

TRADICION Y CAMBIO EN EL PROCESO CIVIL IBEROAMERICANO

(A propósito de un “Código procesal civil modelo”)

Por el doctor **Manuel ORTELLS RAMOS**

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, España

SUMARIO

I. Introducción. 1. Una interpretación del tema. 2. Derecho común y unificación del Derecho. 3. El “Código procesal civil modelo” en el marco de la unificación del Derecho en iberoamérica. II. Del viejo proceso civil del derecho común. 4. Subsistencia en Iberoamérica del sistema de enjuiciamiento civil de la ex-metrópoli. 5. Los rasgos de la LEC española de 1855 y la quiebra de la tendencia progresiva en la evolución del proceso civil español. 6. El éxito de la LEC de 1855 en los países iberoamericanos y desaprovechamiento de mejores legados del Derecho colonial. 7. La crisis del sistema de enjuiciamiento civil heredado. III. A un derecho común del moderno proceso civil. 8. La tendencia a la unidad como freno y como impulso. 9. Modo de elaboración y presentación del “Código modelo”. 10. Elementos tradicionales en el contenido del “Código modelo”. 11. Elementos característicos de un “proceso civil social”. IV. Diferentes expectativas de difusión del “Código modelo”. 12. Difusión legislativa. 13. Difusión “jurisprudencial”.

I. INTRODUCCION

1. Una interpretación del tema

Honestamente debo decir que el enunciado del tema asignado no me ilustró, con claridad y de entrada, sobre cuáles eran las materias a estudiar y cuál el planteamiento del estudio. Fue necesario algo más que la interpretación literal.

En conclusión me ha parecido razonable entender que lo que se pide es una reflexión sobre el Código procesal civil modelo para Iberoamérica (en adelante: Código modelo)-no sólo considerado como algo hecho, sino también en su proceso de elaboración y en las perspectivas de futuro que se abren ante el mismo— atendiendo a dos puntos de referencia: una cierta unidad del régimen jurídico del proceso civil en los países iberoamericanos y la reforma de ese proceso (la necesidad y la orientación de la misma).

A su vez, uno de los puntos de referencia de nuestro estudio puede desdoblarse. En efecto, cierta unidad en el régimen jurídico de una institución, en este caso del proceso civil, puede producirse o realizarse por vías diversas. De ahí el título: entre derecho común y derecho uniforme. Pero este enunciado sugiere, además de la posible diversidad de vías, otro interesante matiz: que el Código modelo pudiera significar, si no una vía intermedia, si un modo de producir la unidad del Derecho que presenta elementos de aquellos dos diferentes caminos, el derecho común y el derecho uniforme. Luego se verá si y hasta qué punto es certera esta intuición.

También debe ser motivo de reflexión la relación que pueda existir entre aquellos dos puntos de referencia (unidad y reforma). En esta relación se encuentra probablemente la clave explicativa del Código modelo: aprovechar las tendencias y fuerzas unificadoras para configurar un proceso civil moderno y adecuado a las necesidades y exigencias de la sociedad iberoamericana.

Una última advertencia en cuanto al planteamiento del tema y el método. Podría habérsele dado al tema un enfoque más formal, en el sentido de resaltar lo que el Código modelo representa como supuesto concreto de un proceso de unificación del Derecho. Sin descuidar ese aspecto, he pensado que, en un congreso de procesalistas y hallándose también en tela de juicio una propuesta de reforma del proceso civil, era importante entrar, con el carácter general obligado en este primer tema, en los “contenidos” del Código modelo.

2. Derecho común y unificación del Derecho

La unidad del Derecho, de las normas jurídicas reguladoras de cierta institución, en ámbitos en que con anterioridad regían regímenes diferentes, puede producirse de modos diversos.

En el punto más general de la clasificación de los mismos —que además resulta muy apropiado para nuestro trabajo, por la necesidad de diferenciar el Derecho común y el Derecho uniforme— puede distinguirse, con David¹ y Gorla,² entre la unificación propiamente dicha, como intento o voluntad de

¹ DAVID, R., *The international unification of private Law*, en “International Encyclopedia of Comparative Law”, II, Tübingen, Paris, New York, s.d., capítulo 5, apartado 11.

² GORLA, G., *Unificazione “legislativa” e unificazione “giurisprudenziale”*, en “Diritto comparato e Diritto comune europeo”, Milano, 1981, pp.: 651-653.

determinar la unificación o aproximación de sistemas jurídicos, manifestado mediante procedimientos *ad hoc*, y otras situaciones en que la semejanza entre las leyes de diversos Estados no se debe a aquel intento, sino a otros hechos. Se ha intentado etiquetar esas dos grandes modalidades, creo que sin demasiado éxito. Se habla³ respectivamente, de unificación voluntaria o formal —la única unificación en el sentido de René David— y de unificación espontánea. Tal vez fuera mejor terminología la de unificación y unidad no planificada.

Más importante es hacer notar que los supuestos de la segunda se determinan por exclusión (frente a los de unificación estricta) y cubren una amplia serie de fenómenos: la aparición de leyes o costumbres similares, por similitud de condiciones socioeconómicas o políticas, la imitación de códigos o leyes de unos países por otros (como ocurrió con el *Code Napoleon* o con los textos legales básicos de la ex-metrópoli respecto a las colonias que alcanzaban la independencia) y otros.⁴

El derecho común, como concreto fenómeno histórico desarrollado en Europa entre los siglos XII y XVIII, es una de las manifestaciones de ese modo de producirse la unidad sin una planificación dirigida a lograrla.⁵

El derecho común⁶ no se extendió en los países europeos como consecuencia de una unidad política; más bien cuando su introducción aparecía muy vinculada a tal idea encontraba rechazo en países bien dispuestos, sin embargo, a recibir aquel ordenamiento a título "técnico", por su calidad y utilidad. El derecho común fue expresión de una comunidad cultural y se difundió entre los juristas por la vía racional y persuasiva propia de una ciencia. Sobre la base de la recepción de los textos de Derecho romano y con la aportación metodológica que va a suponer la filosofía escolástica, se formó una propia ciencia jurídica, que no sólo sistematizó las fuentes romanas, sino que, trascendiendo de las mismas, elaboró nuevas categorías y conceptos, ajustó aquellos textos a las nuevas condiciones sociales, económicas y políticas y revisó, evolutivamente, sus propias soluciones, todo ello transido de la idea de

³ Así, por ejemplo, BOUZA VIDAL, N., *Significado y alcance de la armonización de legislaciones en la Comunidad Económica Europea*, Revista de Instituciones Europeas, 1981, p. 398.

⁴ GORIA, *Unificazione "legislativa"*, cit., p. 652; BOUZA, *Significado y alcance de la armonización*, cit., p. 398.

⁵ GORIA, *Unificazione "legislativa"*, cit., p. 652.

⁶ Para la en extremo sintética enunciación de las características del derecho común que figura en el texto, me he servido de CALASSO, F., *Introduzione al Diritto comune*, Milano, 1951, passim; KOSCHAKER, P., *Europa und das römische Recht*, Berlin, 1947, pp. 55-245; WIELACKER, F., *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Madrid, 1957 (trad. FERNANDEZ JARDON), pp. GORIA, *Unificazione "legislativa" e unificazione "giurisprudenziale"*, Op. Cit. p. 661-694; DAVID, R., *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, 1968 (trad. BRAVO GALA), pp. 30-40, así como los manuales de historia del Derecho español de LALINDE ABADIA, TOMAS Y VALIENTE y LREZ-PRENDES. Información más amplia y actualizada puede hallarse en los dos primeros tomos de la obra que dirige Helmut COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*.

que ese modo de tratar el Derecho era compartido en los diversos países que formaban el mundo civilizado. Sea mediante la obra de las universidades y su incidencia a través de la formación de los juristas, sea por la labor práctica de éstos en el ámbito forense, ese modo de concebir el Derecho tendía a un grado considerable de uniformidad del mismo.

El derecho común, además de ser ese concreto fenómeno histórico, puede también considerarse como una peculiar forma de realización de la unidad del Derecho, caracterizada por la falta de intervención imperativa dirigida a producir la unificación, pero de gran efectividad en cuanto radica en una visión unitaria del Derecho, compartida por los juristas, que informa su labor y que alcanza aceptación generalizada de manera persuasiva y racional. En este aspecto el derecho común es un fenómeno repetible en otros momentos y circunstancias históricas.⁷

El derecho uniforme, a diferencia de lo anterior, es una de las múltiples formas de unificación del Derecho, es decir, de consecución o logro de su unidad mediante un proceso planificado para alcanzarla.

Los intentos de unificación del Derecho se dan en ámbitos diversos, con diferentes instrumentos y objetivos y pueden perseguir diferentes grados en esa finalidad genérica de unificación. En cuanto a los ámbitos, puede darse en el interno de un estado federal respecto a los derechos de los estados federados; o en el plano internacional, tanto genéricamente en las relaciones entre los diversos Estados, como en el seno de una organización supranacional.⁸ Los instrumentos son variados: convenios, leyes uniformes, leyes modelo; reglamentos y directivas en el ámbito de la CEE; en las técnicas de unificación se percibe, además, la incidencia de las organizaciones internacionales⁹. Hay igualmente diversidad en las materiales objeto de unificación y en los objetivos perseguidos con ella: genéricamente, se persigue eliminar los obstáculos que para el desarrollo, fomento y eficacia del tráfico jurídico externo supone la diversidad legislativa entre los estados; en el ámbito de la CEE, la finalidad es evitar que esa diversidad obstaculice el establecimiento y funcionamiento

⁷ Por la doctrina se postula esta actitud de los juristas para alcanzar la plena efectividad de los actuales procesos de unificación del Derecho: véase DAVID, *The international unification*, cit., apartados 4, 5, 8, 276 y 277; del mismo, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, 1968 (trad. BRAVO GALA), pp. 51-52; GORLA, *Unificazioni "legislativa"*, cit., pp. 655-658, 695-703.

⁸ BARIATTI, S., *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di Diritto uniforme*, Verona, 1986, pp. 1-2.

⁹ BARIATTI, S., *L'interpretazione delle convenzioni*, cit., pp. 6-11, 12-18; PIPKORN, J., *Les methodes de rapprochement des legislations a l'interieur de la C.E.E.*, en "L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres", Bruxelles, 1981, pp. 14-18; BOUZA, *Significado y alcance de la armonización*, cit., pp. 399; GONDRA ROMERO, J. Ma., *Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea*, en "Tratado de Derecho comunitario europeo", I, Madrid, 1986 (dir. GARCIA de ENTERRIA, GONZALEZ CAMPOS, MUÑOZ MACHADO), pp. 275-312.

del mercado común.¹⁰ En cuanto a los grados de unificación, suelen usarse varios términos para expresar diferencias en aquéllos: uniformación, aproximación, armonización.¹¹

Aunque la terminología sea imprecisa e insegura,¹² parece que deba hablarse de “ley modelo” —me alejo así de la expresión usada en el título del tema (derecho uniforme), para aproximarme al calificativo que se ha puesto al Código que nos ocupa— en la acepción estricta de un texto que, desde luego, carece de cualquier eficacia normativa, que se recomienda a los estados para que tramiten proyectos de ley ajustados al mismo —aunque con posibles variaciones respecto a la ley modelo, incluso previstas por ésta— y cuya expectativa de aceptación radica en la calidad intrínseca del texto.¹³

Esta mínima intensidad, en el plano formal, de la virtualidad unificadora de la ley modelo puede confirmarse con las dos siguientes observaciones.

Primera, que en Estados Unidos, donde surge la técnica y la denominación, “model act” frente a “uniform act”, designa aquellos textos tendentes a la unificación —en los trabajos de la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*— relativos a materias en las que la uniformidad no se estima muy necesaria, por lo que la recomendación de acoger el texto y hacerlo sin variaciones es menos intensa que en el caso de la “uniform act”, aparte de los menores requisitos del procedimiento de aprobación.¹⁴

Segunda, el uso de la terminología “ley modelo” y “ley uniforme” en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, en la que se ha acabado por contraponer “ley modelo” a unificación del Derecho mediante tratado internacional —conteniendo él mismo las normas uniformes o figurando éstas en un texto anexo—, precisamente porque de las primeras no deriva para los estados ningún compromiso internacional de introducirlas en su ordenamiento y, menos, de hacerlo sin alteraciones en su texto y de mantenerlas en vigor.¹⁵

¹⁰ BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni*, cit., pp. 18-40; PIPKORN, *Les methodes de rapprochement*, cit., pp. 18-24; BOUZA, *Significado y alcance de la armonización*, cit., pp. 397-398, 399-400.

¹¹ BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni*, cit., pp. 3-6; BOUZA, *Significado y alcance de la armonización*, cit., pp. 397, 400-403.

¹² Véase sobre la misma VIÑAS FARRE, R., *Unificación del Derecho internacional privado. Conferencia de La Haya D.I. Pr.*, Barcelona, 1978, pp. 130-131.

¹³ VIÑAS, *Unificación del Derecho*, p. 137. Ilustrativa de la naturaleza de las leyes modelos en el plano internacional es la advertencia de VIÑAS —p. 159— de que la Conferencia de La Haya “tiene un carácter diplomático. Si aceptara pura y simplemente el método de las Leyes Modelo se convertiría en un organismo científico que procedería en el campo internacional a la elaboración de modelos de reglas conflictuales”.

¹⁴ DAVID, *The international unification*, cit., apartado 545, pero en general sobre el procedimiento de las *Uniform Laws* en sentido amplio en EE.UU. véanse los apartados 540 al 552; VIÑAS, *Unificación del Derecho*, cit., pp. 131-133; ALCALA-ZAMORA CASTILLO, N., *Unificación de los Códigos procesales mexicanos tanto civiles como penales*, en “Derecho procesal mexicano”, 1, México 1985, pp. 17-18.

