

SEGUNDA PARTE

HACIA LA UNIFICACIÓN DE LAS LEYES PROCESALES

(Estudio y enseñanza unitarios del derecho y legislación procesales)

SUMARIO: I. *Hitos preparatorios de una ley procesal general.* 1. *La obra de Franz Klein.* 2. *El Código Procesal unitario de Suecia (1942-1948).* 3. *Fritz Baur y el "Modelo de Stuttgart".* II. *El Código Procesal unitario de Suecia (1942-1948).* 1. *Antecedentes.* 2. *Sistema.* III. *El "iter" de la doctrina general.* 1. *Diferentes planteamientos.* 2. *Funciones y estructuras. Extensión de la doctrina general.* 3. *Panorama de la unificación legislativa.* 4. *Las reiteraciones de normas: la antieconomía legislativa.* 5. *La actual aproximación del proceso penal al civil.* 6. *Otro ejemplo: el Codex Iuris Canonici de 1917.* 7. *La acumulación del proceso penal y el civil.* IV. *La tendencia unificadora en España.* 1. *Materias reiteradas en las leyes procesales, fáciles de unificar o de uniformar.* 2. *La no unificación de normas sobre una Ley de los Tribunales o Ley Orgánica del Poder Judicial.* 3. *Mis desiderata: Ley procesal general seguida de varias especiales.* V. *La proyectada "Ley de bases procesal general".* VI. *Plan de mi "Doctrina general del derecho procesal".*

I. HITOS PREPARATORIOS DE UNA LEY PROCESAL GENERAL

Que el "proceso judicial" es noción única, no parece ser muy combatido. Otra cuestión es la de que, desde ha siglos se den en él diversidad de matices, en relación con los campos de la actividad humana a que se aplique y de la extensión que deba darse al principio de su "unicidad".

Fijándonos en el terreno de la práctica del derecho (aunque su relación con la doctrina es necesaria y evidente, pese a pseudojuristas temerarios), esta "unidad" se puede ver, ya en tiempos históricos, en lo que hemos dado en recoger con el nombre de *primitivo proceso germánico*. Sin diferenciar o casi entre lo actual público y lo privado,

entre la pena y la indemnización, o con escasas diferencias, casi un solo vehículo era servible.

Y si de tal época, nos aproximamos a la presente, pero en regímenes continentales en los que los ordenamientos de tipo germánico y afines conservaron su influencia, vemos que, en Suecia, aquella incluso se marcó en la famosa Recopilación del Derecho llamado *Sveriges Rikes allmänne Lag* de 1734 en la que las distancias entre los procesos civil y penal, no fueron tan graves como en Europa central; ello había de ser aprovechado por los juristas suecos de nuestro siglo para llegar a una cuasiunificación de los dos procesos civil y penal, en 1942.

Si es aquél uno de los hitos en la historia que aquí conviene recordar, no menos deben ser considerados como tales, y más cerca de nosotros, estos que siguen.

1. La obra de Franz Klein

En 1893, el profesor Franz Klein, de Viena, estaba ya construyendo un anteproyecto que se haría famoso como *Zivilprozessordnung*, entrado en vigor en 1895. Y en sus obras, dijo haberse inspirado para la construcción de las líneas generales de “su proceso civil” en el penal, en los penales de más prestigio en el siglo XIX —que entroncaban a su vez, al menos los alemanes del Oeste o renanos con el *Code d’Instruction Criminelle* francés de 1808—. Grandes juristas alemanes habían extendido sus ideas por Europa: Feuerbach, Maurer, Mittermaier, Von Bähr, etcétera. El esquema procedimental “preparación-examen del fondo” se imponía. Y éste fue el esquema fundamental de Klein: ¹ en una “audiencia preliminar” y en una “audiencia principal”, concentradas ambas, debe evacuarse, resolverse todo el contenido del proceso civil. No debe extrañar que los juristas cultos, no lleven anteojeras jurídicas que les impidan saltar sobre artificiales especializaciones. Y resulta que la ZPO de Klein, fue un triunfo, jurídica y socialmente considerada: al cabo de un siglo de vigencia, sólo retoques precisa.²

¹ Cfr. esta alusión, en los *Materialien zu den neuen oesterreichischen Zivilprozessgesetzen (Zivilprozessordnung)*, publ. en Viena por el Ministerio R. e I. de Justicia y la Librería Manz y de la Universidad, en 1897, t. I, esp. p. 291.

² Recientemente, la *Zivilverfahrensnovelle* de 1º de mayo de 1983. La hemos estudiado en nuestro libro *La Ley de reforma urgente de la Ley de enjuiciamiento civil. Juicios de menor cuantía, casación y otros aspectos fundamentales de la Ley de 6 de agosto de 1984*, Madrid, ed. Civitas, 1985, esp. pp. 234 y ss.

2. El Código procesal unitario de Suecia (1942-1948)

Otro hito más reciente, es el constituido por el *Rättegångsbalk* de Suecia de 18 de junio de 1942, entrado en vigor en 1948, tras larga preparación.³ En él, la unificación procesal se ha conseguido, con acentos modernos sobre materiales tradicionales suecos, en no pequeña parte. Y no unificación que se advierte como “forzada” por una especie de antojo doctrinal o *snobismo*, sino que aparece como natural: si se observa la osatura fundamental de los dos procedimientos —del penal y del civil— resulta que es casi uniforme. Y para un legislador consciente y culto, tener a la propia disposición, semejante material unitario, es tener un tesoro. Y ni Nathanael Gårde, ni sus compañeros de equipo, lo desperdiciaron.⁴ Bien es verdad que aunque la reforma corriese prisa, ellos no se *embarullaron* —perdónese la expresión.

Un tercer hito, aún más cercano: en 1965, el profesor Fritz Baur pronunciaba una conferencia en la *Berliner Juristische Gesellschaft* sobre el tema “Wege zu einer konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozess”; se publicó en 1966⁵ y fue tomada como apoyo doctrinal por un tribunal ejemplar, la nueva Sala 21 civil del *Landgericht* de Stuttgart, para efectuar un avance metodológicamente muy acertado: el de intentar simplificar y acelerar el proceso civil de la RFA *sin modificación de sus normas legales*.⁶ Así, de acuerdo este valiente tribunal con los abogados de Stuttgart —y con los peritos, que iban a asumir una carga mayor—, sobre la base de la misma ZPO se aprovechó su normativa, aquello “que no está

³ Cfr. sobre la elaboración del RB sueco, Simson, “Nathanael Gårde, siebzig-jährig”, en *Zeitschrift für Zivilprozess* (64), 1950-51, pp. 80 y ss.; el mismo, *Das Zivil- und Strafprozessgesetz Schwedens*, Berlín, Welter de Gruyter, 1952, “Einleitung”, *passim*.

Sobre esta elaboración, cfr. un resumen y alguna bibl. en mi trabajo “Los procesos europeos desde Finlandia hasta Grecia”, *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, México, UNAM (1976), *Derecho procesal* (1978), vol. III, esp. pp. 14 y ss.

⁴ Cfr. Simson, “Nathanael Gårde siebzigjährig”, *op. cit.*

Y también la fundamental pequeña obra de P.O. Ekelöf, *Wie man in Schweden Recht Spricht*, Zürich, Scientia Verlag, 1949, *passim*.

⁵ “Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozess”, en la *Schriftenreihe der juristischen Gesellschaft a.V. Berlin*, núm. 23, Berlín, Walter de Gruyter, 1966.

⁶ Cfr. Rolf Bender, Presidente del Landgericht de Stuttgart, uno de los artífices de este nuevo desarrollo en la aplicación de la misma ZPO, por ejemplo, “Die ‘Hauptverhandlung’ in Zivilsachen”, en *Deutsche Richter-Zeitung*, 1968, pp. 163 y ss.

prohibido” y se elaboró un proceso civil nuevo, el “Modelo de Stuttgart”,⁷ que se iba a aceptar para toda la República Federal de Alemania en la reforma procesal. Y no es casualidad que su inspirador, el profesor Baur, recordase el “acercamiento” que Klein procuraba entre los procesos civil y penal.⁸ Y tampoco ha de ser casualidad que, en una obra en la que campea el derecho nacional —como es el *RB* y los juristas suecos explican el fenómeno—⁹ aparezca alguna influencia del sistema de principio austriaco.¹⁰

Estos tres hitos —no elegidos por casualidad; más tampoco son de los menos importantes— dan una perspectiva *legislativa*, práctica —de leyes de buena calidad y que triunfan en la práctica, no de leyes mediocres aunque sean cantadas por sus autores y turiferarios— de la “doctrina general del proceso”. Perspectiva actual, no extraída de manuales de historia del derecho.¹¹

Y en el mismo paisaje tornando la faz hacia la doctrina —que no es “otra cara de la moneda”—, la vemos, en iniciativas individuales escasas, ya introducida en el camino de su generalidad, aunque, como es natural, discutiendo cada paso que en aquel él se da. Así, autores contrapuestos —Sauer, el eximio J. Goldschmidt— o menos contrapuestos, pero no por ello conformes entre sí, ni mucho menos —Carnelutti, Grispigni— seguidos por otros esforzados juristas, han tomado la pluma y el camino de la doctrina general. Si bien por sus respectivos *curricula* parece que no dedicaron a tal menester toda su fuerza intelectual creadora, ni muchos menos. Y, en efecto, analizando sus respectivas obras, pueden verse los escollos con que tropezaron. Quizás no observaron con el debido detenimiento el panorama de la práctica, de la ley positiva —y hago aquí excepción para Grispigni, muy preocupado con el Código de Suecia—.

Con cuidado por este aspecto de la construcción, he vuelto a estudiar el *Rättegångsbalk*. Y llama la atención el hecho de que —sal-

⁷ Cfr. sobre el “Modelo de Stuttgart”, el lugar que ocupa en el “Proyecto de Florencia”, en *Access to Justice*, t. II, Milán, 1978; Bender y Strecker, *Access to Justice in the Federal Republic of Germany*, esp. pp. 551 y ss.

⁸ Cfr. Baur, *op. cit.*, esp. p. 19. Y además, su idea comparativa, en pp. 13 y ss.

⁹ Cfr. por ejemplo, Ekelöf, *op. cit.*, pp. 48 y ss.

¹⁰ Cfr. por ejemplo, Simson, *Das Zivil-und Strafprozessgesetz cit.*, *Einleitung*; Bader Gins Burs-Bruzelijs, *Civil procedure in Sweden*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1965, p. 38, nota núm. 135.

¹¹ Huelga decir que consideramos el estudio de la historia del derecho como fundamental para cualquier profesión jurídica. Y para legislador o coadyuvante, aún más. Vaya esta afirmación por delante y dirigida a quienes la desprecian por desconocerla (y no querer reconocerlo en su soberbia) y así, en más de una ocasión... descubren el Mediterráneo, lo cual no carece de cierto mérito.

vo excepciones, naturalmente— sus normas estén redactadas con espíritu de generalidad y no de detallismo. Ha operado en su elaboración el ingenio jurídico escandinavo, de dejar a la costumbre, a los usos forenses, a los jueces en fin, una gran labor integradora de las normas: el precedente jurisprudencial allí de gran valor, es un arma de cuya potencia, ellos y los anglosajones saben más que los continentales europeos, a fin de completar los campos de la práctica forense adecuadamente. Y así, si juzgamos a los jueces por “sus” leyes —lo que yo no hago, naturalmente— se verá la diferencia que hay entre un juez español aplicando la LEC, casuística casi totalmente, y otro de Suecia, aplicando, por ejemplo, las pocas y bien medidas normas unitarias sobre la prueba de su *RB*.¹² Sus respectivas tareas, iguales en su finalidad, difieren enormemente en la técnica.

Esa altura, esa *abstracción* —y no es paradoja— de las normas del *RB*, no las da el aspecto de hacerlas difíciles de aplicar prácticamente. Y recordemos que el sistema jurídico de Suecia, no se halla alejado, ni mucho menos, del *common law*.

