de sellos» podría aparecer no solamente como efecto del secuestro, sino también en el embargo o en los procesos para garantizar obligaciones de abstenerse; pues bien, aprovechemos la oportunidad de exponer el proceso en el que probablemente (normalmente) aparecería de modo más frecuente (el secuestro) para tratarla, haciendo desde otros lugares remisión a su procedimiento. Una apertura de correspondencia puede aparecer como medida cautelar a tomar en un proceso de manifestación de personas (un depósito de personas), pero también en procesos por razón de los bienes (por ejemplo, en una administración judicial); el procedimiento —que no puede quedar sin regular— se expondría con ocasión del proceso de que antes se tratase, según el sistema general.

Esperamos, a través de esta comunicación, haber suministrado algunos datos que puedan ser útiles cuando se trate de las Bases «uniformes» para la

legislación procesal civil de los países latinoamericanos; sea así o no sea, el hecho de haber trabajado en favor de las V Jornadas Latinoamericanas de Derecho procesal, es, ya en sí, una satisfacción.

VÍCTOR FAIREN GUILLÉN

S I G L A S

ALOJ	=	Anteproyecto de Bases para la Ley Orgánica de la Justicia.
APC	=	Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil.
APP	=	Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal
BIDCM	=	<i>Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México.</i>
LEC	=	Ley de Enjuiciamiento civil.
LECRIM	=	Ley de Enjuiciamiento criminal.
LO (o LOPJ)	=	Ley Orgánica del Poder Judicial.
<i>Riv. Dir. Proc.</i>	=	<i>Revista di Diritto processuale.</i>
ZPO	=	<i>Zivilprozessordnung.</i>
ZZP	=	<i>Zeitschrift für Zivilprozess.</i>