¹⁵ VIÑAS, *Unificación del Derecho*, cit., pp. 138-145; BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni*, cit., pp. 13-18.

Si a todo esto se añade que leyes modelo pueden ser elaboradas y patrocinadas por entidades no oficiales, no gubernamentales,¹⁶ aquellos rasgos específicos de esta técnica de unificación no hacen más que acrecentarse.

Podría decirse, con todas las reservas, que, por lo que llevamos dicho, la técnica de unificación de las leyes modelos es la que más próxima se halla del fenómeno de unidad no planificada del Derecho que conocemos como derecho común. La difusión de aquellas leyes en diferentes ordenamientos no se apoya en ningún elemento imperativo, sino que depende de la calidad del texto, de la *auctoritas* que rodea a quienes lo han elaborado y al procedimiento de su formación, de que consiga convencer en el plano de una cultura jurídica compartida por los elaboradores y los posibles destinatarios de tales textos.

3. El "Código procesal civil modelo" en el marco de la unificación del Derecho en Iberoamérica.

Se trata ahora de situar el Código modelo en el contexto de los intentos de unificación del Derecho en Iberoamérica, para apreciar si asume dentro de él una significación específica, que aquí merezca ser destacada.

Las tendencias a la unificación del Derecho en Iberoamérica se muestran desde el momento mismo de la independencia. Suele citarse en este sentido, como remoto antecedente, el Congreso de Panamá de 1826, convocado por Simón Bolívar, de modo coherente con el pensamiento de unificación política alentado por el libertador, y en el que se formularon propuestas de codificación del Derecho internacional del pueblo americano.¹⁷

Tales tendencias han chocado siempre con importantes dificultades y no han alcanzado el éxito previsible partiendo de un presupuesto que, de entrada, permitía augurar unos resultados más positivos. En efecto, como recuerda Vieira, "L'Amérique latine, si on la compare avec les autres continents, jouit d'une situation particulière que quelques juristes tels que Valladao ont perçue: l'Amérique latine possède une base juridique semblable, due à une source commune de presque tous les codes latino-américains. Il n'existe pas dans le continent une querelle d'écoles juridiques comme on trouve en Europe parmi familles de droit, romaine et germanique, on les différences entre les droit continent les énormes différences législatives ou coutumières de l'Afrique".¹⁸

¹⁶ DAVID, *The international unification*, cit., apartado 212; ALCALA-ZAMORA CASTILLO, N., *Los problemas jurídicos suscitados por la planificación económica y social (con especial referencia a los de índole procesal)*, en "Estudios de teoría general e historia del proceso", II, México, 1974, p. 169.

¹⁷ VIEIRA, M.A., *Le droit international privé dans le développement de l'intégration latino-américaine*, en "Recueil des cours", 1970, II, pp. 394-395; PARRA ARANGUREN, G., *Recent developments of conflict of laws conventions in Latin America*, en "Recueil des cours", 1979, III, p. 65; SAMILEBEN, J., *Internationales Privatrecht in Lateinamerika*, Tübingen, 1978, 1979, pp. 6-7.

¹⁸ VIEIRA, *Le droit international privé dans le développement*, cit., p. 436.

Sin posibilidad de profundizar en la materia,¹⁹ sí que es conveniente recordar los hitos más significativos en el movimiento unificador, como el Congreso de Lima (1877-1879), los primeros tratados de Montevideo (1888-1889), la serie de trabajos patrocinados por las sucesivas conferencias panamericanas, los segundos tratados de Montevideo (1939-1940); en el ámbito de la OEA, la labor desarrollada por el Consejo interamericano de juristas, su Comité jurídico interamericano y las conferencias interamericanas de Derecho internacional privado; en fin, hay que registrar los intentos de unificación en el ámbito del Mercado Común de América Central y de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio.

La consideración de las materias en que han fijado su atención los intentos de unificación —con muy diverso grado de progreso de los trabajos correspondientes: desde la mera propuesta de estudio hasta el tratado firmado²⁰— pone de manifiesto su coincidencia con las materias que en el **campo internacional** en general son objeto de esfuerzos unificadores y que, según recuerda Bariatti, suelen clasificarse en tres categorías: convenciones de derecho material uniforme, convenciones de derecho internacional privado en sentido estricto o sobre la ley aplicable y convenciones de derecho procesal civil internacional.²¹

Dentro de la primera clase, las tareas unificadoras han contemplado materias tales como la propiedad intelectual e industrial, el derecho marítimo, letra de cambio y otros títulos valores, reconocimiento de personalidad a sociedades, venta internacional de bienes muebles, transporte internacional por diversos medios. El objetivo de la unificación en estas materias sería eliminar las inseguridades en asuntos que normalmente son objeto de tráfico jurídico transnacional, estableciendo normas materiales específicamente aplicables a los mismos, que evitan la necesidad de las normas de conflicto y aseguran un fácil e inmediato conocimiento del régimen jurídico de la relación.²²

La unificación de las normas sobre conflictos de leyes —segunda clase de materias antes citada y de la que también hay muestras en el ámbito latinoamericano— persigue también eliminar inseguridades aunque con técnica distinta a la anterior: siendo la misma la norma de conflicto es previsible que conduzca a un mismo resultado (sobre el Derecho aplicable) aunque la **apliquen jueces** de los diferentes estados.²³

¹⁹ Más ampliamente pueden verse, sobre el tema, las obras de VIEIRA, PARRA ARANGUREN y SAMILEBEN citadas en nota. 17.

²⁰ Una visión de esas materias puede encontrarse también en las obras de VIEIRA, PARRA ARANGUREN y SAMILEBEN citadas en en nota 17.

²¹ BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni*, cit., p. 18.

²² BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni*, cit., pp. 18-19.

²³ DROBNIG, V., *Unification of national laws and the uniformisation of the rules of private international law*, en "L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres", Bruxelles, 1981, pp. 2-3.

En el tercer grupo de textos que, para empezar, sólo regulan aquellos aspectos procesales en los que está presente algún elemento extranjero, la conveniencia de la unificación se funda igualmente en lograr una mayor seguridad sobre la norma aplicable muchas veces obstaculizada por la superabundancia, asistematismo y diversidad de los ámbitos de vigencia de las normas correspondientes²⁴

En este contexto surge el "Código procesal civil modelo" que, con todas las limitaciones que se quieran, es en definitiva una propuesta concreta de unificar el régimen jurídico del proceso civil en los diversos países iberoamericanos.

Parece obvio que este intento de unificación tiene un significado muy especial dentro de aquel conjunto, porque no es posible considerarlo dirigido hacia alguno de los objetivos que se han ido apuntando como propios de cada una de las categorías de textos uniformes. Ni siquiera los perseguidos por los textos de derecho procesal civil internacional, puesto que el Código modelo no sólo se proyecta sobre aquellos aspectos del proceso civil en los que incide algún factor internacional.²⁵

Mi hipótesis sobre ese significado especial del Código modelo es la siguiente: una difusa conciencia unificadora,²⁶ unida a la constatación de los antecedentes históricos comunes del proceso civil de los diversos países y a una experiencia, igualmente compartida por todos, de los graves defectos de ese proceso civil, han conducido a acometer, de manera también conjunta, la labor de configurar un proceso civil moderno, adecuado a las necesidades de la sociedad iberoamericana y expresivo —en cuanto una ley procesal no es políticamente neutra— de la ideología que se postula como más fructífera para ella.

²⁴ En general, véase ALCALA-ZAMORA CASTILLO, N., *Bases para unificar la cooperación procesal internacional*, en "Estudios procesales", Madrid, 1975, pp. 514-577, especialmente pp. 537-539 donde expone el estado de cosas que aconseja la unificación. Sobre esta materia en el ámbito americano véase A. A. V. V. *Cooperación interamericana en los procedimientos civiles y mercantiles*, México, 1982, *passim*.

²⁵ ALCALA-ZAMORA, *Bases para unificar la cooperación procesal*, cit., pp. 565-566.

²⁶ Esa conciencia se proclama en diversos escritos relacionados con la preparación del Código modelo; así, VESCOVI, E., *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano* México, 1978, pp. 1-10; INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL, *El Código procesal civil modelo para Iberoamérica. Historia, antecedentes, exposición de motivos, texto del anteproyecto*, Montevideo, 1988, pp. 15-17; GELSI BIDART, A., *El anteproyecto de Código general del proceso para América Latina de Enrique Vescovi, Luis Torello Giordano, Adolfo Gelsi Bidart*, en "Materiali della sezione di studi giuridici del programa strategico del CNR 'Celebrazioni colombiane'", s.d., p. 23. Es interesante también en este sentido, VESCOVI, Enrique, VESCOVI, Eduardo, *Hacia la integración institucional: evolución del derecho internacional privado y comunitario en Latinoamérica*, en "La Ley", Buenos Aires, 8 diciembre 1987, p. 2, col. 4.

II. DEL VIEJO PROCESO CIVIL DEL DERECHO COMUN.

4. Subsistencia en Iberoamérica del sistema de enjuiciamiento civil de la ex-metrópoli.

Cuando los países iberoamericanos alcanzaron la independencia y comenzaron la tarea de configurar su organización estatal y de elaborar su legislación propia, tomaron en consideración diferentes modelos según la materia que debiera regularse. Como se ha apuntado,²⁷ así como en materia constitucional y administrativa la atención se dirigió fundamentalmente hacia el modelo norteamericano, que también fue influyente en materia de organización judicial,²⁸ por el contrario, en el Derecho privado y en el proceso civil los nuevos Estados permanecieron fieles a la herencia recibida de las exmetrópolis.

La explicación fácil de esa diferencia de orientaciones puede creerse hallarla en la componente política de las diversas materias. En gran parte la explicación será acertada. Pero, desde la experiencia española, no puedo dejar de destacar la advertencia de que, en el proceso civil, el modelo legado por la tradición pudo subsistir porque era asimilable y fue asimilado por la nueva ideología liberal.²⁹ Gráficamente lo dijo GOLDSCHMIDT al calificar el proceso civil español como "un recipiente liberal del siglo XIX, en el que se ha vaciado el vino antiguo del proceso común de los siglos pasados".³⁰ Curiosamente expresiva de ciertos afanes del liberalismo español, es esta defensa de Partidas que, precisamente con ocasión del debate sobre las bases de la LEC de 1855 que tanto iba a recoger del Código Alfonsino, hizo Gomez de la Serna: "... si no pudieron plantearse estas leyes desde luego; si se retrasó por dos siglos la marcha de la civilización, achaquémoslo a la fatalidad de los tiempos, a una nobleza altanera que por su provecho se opone a la marcha de la civilización y al bien de la humanidad; que quería que permanecieran vigentes sus fueros, sus privilegios, las hazañas y los albedríos; que sostenían su sistema tiránico y usurpador, y que resistía a todo lo que era nivelar, igualar, introducir en el Estado orden y organización".³¹

²⁷ LIEBMAN, E. I., *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano*, en "Problemi del processo civile", Napoli, 1962, pp. 491-492.

²⁸ ALSINA, H., *Influencia de la ley española de enjuiciamiento civil de 1855 en la legislación procesal argentina*, en "Actas del I Congreso Ibero-americano y filipino de Derecho Procesal", Madrid, 1955, p. 301; OÑATE LABORDE, S., *Evolución del Derecho procesal mexicano. Antecedentes, desarrollo histórico, problemas centrales y soluciones.*, en "LXXV años de evolución jurídica en el mundo", III, México, 1978, pp. 226-227.

²⁹ Véase sobre ello MONTERO, J., *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, Madrid, 1982, pp. 77-79.

³⁰ Las palabras pertenecen al prólogo de la edición española de *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1936, trad. PRIETO-CASTRO y notas ALCALA-ZAMORA, p. X.

³¹ Cit. por FAIREN, V., *Estudio histórico de la Ley procesal de 1855*, en "Actas del I Congreso Iberoamericano y filipino de Derecho procesal", Madrid, 1955, p. 444; sobre la tendencia política liberal de Gómez de la Serna, en este mismo estudio de FAIREN, p. 439.

La supervivencia en los nuevos estados iberoamericanos del sistema de enjuiciamiento civil español se va a producir, según los momentos históricos y según los países, por tres caminos diferentes.

En primer lugar y en los años iniciales de la independencia, aunque en algunos casos tuvo una más prolongada duración, sencillamente se confirmó la vigencia de los mismos textos normativos que regían en la época colonial.³² En definitiva, y aunque el sistema de fuentes era más complejo, ello suponía respecto al proceso civil la vigencia de Partidas.³³

En segundo término, en el momento en que comenzaron a elaborarse los primeros códigos procesales civiles ejerció una decisiva influencia como modelo de los mismos la Ley española de enjuiciamiento civil de 1855.³⁴

Por fin, y no sólo en el orden de la exposición y del desarrollo histórico, sino también en el sentido de que su importancia como modelo de textos procesales civiles iberoamericanos fue menor, también la Ley de enjuiciamiento de 1881 influye en algunas codificaciones.³⁵

En el caso del Brasil³⁶ la incidencia del Derecho de la ex-metrópoli se produjo de modo similar en la forma, pero con diferencias en el contenido, determinantes de una mejor calidad de su proceso civil comparativamente con el de los demás países iberoamericanos. Inicialmente continuaron rigiendo las *Ordenações Filipinas*, que en principio reclamaban como supletorio al Derecho común (canónico, romano, glosa de Accursio y doctrina de Bartolo), lo que a mediados del siglo XVIII se fue abandonando en favor de concepciones de Derecho natural racionalista; posteriormente (1850) se reguló el proceso mercantil y civil con técnica legislativa moderna, pero manteniendo sustancialmente inalterada la estructura fundamental del proceso. El Código de 1939, además de otras influencias, tomó también como modelo el Código portugués inspirado por Dos Reis.