[Y anotemos nuestra impresión —aquí, con destino a los noveles que pueden emprender o participar de la obra de elaborar una “Ley procesal general”—¹³ de que, naturalmente, los juristas suecos que elaboraron el Código cuasi-unitario de 1942, hallaron facilidades en el mismo sistema de fuentes del derecho tradicionalmente admitido, con un fuerte *stare decisis* de los tribunales, y en la característica vernácula del derecho escandinavo “de irse creando a sí mismo por dentro” con aparición de las instituciones por vía de la costumbre, de la práctica judicial, y la interpretación progresiva de las leyes; la misma existencia y subsistencia del *Sveriges Rikes Allmänna Lag* fue un elemento favorable a la moderna reunificación (la unidad apareció en los tiempos de los antiguos ostrogodos y vándalos).

¹² Cfr. en general, por ejemplo, Ekelöf, “Teleological construction of Statutes”, en *Scandinavian Studies in Law* (Stockholm), 1958, pp. 75 y ss.; Nils Beckman, “Precedents and the construction of Statutes”, en la misma rev., 1963, pp. 19 y ss.; Svig Jorgensen, “Grundzüge der Entwicklung der skandinavischen Rechtswissenschaft”, en *Juristische Zeitung* (RFA), 1970, pp. 529 y ss. y 532 y ss.

Cfr. sobre este punto, por ejemplo, Ekelöf, “Free evaluation of evidence”, en *ScStL*, 1960, pp. 45 y ss.; Bolding, “Aspects of the burden of the proof”, en la misma rev. y año, pp. 13 y ss.; Waaben, “Criminal responsibility and quantum of proof”, *idem.*, 1965, pp. 246 y ss.

¹³ Que entra en los planes del Ministerio de Justicia actualmente, lo aseveró el profesor Gimeno Sendra, en el “I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León” (febrero de 1988), cfr. *Tapia* (Revista para el Mundo del Derecho), Madrid, núm. extraordinario, *passim*, cfr. *infra*.

Ese “instinto jurídico” centrípeto, difícilmente se va a hallar actualmente en España. . .].¹⁴

Una “doctrina general” sobre un motivo cuyas fuentes sean más del espíritu que de la materia, implica el haber de elevarse sobre la superficie del campo de estudio para tratar de obtener panorámicas mejores. Con perjuicio —que no es menosprecio— de los detalles. Pero si pretendemos elevarnos arrastrando prejuicios —aunque sean muy respetables— difícilmente podemos superar tal lastre. Y debemos tener en cuenta —esto es necesario advertirlo, en una situación como la presente, en la que no experimenta casi un *geotropismo* hacia los derechos y libertades fundamentales— que las preocupaciones por “su” forma, pueden ocultar el hecho, muy grave, de que se hallan muy alejados del campo del proceso, o bien, el aún más considerable, de que aparezca, en su relación con nuestro campo, no el “derecho-arquetipo”, el que hallamos en las colecciones de derecho fundamentales, sino otros, a menudo toda una serie, de derechos entroncados con él. El hallar sus puntos de relación, es tarea primordial. Ya dije —y me ratifico aquí— que el derecho de acción —y es un ejemplo— no tiene su centro de gravedad en el derecho procesal específico. Precisa investigarlo en ámbitos constitucionales y de la historia.¹⁵ Pero, si se trabaja con cuidado, y sin dejarse arrastrar por brillos —sospechosos— que puedan aparecer en el *iter* del investigador, puede alcanzarse el premio, en la forma de una creación doctrinal, eficaz, útil para la sociedad,¹⁶ aunque sea históricamente relativa. . .¹⁷

¹⁴ Ya dije —con conocimiento de causa y no frívolamente— que auguro a quienes trabajan en la elaboración de un borrador de anteproyecto de ley procesal general, mucho trabajo y disgustos. Y no ofrezco mi ejemplo, aunque mi *curriculum vitae* me podría autorizar a hacerlo.

¹⁵ Cfr. mis trabajos sobre “el derecho de acción”, en tiempos en que el estudio del derecho constitucional en España, era *muy parcial* y aun posiblemente peligroso. . .

Cfr. en *Jus* (Milán, 1951), en la *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix* (voz “Acción”), en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1951, y “La acción, Derecho Procesal y Derecho Político”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, ed. Rev. Der. Priv., 1955, pp. 61 y ss.

Y el tema III de mi libro, terminado muchos años después, *Doctrina General del Derecho Procesal*, Barcelona, Librería Bosch, 1990, pp. 77 y ss.

¹⁶ Lo que ya Klein exigía de las normas procesales. Cfr. “Erleüternde Bemerkungen”, *cit.*, I, pp. 191 y ss. Y sobre él, nuestro trabajo “El Proyecto de la Ordenanza Procesal Civil austriaca visto por Franz Klein”, para el Cincuentenario de tal obra, publ. en la *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1950, pp. 5 y ss., y en mis *Estudios cit.*, 1955, pp. 301 y ss., *passim*.

¹⁷ Ya lo hice constar en mis trabajos sobre el concepto de acción, basándome en el trabajo de Calamandrei “Relatività del concetto di azione”, en *Riv. Dir. Proc.*

Y estas concepciones generales, pueden tener gran eficacia y utilidad prácticas.

Intuí, siendo estudiante de derecho —lo continué siendo—, que dos pequeñas obras de James Goldschmidt, la *Teoría general del proceso* y los *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, traducidos (o coadyuvan a su correcta traducción por el mismo autor, el profesor Prieto Castro) contenían mucho de innovación. A la vez, —un poco más tarde— sobre 1945, pude obtener un viejo ejemplar del “Programa de Derecho Procesal para el acto del examen”, del profesor doctor Niceto Alcalá-Zamora Castillo, catedrático numerario de la Universidad de Santiago de Compostela —que nunca me avine a estimarlo como decaído en su derecho por su exilio político: ni frente al *Boletín Oficial del Estado* y esto lo supo él pronto—. Aparecía en este “Programa” un gran desarrollo de la “doctrina general” —tanto él, como el profesor Prieto Castro, habían seguido a James Goldschmidt y lo habían traducido y comentado— desarrollo que el primero continuó en numerosos y extensos trabajos publicados durante su exilio.

Y de su lado, el profesor Prieto Castro (de quien no olvido lo mucho que le debo) me sugería que me dedicase a investigar, a trabajar sobre tan extenso y grave tema.

Estos estímulos, me llevaron a elaborar lo que, al principio, fue una juvenil “Teoría general del proceso” (de unificación muy parcial; ya que entendía y sigo entendiendo que siempre se hallan escollos de gran importancia y necesarios, en la aproximación a lo procesal penal), que plasmé, entonces, en mi *Memoria sobre el concepto, método, fuentes y programa de derecho procesal*, necesaria para las oposiciones a cátedras.¹⁸ “Teoría general” que, desde entonces y con evolución constante hasta ahora, vengo explicando a

Civ., 1941, I, *passim* y en sus *Istituzioni di Diritto Processuale civile secondo il nuovo Codice*, CEDAM, Padua, 1943, I, p. 115 y ss. También Liebman, en su “La acción en la teoría del proceso civil”, publ. en los *Scritti in onore di Francesco Carnelutti* (trad. española mía, en *Revista Legislativa y Jurisprudencial* (Foro Gallego), Santiago-La Coruña, 1950).

¹⁸ Entonces —en 1948— el sistema de Oposiciones, de tipo muy complejo, no evitaba que ingresasen en el Cuerpo de Catedráticos, juristas “de reconocido prestigio y competencia” (?).

Hoy día, son muchos de tales tipos los que ingresan en las carreras de docentes, de jueces, etcétera, por el sistema de los “concursos”. Cfr. nuestros *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial*, Madrid, Edersa, 1986, esp. pp. 336 y ss.

Cuando fui nombrado catedrático de derecho procesal de la Universidad de Santiago, esta plaza estaba vacante; el profesor Alcalá-Zamora Castillo, mi prede-

mis alumnos de derecho procesal en las universidades en las que he sido catedrático: Santiago, Valencia, Madrid.

II. EL CÓDIGO PROCESAL UNITARIO DE SUECIA (1942-1948)

Para cualquier estudio del Código procesal unitario de Suecia, de 1942-1948, es necesario examinar, siquiera sea brevemente, la circunstancia histórica que lo rodeó.

1. *Antecedentes*

País escasamente poblado (no era Roma, naturalmente), el primitivo ordenamiento, del tipo antiguo germánico, comprendía un sistema procesal casi común a efectos civiles y penales; y las mismas penas pertenecían a una familia que iba a derivar casi totalmente a lo civil —las penas de *busse*, en dinero— hasta llegar, en los delitos graves, a la de muerte o a la *Friedlosigkeik*, pérdida de la paz y del *status* para el sujeto a ella. En tales circunstancias, nada extraño es, que en los terrenos de la actual Suecia —ocupada, en parte por los alanos; y por los vándalos, que por allí pasaron y por los godos— que el tipo de proceso unitario, fuese normal.

Pero ya en la Edad Media, la sociedad sueca, evolucionó de manera peculiar. Allí, el feudalismo, no tiene el carácter despótico que en otros lugares de Europa. Se conocía la diferencia entre campesinos libres y no libres; los primeros, podían acudir a la institución de la *Thing* (reunión) para discutir asuntos comunes; y en la *Thing* se constituían los tribunales. El rey y los poderosos, al menos en tiempos de paz, no tenían un influjo tan fuerte como sus correspon-

cesor, había marchado en 1935, por concurso de traslado, a Valencia. Para trasladarme, en 1952, a esta universidad, solicité previamente la venia del exiliado profesor Alcalá-Zamora, desde Italia; y a Italia me contestó cariñosamente concediéndomela (conservo su carta); ya que yo no admitía la expulsión del escalafón, por motivos políticos, de tantos e ilustres compañeros.

Pensábamos Alcalá-Zamora y yo, que podría venir a la Universidad Autónoma de Madrid, antes de jubilarse, a los 70 años; más he aquí que este cumpleaños... lo celebramos juntos todavía en México.

Cuando volvió definitivamente a Madrid, la Universidad Autónoma lo nombró profesor emérito sin dificultar alguna ni superfetatorio papeleo.

Son cosas que no se deben olvidar; aunque yo nunca me he jactado de asumir posiciones políticas de oposición, ni pensando ni sin pensar en recompensas; pero puedo tener ahora el orgullo de no haber mudado parecer político desde que tenía edad mental propia al discurso de tal tipo.

dientes del centro de Europa. El campesinado libre, se apoyaba en el rey como protector contra la nobleza. Y el rey (con la excepción del siglo XVIII) compartía su poder político con Consejos como el *Riajsraad* (actual gobierno) y el *Rijdsdag* (actual parlamento).

Pero en su evolución, las ciudades —situadas en no poca parte en las costas y, por lo tanto, en donde la influencia centroeuropea podía dejarse sentir mejor, recordemos la Gran Hansa Germánica como entidad mercantil todopoderosa—, evolucionaron de manera muy diferente a como en el campo, en lo rústico. Y de ahí la aparición de una organización procesal y de tribunales *urbana*, frente a otra *agraria*.

La organización municipal, se mostró muy potente, sobre todo en las ciudades. Y aún se percibe la diferencia entre lo urbano y lo rústico, incluso en la organización judicial.

La recepción religiosa, en Suecia, fue diferente de la producida en el centro y sur de Europa; el cristianismo, penetró tardíamente en el país, y se hallaba relativamente poco aposentado cuando se produjo la Reforma, en el siglo XVI. El resultado de la actuación de notables predicadores protestantes en Suecia, fue el obtener que la población deviniese rápidamente protestante; sin que se produjese ninguna de las trágicas Guerras de Religión que ensangrentaron y arruinaron a Europa central durante los siglos XVI y XVII.