³² Véase, por ejemplo, OÑATE, *Evolución del Derecho procesal mexicano*, cit., p. 232; ALSINA, *Influencia de la Ley española*, cit., pp. 295, 305; MORALES MOLINA, H., *Curso de Derecho procesal civil, Parte general*, Bogotá, 1983, p. 173; PARODI REMON, C.A., *Legislación orgánica y procesal del Perú*, en *Justicia* 83, IV, p. 1010.

³³ ALCALA-ZAMORA, N., *Introducción al estudio de los procedimientos ordinarios en primera instancia en los países iberoamericanos*, en "Nuevos estudios de Derecho procesal", Madrid, 1980, p. 74.

³⁴ ALSINA, *Influencia de la ley española*, cit., pp. 301, 304, 306-308; OÑATE, *Evolución del Derecho procesal mexicano*, cit. p.232; MORALES *Curso*, cit., p. 173; ALCALA-ZAMORA, N., *Código modelo y modelo de Códigos: el de procedimiento civil de la Ciudad del Vaticano*, en "Estudios procesales", Madrid, 1975, pp. 419-420; VESCOVI, E., *Derecho procesal civil*, I, Montevideo, 1974, p. 113.

³⁵ PARODI, *Legislación orgánica*, cit., p. 1011; OÑATE, *Evolución del Derecho procesal mexicano*, cit., pp. 244-245; ALCALA-ZAMORA, *Código modelo*, cit., pp. 419-420; SARMIENTO NUÑEZ, J.G., *Consideraciones sobre la reforma del Código de Procedimiento Civil venezolano*, en "Libro homenaje a Jaime Guasp", Granada, 1984, p. 548.

³⁶ Véase LIEBMAN, *Istituti del diritto comune*, cit., pp. 494-502, de las que son apretadísimo resumen las líneas que siguen en el texto.

Volviendo a los países iberoamericanos de ascendencia española, preciso es hacer notar que, a la postre, resulta en gran medida irrelevante cuál fuera el modo históricamente concreto por el que se produjo la conservación del sistema procesal civil de la ex-metrópoli. De la Partida III —que recoge una determinada configuración del proceso ordinario de Derecho común³⁷— a la Ley de enjuiciamiento civil de 1855, y de ésta a la de 1881 no se producen cambios esenciales en el régimen del proceso ordinario.³⁸ Como ha indicado Montero “la Ley de Enjuiciamiento de 1855 significó la consolidación del (sistema procesal civil) construido en torno al juicio ordinario proveniente del Derecho común. A mediados del siglo XIX se reafirmaban las ideas de Jacobo de las Leyes, la Partida III formalmente era derogada, pero convertidas sus leyes en artículos, renacía de sus cenizas”.³⁹ En cuanto a la LEC de 1881, a pesar del texto de las bases 1a.⁴⁰ y 19a.⁴¹ de la Ley de 21 de junio de 1880 para la reforma del enjuiciamiento civil, quedó clara la *men legislatoris* de no modificar en conjunto el sistema procesal, sino de limitar la reforma a aspectos de detalle, criterio que fue respetado al elaborar el texto articulado⁴².

5. Los rasgos de la LEC española de 1855 y la quiebra de la tendencia progresiva en la evolución del proceso civil español.

No obstante, como la doctrina ha destacado la especial influencia ejercida en los ordenamientos hispanoamericanos por la Ley de enjuiciamiento civil de 1855,⁴³ me parece muy conveniente considerar ciertas características gene-

³⁷ FAIREN GUILLEN, V., *Puntos de vista en torno al proceso civil español*, en “Estudios de Derecho Procesal”, Madrid, 1955, pp. 403-405; ALCALÁ-ZAMORA, *Introducción al estudio de los procedimientos ordinarios*, cit., pp. 70-71; MONTERO, *Análisis crítico*, cit., pp. 23-25.

³⁸ Así se ha entendido también desde la perspectiva iberoamericana: COULTURE, E., *Trayectoria y destino del Derecho procesal civil hispanoamericano*, en “Estudios de Derecho procesal civil”, I, Buenos Aires, 1978, pp. 304-306; del mismo, *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1966, pp. 23-24; VISCOVI, *Derecho*, I, cit., p. 113; del mismo, *Elementos para una teoría general*, cit., pp. 7-8; OÑAL, *Evolución del Derecho procesal mexicano*, cit., pp. 232, 244-245; ALCALÁ-ZAMORA, *Código modelo*, cit., pp. 419-420; del mismo, *Introducción al estudio de los procedimientos ordinarios*, cit., pp. 71-73; del mismo, *Bases de trabajo para redactar el articulado*, cit., p. 159.

³⁹ MONTERO, *Análisis crítico*, cit., p. 53; FAIREN, *Estudio histórico*, cit., pp. 439-445.

⁴⁰ Decía su texto: “Adoptar una tramitación que abrevie la duración de los juicios tanto cuanto permitan el interés de la defensa y el acierto en los fallos, estableciendo al efecto reglas fijas y preceptos rigurosos para que no se consientan escritos ni diligencias inútiles; para que se observen los términos judiciales y sean eficaces los apremios, sin permitir en ningún caso más de uno, y para que se hagan efectivas las multas del litigante que diera lugar a ellas”.

⁴¹ Su texto era: “Y, por último, introducir en la Ley actual, dentro del espíritu que ha presidido a la redacción de las demás bases, las demás reformas y modificaciones que la ciencia y la experiencia aconsejen como convenientes”.

⁴² MONTERO, *Análisis crítico*, pp. 55-58.

⁴³ Insiste en esta tesis particularmente ALCALÁ-ZAMORA, en varios trabajos como *A propósito de una planeada ley procesal civil hispanoamericana*, en “Estudios procesales”, Madrid, 1975,

rales de este trabajo legislativo y el concreto sistema de principios que refleja el proceso ordinario regulado en el mismo.

Entre los rasgos generales de la LEC de 1855 la doctrina ha resaltado críticamente su imperfecta sistemática⁴⁴ y la conservación de una excesiva variedad de tipos procedimentales.⁴⁵ Se la podría criticar también, desde un punto de vista actual, ser una ley exclusivamente procedimental, sesgo que también influyó en el contenido de la LEC vigente.⁴⁶ En la LEC de 1855 no es posible hallar normas sobre el litisconsorcio y la intervención, sobre el régimen de eficacia en general de los actos procesales, respecto a las clases de tutela jurisdiccional postulables en el proceso de declaración y tampoco sobre la cosa juzgada y su extensión objetiva y subjetiva. Tal vez el casi exclusivo procedimentalismo de la ley merezca cierta comprensión si la contemplamos desde su momento histórico,⁴⁷ pero sin duda explica actuales insuficiencias de textos legales que la siguieron por ese camino.

Veámos ahora el sistema de principios a que responde el proceso ordinario de la LEC 1855:

1) El principio de contradicción es cuidadosamente respetado (para el emplazamiento inicial: arts. 227-232), pero yo destacaría dos inconvenientes de este principio por su relación con la escritura del procedimiento: la falta de concentración hace necesarias una pluralidad de citaciones para actos distintos (así, para la práctica de cada prueba, arts. 278, 303, 304, 305); para que las partes puedan tomar conocimiento de las actuaciones se establece con exceso la técnica de la entrega de autos (art. 234: para contestar demanda; art. 273: para proponer prueba; arts. 528-529 para alegar de bien probado), más dada a posibilitar retrasos que la entrega de copias y la exhibición en secretaría.

2) En el principio de igualdad, la única concesión a planteamientos de igualdad real entre las partes es la defensa por pobre (arts. 79-200), con la que la ley se muestra cicatera hasta el plano de la expresión literal de ciertos preceptos (art. 180: "Para los efectos de esta Ley, sólo se reputan pobres los que sean declarados tales por los Tribunales y Juzgados", los que, a su vez, "sólo declararán pobres: 1º... " art. 182).

3) En cuanto a la iniciación y objeto del proceso, rige el principio dispositivo, pero sólo hay referencia a la demanda (art. 224) y a la congruencia (art.

pp. 197-199; *La reforma del enjuiciamiento civil español y el mundo procesal hispanoamericano*, también en "Estudios procesales", pp. 205-206; *Introducción al estudio de los procedimientos ordinarios*, cit., pp. 71-73; *Conmemoración de la Ley de enjuiciamiento civil de 1855 y del Tratado de Caravantes al cumplirse su primer centenario*, en "Nuevos estudios de Derecho procesal", Madrid, 1980, p. 300; *Aciertos terminológicos e institucionales del Derecho procesal hispánico*, en "Estudios de teoría general e historia del proceso", II, México, 1974, p. 416. Véase también VESCOVI, *Elementos*, cit., pp. 7-8.

⁴⁴ FAIREN, *Estudio histórico*, cit., pp. 444-445; ALCALA-ZAMORA, *Introducción al estudio de los procedimientos ordinarios*, cit., pp. 72-73.

⁴⁵ FAIREN, *Estudio histórico*, cit., p. 445.

⁴⁶ Sobre esta característica en la LEC vigente MONTERO, *Análisis*, p. 71, 113-123.

⁴⁷ ALCALA-ZAMORA, *Bases de trabajo*, cit., pp. 160-162.

61), ninguna a los actos de disposición de las partes (renuncia, allanamiento, transacción).

4) Respecto a la introducción y prueba del material de hecho, rige el principio de aportación de parte: aunque no se regula expresamente la admisión de hechos, se establece la necesidad de petición de alguna de las partes para recibir el pleito a prueba y la eficacia vinculante para el juez del convenio entre aquéllas para que el pleito se falle sin prueba; también se recogen ciertos poderes oficiales complementarios del juzgador en materia de prueba (art. 48: diligencias para mejor proveer; art. 295).

5) En cuanto a la dirección formal del proceso hay que distinguir dos aspectos. En primer término, respecto al control de admisibilidad de ciertos específicos actos procesales, hay normas que atribuyen al juez poderes oficiales (arts. 13, 19, 226 y 274), pero la admisibilidad del proceso en conjunto en cuanto dirigido a una resolución de fondo sigue relacionada con el expediente técnico de las excepciones dilatorias (arts. 236-250); desde luego, no hay rastro de la idea de que los poderes de dirección deban ejercitarse para favorecer subsanaciones. En segundo lugar, se halla el tema del impulso procesal, que no es oficial sino que depende de la solicitud de las partes (arts. 29 y 35 y el 838, para comprender el significado del acuse de rebeldía).

6) La valoración de la prueba se establece claramente como legal en la de confesión (art. 294), se deja indefinido el sistema de apreciación de la documental (arts. 280-291) y para la testifical se introduce ya la referencia a las reglas de la sana crítica (art. 317).

7) Pero tal vez lo más característico del proceso ordinario de la LEC de 1855 sea el procedimiento rigurosamente escrito por el que aquel proceso discurre. Así: a) la forma de expresión de los actos procesales es la escrita, como lo demuestra, además del régimen singular de cada acto, una norma general como la del art. 7: "Todas las actuaciones judiciales deberán escribirse en el papel sellado que prevengan las leyes y reglamentos".

b) La dispersión de los actos ocupa el lugar de la concentración, pero no sólo se esparcen en un prolongado periodo de tiempo los actos normales del procedimiento, sino que se admiten incidentes con gran amplitud (art. 337: "Los incidentes, para que puedan ser calificados de tales, deben tener *relación más o menos inmediata* con el asunto principal. . ." —art. 228—), que dan lugar *ajenos* a él, los Jueces los repelerán de oficio. . ." —art. 338—), que dan lugar a otros tantos subprocedimientos de tramitación igualmente escrita, y también se permite con gran laxitud la apelación separada de resoluciones interlocutorias (arts. 65, 69, 70, 275 y 349).

c) La preclusión, en este tipo de estructura procedimental, es la técnica para ordenar y hacer avanzar el procedimiento. Se establecen, en consecuencia, una serie de términos o periodos para realizar cada tipo de actividad, uno de esos términos tan inútilmente dilatorio como el de comparecer (art. 227),

relacionado con la *litiscontestatio*.⁴⁸ De todos modos, la eficacia aceleratoria de la preclusión no era de gran efectividad, puesto que, como se vió, el impulso no era oficial, y además los plazos eran por regla general prorrogables (art. 27, 1). Por otra parte las convenientes excepciones a la preclusión (arts. 260, 261, 869), al no poder realizarse con la agilidad propia de un procedimiento oral, se convierten en un nuevo elemento retardatorio. En fin, la preclusión presentaba una absurda limitación: no existía la carga de proponer las excepciones dilatorias en el trámite previo, sino que también podían aducirse al contestar (art. 254), dejando entonces la puerta abierta a una absolución de la instancia, tras un pleito de tramitación completa nada breve.

d) La preclusión conducía por regla general a la eventualidad, aunque con la absurda excepción que puede imaginarse en el caso de que un demandado pudiera articular varias excepciones dilatorias.

e) Aunque el art. 33 estableciera la inmediación en la práctica de la prueba, aun en el caso de que ello fuera respetado, dada la gran distancia temporal entre la prueba y la sentencia, para dictar ésta se acaba por atender a los autos escritos que, según la categoría de los juzgadores, éstos debían o podían ver directamente (arts. 35, 49-50); en los órganos colegiados el conocimiento directo de los autos por los Ministros podía ser sustituido por el apuntamiento, auténtica mediación en segundo grado (art. 35, II).

f) La publicidad general era poco efectiva (dada la forma de comunicación entre los sujetos procesales), a pesar de establecerse expresamente para el despacho ordinario y las vistas por el art. 41.

Con este tipo de proceso ordinario, acogido por la LEC de 1855, venía a triunfar en la primera codificación procesal civil española una de las líneas de evolución histórica del proceso civil en España.⁴⁹ Se trata, como ya antes dijimos, de la línea constituida por el *solemnis ordo iudiciarius* en la específica configuración que éste presenta en la Partida III. La línea de evolución que en aquel momento no fue aprovechada es la de los procesos plenarios rápidos, con origen en la clementina *Saepe contingit* y en los estatutos de las ciudades mercantiles italianas, ese modelo de proceso se desarrolló sobre todo en el proceso mercantil, pero también tuvo manifestaciones en el ámbito del proceso civil. Los principios informadores de este nuevo modelo procesal son, según el resumen del profesor Fairen: "1º Liberación de la *litis contestatio*. 2º. Limitación de las apelaciones interlocutorias. 3º. Liberación del orden legal de los actos, impuesto con gran amplitud anteriormente en el *solemnis ordo iudiciarius*. 4º. Acortamiento de los plazos. 5º. Concesión al Juez de la

⁴⁸ Sobre la perturbadora influencia de esa institución radicalmente inútil en el proceso civil moderno, FAIREN, V., *La "litis contestatio" y sus consecuencias: una perspectiva histórica del proceso*, en "Estudios de Derecho Procesal", Madrid, 1955, pp. 13-57.

⁴⁹ FAIREN, *Estudio histórico*, pp. 435-448 y, en general, todo el trabajo va orientado a mostrar como se llegó a este resultado, desperdiándose otras posibilidades; también, MONTERO, *Análisis*, p. 53.

dirección del proceso para poder repeler actuaciones superfluas. 6º. Concesión al mismo del poder de cerrar la audiencia cuando hallare el proceso suficientemente instruido. 7º. Supresión de formalidades superfluas. . . El juicio se centraba más bien sobre el principio de oralidad, sin que por ello se excluyese la posibilidad de promover actuaciones por escrito".⁵⁰

La quiebra que supuso la LEC de 1855 en la evolución histórica de signo más progresivo del proceso civil español se hizo sentir en España, por las fuerzas estabilizadoras que conlleva una labor codificadora, y también, indirecta pero profundamente, en los países iberoamericanos, que al comenzar a legislar sobre el proceso civil encontraron precisamente en la LEC de 1855 su primer modelo.

6. El éxito de la LEC de 1855 en los países iberoamericanos y desaprovechamiento de mejores legados del Derecho colonial

¿Qué razones pudieron mover a dirigir la atención hacia la LEC de 1855? Alcalá-Zamora ha apuntado varias, de las que yo destacaría tres: la unidad idiomática, la comunidad de cultura jurídica entre España y las ex-colonias —comunidad que, en cuanto a la ciencia del proceso, Alcalá-Zamora personifica, a veces, en Vicente y Caravantes y su obra— y la continuidad respecto al viejo sistema de enjuiciar que suponía aquella Ley y que la hacía fácilmente aceptable por las conservadoras clases forenses.⁵¹

Las dos primeras razones explican efectivamente que se utilizara como modelo el texto de más fácil acceso y comprensión, tanto en el sentido más superficial de esos términos —hallarse escrito en el mismo idioma— como en el más profundo de los mismos —recoger conceptos e instituciones jurídicas conocidos y manejados tanto por los juristas españoles como por los iberoamericanos—. La LEC de 1855, a pesar de sus grandes imperfecciones, vino a satisfacer ciertas necesidades de clarificación y ordenación en el ámbito del proceso civil, inmerso en un marasmo de antiguas leyes y prácticas.⁵¹ bis En cuanto estas necesidades fueran igualmente sentidas en los nuevos estados, la LEC de 1855 aparecía como un texto idóneo para satisfacerlas.⁵¹

Ahora bien, si reflexionamos sobre la incidencia de esa razón que hemos dado en denominar comunidad de cultura jurídica, entiendo que puede

⁵⁰ FAIREN GUILLEN, V., *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1953, pp. 44-45, y el conjunto de la obra, fundamental, con otros trabajos históricos del autor, para el tema de los plenarios rápidos, su origen, evolución y características. Resumidamente sobre estas materias, MONTERO, *Análisis crítico*, cit., pp. 22-31.

⁵¹ ALCALA-ZAMORA, *A propósito de una planeada ley procesal*, cit., p. 197; el mismo, *Introducción al estudio de los procedimientos ordinarios*, cit., p. 73, nota 26.

⁵¹ bis FAIREN, *Estudio histórico*, cit., p. 448; PRIETO-CASIRO, L., *Tratado de Derecho procesal*, I, *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1952, p. 185.

⁵¹ ter ALCALA-ZAMORA, obs. y lugs. citados en nota 52, donde hace referencia a la carencia de códigos en los países iberoamericanos como una de las causas del éxito de la LEC de 1855.

decirse respecto a las codificaciones procesales civiles iberoamericanas, lo mismo que antes se apuntó respecto a la española. A saber, que despreció modelos procesales más adecuados a las necesidades sociales, que estuvieron vigentes en Iberoamérica en la época colonial y que también formaban parte del acervo jurídico hispánico.

En primer lugar, nos encontramos con la jurisdicción mercantil y su proceso. Fueron erigidos consulados en México,⁵² Lima⁵³ y Buenos Aires.⁵⁴ Los consulados actuaban, según las características del proceso mercantil, breve y llanamente, sin forma de juicio, a verdad sabida y buena fe guardada, expresiones todas ellas reveladoras de la estructura de un proceso plenario rápido.⁵⁵

Ha de hacerse notar también que, como eficaz complemento de la vigencia en los países iberoamericanos del proceso mercantil, precisamente en Lima, en 1617, se edita por vez primera el *Labyrintho de comercio terrestre y naval* que, posteriormente integrado bajo el título más conocido de otra obra del mismo autor —*Curia Philippica*—,⁵⁶ es considerada una de las mejores exposiciones del proceso mercantil.⁵⁷ La *Curia Philippica* alcanzó también en América una considerable difusión⁵⁸ y pudo haber facilitado que del régimen

⁵² La disposición que aprueba la creación del Consulado de México está recogida en la Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias, Libro IX, título XXXXVI, Ley 1. La ley XXVIII del mismo libro y título, dispone su forma de proceder, según la cual hará "primero relación simplemente el Actor de su demanda y de las causas que para ella tiene; y el Reo de sus excepciones y defensas, para que el Prior y los Cónsules entiendan el caso, y la razón que cada uno tiene, y busquen personas... para que les concierten y excusen de pleitos; y si no quieren hacerlo, **los oigan**, con tanto que no admitan a los unos, ni a los otros, escritos de Letrados, sino que las partes ordenen sus demandas, y respuestas, **para que los pleitos sean más breves** pero se les permite que para ello se puedan aconsejar con un Letrado que los instruya y funde su causa, por claras y buenas razones, no alegando leyes, ni derechos, sino con estilo de Letrado, llano y la verdad del caso...".

⁵³ La disposición aprobatoria de la creación del consulado se recoge en la misma Ley 1, título XXXXVI, Libro IX de la Recopilación de Leyes de Indias. En cuanto al procedimiento véase también la anterior nota 52.

⁵⁴ ALCALA-ZAMORA, *Introducción al estudio de los procedimientos ordinarios*, cit., p. 74; ALSINA, *Influencia de la Ley española procesal civil*, I, Montevideo, 1974, p. 107. El Consulado de Buenos Aires fue creado por Real Cédula de Carlos IV, el 30 de enero de 1794. Aunque no he conseguido encontrar esa disposición, es muy probable que, en orden al procedimiento, las Ordenanzas fueran similares a las dadas en 1937 para el Consulado de Bilbao. Sobre esto último véase FAIREN, *El juicio ordinario*, cit., pp. 88-89.

⁵⁵ Sobre los antecedentes históricos en España del proceso mercantil y sus características FAIREN, *La "litis contestatio" y sus consecuencias*, cit., pp. 28-31, del mismo autor, *Estudio histórico*, pp. 361-365; pero, sobre todo, también del profesor FAIREN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, cit., pp. 80-91.

⁵⁶ MONTERO, *Análisis crítico*, pp. 32-33.

⁵⁷ FAIREN, *Estudio histórico*, cit., pp. 355, 372-373.

⁵⁸ ALCALA-ZAMORA, N., *Evolución de la doctrina procesal*, en "Estudios de teoría general e historia del proceso", I, México, 1974, p. 302; MONTERO, *Análisis crítico*, pp. 32-33; AGUIRRE GODOY, M., *La lucha por la libertad a través del proceso*, en "Libro homenaje a Jaime Guasp", Granada, 1984, p. 11.

del proceso mercantil se extrajeran provechosas lecciones para el perfeccionamiento del proceso civil.

En segundo término, el modelo de los procesos plenarios rápidos tuvo una manifestación específica en las colonias españolas. Como ha recordado Oñate Laborde: "... tales deficiencias (las del sistema judicial castellano) se vieron considerablemente atenuadas por el derecho indiano. Dentro de ese derecho dictado expresamente para las dominaciones ultramarinas, encontramos significativos elementos destinados a adecuar el derecho castellano a las condiciones reales del virreinato y de sus moradores. Así en el terreno de la organización judicial destacan instituciones tales como el Juzgado General de Indias y el Protector de Indios. . . Estas instituciones se vieron acompañadas por varias normas de carácter procesal que consentían el abandono de ciertas formalidades procedimentales en favor de una justicia más expedita y menos costosa".⁵⁹

En la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias encontramos disposiciones de gran interés en el sentido indicado:

1) En general, reflejando claramente el seguimiento del modelo de los plenarios rápidos, la ley X, título X, libro V, según la cuál "Los pleytos entre Indios, ó con ellos, se han de seguir y substanciar sumariamente, según lo resuelto por la ley 83, tit.15, lib. 2, determinar la verdad sabida. . . "; y la ley LXXXIII, título XV, libro II, que ordena no dar "lugar que en los pleytos entre Indios, ó con ellos se hagan procesos ordinarios, ni haya dilaciones, como suele acontecer, por la malicia de algunos Abogados y Procuradores, sino que sumariamente sean determinados. . .".

2) Más específicamente, se regula la gratitud de la justicia al disponerse en la ley XXV, título VIII, libro V, que "atento a la mucha pobreza de los Indios, y a que no dexan de seguir sus pleytos y causas: Mandamos que litigando como actores ó reos, no se les lleven derechos. . . "; y la ejecución provisional de las sentencias que aplican leyes favorables a los indios, respecto a las que se manda que se "hagan guardar, cumplir y executar en todo y por todo, sin embargo de apelación, ó suplicación. . ." (Ley V, título I, libro II).

Lamenta el procesalista mexicano acabado de citar que estos avances del derecho indiano no lograran afianzarse y progresar en periodos posteriores, atribuyendo su falta de influencia a la carencia de una sólida doctrina que los reforzara.⁶⁰

Esa doctrina, acompañante del texto legal, que lo ilustra y desarrolla y que contribuye a afianzarlo entre sus aplicadores, no le faltó; en cambio, a la LEC

⁵⁹ OÑATE LABORDE, *Evolución del Derecho procesal mexicano*, cit., p. 222. Véase también sobre este tema, AGUIRRE, *La lucha por la libertad*, cit., pp. 12-13; y la antología de textos seleccionados por SOBERANES FERNANDEZ, J.L., *Los Tribunales de la Nueva España*, México, 1980, pp. 165-203.

⁶⁰ OÑATE LABORDE, *Evolución del Derecho procesal mexicano*, cit., p. 224. Sobre la incidencia de la doctrina en la orientación que acabó tomando la codificación procesal civil española es interesante MONTERO, *Análisis crítico*, pp. 32-37.

de 1855. Como uno de los elementos específicos de esos factores de unidad idiomática y de cultura jurídica, las obras de los autores españoles dedicadas a la LEC de 1855 facilitaron su arraigo en los círculos jurídicos iberoamericanos, siendo utilizadas para la aplicación de los códigos iberoamericanos similares a aquella ley, hasta que comenzó su producción doctrinal propia.⁶¹ En ese sentido, Alcalá-Zamora destaca el *Tratado* de Vicente y Caravantes, "cuyo extraordinario influjo perdura aún (escribía Alcalá-Zamora en 1952) en la jurisprudencia y en la vida forense de diversos países iberoamericanos, donde ha logrado resistir victoriosa el embate de libros más recientes en tiempo y más modernos en doctrina".⁶² Basta leer las páginas que Vicente y Caravantes dedica en aquella obra a la Instrucción del Marqués de Gerona y, en general, a la LEC de 1855 y a las bases para su formación,⁶² bis para darse cuenta de que su influencia contribuyó a enraizar un pensamiento procesal tradicionalista.

Los dos anteriores factores explicativos de la influencia en Iberoamérica de la LEC de 1855 vieron, sin embargo, muy reforzada su potencia por la presencia de un tercer factor. Según hemos visto la LEC de 1855 supuso muy escasos cambios respecto al sistema de enjuiciamiento secularmente practicado —también en las colonias españolas en América—, de manera que las clases forenses, que se caracterizan por el conservadurismo en materia judicial, se hallaban en la mejor disposición para asimilar leyes procesales cortadas sobre el patrón de la LEC de 1855.⁶³

Para calibrar la decisiva influencia de este último factor basta parar mientes en el episodio de la codificación procesal civil española inmediatamente anterior a la LEC de 1855. Me refiero a la Instrucción del procedimiento civil con respecto a la Real jurisdicción ordinaria, aprobada por Decreto de 30 de septiembre de 1853, habitualmente conocida como Instrucción del Marqués de Gerona. La Instrucción no era un código procesal, ni siquiera configuraba de modo completo y armónico un tipo de proceso distinto al ordinario entonces vigente; se limitó a hacer objeto a este último de una serie de

⁶¹ ALSINA, *Influencia de la Ley española de enjuiciamiento civil de 1855*, cit., p. 309.