Característica de la evolución de la cultura sueca —y naturalmente, de la jurídica—, dada la situación del país es que, no experimentaba, sino tardíamente, la recepción de fenómenos sociales de enorme trascendencia y atenuadamente.

Así, no se puede decir que hubiese una recepción del derecho romano, aunque sí se utilizó el latín como lengua de la cultura; el derecho canónico, cuya influencia en la Edad Media, y especialmente en materia procesal, sabemos que fue enorme, tampoco la tuvo tan destacada en Suecia; de todas formas, la penetración de la religión cristiana reformada, acabó con tal influencia, pero no sin que se aposentasen los juramentos probatorios (de origen evidentemente religioso). Y así, el sistema probatorio sueco, estuvo dominado, hasta el siglo XX, por el sistema legal o tasado, plasmado allí como ahora se verá.

Este alejamiento de Suecia, produjo, globalmente, el fenómeno de que allí no se diese tampoco la “recepción del derecho común” tal y como verificó en todo el resto de la Europa central y meri-

dional; la vieja raíz germánica unitarista de los procesos civil y penal, perduró.

En 1734, se promulgó una nueva ordenación legal general para Suecia: el *Sveriges Rikes Allmänna Lag*.

Se basaba en antiguas regulaciones jurídicas urbanas y agrarias. Así, en el Código general rural del siglo XIV, en el cual podían verse normas sobre el poder del rey, del marido y de la mujer, sobre derechos reales (y curiosamente, la diferencia entre derechos reales y obligacionales fue siempre extraña al derecho de Suecia), sobre la comunidad rural, sobre el comercio, etcétera. Y en el *Sveriges Rikes Allmänna Lag* (Ley del Imperio Sueco literalmente), se halla un material formidable: es una recopilación total, quizás comparable con nuestras *Partidas* (pero cuidado: en una de las grandes ediciones del siglo XVI o del XVII) aunque aumentadas.

Está dividida en nueve “capítulos”, o *balkar* (fragmentos reunidos, o tablas): I. del matrimonio, II. de la herencia, III. del suelo, IV. de la vivienda, V. del comercio, VI. de los delitos, VII. derecho penal, VIII. ejecución forzosa, IX. procedimiento. Algunos de tales nombres se arrastraron desde el código medieval. Para procesalistas modernos, como Per Olof Ekelöf o Folke Schmidt, se trató de construir “institucionalmente” la materia jurídica, en forma de grandes unidades. A sus claros inconvenientes —y sobre todo, a nuestra pedante vista de juristas modernos— se opone que, se trató de un cuerpo orgánico de normas que facilitó en mucho su conocimiento por el pueblo.

Y otro de los —probables— resultados de esta completa recopilación fue la de que el derecho sueco, continuase siendo impermeable a influencias extranjeras; de tal modo que lo que vemos ahora, es, ciertamente con alguna, pero poca influencia extraña, “derecho sueco puro”, en su característica de ser un intermedio entre el anglosajón, inglés, y el continental europeo (de ahí el enorme valor del precedente jurisdiccional en Suecia).

En el *Sveriges Rikes Allmänna Lag*, aparece el procedimiento penal y civil como unidad, con no demasiadas excepciones. En momentos históricos en que la forma exterior —el procedimiento y su forma— tenía asumido a todo el actual derecho procesal, esta forma, admitida en el *SRL*, era la de un procedimiento asimétrico. Se había planteado ya y también en Suecia, el problema de la atribución de la potestad de dirigir el proceso al juez o bien a las partes. Veamos como se resolvió y lo que ocurrió hasta nuestro Código de 1942, que

vino a suceder a la Ordenación de 1734, *directamente*. Un ejemplo de longevidad legal.¹⁹

2. Sistema

El Código Procesal unitario de Suecia (promulgado en 1942: entrado en vigor en 1948), fue el producto de una esmerada elaboración a cargo de diversos equipos de juristas (distinguiéndose Nathanael Gårde); pero también de la explotación actual de una historia del derecho que había sido muy favorable a la unidad del proceso en la práctica.

Una vez explicado esto, la lectura del índice del *Rättegångsbalk*, debidamente separados sus elementos únicos, unitarios y diferentes para los procesos civil y penal, nos aclarará lo que sus autores hicieron.

De su totalidad, aparecen como únicas, las normas dedicadas a la

SECCIÓN I. Esencia de los Tribunales:

- capítulo 1. Tribunales inferiores en general;
- capítulo 2. Tribunales colegiados;
- capítulo 3. Tribunal Supremo;
- capítulo 4. Jueces;
- capítulo 5. Publicidad y orden ante el Tribunal (ya se trata de normas procesales y no orgánicas);
- capítulo 6. La protocolización en los Tribunales (normas procesales);
- capítulo 7. Acusadores y autoridades de la policía;
- capítulo 8. Abogados;

¹⁹ Cfr. la bibliografía siguiente con elementos antecedentes del RB de 1942-48: Wrede, *Bas Zivilprozess Schwedens und Finnlands*, Mannheim, Berlin, Leipzig (ed. Bensheimer), 1924, pp. 48 y ss.; Ekelöp, *Wie man in Schweden Recht Spricht*, Zurich, Scientia-Verlag, 1949; Burtin, *Les tribunaux et la procédure en Justice du Royaume de Suède*, París, Rousseau & Cie., 1948, *passim*; Lassen (Bengt), *Die neue Gestaltung des schwedischen Prozessrechts*, en *Einführung in das schwedische Rechtsleben*, Hamburgo, ed. Gram, De Gruyter, 1950, *passim*; Simson, "Schweden", en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 54 (1952), pp. 369 y ss.; Simson, *Das Zivil= uns Strafprozessgesetz Schwedens* (también, con una traducción alemana del *Rättegångsbalk*), Berlin, Walter de Gruyter, 1952, "Einleitung", *passim*; Jorgensen, "Grundzüge der Entwicklung der scandinavischen Rechtswissenschaft", en *Juristen Zeitung*, 1970, pp. 529 y ss. y 532 y ss.

capítulo 9. Sanciones y penas. (La buena fe en el proceso, medidas disciplinarias a partes y terceros, expulsiones, etcétera.)²⁰

SECCIÓN II. Disposiciones generales:

capítulo 32. Plazos. Impedimentos legales;
capítulo 33. Escritos procesales y notificaciones;
capítulo 34. Impedimentos procesales (la incompetencia).

SECCIÓN III. La prueba:

capítulo 35. La prueba en general;
capítulo 36. Los testigos;
capítulo 37. Interrogatorio de las partes y aseguramiento de la verdad;
capítulo 38. La prueba documental;
capítulo 39. La prueba de inspecciones personales;
capítulo 40. Los peritos;
capítulo 41. Aseguramiento de la prueba para el futuro.

Esta Sección es común a los procesos civil y penal. Y a mi entender, la parte más interesante y sugestiva del Código.

SECCIÓN IV. Procedimiento en los tribunales inferiores.

En sendos apartados (I y II) recoge unos procedimientos que se basan ambos, en un estadio de preparación y otro de audiencia principal. Naturalmente, esas “preparaciones” son diferentes en lo civil y en lo penal; hay que hacer remisiones a los dos apartados de la sección II.

La idea de la bipartición del proceso, queda, pues, clara. De manera análoga a como se hiciera en los penales del siglo XIX en los que Klein se inspiró para elaborar su *ZPO*, en 1895.

²⁰ Las secciones I y II, desarrollan “Los procesos en general. La I, el proceso civil. Y la II el penal. Se trata de normas no estrictamente procedimentales, competencias, partes y representantes, procuradores, conexiones procesales, participación de terceros, medidas cautelares, resoluciones. En lo penal, naturalmente, se examinan aquí las medidas instructorias (registros, investigaciones corporales), las cautelares detención, prisión preventiva, etcétera.

SECCIÓN V. Procedimientos en los tribunales superiores (excepto el Tribunal Supremo). Se tratan por separado:

capítulo 49. Los recursos contra sentencias y autos de los tribunales inferiores;

capítulo 50. La apelación civil;

capítulo 51. La apelación penal;

(muchas normas sobre el recurso penal son aplicables al civil aunque las fundamentaciones, como es natural, sean diferentes)

capítulo 52. Recurso de queja;

capítulo 53. Recursos *per saltum* ante el Tribunal Supremo.

SECCIÓN VI. Procedimientos ante el Tribunal Supremo:

capítulo 54. Recursos contra sentencia y autos de los Tribunales;²¹

capítulo 55. Revisión (se trata de una apelación amplia. Las motivaciones se hallan en la jurisprudencia);

capítulo 56. La queja (*Besvär*, *Beschwerde*).

SECCIÓN VII. Recursos Extraordinarios:

capítulo 58. Reanudación del procedimiento y purga de plazos precluidos;

capítulo 59. Queja contra sentencia defectuosa (revisión por motivo procesal).

En total, 765 *parágrafos*; frente a 3,180 entre las dos Leyes de Enjuiciamiento (civil y criminal) españolas.

Nótese que el *RB* no comprende la ejecución forzosa ni los procesos de trabajo o administrativo (contencioso-administrativo). Pero

²¹ Los recursos ante el Tribunal Supremo, obedecen a dos causas fundamentales (capítulo 54, § 10): 1º, A que sea de importancia para la interpretación uniforme de la ley el que el Tribunal Supremo sentencie ("Dispensa por el precedente"), y 2º, A que sea interés de una parte el obtener tal sentencia ("dispensa por el interés"). Son el *ius constitutionis* y el *ius allegatoris*, uno al lado del otro.

El problema del "control judicial de las leyes" —es el clásico problema de su inconstitucionalidad— no se halla resuelto en la vigente "Ley del instrumento de gobierno" (Constitución, 1975), pero el Tribunal Supremo ha declarado que los tribunales tienen una cierta competencia para ello, aunque deben utilizarla de manera restringida (*Constitutional Documents of Sweden*, publ. por el Riksdag, 1975, trad., Ulf, K. Nordenson, 28).

también, y por ejemplo, la ejecución de las penas, en la LECRIM española, está casi en blanco, y se halla regulada en la Ley General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979.

El *RB*, precisó de una larga serie de normas de desarrollo, y aún algunas de ellas, necesariamente previas a su entrada en vigor (el 1 de enero de 1948). Por ejemplo, el decreto de 10 de julio de 1947, sobre tiempos y lugares de las sesiones de los tribunales [entre otras cosas, se fijaba el número de *nämdemän*, de jueces legos que integrasen un notable tribunal de primera instancia, la *Nämd* (a distinguir de los “jurados puros” y de los escabinos) si el número de 18 era insuficiente para sus dos salas debido a la cantidad de trabajo]; las Instrucciones para los Tribunales de Distrito de 11 de junio de 1943; las dedicadas a los Tribunales de ciudad, de 31 de octubre de 1947; las dedicadas a los Tribunales de Apelación, de 19 de diciembre de 1947; etcétera. (También se cuidó de la instalación adecuada de los tribunales.)

III. EL ITER DE LA DOCTRINA GENERAL

1. *Diferentes planteamientos*

Así, lo que doctrinalmente es (o puede ser) único, puede ser tratado legislativamente de un modo diversificado; los dos extremos tienen repercusión sobre la enseñanza de la materia, mostrando a los alumnos y enseñándoles a distinguir desde el primer momento, a) aquellas nociones o acepciones de nociones que son unitarias doctrinalmente; b) aquellas nociones o acepciones de nociones que no son unitarias doctrinalmente, sino especificadas; c) aquellas nociones unitarias que “procede” —es conveniente, cómodo, económico— diversificar en las leyes de modo contingente, pues esta diversificación no les hace perder su unidad doctrinal y el manejo de los métodos analítico y sintético a fin de que en el curso de su vida, se hallen en situación de contribuir a los fenómenos científicos, legislativos y prácticos tendentes a la concentración de lo homogéneo y a la diversificación especializada de lo heterogéneo.