⁶² La cita es de ALCALA-ZAMORA, N., *Comemoración de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*, cit., p. 300. Pero este autor se ha referido en múltiples ocasiones a la influencia de **Caravantes** en Iberoamérica; así en *Evolución de la doctrina procesal*, cit., pp. 306-307; *Introducción al estudio de los procedimientos ordinarios*, cit., p. 73, nota 26; *La reforma del enjuiciamiento civil español y el mundo procesal iberoamericano*, en "Estudios procesales", Madrid, 1975; *La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en blanco y negro*, en "Estudios diversos de Derecho procesal", Barcelona, 1985, p. 168.

⁶² bis Son las páginas 96 a la 125 de su *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, 1, Madrid, 1856.

⁶³ ALCALA-ZAMORA, *Introducción al estudio de los procedimientos ordinarios*, cit., p. 73, nota 26; el mismo, *A propósito de una planeada ley procesal civil*, cit., pp. 200-201. Al conservadurismo de las clases forenses se refería también JOFRE para explicar el sorprendente fenómeno de que la "revolución de mayo de 1810" no modificara la justicia colonial, cit. por ALSINA, *Influencia de la Ley española de enjuiciamiento civil de 1855*, cit., p. 296, nota 3.

retoques de gran intensidad, orientados a un objetivo de aceleración. Con esa finalidad: estableció el impulso de oficio, aunque permitió la suspensión del proceso por petición concorde de las partes (art. 57); introdujo medidas generales de aceleración (p.ej., reducción de las posibilidades de entrega de autos, abreviación de plazos e improrrogabilidad de los mismos como regla, supresión del término de personación); intentó acentuar la concentración, aunque con cierta torpeza en algunos supuestos, y dispuso la publicidad en los actos que la admitían; aumentó los poderes del juez, quien podía de oficio recibir el pleito a prueba (art. 13 y 14), acordar del mismo modo cualquier medio de prueba para mejor proveer (art. 65), acentuándose en general sus potestades de control sobre la admisibilidad de los actos de parte (arts. 21, 61). La Instrucción no alcanzó un año de vigencia. Aunque, al parecer, fue bien recibida entre el público no jurista,⁶⁴ la reacción frente a la misma de los profesionales forenses revistió tal intensidad que acabó forzando su derogación.⁶⁵

Es difícil predecir cuál hubiera podido ser el éxito en los países iberoamericanos de una ley procesal española que hubiera recogido y desarrollado los principios que inspiraron la Instrucción del Marqués de Gerona.⁶⁶ Esos son futuribles. La realidad fue la amplia recepción de la LEC de 1855 y, en todo caso, del modelo español de proceso civil.

7. La crisis del sistema de enjuiciamiento civil heredado

Con el transcurso del tiempo, por los cambios políticos, sociales y económicos, frente a ese modelo de proceso civil se han manifestado claras muestras de rechazo e insatisfacción, conducentes a veces a reformas legales y, otras, simplemente expresivas de un estado de opinión cualificado, en cuanto es el de los juristas dedicados al estudio del proceso.

Así, es fácil encontrar en las obras de procesalistas iberoamericanos críticas genéricas al sistema, como que “se sentía la necesidad de adoptar nuevas normas de acuerdo con las exigencias de la vida moderna”⁶⁷ o que era necesaria “la reforma procesal para adecuar las normas procesales a la realidad en que se vive”.⁶⁸

⁶⁴ Véase MONTERO, *Análisis crítico*, cit., pp. 44-45, nota 74.

⁶⁵ Sobre la Instrucción y su vicisitudes, PRIETO-CASTRO, L., *La Instrucción del Marqués de Gerona para arreglar el procedimiento de los negocios civiles con respecto a la Real jurisdicción ordinaria*, en “Trabajos y orientaciones de Derecho procesal”, Madrid, 1964, pp. 869-886; FAIREN, *Estudio histórico*, cit., pp. 425-431.

⁶⁶ Como es lógico, desde la perspectiva iberoamericana de hoy la “Instrucción” es positivamente valorada: VESCOVI, *Elementos para una teoría general*, cit., p. 7.

⁶⁷ MORALES MOLINA, *Curso*, cit., pp. 173-174.

⁶⁸ PARODI, *Legislación orgánica y procesal del Perú*, cit., p. 1012. También sobre la necesidad de actualización LORETO, L., *Principios fundamentales en la reforma del Código de Procedimiento Civil venezolano*, en “Libro homenaje a Jaime Guasp”, Granada, 1984, p. 367.

Más ilustrativas son, sin duda, las críticas que resaltan los defectos específicos de ese modelo de proceso civil.

Se hace notar el insuficiente tratamiento de los problemas de la desigualdad real entre las partes en el proceso.⁶⁹

No se estiman suficientes los poderes atribuidos al juez en materia de prueba y de dirección formal del proceso, aunque se hace notar que aquellos poderes de los que se halla investido no los ejerce de hecho, acostumbrándose a una posición de espectador, sólo activo en el momento de la sentencia.⁷⁰ Para este último sorprendente fenómeno avanza De la Rúa una explicación que vincula el problema de la pasividad del juez, a la falta de intermediación (un componente de la oralidad) en el procedimiento.⁷¹

Se deplora la subsistencia en algún ordenamiento del impulso de parte,⁷² así como de ciertas manifestaciones de valoración legal de la prueba,⁷³ aunque en esta última materia se destaca como especialmente digna de aprecio la fórmula característica del procesalismo iberoamericano de valoración de la prueba según las reglas de la sana crítica.⁷⁴

Pero la mayor repulsa la suscita, sin duda, el principio de escritura que domina el procedimiento. A la escritura se la considera una causa importante de la excesiva duración de los procesos, así como al sistema de oralidad un instrumento adecuado de aceleración.⁷⁵ Pero más allá de estos efectos, dignos de consideración de la forma del procedimiento, se ha llegado a comprender

⁶⁹ COUTURE, E., *Trayectoria y destino del Derecho procesal civil*, cit., pp. 331-312; OÑATE LABORDE, *Evolución del Derecho procesal mexicano*, cit., p. 253; SARMIENTO, J.G., *Consideraciones sobre la reforma del Código de Procedimiento Civil venezolano*, en "Libro homenaje a Jaime Guasp", Granada, 1984, pp. 557-558.

⁷⁰ COUTURE, *Trayectoria y destino del Derecho procesal civil*, cit., p. 315; VESCOVI, *Elementos para una teoría general*, cit., pp. 14, 20-21; OÑATE LABORDE, *Evolución del Derecho procesal mexicano*, cit., p. 253; SARMIENTO, *Consideraciones sobre la reforma*, cit., pp. 555-556; BERIZONCE, R.O., *Evaluación provisional de una investigación empírica trascendente para el mejoramiento del servicio de Justicia*, comunicación presentada a las IX Jornadas iberoamericanas de Derecho procesal (Madrid, 1985), apartado IV de su texto mecanografiado que es el que manejo.

⁷¹ DE LA RUA, F., *Principios procesales y poderes del juez*, en "Proceso y justicia", Buenos Aires, 1980, pp. 223-224.

⁷² COUTURE, *Trayectoria y destino del Derecho procesal civil*, cit., p. 317; VESCOVI, *Elementos de una teoría general*, cit., p. 16.

⁷³ OÑATE LABORDE, *Evolución del Derecho procesal mexicano*, cit., p. 253; VESCOVI, *Derecho procesal civil*, I, cit., p. 86.

⁷⁴ COUTURE, *Trayectoria y destino del Derecho procesal civil*, cit., p. 319.

⁷⁵ VESCOVI, *Elementos para una teoría general*, cit., pp. 12-14; DEVIS ECHANDIA, *Oralidad y escritura en los procedimientos colombianos y de otras repúblicas latinoamericanas*, en "Estudios de Derecho procesal", II, Bogotá, p. 472; del mismo autor, *La aceleración del proceso judicial y el proceso oral. El caso de Colombia y otros países de la América del Sur*, también "Estudios", II, pp. 558-561; OÑATE LABORDE, *Evolución del Derecho procesal mexicano*, cit., pp. 252-253; RENGEL ROMBERG, A., *El juicio oral en el proyecto de Código de Procedimiento Civil venezolano de 1975*, en "Libro homenaje a Jaime Guasp", Granada, 1984, p. 493.

que la escritura facilita el distanciamiento del juez, su actitud pasiva en cuanto a la dirección del proceso.⁷⁶

III. A UN DERECHO COMUN DEL MODERNO PROCESO CIVIL

8. La tendencia a la unidad como freno y como impulso.

Se hizo mención más arriba de una difusa tendencia a la unidad entre los países iberoamericanos. Acabamos de considerar en los anteriores apartados que sus sistemas jurídicos —aquí, especialmente, sus ordenamientos procesales civiles— constituyen un signo de identidad común, muy apreciable desde el punto de vista de aquella tendencia.

Ahora bien, cuando se llega a tomar conciencia de las graves deficiencias de la clase de proceso civil que comparten los países iberoamericanos (y España) parece que la opción más razonable y con mayor perspectiva de futuro, si se pretende conservar la comunidad de cultura jurídica en este sector del Derecho, es la de **asumir como una tarea también común la de reformar en profundidad el proceso civil.**

Me parece importante insistir en que tal es la opción preferible, porque no siempre la referencia al valor de la unidad ha servido para impulsar propuestas progresivas. En alguna ocasión la hipervaloración de esa unidad jurídica se ha usado como argumento de freno contra reformas (real o aparentemente) radicales (sin entrar, ahora, en la calidad de las mismas). Así cuando Alcalá-Zamora argumentaba, respecto a cierta reforma intentada en España, que “Sería insensato que nosotros, procesalistas españoles, en lugar de mantener vivo ese lazo, lo destruyésemos, mediante la promulgación de un código flamante que rompa de un plumazo cuanto hasta la fecha existe de común en el enjuiciamiento civil de habla castellana, tanto del viejo como del nuevo mundo”.⁷⁷ El argumento se reproduce en esencia en la “exposición al Gobierno” de un grupo de profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas, partidarios de una opción de mera actualización y corrección —predominantemente técnicas— de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.⁷⁸

A mi juicio, el Código modelo simboliza una acogida decidida de la primera opción: avanzar unidos hacia un proceso civil moderno, frente a

⁷⁶ VESCOVI, *Elementos para una teoría general*, cit., p. 18; SARMIENTO, *Consideraciones sobre la reforma*, cit., p. 553.

⁷⁷ La cita es de ALCALÁ-ZAMORA, *La reforma del enjuiciamiento civil español*, cit., p. 210. El argumento se repite en esencia en ALCALÁ-ZAMORA, *Acertos terminológicos e institucionales del derecho procesal hispánico*, cit., pp. 418-419; del mismo, *La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en blanco y negro*, cit., pp. 170-171.

⁷⁸ La exposición del argumento puede verse en PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Madrid, 1972, pp. 13-14. En la misma línea véase SERRA, M., *Balance positivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en “Para un proceso civil eficaz”, (edit. RAMOS, F.), Bellaterra, 1982, pp. 240-241.

simplemente permanecer unidos en el antiguo proceso civil del Derecho común.

Ese progreso común de los países iberoamericanos hacia un proceso civil moderno se intenta alcanzar, mediante el Código modelo, por un camino peculiar. Entre sus características importa destacar, en primer término, que no entra en juego ningún instrumento dirigido más o menos inmediatamente a dotar de imperatividad al texto elaborado. En segundo lugar, como luego veremos, este texto se ha ido formando con la técnica del trabajo científico-jurídico y no tiene más (ni menos) valor que el de otros resultados de un trabajo de esa naturaleza. Pero, en fin, en vez de producirse con la desconexión en que la labor de los procesalistas iberoamericanos hubiera podido conducir a proponer una alternativa al antiguo proceso civil y en vez de expresarse en las formas habituales del trabajo científico, es resultado de una labor planificada y se expresa en la forma de un texto normativo.

Para que un proyecto de esa naturaleza pueda aspirar a cierto éxito, es necesaria la concurrencia de dos tipos de factores: unos de procedimiento o de modo de realización del trabajo; otros se refieren al contenido que presenta el resultado final de la labor. No me extenderé, en un caso porque es obvio y en el otro porque ha sido ya tratado, sobre la positiva influencia del idioma común y de estar compartiendo un proceso civil de similares características y también la experiencia de la crisis del mismo.

9. Modo de elaboración y presentación del "código modelo"

Entre los factores relativos al modo de realización del trabajo, resaltaría respecto al Código modelo los dos siguientes.

A) En primer término, que el Código modelo es el fruto de un prolongado trabajo en común de los procesalistas iberoamericanos, colaboración manifestada no sólo en aquellas actividades específicamente dirigidas a la preparación del Código modelo,⁷⁹ sino también en las sucesivas Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que han acogido el debate de los temas de proceso civil más preocupantes, en cada momento, en el ámbito iberoamericano ("Situación y perspectivas de la oralidad en América", "Iniciativa probatoria del Juez en el proceso civil", "El problema de la lentitud de los procesos y sus soluciones", "Saneamiento del proceso y audiencia preliminar", "Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso", etc.).⁸⁰ Este modo de preparación del texto garantiza que se han contrastado las diversas experiencias sobre el funcionamiento real del proceso civil

⁷⁹ Sobre los mismos véase *El Código procesal civil modelo*, cit., pp. 19-35.