Ciñéndonos al examen doctrinal del derecho procesal, resulta indudable que tiene un fundamento común; a menudo se confunde el que existan “proceso civil”, “proceso penal”, “proceso administrativo”, etcétera, con lo que todos tienen de común: el ser “proceso jurídico y judicial”.

El problema de la construcción de una doctrina general del derecho procesal (que no debe confundirse con la de una construcción unitaria del proceso en total) significa llegar en la unidad científica hasta allí a donde sea posible, sin forzar la esencia de los conceptos; fijarnos, ante todo, en sus diferencias, ahondar en ellas, y de allí, extraer primero la falta de contradicciones fundamentales; y luego, caminar por la vía sintética hasta donde sea metodológicamente posible.

a) Este problema, se ha planteado, en primer lugar, por las diversas escuelas de estudiosos: civilistas y penalistas, procesalistas civilistas y penalistas, constitucionalistas y administrativistas, y ahora concurren también los laboralistas y hacendistas.

Si el proceso civil fue durante siglos siguiendo las huellas del derecho civil hasta que construyó científicamente su independencia (siglo XIX predominantemente), el proceso penal fue considerado como un apéndice al derecho penal; de otro lado, el proceso penal obtuvo su independencia (en algunos casos aún no la ha obtenido doctrinalmente de modo completo) del derecho penal, cronológicamente después que el proceso civil, y por lo tanto, aprovechó para sus construcciones, las de los procesalistas civilistas; la concentración de los esfuerzos más valiosos en torno al estudio del proceso civil, provocó el fenómeno de que el proceso penal (y el derecho procesal penal) apareciera como triste protagonista del cuento infantil, que podía transformarse en brillantez por sus méritos: en “la Cenicienta” (Carnelutti, Fairén); el derecho procesal civil, más que hermana mayor, fue hermanastra (Sauer).

b) De otro lado, en diversos países europeos y desde el punto de vista docente, las enseñanzas del derecho procesal civil y procesal penal, están tradicional e inexplicablemente separadas y encomendadas a personas diferentes (este no es el caso de España, como veremos), de ideas científicas, a veces, inconciliables (unos, “separatistas” del proceso penal, otros “unificacionistas”), lo cual supone que por esta formación diferente —actualmente, la influencia del derecho penal es no poco culpable de ello—, construyendo y exponiendo las materias de modo diferente, el fenómeno del “separatismo” o del “aislacionismo” de los dos procesos se acentuaba de generación en generación alejándose de la mente de los primero alumnos y luego juristas, las posibilidades de un tratamiento científico y aun legislativo común de determinados problemas procesales. Así se ahondaba cada vez más la diferencia entre los dos procesos y sus

dos interpretaciones hermanas (y aumentaba la gravedad de los conflictos entre ellos: cuestiones prejudiciales, por ejemplo).

c) En tercer lugar, y aun entre los autores partidarios de la aproximación de los derechos procesales civil y penal, existen diferencias en cuanto a las ideas de lo que puede constituir una doctrina general para ambos; la diversidad de impostaciones, de puntos de partida y de métodos nos ha llevado en ocasiones a resultados desoladores [así, el concepto de jurisdicción y el de acción; para algún autor, los procesalistas civilistas —constructores de casi innumerables teorías sobre estos puntos— una de las causas de los resultados de no-aproximación reside en que no han tenido en cuenta al proceso penal (Grispigni), pues si “hubieran mirado al otro campo” (Carnelutti) “no habrían enunciado doctrinas que no tiene ninguna posibilidad de valor en confrontación con el proceso penal” (Grispigni)].

2. Funciones y estructuras. Extensión de la doctrina general

2. El fenómeno llamado de “penalización del proceso civil” (que no es sino en el fondo, el de prescindir de viejos conceptos anclados en el formalismo, en aras de la eficacia del instrumento y de su función social), ha contribuido en mucho a dar impulso mayor a la doctrina para conquistar nuevos campos aislados de los dos procesos con fines de su *estructuración* uniforme en lo posible, mientras no se llegue al punto en que la *diversidad de funciones* de ambos procesos exija estructuras diferentes (entre muchos otros, *cfr.* Sauer, Goldschmidt, Carnelutti, Grispigni —éste operaba sobre la base real del *RB* sueco—, Alcalá-Zamora, Fairén).

La posición que nos guía a través de aterradora cantidad de bibliografía (en mucha de la cual, lo que más duele es la contemplación de como los autores “no se fijan en lo que ocurre en el otro campo”) es la de profundizar en las diferencias entre los dos procesos (Carnelutti), y de ahí, intentar extraer síntesis en donde sea posible; pues la unificación total de los procesos es imposible, en tanto que subsista la antítesis entre las ideas de “dolor” (de la pena) y “no dolor” (no pena).

En mi trabajo doctrinal que acabo de publicar —*Doctrina general del derecho procesal*—, parto de la *función* de los dos procesos, hallándola unitaria esencialmente (la satisfacción jurídica, considerada como la obtención real de una situación equilibrada favorable

a una persona o entidad en sus intereses jurídicos y fácticos, conseguida mediante el camino —potestativo o necesario— del proceso). Y es la mayor o menor profundidad de esta satisfacción jurídica la que diversifica en su base a los dos procesos, por la aparición de la noción compleja de la pena en uno de ellos.²²

Aquí radican diferencias *estructurales* de proceso civil y penal; en la estructura genuina y compleja de la pena cuyos caracteres diferenciales no vamos aquí a exponer.

Arrancando de esta idea común, de satisfacción, simple o compleja, en nuestra *Doctrina general del derecho procesal*, se examinan los conceptos de jurisdicción; y los problemas —de base metodológica dialéctica— de los tribunales; el de acción (que ya hemos pretendido unificar, apoyándonos en el necesario auxilio del derecho constitucional) (derecho de petición, Couture, Fairén); el de partes, uno de los más complejos e irreductibles en sus funciones y estructuras, por ser las tenedoras de los intereses diversos a satisfacer mediante las pretensiones y las resistencias (he aquí un caso claro en que no podrá tratarse de “unificación” total, sino, en gran medida, de poner de manifiesto puntos de contactos y fricción); el de actividad procesal considerada estáticamente (actos procesales); conceptos generales y especial consideración de los actos probatorios —unificables en sus conceptos, a nuestro entender, como juicios de verosimilitud; y en ello radica uno de los mayores méritos del Código sueco— y de los actos impugnatorios y de la actividad procesal *dinámicamente* considerada procedimiento; el de la resolución, que ordena la puesta en práctica de la satisfacción que concede y la de su entidad y efectos (la llamada cosa juzgada y su ámbito); la ejecución forzosa, sólo susceptible de síntesis en cuanto a su lugar en la sistemática de la doctrina general (ejecución forzosamente necesaria y contingentemente necesaria) y a las patrimoniales civil y penal; tratándose del tracto procesal de cumplimiento efectivo de la satisfacción ordenada [contrariamente a lo expresado por algún autor (Hefter) debe estar dentro del derecho procesal (incluida la penal), desapareciendo el fenómeno histórico de su inclusión en el derecho administrativo]. Los efectos económicos del proceso (costas, daños y perjuicios procesales y gratuidad) cierran esta teoría general.

No se trata, como pudiera pensarse, de una “unificación total”, imposible —pensamos de nuevo en la pena—, sino en lo que pueda

²² *Op. cit.*, pp. 24 y ss.

obtenerse sin forzar la marcha del método (unificación, simple uniformación, o bien, ni una ni otra); cuando tesis y antítesis se muestren correctas e irreductibles, el señalarlas expresamente como tales (“mirando al otro campo”) sin duda puede contribuir a disipar posibles errores y exageraciones futuras.

Es de notar que en él no nos hallamos aislados.

De un lado, doctrinalmente, estamos respaldados por maestros como Sauer, Cernelutti, Goldschmidt, Grispigni, Alcalá-Zamora, Pellegrini Grinover, Barios de Angelis, y otros que han atacado la cuestión desde puntos de vista parciales o totales.

De otro lado, y desde el punto de vista del derecho comparado, el Código procesal de Suecia, con su unificación de normas sobre tribunales (y de éstos, casi total), representación y defensa, actos procesales —entre ellos, la regulación de la falta de presupuestos procesales *ex officio* y de modo acomodado claramente a cada caso (sección 20, III, cap. 34), prueba su mayor valentía y mérito, recursos, etcétera— nos ha servido de gran apoyo.

Y de modo análogo, el *Codex Iuris canonici* católico de 1917, con su procedimiento común a lo civil y a lo penal (cánones 1955 y 1959), pese a su carácter ajeno a la jurisdicción laica, fue una realización legislativa práctica, brillante, que he tenido en cuenta.

3. Panorama de la unificación legislativa

3. Abordemos el problema de la unificación (o mejor dicho, de la uniformación) de la *legislación* procesal.

Desde el punto de vista del derecho comparado, hay que considerar y valorar en lo debido, el movimiento de los países escandinavos en cuanto a la elaboración de códigos únicos; y especialmente en Suecia y en Finlandia, el mantenimiento de principios e instituciones comunes orgánicas y procesales, por razón de la persistencia en el respecto a las bases sentadas en la *Sveriges Rikes allmänna Lag* de 1734 (Ginsburg-Bruzelius, Ekelöf, Lassen, Simson, Burtin, Reinikainen).

Anotemos igualmente la influencia de la *ZPO* austríaca de Klein, extendida a casi toda la Europa central y reconocida en Escandinavia especialmente por autores como Munch-Petersen, Lassen, Ekelöf; y también en Italia —aunque cuantitativamente discutida por Allorio y otros— con respecto a su *Codice di Procedura civile* de 1940. Reconocemos una vez más que la *ZPO* austríaca y sobre todo,

los *materialien* que sirvieron para su elaboración, nos han servido en muchas ocasiones de estudio preliminar para posiciones particulares (pero formuladas y aprobadas en congresos nacionales de derecho procesal), de reforma del proceso civil español.

A su vez, el *Codice* italiano, acorazado por importante doctrina procesal —no olvidemos nombres de sus autores como los de los grandes maestros Calamandrei, Redenti y Carnelutti— ha desplegado su influencia a algunos países americanos de origen español; así, en los códigos mexicanos del Distrito Federal y de Guanajuato, en lo civil; y el *Codice* procesal penal, en el Código de Córdoba (Argentina), extendiéndose luego a los de Santiago del Estero, La Rioja y Mendoza, en Argentina (Alcalá-Zamora).

Anotemos igualmente, la influencia que tuvo, en los años de su promulgación, la *Ley de enjuiciamiento civil* española de 1855 —antecedora directa de la vigente, de 1881— sobre las legislaciones de las entonces jóvenes repúblicas sudamericanas; el proceso civil español regulado en aquella Ley, de antecedentes legislativos históricos —derecho común predominantemente— ya familiares a los pueblos de aquel continente, “tuvo... una acogida como quizá ningún otro cuerpo legislativo en la tierra, ni siquiera el código civil napoleónico” (Alcalá-Zamora).

Pero a la inversa, anotemos la persistencia de fenómenos de diseminación interna estatal de la legislación procesal en algunos Estados de tipo federativo; así, en México y en Argentina, no ha mucho tiempo, entre ambos, podían contar con casi 50 textos para el proceso civil y otros tantos para el penal “aunque se manifestaba una clara conciencia unificadora” (Alcalá-Zamora).

Este fenómeno, hasta cierto punto lógico en Estados de tipo federativo, sin embargo, aparece también en Estados de tipo unitario, y ello, pese a que tengan su derecho procesal legislado, incluido... desde tiempo más o menos largo, en códigos o “leyes generales”. Aquí, la aparición (hasta, ahora, es la constante en España) de leyes procesales “extravagantes” constituye un grave atentado a la economía legislativa.

El legislador, en vez de ir reformando los dos códigos procesales según iban aumentando las necesidades del tráfico jurídico, adaptándolos a ellas sin graves choques, ha preferido el sistema de crear, casi un procedimiento especial cada vez que aparecían nuevas necesidades jurídico-materiales; y con esta defectuosa técnica legislativa —admisible en principio en casos de “urgencia”, pero sin extender

la idea de “urgencia” a toda necesidad derivada del progreso y aún peor, de estabilizar, hacer casi constante el estado de “urgencia”—, ha llevado el ordenamiento procesal a un estado casi caótico; no sin protestas (Prieto, Guasp, Fairén, etcétera) que hoy día son casi unánimes entre los juristas científicos y prácticos.

4. *Las reiteraciones de normas: la antieconomía legislativa*

Estas declaraciones sobre el estado de cosas en España, no exigen a otros países en que se cuentan por decenas las disposiciones “extravagantes”, las disposiciones complementarias de sus códigos procesales; pero estimamos que las nuevas necesidades deben cubrirse predominantemente sobre la base de la introducción, cada un lapso de tiempo determinado, de las innovaciones en el seno de dichos códigos, al modo previsto por la vieja disposición adicional 3º a nuestro Código civil (no puesta en práctica en cuestiones fundamentales).

Estas agresiones a la economía legislativa, se producían ya en las leyes básicas españolas; había muchas normas de la Ley orgánica del Poder Judicial de 1870, reproducidas en la Ley de enjuiciamiento civil; la de enjuiciamiento criminal, a su vez, ha reproducido normas de aquélla; el Código civil, regulando la prueba, incluso tiene disposiciones antinómicas con la contenida en la ley procesal civil citada.

La denuncia de estos ataques a la economía legislativa, ha producido, con independencia de los intentos doctrinales antes citados, una tendencia unificadora, no ya sólo de las legislaciones orgánico-judicial, procesal civil y procesal penal en códigos únicos en sí, sino yendo más lejos, a pretender unificar parte de las normas orgánicas y procesales civiles y penales en una misma “parte general” o común (Prieto, Alcalá-Zamora, Grispigni, valiéndose este último del ejemplo del *RB* de Suecia).

Se trataría entre otras cosas, de unificar las normas sobre responsabilidad judicial, de la extensión de la jurisdicción ordinaria (extremo éste ya formulado en bases —privadas, no oficiales— por los profesores Prieto Castro, Fenech, Gutiérrez-Alvis Armario, Fairén, Herce, Miguel Alonso, Carreras y Morón), representantes y defensores (Prieto), recusaciones (también, véase Löwe-Rosenberg), resoluciones judiciales (véase Sauer, Grispigni), días y horas hábiles (Prieto), etcétera, a lo que, añadimos nosotros, normas generales

sobre actos de notificación, con otros muchos autores, las normas generales probatorias (al modo del *RB* sueco; también lo señalan, entre otros, Löwe-Rosenberg y Grisigni); normas sobre recursos (las básicas de los remedios, de la apelación —que hay que introducir allí en donde falte, como los profesores españoles antes citados hemos propuesto para el proceso penal ordinario español actual— y casación, y especialmente en materia procedimental).

Del mismo modo procede unificar los procedimientos, dentro del marco correspondiente a cada proceso, evitando que el modelo de sus principios sea incoherente; es inadmisibles que en un país pueda regir un sistema procedimental para una vieja ley o código general y otro, más actualizado en la legislación posterior extravagante; lo que hubiera precedido era reformar la vieja ley y no dejarla paulatinamente fuera de servicio. Las dos fases procedimentales alegaciones-prueba, deben ser correlativas, así como en la primera, el binomio investigación-alegación de parte; incluso en los países basados en la oralidad se distinguen claramente, dentro de la audiencia principal, sus fases alegatoria y probatoria.

Y de otro lado, también procede evitar el que normas procesales probatorias, a veces impregnadas de viejos formalismos y rigideces, se hallen en los códigos civiles y no en los procesales; aquí, la sistemática, diferenciando las normas civiles de las procesales, debe contribuir a la unificación de los principios fundamentales de la prueba, en lo que se aprovecharán las posibilidades ofrecidas por el *RB* de Suecia.

En el camino hacia una “parte general” de los códigos procesales, única, hay que considerar, cuáles de entre las materias señaladas arriba como integrantes posiblemente del contenido de una parte general teórica (o teoría general), —al menos señalando sus diferentes niveles dialécticos de modo sistemático— deben ser objeto de regulación en las leyes orgánicas y procesales y así se obtendrá la visión que nosotros tenemos de dicha parte general; se dirá que algunas nociones generales no precisan ser incluidas en el código procesal (así, los conceptos unitarios de jurisdicción y de acción); sin embargo, nótese aún ahora, que hay leyes en que la primera se halla definida (la vieja Ley orgánica española, artículo 2º: “La potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, corresponderá exclusivamente a los jueces y tribunales” y las constituciones, desde 1822): y la segunda, aparece como derecho de petición en no pocas constituciones (Fairén).

Una exposición legislativa unitaria (o uniforme, en el caso de que no pueda llegar científicamente a la unidad) de ciertas materias, basada en sistemática unitaria, favorecerá la claridad (objetivo muy cumplido en el *RB* sueco) dará su debido valor al proceso cautelar, tan confundido por cierta doctrina (entre otros, Schönke, Beling, Hellwig, Weissmann, Von Kries), aunque reivindicado en su trascendencia por otra (predominantemente, y en doctrina, Calamandrei y otros; en su importancia legislativa, en Buzaid, en su Código procesal civil brasileño). Por su parte, la impostación general del binomio “facultades del juez-facultades de las partes”, puede conducir a dar al menos, pautas para la construcción sistemática de una noción de procedimiento, sin olvidar las necesarias diferencias entre los matices del civil y penal, por razón de las funciones a que se dedican; en fin, basarse en las ideas de concentración y celeridad, que influyen en no poco en el *RB* sueco, sin desconocer, y especialmente en un país latino como España, con vigorosa tradición procesal de proceso escrito, que como dice Cernelutti, el proceso civil es el reino del documento, y el penal, del testigo. El proceso evolutivo ha de ser largo y meditado, como lo propuso ya Grispigni para Italia; pero no se debe abandonar esta meta.

De otro lado, el estudio de la legislación comparada nos hará ver las posibilidades de aceptar modalidades que puedan ser accesibles a un país sin forzar la línea histórica de sus costumbres y tradiciones; nos referimos a la intervención de los jueces populares en los dos procesos (en España, el jurado, en lo criminal, dejó muy mala memoria y aún hoy día se le considera con desconfianza); las soluciones extranjeras no hay por qué aceptarlas por muy buenas que sean para un país determinado, pero sí procede examinarlas, en su letra y en su práctica.

Además de estas consideraciones, la unificación en lo posible de la legislación procesal, conducirá a una mejor calidad de los jueces, cuya especialización comprenderá menos necesidades cuantitativas y por lo tanto, mayor posibilidad de profundizar en las cualitativas. Ya en sí, el deber manejar un procedimiento desparramado entre una pluralidad de leyes, provoca lógico enojo en el juez; aunque no se haya de olvidar la tendencia hacia la especialización (este es uno de los reproches que se han hecho a la ordenación de Suecia en cuanto a la unidad de sus tribunales, Grispigni), es evidente que si el juez debe manejar normas procedimentales (que serán de las más susceptibles a la unificación) de un ordenamiento en que dos

estadios lo más próximos posibles, esto es, preparación (oral o escrita; para España sería el momento, preferentemente escrita sin perjuicio de la introducción de una audiencia para limpiar de obstáculos el procedimiento, proponer prueba, etcétera) y debate principal (en lo civil) y de investigación preliminar y debate principal en lo penal, tal como lo prevén ya ciertos Códigos expresamente, estos modelos serán asimilados más fácilmente por él y desempeñará su papel concentrando mejor su atención en los problemas de hecho y de derecho material que se le sometan.

La unificación deberá ser total en cuanto a la disminución de los formalismos probatorios y a la desaparición absoluta de la prueba legal (exceptuando la confesión plenamente voluntaria y no susceptible de imposición, y la fuerza de ciertos documentos); total también en cuanto a los procedimientos de los recursos (en cuanto a su motivación, precisarán especialidades de un tronco general, sobre todo en materia penal); esto ya existe en bastantes códigos: casación española; apelación sueca ante el Tribunal Supremo (*Revisión*, sección 6ª, cap. 55, § 4) y en los de revisión —en el sentido español de la palabra— (*Resning*, sección 7ª, cap. 58, § 1, para lo civil, y 2 para lo penal) y el muy interesante de “queja por defecto en la sentencia” (*Besvär över domvilla*, cap. 59, § 1) —revisión por motivos que en otros países lo son del recurso de casación.

En resumen, aunque no quepa desconocer los principios diferentes que inspiran al proceso penal (caracteres del delito, necesidad, inmutabilidad), en cuanto a otros (búsqueda de la verdad material, libre apreciación de la prueba), hoy día se puede lograr una aproximación que permita reducir a estos últimos, en parte, a normas uniformes aunque la inspiración de su interpretación haya de tener siempre en cuenta que cada proceso se dirige a la satisfacción de intereses jurídicos en entidad diversa.

Todo ello, como se dijo, debe repercutir con intensidad en la mejora de la magistratura; pero no sólo de ella, sino también en la de sus auxiliares —comenzando por el Ministerio Público, al cual casi todos los ordenamientos europeos conceden un gran papel en la acusación, dejando aparte los regímenes de “acción penal pública” como lo son el español y el inglés—; y también en la abogacía.

5. La actual aproximación del proceso penal al civil

Si desde ha siglos, ha existido una “zona intermedia” entre los procesos civil y penal, ésta (a través de los movimientos recíprocos,

de “penalización del proceso civil” y de “civilización del proceso penal” que ya ponía de manifiesto, entre otros, el profesor Alcalá-Zamora Castillo) se ha extendido a su vez. La reducción al *ius cogens* de una no escasa parte del viejo derecho civil, de un lado, con exigencia de proceso o procesos de tipo asimétrico, inquisitivo u oficial, por razón del grave interés general que encierran; y del otro, de la reaparición histórica y avance del principio de *oportunidad* en el derecho penal frente al de legalidad, han ampliado este campo. En el lindero de los viejos procesos civiles dispositivos, están los inquisitivos u oficiales en materia de determinados derechos del individuo (incapacitaciones, capacitaciones, matrimonio, disoluciones de éste, filiación, etcétera) o de concurrencia de derechos tan amplios que tocan en el interés público (quiebras, etcétera); en el lindero de los viejos procesos penales, se hallan los dirigidos por el principio de oportunidad, no solamente penal, sino procesal: encargándose a una autoridad no judicial que valore si es o no conveniente la persecución y hasta dónde. Y admitiendo que el proceso termine con un pacto entre el Ministerio Público y el sujeto pasivo. Es el viejo *plea guilty* anglosajón, ampliado hasta la posibilidad, ya no de “conformarse” con una pena solicitada (*plea guilty*) sino a la de discutir sobre su entidad (*plea bargaining*, *patteggiamento*).

El interés público del ciudadano, valorado en los sistemas de “acción popular” (que es “un ejercicio privado de una función pública”), queda desplazado. El proceso penal queda a merced de una acusación oficial (la del ministerio público, etcétera) que, si fallare, abre el camino a la impunidad, haciendo así cierto el contenido de una famosa frase de Alimena:

Pienso que el acusador público deba normalmente ejercitar la acción penal, pienso que nadie puede ejercitarla como él la ejercita, pero pienso también que el ciudadano particular, encontrándose en la calle con los miembros del ministerio público, no deba decirse a sí mismo: “He aquí, hombres que podrían dejar impune a mi asesino” (Alimena, “L’azione penale popolare” en sus *Studi di Procedura Penale*, Turín, 1906, p. 206).