⁸⁰ Una breve exposición sobre las actividades desarrolladas en esas Jornadas puede verse en *El Código procesal civil modelo*, cit., pp. 7-13; ALCALÁ-ZAMORA, N., *Pequeña historia de las jornadas latinoamericanas de Derecho procesal*, en "Nuevos estudios de Derecho procesal", Madrid, 1980, pp. 363-375.

en cada país, así como también los posiblemente diferentes planteamientos de *lege ferenda* sostenidos por los especialistas. Esto, además de contribuir a la calidad del texto, favorece su aceptación, porque descarta todo recelo frente a matices de imposición que pudiera aparentar el proyecto.

Deficiencias precisamente en este factor le fueron achacadas por Alcalá-Zamora al intento español de lanzar, con motivo del centenario de la LEC de 1855, la idea de una ley procesal civil hispanoamericana.⁸¹ Escasísima participación de los juristas iberoamericanos en los trabajos,⁸² haberse desentendido de “los códigos vigentes en América, de su literatura procesal, de los numerosos proyectos de reforma elaborados en los últimos años, y nada digamos de las peculiaridades de cada uno de los pueblos que se extienden desde el Río Bravo al Cabo de Hornos”,⁸³ eran los reproches que dirigía a aquel intento el ilustre procesalista español (entonces exiliado). El modo de elaboración del Código modelo se halla, por el contrario, libre de estos defectos.

B) En segundo lugar, me parece positivo que esa propuesta de reforma del antiguo proceso civil se presente en la forma de un Código, de un texto articulado. Ello, por un lado, puede facilitar su difusión, puesto que la recepción de ese texto sólo requeriría alguna adaptación de preceptos, mientras que si se hubieran elaborado unas simples bases, el esfuerzo necesario es mayor, al tenerse que desarrollar principios o conceptos sólo esbozados y que prever sus repercusiones y enlaces.⁸⁴ Por otra parte, como ha advertido Vaccarella, “costituisce un punto di riferimento assi piu sicuro ed efficace di inevitabilmente astrtte enunciazioni dottrinarie”.⁸⁵

Partiendo del reconocimiento de las ventajas de esta forma de presentación, quisiera formular una observación crítica sobre un aspecto de su aplicación en el Código modelo. Se trata de las remisiones que se hacen en varios artículos del mismo a leyes que puedan disponer de otro modo a como lo hace el Código en un extremo determinado.

Dada la naturaleza del Código modelo es del todo evidente que si un país decide integrarlo en su ordenamiento, puede introducir en el mismo o en otro texto las modificaciones que considere conveniente. Ahora bien, para que la opción de redactar un texto articulado siga cumpliendo su fin de orientar de modo más preciso la reforma, es conveniente que las remisiones a otras leyes

⁸¹ Los trabajos más importantes sobre el tema de GUASP, J., *El sistema de una Ley procesal hispano-americana*, y de PRIETO-CASTRO, L., *Principios políticos y técnicos para una Ley uniforme*, pueden verse en “Actas del I Congreso iberoamericano y filipino de Derecho procesal”, Madrid, 1955, pp. 25-127 y 133-237, respectivamente. El conjunto de esta publicación acabada de citar es de interés para conocer el tono de las propuestas de unificación legislativa que se lanzaron en ese Congreso.

⁸² ALCALA-ZAMORA, *A propósito de una planeada ley procesal civil*, cit., p. 180.

⁸³ ALCALA-ZAMORA, *A propósito de una planeada ley procesal civil*, cit., p. 196, desarrollando el argumento en el mismo trabajo, pp. 195-203, e, insistiendo, en *La Ley de Enjuiciamiento civil de 1881*, cit., p. 171.

⁸⁴ ALCALA ZAMORA, *Sobre una planeada ley procesal civil*, cit., p. 201

⁸⁵ VACCARELLA, *Nota introduttiva*, en “Il progetto di Codice tipo...”, cit., p. 18.

expresamente contenidas en el Código modelo, se reserven para aquellas materias que, aunque sean diversamente reguladas, no puedan alterar la teleología global del Código, su equilibrio interno o el régimen de las instituciones más importantes. De ese modo, aunque obviamente no se impedirían modificaciones en tales elementos fundamentales, se clarificaría hasta qué punto son posibles alteraciones respecto al Código modelo sin salirse de sus directrices básicas.

No siempre se ha cuidado este aspecto. Por un lado, nos encontramos en el propio Código con disposiciones de cierto matiz reglamentario, como los artículos 76 (sobre redacción de escritos a máquina o a mano y en forma fácilmente legible) y 81 (sobre recibo de presentación de escritos).

Sin embargo, en extremos más importantes hay expresa referencia a otra ley que pueda establecer disposición distinta. Así ocurre, por ejemplo:

1) En el art. 48 que remite, sin limitaciones orientadoras, a posibles excepciones a la preceptiva defensa por abogado.

2) En el art. 88, permisivo de excepciones no especificadas en el propio Código modelo a la regla general de improrrogabilidad de plazos.

3) La incondicionada posibilidad de excepciones legales en favor de la prueba tasada que reconocen los artículos 130 y 131, puede eclipsar la opción fundamental por la apreciación según reglas de la sana crítica que realiza el Código modelo.

4) Renunciar, como hace el art. 283, a establecer con rigor cuáles pueden ser los incidentes suspensivos, es una puerta abierta a la quiebra de la concentración, elemento importante en un procedimiento oral, como el propugnado por el Código modelo.

5) Un último ejemplo, respecto al "proceso de estructura monitoria": se presupone la tasa de excepciones, pero no se hace respecto a ello la más mínima delimitación, remitiéndose a las "admitidas por las leyes" (art. 313.4); puede que éstas conciban las excepciones con tal amplitud, que carezca de sentido el ordinario posterior previsto en el Código modelo (art. 315.)

10. Elementos tradicionales en el contenido del "Código modelo"

Otro tipo de factores condicionantes del éxito del Código modelo radican en el propio contenido del mismo. Veámoslos.

A) En primer término, el contenido del Código modelo ha de reflejar la terminología y las instituciones del proceso civil que han sido históricamente comunes a los países iberoamericanos, de modo que no se produzca una pérdida radical de continuidad, que siempre generaría rechazo.

Alcalá-Zamora insistió especialmente en la importancia de este factor facilitador de la unificación de la legislación procesal civil en Iberoamérica.⁸⁶

⁸⁶ ALCALÁ ZAMORA, *Sobre una planeada ley procesal civil*, cit., p. 201; del mismo, *Conmemoración de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*, cit., p. 301.

Pero, como ya hemos advertido, tras el Código modelo no sólo hay un intento de unificación, sino también una propuesta de reforma en profundidad del proceso civil, de manera que la incidencia en el contenido del Código del factor que ahora comentamos no podía ser preponderante, a riesgo de decepcionar los afanes reformadores.⁸⁷

No obstante, elementos tradicionales en el proceso civil iberoamericano, gran parte de ellos herencia del pasado español, siguen apareciendo en el Código modelo, como permite comprobar la siguiente relación meramente ilustrativa:

1) Se mantiene la atribución de la competencia para la primera instancia a un órgano jurisdiccional unipersonal.⁸⁸

2) Subsiste el régimen, proveniente el proceso común, de presentación de la demanda al juez con petición de emplazamiento del demandado, en vez de la citación directa,⁸⁹ aunque la posibilidad de que actor y demandado, de común acuerdo, presenten demanda y contestación conjuntamente (art. 120.3), introduce una quiebra en aquel régimen.

3) El art. 182 del Código modelo sigue contemplando las tradicionales diligencias para mejor proveer, a pesar de haberse ampliado los poderes oficiales del juzgador en el momento normal de la actividad probatoria.⁹⁰

4) También hay continuidad en cuanto a las clases de resoluciones judiciales:⁹¹ subsisten las denominaciones y formas de providencia, auto y sentencia, así como los supuestos respectivos de aplicación (arts. 183-185).

5) En el tema de los llamados "procesos preliminares" se dice en la exposición de motivos del Código modelo que "se procura la 'vuelta a las fuentes', reforzando el instituto de antigua prosapia iberoamericana".⁹² Aunque se trate fundamentalmente de un criterio de sistemática legislativa (pues, luego, los contenidos son bastante heterogéneos), su arraigo es tal en Iberoamérica que merecen en el Código modelo una amplia y destacada regulación (arts. 263 al 273, que forman el título I del libro II).

6) La acción de jactancia y las especialidades procesales que genera su ejercicio aparecen reguladas en los arts. 268-270. No se comprende muy bien la subsistencia de esta institución, que tuvo su origen en el Derecho común,⁹⁴

⁸⁷ *El Código procesal civil modelo*, cit., p. 20; GELSI, *El anteproyecto de Código general del proceso*, cit., p. 26.

⁸⁸ GELSI, *El anteproyecto de Código general del proceso*, cit., p. 33; ALCALA ZAMORA, *Aciertos terminológicos e institucionales*, pp. 439-441.

⁸⁹ LIEBMAN, *Istituti del diritto comune*, cit., pp. 504-506.

⁹⁰ ALCALA ZAMORA, *Aciertos terminológicos e institucionales*, cit., pp. 457-458.

⁹¹ *El Código procesal civil modelo*, cit., p. 76.

⁹² *El Código procesal civil modelo*, cit., p. 77.

⁹³ VESCOVI, *Elementos de una teoría general*, p. 41, y, tratando ampliamente sobre esta materia en los diversos ordenamientos iberoamericanos, en la misma obra, pp. 41-50.

⁹⁴ Sobre su introducción y vigencia en los ordenamientos iberoamericanos LIEBMAN, *Istituti di diritto comune*, cit., pp. 502-504.

desde el momento en que el Art. 11.3 del Código modelo reconoce la tutela jurisdiccional merodeclarativa.⁹⁵

7) En el régimen del recurso de apelación y la segunda instancia resaltan dos elementos tradicionales: la conservación de una apelación limitada, con reducidas posibilidades de introducción de "ius novorum" (arts. 223.2 y 227.2 y 3)⁹⁶ y la subsistencia del escrito de agravios, para la interposición fundamentada del recurso (art. 223.1), reminiscencia de un trámite de la apelación en la LEC española de 1855 (art. 849 al 852), aunque el Código modelo adelanta el momento de su realización.

8) La casación presenta rasgos que este recurso adquirió al ser recibido en España, como la omisión del reenvío en la casación de fondo (art. 247.1 y 3).⁹⁷

11. Elementos característicos de un "proceso civil social"

B) Un segundo factor relativo al contenido es, como ya se insinuó al tratar de la subsistencia de elementos tradicionales, la orientación progresista del Código modelo. Este debe configurar —para obtener la máxima aceptación— un proceso civil adecuado a la situación social y económica de Iberoamérica, que satisfaga sus necesidades, y que responda también a los postulados ideológicos más difundidos en sus diversos países y, en ocasiones, positivamente encarnados en los textos constitucionales.

En el ámbito iberoamericano, y con notable anticipación histórica respecto al momento de más amplio desarrollo de los planteamientos que inmediatamente veremos, encontramos dos hitos importantes —aunque de diferente naturaleza: normativo-constitucional, el uno; doctrinal, el otro— de un peculiar enfoque del proceso civil que, andando el tiempo, ha dado en enunciarse con la fórmula sintética de "proceso civil social", o, tal vez buscando rótulos menos ideologizados, se identifica por su atención a los problemas de efectividad o eficacia del proceso civil.

El hito de carácter normativo es la Constitución mexicana de 1917 que, años antes de la de Wimar, que pasa por ser pionera en esta materia, contiene una amplia formulación de derechos sociales y de principios constitucionales en materia socioeconómica. Entre ese contenido nos interesa destacar un precepto referido al proceso civil y que muestra la repercusión de aquella innovadora tendencia social; me refiero al art. 17, que, tras la prohibición de la autotutela, dispone que "Los Tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley; su servicio será gratuito quedando en consecuencia, prohibidas las costas judiciales". Otra cosa es que la rapidez de la justicia y la eliminación de los obstáculos económicos para un

⁹⁵ Acerca de estos problemas VESCOVI, *Elementos de una teoría general*, cit., pp. 43, 49-50.

⁹⁶ ALCALA ZAMORA, *Aciertos terminológicos e institucionales*, cit. pp. 462-463; PRIETO-CASTRO, L., *Limitaciones de la apelación*, en "Trabajos y orientaciones de Derecho procesal", Madrid, 1964, pp. 351-353.