Pero si la aplicación inmoderada del principio de oportunidad en el proceso penal, puede conducir a la arbitrariedad más desaforada, en beneficio solamente de una economía procesal mal entendida —ello es lo que ya se advierte con el *plea bargain* en Estados Unidos—, llegándose al extremo de considerar al proceso penal como

un simple fenómeno de economía del mercado (*market system*) (Easterbrook), las reacciones llevan más allá de un punto de partida que podría ser para los estadounidenses, lo que ellos llaman *inquisitorial system* frente al *Adversary system* que es el suyo.

No hay tal sistema inquisitivo; se trata de una exageración estadounidense, fruto de malos enfoques o del desconocimiento. Pero el caso es que hay juristas (Langbein), que estudian seriamente el sistema procesal de la Ordenanza procesal penal alemana (la de la República Federal de Alemania) estimándola inquisitiva, por formación defectuosa o bien por *creerlo* así —¡Oh *sancta simplicitas!*— a fin de introducir en Estados Unidos su sistema o, al menos, algunas de sus figuras y regulaciones.

Y otra tendencia a que en los tribunales estadounidenses, no se admita el *plea bargain*, y de exclusión del jurado, tornándose al juicio por y ante magistrados técnicos (como en Inglaterra): en Baltimore y Filadelfia, con renuncia al jurado por medio de... negociación, de *bargaining* (Alschuler, pp. 1024 y ss.).

Más una posición conformista que suena a hedonismo: la de esgrimir el argumento de que el proceso estadounidense, con sus graves inconvenientes, es muy valioso, ya que su ineficacia constituye una disuación de los posibles litigantes (Gross). Una muestra más del pensamiento neo-contractualista estadounidense (Silvestri, 264).

6. Otro ejemplo: el *Codex Iuris Canonici* de 1917

El otro ejemplo de unificación de normas procesales civiles y penales que queremos recordar aquí (prescindiendo, por falta de espacio, de códigos únicos como los de Panamá y Honduras), lo suministra, en el campo jurídico-religioso, el *Codex iuris canonici*

Es interesante recordarlo aquí, aunque por su función, sea diferente del laico, y en especial, su proceso penal.

En efecto, una característica del mismo, es la de que está dotado de vigencia ecuménica. Y el dato de que funcionase desde 1917 hasta 1950, sin apreciables inconvenientes (Grispigni) indicó cómo procedimientos civiles y penales son susceptibles de gran aproximación (casi confusión en lo canónico), al menos en una parte (la equivalente a alegaciones y debate en el proceso laico).

Eran sus cánones 1955 y 1959, predominantemente, los que fijaban la unificación de los procedimientos civil y penal; el primero: *Promotor statim conficiat accusationis libellum cumque exhibeat iudici secundum normas in Sectione Prima statutas*; y el 1959: *In*

reliquis servantur regulae in Sectione Prima huius Libri traditae, ut. in.

Esto es, el procedimiento penal, con escasas variantes se remitía al civil (cánones 1552-1924).

Las diferencias, corresponden A) a un periodo previo al debate, de una investigación (*inquisitio*) en lo penal, y B) después, para éste también, en mayor concesión al principio procesal de adquisición de la verdad material; era necesario que el inculcado tuviera abogado (canon 1655) no tenía obligación de veracidad en interrogatorio (canon 1743 § 1), ni se le podía obligar a juramento (canon 1744); la confesión judicial no eximía al ministerio fiscal de presentar pruebas (canon 1751); la confesión prestada en el periodo inquisitivo no se consideraba como tal y era revocable (canon 1753 y no el 1752) (Miguélez, Alonso, Cabrereros de Anta); el juez podía aportar pruebas *ex officio*; las “pruebas” debían practicarse en el juicio (en algunos casos, también después de concluida la causa, Muniz); no valían para fundar la sentencia las actuaciones practicadas en la inquisición especial o sumario (Muniz) si no se aportaban los autos al juicio y se concedía al inculcado oportunidad de impugnarlas (Muniz, Eichmann); recuérdese la norma clásica de que la sentencia sólo puede fundarse en lo que ha resultado de la audiencia principal (RB, cap. 30, § 2 para lo penal, con norma igual para lo civil en cap. 17, § 2; Ekelöf, Lassen, Simson).

En lo demás como se dijo, rige el procedimiento civil (Wernz-Vidal, Eichmann).

El sistema de recursos, era también unitario (Canon 1959 por su remisión a la sección I en la que los recursos están regulados).

El *Codex iuris canonici de 1917* solucionó el problema de la unificación procedimental de los dos procesos, dotando al penal de una *inquisitio* previa —cuando no era notorio o conocidamente cierto el hecho delictivo canónico, Wernz, Muniz—; se la podría comparar con la “investigación preliminar” (*Voruntersuchung*) del RB, con parecida posibilidad de que al final se impusiera una corrección canónica (*correptio*), paralela a una pena leve al imputado (la *Straf-föreläggande* del RB) al final de la *inquisitio*, sin apertura del procedimiento principal (cánones 1947 y ss.); mas si la *correptio* era insuficiente, se abría el procedimiento principal, igual en su dinámica al civil.

Presentaba múltiples analogías el proceso canónico penal, tanto con el proceso penal sueco como con el germano y su *Vorverfahren*,

el italiano con su *istruzione formale* o *sommaria*, el español con su *instrucción sumarial*, fases previas al estadio de debate; vienen a constituir un modelo procesal unitario, el cual sería uniformable con el proceso civil en los casos en que éste asume una forma procedimental de división en dos tractos, esto es, de instrucción ante el juez y otro de debate ante el tribunal colegiado.

En este último caso se hallaría la *inquisitio specialis* canónica, en los casos en que era instruida por el ministerio público, como es el Código sueco (cap. 23) y en Alemania.

Anotemos también, como sistema clave de la unificación de los procesos civil y penal canónicos, que los tribunales eran unitarios.

Este fenómeno del proceso canónico, en que la unificación procedimental casi total fue facilitada por el carácter actual de la *inquisitio* y el muy particular de las penas a imponer, pese a sus fundamentales diferencias con respecto a los procesos penales laicos, fue excepcionalmente interesante en el camino del acercamiento legislativo procesal que preconizamos; y por ello debería ser objeto de estudio profundizado por los comparatistas.

7. La acumulación del proceso penal y el civil

El estudio de la legislación extranjera, no puede ser suplido ni por el genio científico, que se expone a hallar soluciones ya conocidas por grandes grupos de juristas, sobre la base de su sistema legislativo, a problemas que el genio se plantee y que intente resolver sin atender a posibles esclarecimientos que de dichos sistemas se pueden esperar.

Y si en términos generales esto es cierto, no menos lo es la oscuridad que provocaba en los procesalistas civilistas su alejamiento del proceso penal, y de los procesalistas penalistas con respecto al civil; oscuridad que ni el genio lograba suplir.

Un ilustre botón de muestra, en homenaje a un gran maestro de los dos procesos, desgraciadamente desaparecido ha poco:

En 1958, escribía Carnelutti:

... cometí el error de no saber distinguir entre el proceso penal *puro* y el proceso penal, que se puede llamar *mixto* (y por varias razones es verdaderamente impuro) en cuanto que en él se mezcla, con la constitución de la parte civil, un proceso civil; sólo cuando he afrontado a propósito el estudio del derecho procesal penal he comenzado a comprender...

El gran maestro tuvo la nobleza de reconocer su grave error, pero tardíamente, cuando sus enseñanzas ya habían guiado a generaciones y generaciones de juristas; pero ello no quita para que esta confesión sea aleccionadora.

En primer lugar, descubrió en toda su trascendencia, la gravedad de la separación, por especializaciones, de los derechos procesal civil y penal; en segundo lugar, si Carnelutti hubiera examinado la Ley de enjuiciamiento criminal española de 1882 —aún vigente—, no hubiera podido cometer este error, puesto que, pese a su no excesiva claridad en este punto, y los defectos de su sistemática, en los artículos 111 y ss., 230, 615 y ss., 635, 650 a.f., 655, 692, 695, 697, 700, 734, 735, 736, 142 (sentencias complejas) y 854 (recurso de casación) fija bien que en realidad, *hay dos procesos*, uno civil y otro penal, acumulados, pero no necesariamente, pues el proceso por razón de responsabilidad civil puede instarse de modo independiente ante el tribunal civil, si el perjudicado se lo reserva, una vez terminado el proceso estrictamente penal (artículo 111 y ss.). Y esto fue comprendido inmediatamente por la doctrina española (V. por ejemplo, desde Martínez del Campo, 1885, hasta Gómez Orbaneja, en la actualidad).

A base de estas dolorosas experiencias, los ánimos han cambiado, y el “separatismo” está a extinguir; veamos las ideas de los hombres, procedente el uno del campo del penalismo —y procesalismo de tal especie— y otro del campo del procesalismo civilista:

De toda manera, la invitación que nos permitimos dirigir a los procesalistas civilistas, de examinar la oportunidad, o al menos, de elaborar una parte legislativa común a los dos procesos, tendrá si no otro beneficio, al menos, el de que sugerirá el estudio comparativo de la evolución histórica de ambos y entonces se verá que en ella se repiten diversas inexactitudes y se reflexionará mejor sobre las causas que en diversos tiempos han determinado, respectivamente, la unidad y la distinción entre ambos procesos, recogiendo así criterios útiles para los límites de identidad y de diferencia a asignar a las respectivas instituciones (Grispigni).

... no tengo la intención de proseguir la búsqueda hasta la precisa diferencia entre los dos procesos, sino, más bien, de invitar a proseguirla advirtiéndole que el profundizar en ella constituye la primera y más indispensable de las premisas de la teoría general. Mientras esta diferencia continúe observándose superficialmente, la teoría general se basará sobre la arena; es necesario desarrollar toda la fuerza del contraste entre la *propiedad* y la *libertad*, o, todavía más en el fondo,

entre el *haber* y el *ser*, para descubrir bajo la arena la tierra firme que pueda sostener el edificio (Carnelutti).

Esta es exactamente la dirección que hemos emprendido y anunciamos aquí, una vez más.

Y con respecto a la enseñanza universitaria del derecho procesal, para terminar, decía el mismo Carnelutti ya hace años:

El derecho procesal es fundamentalmente uno. Proceso civil y proceso penal se distinguen sin duda, pero no porque tengan raíces distintas sino porque son dos grandes ramas en que se bifurca, a una buena altura, un tronco único. Antes o después llegará el tiempo en que se tome en cuenta también esta verdad en la enseñanza universitaria. Ciertamente uno de los más graves contratiempos de ese ordenamiento de nuestros estudios jurídicos, que estamos ahora poco a poco reformando, se encuentra en la escisión del proceso civil y penal y en el acoplamiento de éste último con el Derecho Penal. Verdad es que hasta ahora muy pocas Facultades, dueñas de sus Estatutos, han tenido el valor de ponerle reparos; pero ello no debe maravillarnos, ya que la libertad es un bien que para poder disfrutar plenamente, hay que habituarse a él; por haber quedado detenidas durante tantos años en ciertas posturas antinaturales, están ahora como anquilosadas; pero dejémoslas que se desentumezcan a su modo; esta sencilla verdad acabará por ser reconocida.

Sin ser “dueños de nuestros estatutos”, hemos aprovechado la rendija de libertad de expresión concedida para contribuir dando a la enseñanza universitaria la exposición de una teoría general del derecho procesal.

IV. LA TENDENCIA UNIFICADORA EN ESPAÑA

1. *Materias reiteradas en las leyes procesales y fáciles de unificar o de uniformar*

Sin repetir lo arriba dicho sobre el “contenido” de esta Ley Procesal general, ya en 1966 (tras haber propuesto inútilmente un plan al entonces ministro de Justicia, Iturmendi respondiendo por la Universidad de Valencia a un “Anteproyecto de Bases para el Código

Procesal civil”) ²³ elaborada, a la vista de las reiteraciones en las leyes orgánicas y procesales.

Esta es la relación de normas repetidas, que se publicó en 1969:

1. Con respecto a los tribunales y su actuación:
 - A. Abstención y recusación.
 - B. Responsabilidad judicial civil y criminal.
 - C. Vista y despacho de los asuntos.
 - D. Magistrados ponentes.
 - E. Discusiones y votaciones de las resoluciones judiciales.
 - F. Auxilio judicial.
2. Con respecto a las partes, representantes y defensores:
(Pese a fundamentales diferencias que existen en el fondo y que no es posible borrar.)
 - A. Postulación y defensa personales o por procurador o abogado respectivamente.
 - B. Constitución, modificaciones y extinción de las relaciones de la parte con letrado y procurador.
 - C. Garantías de los derechos de procurador y letrado.
3. Con respecto a los actos procesales:
 - A. Requisitos y presupuestos de los actos procesales.
 - a) Los impedimentos procesales genéricos (no así los específicos).
 - b) Las consecuencias de la falta de requisitos y presupuestos procesales. La nulidad y sus diversas magnitudes.
 - B. La forma de los actos procesales.
 - a) El principio de la escritura.
 - a') La forma de los escritos de las partes (no su contenido).
 - b') La forma de las resoluciones judiciales.
 - c') La forma de los actos de documentación.

²³ Presenté también un borrador de la sistematización de los procedimientos civiles, en mi trabajo “Sistematización de los procedimientos civiles españoles” (*Temas del Ordenamiento Procesal*), Madrid, Tecnos, 1969, II, pp. 747 y ss.; y más tarde, otro, referente al Proyecto de Código Procesal civil-Modelo para países iberoamericanos”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1989, 3, pp. 647 y ss.

- b) El principio de la oralidad.
 - a') La forma de las audiencias.
 - b') La forma de las declaraciones en concreto.
- c) Los principios de concentración y de orden legal de los actos.
 - a') Preclusión y eventualidad.
 - d) Principios de publicidad y de secreto.
- C. El tiempo de los actos procesales.
 - a) El impulso oficial.
 - b) Términos y plazos.
 - a') Su cómputo.
 - b') Su prorrogabilidad o improrrogabilidad.
- D. La comunicación de los actos procesales.
 - a) Las notificaciones en sus diversas especies.²⁴

4. Con respecto al proceso declarativo:²⁵

Se debe tender *con cuidado* —que es lo opuesto a la improvisación y a la frivolidad triunfalista— a la unificación de la prueba, susceptible de efectuarse en no pequeña parte, como se ha mostrado en el *Rättegångsbalk*, sección III, sin perjuicio de dejar para las leyes o códigos procesales especiales las necesarias singularidades.

5. Con respecto al proceso ejecutivo:

- A. Embargo ejecutivo.
- B. La realización de bienes (a efectos de la ejecución de las penas patrimoniales, sin dejar de tener en cuenta sus caracteres personales).

²⁴ Este plan y estos puntos se hallan también en *Doctrina general del derecho procesal*, cit., pp. 395 y ss.

Hay un borrador en lo referente al civil, en mi trabajo “La sistematización de la ejecución forzosa española”, en *Temas*, II, pp. 873 y ss.

²⁵ Hay un borrador en mi trabajo “La reforma del proceso cautelar español”, *Temas* II, pp. 895 y ss. Otro en “Sistematización” para América (Cód. modelo), cit. Y sistemática, en nuestro trabajo *Los procesos y medidas cautelares* (con la colaboración de los profesores Montero Aroca, Fuentes Carsi, Del Hierro García, Fernández Sanchis y Docavo Alberti, de la Universidad de Valencia), ed. Pamplona, EUNSA, 1974, 35 cc. Cfr. en el apunte sistemático de Almagro en “La reforma del proceso español cara al año 2000”, en el I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León —al cual no fui rigurosamente invitado—, *Crisis de la justicia y reformas procesales*, Ministerio de Justicia, 1988, esp. 179.

6. Con respecto al proceso cautelar:

- A. Ciertos cometidos sobre personas, que se pueden reunir bajo la denominación genérica de “Manifestación de personas”.²⁶
- B. Fianzas (en parte).
- C. Embargos preventivos. (La cuestión está muy cerca de la unificación, en virtud del artículo 614 LECRIM.)
- D. Secuestros.
- E. Aposición de sellos y otras medidas.
- F. Astricciones y constricciones.²⁷

7. Con respecto a los efectos económicos del proceso:

- A. Las costas.
 - a) Principios generales sobre su contenido.
 - b) Su exacción (unificada: artículo 245 LECRIM).
- B. La exención de las costas.
 - a) Concepto y graduación de la pobreza (gran parte, ya realizado, artículos 13 y ss. LEC y 123 y ss. LECRIM).²⁸
 - b) Procedimiento para obtener el beneficio de justicia gratuita (artículo 129 LECRIM y 20 ss. LEC).

Estas son las materias —decía yo en 1959 y repito ahora, en 1990— que hoy vemos en el Ordenamiento procesal y orgánico español, o reiteradas o muy cerca de la unificación legislativa. La más difícil de todas ellas, sería la probatoria, por ser una de las más defectuosas de nuestro Ordenamiento, comenzando por su anómala distribución entre el Código civil y las Leyes de enjuiciamiento civil.

Esta Ley procesal general constituiría solamente un apartado más del ordenamiento orgánico y procesal que, bajo una rúbrica fundamental en la que se estudiasen los procesos constitucionales (no olvidemos esta trascendental tarea), debería comprender, siempre en rango inferior a aquella ley, las siguientes:

²⁶ La Manifestación civil y no la criminal, bien entendido. *Cfr.* mi libro *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México, UNAM, 1971, pp. 84 y ss.

²⁷ Hay alguna en la Lec. y en la LECRIM.

²⁸ Mientras exista la “pobreza”, situación individual y social bochorno de la humanidad, debemos utilizar esta expresión sin ambages ni hipocresías, como las de “incapacidad económica” y otras. Así recordaremos constantemente lo que debemos extinguir.

- I. Ley orgánica del Poder Judicial.
- II. Ley procesal general.
- III. Ley procesal civil (conectada con una Ley concursal a la que debía poder absorber en el futuro, así como con la legislación procesal hipotecaria).
- IV. Ley procesal del trabajo (también con aspiraciones de unificación).
- V. Ley procesal penal (y de medidas de seguridad).
- VI. Ley del arbitraje.
- VII. Ley de la jurisdicción voluntaria (a modo de apéndice).

La reunión de todas estas leyes, armónicamente organizada, formaría en su total, un Código judicial y para-judicial.

De este *desideratum* se han publicado los “Anteproyectos de Bases” procesal civil (1966) y procesal penal (1967).

Dando un salto desde 1969 hasta 1988, el profesor Almagro, en su conferencia citada, tratando de una ley de bases para la reforma procesal que estaría en preparación en el Ministerio de Justicia,²⁹ dice lo que sigue:

En principio la estructura en libros de la denominada provisionalmente “Ley de enjuiciamiento” se extiende a los siguientes: Libro I. Del enjuiciamiento en general; Libro II: Del enjuiciamiento civil; Libro III. Del enjuiciamiento laboral; Libro IV: Del enjuiciamiento contencioso-administrativo, y Libro V. Del enjuiciamiento penal.³⁰

Dejando fuera a la Ley Orgánica del Poder Judicial y a la del proceso constitucional, ya elaboradas, ¡Con el cambio de alguna palabra, Almagro me rejuvenece y me hace volver a 1969, sin citarme!

²⁹ En rigor, en dicho Ministerio, archivados en el de la Comisión General de Codificación —a la que fui llamado en 1976—, *debe haber* varios de mi autoría, si no han sido destruidos o se los han llevado, a saber: los de la época del general Franco, elaborados por mí en representación de la Universidad de Valencia, consultada por dicho Ministerio y proyectos suyos —respuestas publicadas por dicha Universidad—, bajo los nombres “Sugerencias sobre el Anteproyecto de Bases para el Código Procesal civil” de 1966, y de “Presente y futuro del proceso penal español” (publicados en la *Revista de Derecho Judicial*, Madrid, Almansa, 1967 y 1968); y varios apuntes por mí entregados en la V Sección de dicha Comisión entre 1976 y 1982, en que nos reunimos por última vez.

³⁰ Cfr. Almagro Nosete, “La reforma del proceso español cara al año 2000” en I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León —al que no fui invitado *rigurosamente*— (*Crisis de la justicia y reformas procesales*), Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, p. 177.

Y tornando atrás, decíamos —y aquí reiteramos; se trata de prioridades—: Se trataría, entre otras, de unificar las normas sobre responsabilidad judicial, de la extensión de la judisdicción ordinaria, extremo éste ya formulado en bases —privadas, no oficiales— por los profesores Prieto-Castro, Fenech, Carreras, Gutiérrez-Alviz, Fairén Guillén, Herce, De Miguel, Morón Palomino), representantes y defensores (Prieto-Castro), recusaciones (también Löwe-Rosenberg), resoluciones judiciales (Sauer, Grisigni), días y horas hábiles (Prieto-Castro), etcétera, a lo que añadimos nosotros, normas generales sobre actos de notificación, las normas generales probatorias (al modo del *RB* de Suecia) (también lo señalan por este punto Löwe-Rosenberg y Grisigni), normas sobre los recursos (las básicas de los remedios, de la apelación) ³¹ —que hay que introducir allí en donde falte, como los profesores españoles hechos propuesto para el proceso penal ordinario español para delitos no veniales— y casación, especialmente en materia procedimental.³²

2. La no unificación sobre una ley de tribunales o del Poder Judicial

En mi informe, representando a la Universidad de Valencia, y a petición del Ministerio de Justicia, sobre un anteproyecto de Código procesal penal de 1966, transcribí estas opiniones, y me mostré en desacuerdo con el hecho de que se comenzase una reforma a fondo de la organización judicial y del proceso en España por un Código procesal civil, cuando se debía comenzar por una Ley orgánica del Poder Judicial, y tras ella, por una “Ley procesal general” que reuniese aquellas figuras y fenómenos procesales ya casi unificados o susceptibles de unificación —o, al menos, de uniformación—,³³ y daba una relación de aquellas materias susceptibles de ser tratadas de modo uniforme para todos los procesos; y que en no pocos casos se hallan ya uniformadas —o casi— e inútilmente reiteradas en nuestras diversas leyes orgánicas y procesales vigentes.³⁴

³¹ Creo que acabo de dar algún paso más hacia las ideas generales en la apelación española en mi libro *El razonamiento de los Tribunales de apelación*, Madrid, ed. Ceura, 1990, *passim*.

³² Cfr. mi trabajo “Ideas para una teoría general del derecho procesal”, *Revista de Derecho Procesal*, 1966, II, en *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, Tecnos, 1969, I, § 2, p. 281.

³³ Cfr. Fairén Guillén, “Ideas”, *cit.*, § 2.

³⁴ El de las normas sobre organización judicial, tanto administrativas como jurisdiccionales. Pero evitando el introducir allí normas procesales so pretexto de ser “judiciales”.

Pero lo que pretendía yo, no era, que esta “parte general” se acumulase en una ley procesal civil, con una ley procesal penal, o a una ley de tribunales, *orgánica*: propugnaba una *ley procesal general*.