⁹⁷ ALCALA ZAMORA, *Aciertos terminológicos e institucionales*, cit., pp. 463-464.

acceso igualitario a la misma, proclamados por el texto constitucional, no se realicen fácilmente en la práctica.⁹⁸

Por otro lado, en el plano doctrinal, Couture dictó el año 1939, en la Universidad de Córdoba (Argentina) un curso de conferencias, luego publicadas bajo el título "Trayectoria y destino del Derecho procesal civil hispanoamericano".⁹⁹ En ellas el insigne procesalista uruguayo analizaba los postulados políticos y sociales y las repercusiones de esa misma índole del proceso civil contemporáneo, tanto del influido por un liberalismo radical, como del dominado por ideologías totalitarias. Concluía que "en el derecho procesal civil individualista, el sistema es un instrumento del hombre; en el derecho totalitario, el hombre es un instrumento del sistema",¹⁰⁰ pero esa antítesis —seguía Couture— debe superarse y para ello "el derecho procesal de la democracia debe eliminar las bases del individualismo, y formular todo un sistema que sea la expresión misma de este régimen, que es el de la defensa de nuestra propia condición humana. El hombre es un fin en sí y no un medio del que puedan servirse otros hombres, y ese hombre sólo se concibe subordinando sus propias dignidades a los requerimientos del bien común y no del bien de otro individuo".¹⁰¹

Estas aportaciones se incorporan, sin duda, a la corriente que, teniendo en la obra de Franz Klein el punto de iniciación más destacado¹⁰² en nuestra época, en los tiempos recientes no ha hecho más que acrecentar su importancia y perfilarse: el estudio del proceso como realidad social, pero no con la única finalidad de obtener un conocimiento teórico del funcionamiento de hecho de la institución procesal, sino fundamentalmente para valorar si el régimen jurídico de aquélla es adecuado a los fines que debe alcanzar y si son efectivas para todas las personas, cualquiera sea su condición, las garantías que (en principio) supone la existencia de la jurisdicción y del proceso, y, tras esa valoración, para configurar los instrumentos apropiados para un ajuste más perfecto entre norma y realidad social.¹⁰³

⁹⁸ OÑATE LABORDÉ, *Evolución del Derecho procesal mexicano*, pp. 235-236, 239-240, 244-246 y 252-253.

⁹⁹ La maneja en su edición en "Estudios de Derecho procesal", I, Buenos Aires, 1978, pp. 291-342.

¹⁰⁰ COUTURE, *Trayectoria y destino*, cit., p. 341.

¹⁰¹ COUTURE, ob. y lug. citados en nota 100.

¹⁰² WASSERMANN, R., *Der soziale Zivilprozess*, Neuwied, 1978, pp. 52-57, aunque se refiere también a Anton MENDER. En los autores españoles la figura y la obra de KLEIN suele evocar, justamente, el recuerdo del Marqués de Gerona: ALCALA ZAMORA, *Aciertos terminológicos e institucionales*, cit., pp. 453-454; FAIREN, *Estudio histórico*, cit., p. 428.

¹⁰³ La bibliografía sobre esta materia es amplísima. A los efectos de este trabajo he consultado *Effectiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung*, ponencias generales del Congreso Internacional de Derecho procesal de Würzburg (1983), editadas por HABSCHEID, Bielefeld, 1983; las ponencias belgas a ese mismo Congreso han sido publicadas bajo el título *Effectiveness of judicial protection and the constitutional order*, Deventer, 1983; en cuanto a los trabajos del

La consideración del grado de desarrollo y del nivel de vida en los países iberoamericanos exige, con mayor intensidad incluso que en países económicamente más avanzados, que el proceso civil se configure de modo que la tutela en él dispensada sea efectiva y, muy especialmente, de manera que resulte accesible a las amplias capas de población social y económicamente postergadas,¹⁰⁴ lo que requiere eliminar, principal aunque no únicamente, su excesiva carestía y duración y las causas que las originan.

El Código modelo responde, como inmediatamente veremos, a estas orientaciones progresistas. Sus resultados en este aspecto son en conjunto correctos, aunque, como es normal, son inevitables ciertas objeciones técnicas frente a algunas disposiciones.

Examinemos sus innovaciones de mayor interés.

1) En el régimen de la tutela jurisdiccional me parece especialmente destacable, en primer término, el amplio reconocimiento de la tutela mero declarativa y mediante la condena a prestación futura (art. 11.3; el art.317 completa el régimen de la condena de futuro con una norma conveniente en el proceso de ejecución).

La tutela cautela también se concibe con amplitud, en el doble sentido de que se prevé la posibilidad de medidas indeterminadas (art. 279 in fine) y de que no se retringe el alcance de las medidas cautelares a lo meramente asegurativo (art. 280).

En la tutela ejecutiva, el régimen de la ejecución provisional (arts. 230, 245, 321) contribuirá a evitar el abuso de los recursos como táctica dilatoria y las medidas para la ejecución de prestaciones no pecuniarias (arts. 330-332) impedirán un tránsito excesivamente fácil a la ejecución genérica.

En fin, la regulación expresa de la legitimación para instar la tutela de intereses colectivos y difusos (art. 53, a relacionar con 194) fomentará la protección de ciertos intereses que, en defecto de aquel tratamiento, permanecerían de hecho sin defensa.

2) Curiosamente el Código modelo no presenta demasiadas disposiciones específicas que sean fruto de la preocupación por la igualdad real de las partes en el proceso.

Congreso de Gante (1977) sobre humanización de la justicia sólo he podido examinar las ponencias alemanas publicadas por GILES, P., *Humane Justiz*, Kronberg/T.S., 1977; CAPPELLETTI, M., *Giustizia e società*, Milano, 1977, autor que también ha de ser ahora recordado como editor general de la serie de publicaciones en torno al tema *Acces to justice*; MORELLO, A.M., BERIZONCE, R.O., HUIJTERS, J.C. NOGUEIRA, C.A., *La justicia entre dos épocas*, La Plata, 1093; BAUR, F., *La socialización del proceso*, Salamanca, 1980; WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess*, cit.; *Para un proceso civil eficaz*, edit. F. RAMOS, cit.; FIX ZAMUDIO, *Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso*, ponencia para las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Madrid, 1985), que manejo en versión mecanografiada; RAMOS MENDEZ, F., *La eficacia del proceso*, en *Justicia* 82, II, pp. 97-113 DEVIS ECHANDIA, H., *La contribución de la sociología jurídica a la reforma de las leyes procesales*, en "Libro homenaje a Jaime Guasp", Granada, 1984, pp. 169-185.

¹⁰⁴ DEVIS ECHANDIA, H., *La contribución de la sociología jurídica*, cit., pp. 169-175.

Esta idea, sin embargo, subyace en las grandes opciones del Código en el sentido de aumentar los poderes del juez y de establecer un procedimiento oral.

Disponer la defensa por abogado como regla general (art. 48) elimina desigualdades naturales entre las partes, pero abre paso a las desigualdades socioeconómicas, sin que el Código modelo prevea ninguna directriz sobre el régimen de la asistencia jurídica gratuita.

Un especial tratamiento en favor de la posición de la parte más débil en procesos sobre determinados objetos parece disponer el art. 310.2º a 4º.

3) El principio dispositivo rige en el sentido de que el proceso sólo se inicia a instancia de parte, quien, además, fija su objeto, con el que el juzgador habrá de ser congruente, y puede terminarse con actos de disposición de las partes. Todo ello con excepciones que son normales incluso en países de régimen no comunista.

Sin embargo, al juzgador se le encomiendan ciertas funciones respecto a la fijación de las pretensiones y las defensas de las partes: en general, las dirigidas a lograr la **aclaramiento de las mismas**, si sus extremos fueran oscuros o imprecisos (art. 301.1º) ¹⁰⁵; especialmente, en procesos sobre ciertos objetos, pueden alcanzar a la **información sobre los derechos que asisten a la parte** (art. 310.2º), dejando luego a ésta la libertad de su ejercicio.

Con referencia a las alegaciones de carácter conclusivo (por tanto el tema ya no entra en la esencia del principio dispositivo, aunque si afecta al tratamiento del fondo) el art. 303.6 confiere al tribunal facultades para precisar los extremos sobre los que áquellas deben versar.

4) La regulación de la introducción y prueba de los hechos parecía quererse guiar por unos principios muy claros, pero, salvo error mío, no se ha logrado plasmar adecuadamente en las disposiciones.

Se partía de la diferencia entre la aportación de los hechos y la prueba de los mismos: la primera correspondía a las partes; la segundo a las partes y al juez.¹⁰⁶

Pues bien, lo primero se ha trasladado inequívocamente al articulado —o, en todo caso, con la única duda del posible significado del art. 184.4—: el juez no interviene en la aportación de hechos más que a los efectos aclaratorios antes indicados.

En cambio, el segundo aspecto no ha quedado tan claro. Aunque es cierto que una amplia serie de disposiciones proclaman. Las facultades probatorias oficiales del juez (arts. 165, 175, 176, 139, 151, 152, 168 y 171), su exacto alcance depende en definitiva de cómo se resuelva la antinomia existente entre dos disposiciones básicas en esta materia: el art. 33.4º, que establece que el Tribunal está facultado “para ordenar las diligencias necesarias para **esclare-**

¹⁰⁵ *El Código procesal civil modelo*, cit., pp. 63-64; GELSI, *El anteproyecto de Código general del proceso*, cit., p. 33.

¹⁰⁶ *El Código procesal civil modelo*, cit., pp. 41-42; GELSI, *El anteproyecto de Código general del proceso*, cit., p. 33.

cer la verdad de los hechos controvertidos”, y el art. 34.2, que dispone el deber del Tribunal de emplear las facultades y poderes que le concede el Código para . . . la *averiguación de la verdad de los hechos alegados* por las partes”.

Según la primera norma, la admisión de hechos por las partes (art. 127) o actitudes equivalentes (me parece que el Código modelo abusa de la *ficta confessio* preceptiva: arts. 120.2, 139.4 y 177.3; aunque véase también el art. 143.3) cierran el paso a la actividad probatoria oficial. La segunda disposición no conduce a esa consecuencia, aunque tampoco hace automática la iniciativa probatoria del juez respecto a hechos admitidos, sino que le deja libre para adoptarla si no está convencido de la verdad resultante de la admisión.

5) En cuanto a la valoración de la prueba ya hemos indicado que el Código modelo elige como regla general la valoración libre, aunque con ese especial matiz español e iberoamericano de atenerse a las reglas de la sana crítica (arts. 130 y 131), todo lo cual se acompaña de una eficaz disposición sobre el análisis de las pruebas practicadas (art. 130), para que la libertad de apreciación no sirva para escamotear en parte el deber de motivación.

Si esto acerca el modo de determinación de la verdad en el proceso al que es normal en el ámbito de las relaciones humanas, la desaparición en el propio Código modelo de la prueba tasada no es completa. Contiene excepciones el art. 143, sobre los efectos de la confesión, los arts. 160 y 163, respecto a la prueba documental y (ya sin posibilidad de explicar la excepción por el mecanismo de la admisión de hechos) el art. 172.

6) Otro campo en que el Código modelo propicia una ampliación y perfeccionamiento de los poderes del juez es el de la dirección formal del proceso. Esto era casi imprescindible con vistas al establecimiento de un procedimiento oral.

Genéricamente la efectividad de las órdenes del juez se refuerza con un régimen adecuado de constricciones y astringencias (art. 320).

Se establece el impulso oficial (arts. 3 y 88), aunque permitiendo la suspensión del curso de los plazos por acuerdo de las partes (art. 88.1), lo que resulta un tanto sorprendente si se entiende literalmente (porque no parece lógico generalizarlo sin más a cualquier plazo), pero también si se entiende como posibilidad de suspender el proceso. Sorprende igualmente que esa suspensión no pueda conducir a la caducidad de la instancia (art. 205.1).

Respecto a los requisitos condicionantes de la admisibilidad del pronunciamiento de fondo que tiene mayor trascendencia, se regula con nitidez su tratamiento como presupuestos procesales (arts. 33.2º y 123,II), abandonándose el viejo sistema de excepciones dilatorias, que daba excesiva e injustificada beligerancia en esta materia a las facultades de la contraparte.¹⁰⁷

Pero lo más destacado desde el punto de vista de la efectividad del proceso y de atender a su función social, me parece que es haber orientado el régimen de la dirección formal del proceso hacia el desenvolvimiento útil de éste, en el

¹⁰⁷ VESCOVI, *Elementos para una teoría general*, cit., pp. 69-70.

sentido de que conduzca al pronunciamiento de fondo válido y eficaz. Esto se observa en el régimen de la audiencia preliminar, que permite cortar procesos que por vicios insubsanables no alcanzarían aquel objetivo;¹⁰⁸ en el signo positivo de las facultades de control de los presupuestos procesales y de la eficacia de los actos, más orientadas a prevenir defectos y a subsanarlos, que a pronunciar sus consecuencias frustrantes del fin del proceso (arts. 33.2º y 9º, 112.1, 301.5º y 302.3 y 4); y en la ordenación prudentemente restrictiva de las nulidades (arts. 104-109 y 240)¹⁰⁹

7) Llegamos así a la innovación más esperanzada y esperanzadora del Código modelo: la articulación de un procedimiento oral.

Es intensa la conexión que existe entre ella y el modelo de un proceso civil social. De una parte, la reiterada referencia a esta forma procedimental como la más adecuada para el ágil y fructífero contacto entre los sujetos del proceso,¹¹⁰ evoca la mención de Wassermann de la comunicación como una de las exigencias del proceso civil en el Estado social de Derecho. III por otro lado, en la exposición de motivos se mantiene que el proceso oral "es el único que permite el efectivo acceso a la Justicia, que hoy se reclama insistentemente para el cumplimiento del fin social de dicho proceso. En especial el acceso de aquellos que por su condición económica y cultural no están en condiciones de afrontar los costos, los formalismos y la duración excesiva de un proceso escrito".¹¹²

En el procedimiento oral del Código modelo se utiliza la escritura en la medida conveniente:¹¹³ son escritas la demanda (art. 110) y la contestación (art. 120.1), la reconexión (art. 126) y contestación a la misma (art. 298.2), la expresión de agravios y contestación a ella (art. 223), etc.; también las resoluciones judiciales (art. 184.1); en fin, la escritura se usa también para documentar la actividad procesal desarrollada en la medida en que sea necesario conocerla en instancias y recursos posteriores (arts. 97, 98, 175, 176, 303.5).

Se establece el principio de intermediación (art. 8), al que se acompaña una regulación muy restrictiva de las posibilidades de delegación por parte de los titulares del órgano jurisdiccional (art. 8, 18 y 19). Pero, a mi juicio, hubiera sido aconsejable una formulación del requisito de la identidad física de los titulares del órgano a lo largo del proceso, más drástica que la contenida en el art. 96.1. Tampoco el régimen de la prueba traslada, que establece el art. 135,

¹⁰⁸ *El Código procesal civil modelo*, cit., pp. 60-63, aunque en la audiencia preliminar también se cumple la finalidad de subsanación que inmediatamente después apuntamos en el texto.

¹⁰⁹ GELSI, *El anteproyecto de Código general del proceso*, cit., p. 35.

¹¹⁰ *El Código procesal civil modelo*, cit., pp. 38-39; GELSI, *El anteproyecto de Código general del proceso*, cit., pp. 28-29; VESCOVI, *Elementos para una teoría general*, p. 18.

¹¹¹ WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess*, pp. 88-89.

¹¹² *El Código procesal civil modelo*, cit., pp. 39-40

¹¹³ *El Código procesal civil modelo*, cit., p. 38.

es muy acorde con la oralidad y la inmediación, aunque favorezca la economía procesal.

En la concentración hay que distinguir dos aspectos. La concentración procedimental, que requiere la continuidad en un periodo de duración razonable de los actos orales del procedimiento y de la sentencia que en ellos ha de basarse; a establecerla en el Código modelo se destinan el art. 96, los arts. 301, 302.5 y 6 y 303, que disponen la realización de tales actos como máximo en dos audiencias (preliminar y complementaria), y los arts. 301.5º y 303.2, que regulan con la restricción posible la suspensión de las audiencias.

A la concentración del contenido del proceso contribuyen los arts. 214.1, 216.1 y 3, 222 y 284, aunque, como ya hemos visto, se opta razonablemente por el debate y resolución previa de las cuestiones que puedan determinar inadmisibilidad del pronunciamiento de fondo o nulidad del proceso.

Para posibilitar la concentración se estimula a las partes, mediante normas de preclusión, a que formulen en los escritos de demanda y contestación la pretensión y alegaciones de ataque y defensa, así como la proposición de los medios de prueba de los que quieran valerse (arts. 111, 121 y 122), aunque esa preclusión tiene excepciones (arts. 114.2, 301.1º y 6º). Por otra parte, el Tribunal debe preparar diligentemente la práctica de los medios de prueba admitidos para que pueda tener lugar, como máximo, en la audiencia complementaria (arts. 301.6º y 303.1).

Rige el principio de publicidad, con las habituales limitaciones (art. 7), aunque el modo de publicidad consistente en la expedición de testimonios y certificaciones se trata con cierta rigidez en el art. 100.

IV. DIFERENTES EXPECTATIVAS DE DIFUSION DEL "CODIGO MODELO"

12. Difusión legislativa.

En la presentación del Código modelo se reitera que éste no tiene la pretensión de regir en ningún país en forma efectiva.¹¹⁴ Pero, sin duda, la función que persigue cumplir (orientar la reforma del proceso civil en un sentido progresista) y el modo elegido para cumplirla (desarrollar los principios con precisión en un texto articulado), se realizarían en un grado óptimo si fuera tramitado y aprobado como ley en la mayor parte de los países iberoamericanos.

En apartados anteriores hemos ponderado las buenas cualidades del Código modelo, que pueden favorecer su aceptación, tanto por el modo de elaboración del texto, como por su contenido. En estas últimas páginas quisiera dedicar alguna reflexión a las perspectivas reales de difusión del Código modelo.

¹¹⁴ *El Código procesal civil modelo*, cit., pp. 6, 17-18.

De entrada hay que reconocer que a nadie se le oculta que la vía de difusión del Código modelo consistente en su introducción como ley en los diversos ordenamientos iberoamericanos, no conducirá a grandes resultados.

Una cierta pero imprecisa tendencia a la unificación y una clara toma de conciencia en la doctrina (y tal vez en ámbitos más amplios) de la crisis del proceso civil en los países iberoamericanos, no parecen factores de potencia suficiente para vencer las normales resistencias de las soberanías estatales.

De los obstáculos genéricos para culminar una labor unificadora con profundo sentido reformador en el campo del proceso civil, pueden dar idea dos consideraciones. En primer lugar, que en importantes países iberoamericanos de estructura federal (México, Argentina) no se ha logrado superar la diversidad de régimen procesal de los estados componentes de la federación.¹¹⁵ En segundo término, que en conjuntos de países con mayor grado de cohesión política e institucional que el que puedan presentar los países iberoamericanos, como la Comunidad Económica Europea, no siempre resulta fácil la aconsejable aproximación de legislaciones y ello aunque ésta sólo afecta, a veces, a intereses más definidos y sectoriales. Comprensibles son pues las dificultades que pueden hallar un texto destinado a regir el ejercicio de una de las manifestaciones de la potestad jurisdiccional del Estado.

Añádase a lo dicho, que una reforma procesal, a diferencia de las reformas en ciertos otros sectores del ordenamiento, compromete siempre la prestación de un servicio por el Estado y, por tanto, afecta al gasto público y plantea el problema de su financiación. Las grandes opciones presupuestarias podrían ciertamente replantearse, haciendo pesar al adoptarlas el grado de prioridad que constitucionalmente corresponde al Poder Judicial y su función en un Estado de Derecho. En ese sentido, el propio Código modelo propone la generalización de la norma constitucional costarricense que reserva al Poder Judicial un porcentaje fijo del presupuesto (art. 26 Código modelo).¹¹⁶ ahora bien, en todo caso no habría que olvidar que las posibilidades de expansión del gasto público en los países iberoamericanos son muy limitadas y ello condiciona la efectividad de este tipo de reformas.

Especialmente de la reforma que constituye una de las grandes aspiraciones del Código modelo: la introducción de un procedimiento oral.

Dejemos a un lado las dificultades que pueden oponerse a la efectividad de esa clase de procedimiento por el enraizamiento en los profesionales forenses de una mentalidad formada durante muchos años en los esquemas propios de

¹¹⁵ ALCALA ZAMORA, *A propósito de una planeada ley procesal civil*, cit., p. 200; del mismo autor *Unificación de la legislación procesal en México y Unificación de los Códigos procesales mexicanos tanto civiles como penales*, ambos trabajos en "Derecho procesal mexicano", 1, México, 1985, pp. 5-11 y 12-49, respectivamente.

¹¹⁶ *El Código procesal civil modelo*, cit., pp. 43-44; VESCOVI, *Elementos para una teoría general*, cit., p. 25.

un procedimiento escrito. Estas dificultades todavía podrían superarse con la aplicación de técnicas apropiadas.¹¹⁷

Más graves parecen, desde la situación económica de los países iberoamericanos, los problemas de financiación de una reforma de aquel estilo. La necesidad de un mayor número de jueces y de la dotación de medios adecuados para que un procedimiento oral se desarrolle efectivamente de acuerdo con las previsiones legales, ha sido continuamente apuntada por procesalistas iberoamericanos, sea al evaluar resultados de reformas, sea al planificarlas,¹¹⁹ reconociéndose la dificultad de cumplir aquellos condicionamientos en la realidad iberoamericana.¹²⁰ Aunque es razonable la advertencia, que se traduce incluso en una concreta disposición del Código modelo (art. 28), de que la oralidad del procedimiento, si bien requiere aumentar el número de jueces, permite reducir el de personal auxiliar,¹²¹ no creo que las consecuencias de esto sobre la modificación de la estructura de los gastos de personal disminuya esencialmente la gravedad de los problemas antes enunciados.

13. Difusión "jurisprudencial"

Junto a su incorporación a los diversos ordenamientos como ley, existe otra vía a través de la cual el Código modelo puede hacer notar, al menos en cierta medida, su influencia, a la vez unificadora y reformadora, en el proceso civil de los países iberoamericanos. Me refiero a la vía "jurisprudencial", entendida esta expresión en sentido amplio, como modo de entenderse y practicarse el Derecho en las resoluciones de los tribunales, pero también formando parte de aquella vía la actividad de postulación de los abogados, en cuanto condiciona la respuesta de los tribunales, así como la labor, de matiz más teórico, de estudio e investigación del Derecho del proceso, en cuanto llegue a entablar con las dos actividades antes citadas una relación de recíproca influencia.¹²²

¹¹⁷ Sobre estos problemas en relación con la introducción de la oralidad en la reforma venezolana de 1975, RENGEL ROMBERG, A., *El juicio oral en el proyecto de Código de Procedimiento Civil venezolano de 1975*, en "Libro homenaje a Jaime Guasp", Granada, 1984, pp. 493-500.

¹¹⁹ DEVIS ECHANDIA, H., *La contribución de la sociología jurídica*, cit., p. 181; del mismo, *Oralidad y escritura en los procedimientos colombianos*, cit., pp. 471-479; del mismo, *La aceleración del proceso judicial y el proceso oral. El caso de Colombia y otros países de América del Sur*, en "Estudios de Derecho Procesal", II, Bogotá, 1980, pp. 557-572; GELSI, *El anteproyecto de Código general del proceso*, cit., p. 28; ALCALA ZAMORA, *La Ley de enjuiciamiento civil de 1881*, cit., p. 193; SARMIENTO, *Consideraciones sobre la reforma*, cit., pp. 554-555; DELA RUA, F., *Procesos lentos y reforma urgente*, cit., pp. 226-233. La misma preocupación se muestra en la exposición de motivos del Código Modelo, en *El Código procesal civil modelo*, cit., p. 83.

¹²⁰ DEVIS ECHANDIA, *La aceleración del proceso judicial*, cit., p. 561; SARMIENTO, *Consideraciones sobre la reforma*, cit., p. 555.

¹²¹ *El Código procesal civil modelo*, cit., pp. 58-59, nota 49

¹²² Véase GORLA, *Unificazione "legislativa" e unificazione "giurisprudenziale"*, cit., pp. 652-703.

Ciertamente no todo el contenido del Código modelo es apto para difundirse por esa vía y ello no tanto porque genéricamente el Derecho procesal esté sometido al principio de legalidad, cuanto porque hay normas procesales cuya aplicabilidad depende de otras precisas normas de organización, pero sobre todo, porque hay muchas normas cuya enunciación es muy descriptiva y dejan escaso margen de libertad a sus aplicadores.

Así, no parece posible en principio que un procedimiento oral como el preconizado por el Código modelo y configurado por él con una estructura determinada, llegue a introducirse en algún país iberoamericano por la vía de la praxis jurisprudencial. La realización más efectiva y auténtica de las características de un procedimiento oral, mediante una planificada actuación del tribunal y las partes, al estilo del *Stuttgarter Modell*,¹²³ sólo puede darse bajo el imperio de una ley procesal que reúna ciertas condiciones mínimas, pero es absolutamente impensable bajo una ley procesal que prescriba con claridad un procedimiento escrito.

Similares deberían ser las reflexiones respecto a, por ejemplo, la introducción del procedimiento monitorio, igualmente propugnada por el Código modelo.¹²⁴

Sin embargo, hay aspectos menos procedimentales de la materia procesal que resultan más apropiados para que, en la praxis diaria de los tribunales iberoamericanos, a la hora de interpretar las leyes vigentes en cada país, pero, sobre todo, al integrar sus lagunas, dar sentido a conceptos jurídicos indeterminados o precisar el contenido de los principios del Derecho atinentes al proceso, pueden llegar a imponerse soluciones recogidas en el Código modelo o, como mínimo, a jugar un papel importante en la busca de la solución.

Teniendo también en cuenta la experiencia del Derecho español, en el que muchas insuficiencias de la Ley de Enjuiciamiento Civil han sido subsanadas por la labor jurisprudencial,¹²⁵ indicaría una serie de disposiciones del Código modelo que podrían beneficiarse de ese tipo de difusión:

1) El art. 11.3 que formula una norma general de admisión de las tutelas meramente declarativa y mediante condena a prestación futura.

2) Los artículos 55 al 57 y 58 al 65, relativos al litisconsorcio y a la intervención de terceros que, como advierte Vescovi, ya actualmente en algunos ordenamientos iberoamericanos son materias que carecen de un régimen legal completo, lo que suple la jurisprudencia.¹²⁶

¹²³ Sobre el mismo véase BAUR, F., *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung in Prozess*, Berlín, 1966, *passim*; BENDER, R., *Die "Hauptverhandlung" im Zivilsachen*, en "Deutsche Richterzeitung", 1968, pp. 163 ss.

¹²⁴ Especialmente sobre la orientación del Código modelo en este punto VESCOVI, E., (con TORELLO, L. y VIERA, L.), *La reforma del proceso ejecutivo para Iberoamérica: la adopción del procedimiento de estructura monitoria*, en "Libro homenaje a Jaime Guasp", Granada, 1984, pp. 587-603.

¹²⁵ PRIETO-CASTRO, L., *Tratado de Derecho procesal civil*, I, Pamplona, 1982, pp. 137-138 y, especialmente, nota 36; MONTERO, *Análisis crítico*, cit., pp. 114 y 117.

¹²⁶ VESCOVI, *Elementos para una teoría general*, cit., pp. 30-31.

3) El régimen de la nulidad de los actos procesales, contenido en los arts. 104 a 109, dada la normal carencia en los códigos de vieja factura de una regulación precisa en esta materia.

4) El artículo 280 sobre medidas cautelares indeterminadas, cuya influencia puede consistir especialmente en que, en ordenamientos que ya conocen estas medidas, las mismas adquieran la amplia eficacia (anticipativa, no sólo de aseguramiento) con que las configura el Código modelo.¹²⁷

¹²⁷ Apoyando interpretaciones más progresivas de los textos legales en este punto, como la que propugno en mi trabajo *Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428 LEC*, en prensa en los estudios en honor al prof. FAIREN GUILLEN.