El estado de cosas sobre el tema, en España y en los años 60, en cuanto a normas susceptibles de unificación, dispersas y reiteradas, era el que sigue:

Con ocasión de las “informaciones” remitidas —a su petición— al Ministerio de Justicia sobre la reforma procesal a emprender o emprendida —esto no se sabía demasiado bien— hubo sujetos que opinaron en favor de la unificación o de la uniformación, pero propugnando que se hiciera acumulando tales normas en la clásica Ley orgánica del Poder Judicial.³⁵

Esto es, falseando sus propios nombres y contenido.³⁶

³⁵ Cfr. por ejemplo, Prieto Castro —por razones de economía legislativa que nunca he alcanzado a comprender plenamente; aunque otra cosa es la “incontinencia” o el “gigantismo” legislativo, también censurable— en “Puntos de vista generales sobre la reforma de las leyes de justicia”, en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1965, III, pp. 52 y ss.; el mismo, “Ponencia para el Informe de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación sobre el Anteproyecto de Bases para un cuerpo legal procesal civil”, en *Temas de derecho actual y su práctica*, Salamanca, Universidad, 1979, esp. pp. 190 y ss. —fijándose tan sólo en la “economía legislativa” y probablemente este parecer influyó después en el Ministerio de Justicia—. “Estado actual y perspectivas de la legislación para la administración de justicia”, en *Temas* últimamente citados, esp. pp. 160 y ss.; el hecho de que el A. elogie la parte del anteproyecto de LOPJ más criticable para mí, por invadir en él, el terreno de la “Ley procesal general”, es lo que me hace suponer —es sólo una suposición— que el Ministerio de Justicia, al preparar materiales para la Ley orgánica del Poder Judicial que resultó ser la del 1 de julio de 1985, tuviese en cuenta estas opiniones. Ley nefasta, a mi entender. Cfr. mis argumentos en mis *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985*, Madrid, EDERSA, 1986, *passim*.

³⁶ De entre los “informes” en favor de acumular las normas unificadas o unitarias en la futura Ley orgánica del Poder Judicial, figuraba, como se ha dicho, uno del mismo profesor Prieto Castro; además, el del Colegio Nacional de Secretarios Judiciales —que recogió la argumentación de Prieto Castro— y el de la Universidad de Sevilla (profesor Gutiérrez Alviz Armario y Almagro). Mas no recuerdo muchos más trabajos de estos últimos compañeros sobre el tema.

Puedo recordar aquí algunos trabajos míos, y desde años ha, hasta el presente, elaborados sobre una visión general del proceso, y sobre las identidades, semejanzas y diferencias entre el civil y el penal. Por ejemplo, “La acción”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Española* Seix (Barcelona), y en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1950, *passim*; “La acción, el derecho procesal y el derecho político”, en mis *Estudios de derecho procesal*, Madrid, Ed. Rev. Der. Priv., 1955, y en *Jus*, rev. de la Universidad Católica del Sacro Cuore, Milán, 1951; “De nuevo sobre el concepto de acción y el de pretensión”, en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1988, 1; “Poder, potestad, función jurisdiccional en la actualidad”, en mis *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, EDERSA, 1983, I, pp. 5 y ss.; “La independencia judicial en España en la actualidad”, comuni-

Tales “informes”, eran enviados directa o indirectamente al Ministerio de Justicia.³⁷ El ministro Oriol y Urquijo, en su “Discurso de Apertura de los Tribunales” de septiembre de 1968, recogió la idea sólo parcialmente, siguiendo la tendencia errónea a mi entender, de desviar la “unificación de normas procesales” hacia la Ley de Tribunales.³⁸ Y esta es la misma y errónea tendencia acogida en la LOPJ de 1985.³⁹ No dejó de contribuir a ello —aparte su labor, de otro lado espléndida— un grupo de profesores españoles de derecho procesal, evidentemente, si no llevados, sí influidos por el mismo profesor Prieto Castro.⁴⁰

nicación al VI Congreso Internacional de Derecho procesal (Würzburg, 1983), en *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung*, I y en *Estudios*, I; “La Constitución como norma jurídica de aplicación directa (en España, desde 1812)”, en *Temas del ordenamiento procesal*, 1969, I, con otro nombre; en *Estudios*, cit., II, Madrid, EDESA, 1984, pp. 1 y ss.; “Ideas para una teoría general del derecho procesal”, en *Temas*, 1969, I, pp. 271 y ss.; “El proceso como función de satisfacción jurídica”, en *Temas*, I, pp. 271 y ss.; “La historia del proceso civil y la reforma de la justicia”, en *Temas*, I, pp. 237 y ss.; “Proceso, procedimiento y mito jurídico”, en *Temas*, I, pp. 519 y ss.; “Elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento”, en mis *Estudios*, cit. de 1955, pp. 253 y ss.; “Notas sobre el principio de concentración”, en *Estudios*, cit., de 1955, pp. 281 y ss.; “Ideas y textos sobre el principio de publicidad del proceso”, *Temas*, I, pp. 565 y ss.; “Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del derecho procesal”, en *Estudios*, cit., de 1955, pp. 321 y ss.; “El gravamen como presupuesto de los recursos”, *Temas*, II, pp. 991 y ss.; “Los recursos de queja”, *Temas*, I, pp. 505 y ss.; “Líneas generales de un procedimiento declarativo en primera instancia”, *Temas*, II, pp. 793 y ss.; en 1988, sospechando que algo se hacía en el Ministerio de Justicia, del cual *estoy absolutamente aislado* —de él y de sus elementos personales— publiqué “Para una reforma de las leyes de tribunales y procesales (¿Ley procesal general o *statu quo* formal legislativo?)”, en *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, jul.-ag., 1988, pp. 23 y ss.

Y después, ya se acaba de publicar mi *Doctrina general del derecho procesal*, Barcelona, Librería Bosch, 1990.

Pero mi trabajo no termina con ello; también sigo orientaciones de generalización de los temas específicos en mis monografías *El razonamiento de los Tribunales de Apelación*, Madrid, ed. CEURA, 1990, *passim*, y *Ensayo sobre procesos complejos* (Madrid, ed. Tecnos, 1991).

Aunque mi labor haya sido desafortunada, ha sido constante, y no movida por veleidades políticas y saltuarias. He seguido el principio de *mi convicción* y no el de *oportunidades* abiertas por otros.

³⁷ En un “Informe” que anteriormente había pedido el Ministerio de Justicia a entidades jurídicas, y entre ellas a la Universidad de Valencia, ésta contestó, por mi intermedio, que el primer paso de la reforma debía ser el de la organización de los tribunales; esto es, el de la Ley orgánica del Poder Judicial.

³⁸ El Libro III de la misma, es casi completamente procesal unificado.

³⁹ *Cfr.*, *infra*.

⁴⁰ Estos profesores españoles de derecho procesal —yo contribuí no mucho a su tarea, por disconformidades de principio, entre ellas esta misma— siguiendo la inclinación del profesor Prieto Castro, se manifestaron en favor de una unificación

Elaboraron estos profesores 19 grupos de normas que deberían cargarse sobre una Ley orgánica del Poder Judicial.⁴¹

de la normativa española reiterada en las leyes procesales, sobre una Ley orgánica del Poder Judicial.

Este criterio —erróneo, a mi entender— tenía historia en España. En efecto, la muy valiosa Ley orgánica del Poder Judicial (Ley provisional sobre organización del Poder Judicial”, de 15 de septiembre de 1870), la primera en su género, obra muy considerable y elaborada en circunstancias muy difíciles de inestabilidad —España, apenas aprobada una Constitución, sus debates fueron aprovechados para resolver problemas orgánico-judiciales gravísimos—, contenía bastantes normas procesales. Así, entre otras, las reformas a la “Responsabilidad judicial” —efectuaba remisiones a las leyes procesales. En otros capítulos, por ejemplo, los referentes al “Modo de constituirse los Juzgados y Salas de Justicia de los Tribunales” (tít. XV), “De las audiencias y policía de estados en los Juzgados y Tribunales” (tít. XVI) —principio de publicidad—, “De la forma de dictar acuerdos, providencias, autos y sentencias y del modo de dirimir las discordias” (tít. XVII), se hallan muchas normas procesales e incluso hay normas en las que aparecen claramente las partes como destinatarias de las mismas.

Sobre la labor de estos compañeros, de gran altura, pero con error en esta materia, *cfr.* con más detalle mi trabajo “Para una reforma de las leyes procesales”, en *BCAM* 1988, *cit.* pp. 29 y ss.

⁴¹ Decían los citados profesores:

“Creemos que antes de emprender en España ninguna reforma sería de la ordenación orgánica y procesal hay que plantearse con no menor seriedad y con carácter absolutamente previo, si una política legislativa consciente puede pasar por alto semejantes cosas”. “El planteamiento del problema se habrá de extender a determinar si la LO incluyó con acierto las cuestiones que le incumbía regular, si se debería excluir alguna por considerarla específica de cada ley procesal —*hic sunt leones*, interpolo yo— o bien incluir en ella algunas no recogidas. Nuestra respuesta es que la LO no se excedió y que, antes al contrario, tal vez alguna otra materia regulada solamente en la Lec. y en la Lecrim. debería pasar al cuerpo de dicha LO.” “La pauta directiva, creemos que debe ser ésta: todas las materias que no son específicas de una especialidad procesal y que, de ser reguladas en cada una de las leyes de esa clase, producirían duplicación o triplicación, atañentes a las materias antes reseñadas y a cualesquiera otras que se estimen, deben ser recogidas únicamente en la LO”. “Esta política legislativa, que los profesores intervinientes (yo no estaba entre ellos) se permiten sugerir al gobierno, no solamente será idónea para abreviar los diversos cuerpos legales, sino que también permitiría, al mismo tiempo, unificar el léxico, inútilmente vario en diversos puntos de la enciclopedia procesal española (y que va de mal en peor, interpolo yo), y armonizar las regulaciones, lo que también es de gran necesidad”.

Cfr. “Profesores de Derecho Procesal”, *Corrección y actualización de la Ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, Tecnos, 1972, esp. t. I., 21; Prieto Castro, *La Administración de justicia*, *cit.*, pp. 290 y ss. La Ley Orgánica de la Justicia —de Bases— de 1974, fue un experimento fallido de la época franquista... Era una montaña de atrevimiento y de falsedades claramente apreciables. Mis compañeros los profesores Prieto Castro, Serra Domínguez, Oliva Santos, Muñoz Rojas, Morón Palomino, Miguel Alonso, Herce Quemada, Gutiérrez de Cabiedes, Gutiérrez-Alviz Armario y Almagro Nosete, remitieron una “Exposición al gobierno e informe de profesores de derecho procesal de las universidades españolas, respecto del proyecto pendiente de Ley de bases de Ley orgánica de la Justicia”, y lo pu-

También yo, efectué una modesta investigación sobre normas defectuosamente encuadradas en la LOPJ. Antes de publicarse la de este nombre de 1985 y con posterioridad a la misma. De ahí han resultado una serie de grupos de normas procesales, en su mayor parte repetidas; pero que la muy dudosa —inadmisible por su generalidad, enemiga de toda seguridad jurídica, y por la comodidad que para el legislador supone— Disposición derogatoria 1, a.f. (“Cuántas otras leyes y disposiciones se opongan a lo establecido en esta Ley orgánica”) no aclara (así, hay normas en la LEC y en la LE-CRIM bastante más correctas que las de la LOPJ y que la contradicen, es más, sin las primeras, las segundas son inaplicables).⁴² Todo lo cual, debe suponer una fuerte censura a legisladores que así efectúan sus labores.⁴³

Para facilitar al lector la tarea de ver, en la relación que sigue, las reiteraciones de la LOPJ inexplicadas en la misma Ley, haremos constar en *itálicas* las tales normas procesales repetidas, y que a nuestro entender, han penetrado indebidamente en la referida Ley, siendo su lugar sistemático, el de una ley procesal general.

1. Relativas a los Tribunales y a su actuación.

A. Abstención y recusación.

B. *Responsabilidad judicial civil y penal* (aunque hay remisión defectuosa).

blicaron en la *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1974, 1, pp. 7 y ss. Yo no contribuí a ello. Centré mi atención luchando contra el tiempo, el clima político y el silencio, en la crítica a la Base I del “Proyecto” esperando que bastaría *hundirla*, para hundirlo a todo él.

Cfr. mi trabajo “Comentario crítico de la Base primera de la Ley Orgánica de la Justicia”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1974-1, pp. 79 y ss. El profesor Montero Aroca coadyuvó en esta tarea de intentar evitar lo peor, con su trabajo “La llamada justicia municipal y el Proyecto de bases de la Ley orgánica de la Justicia”, en la misma revista y número, pp. 155 y ss.; cfr. también otro trabajo mío, “El Proyecto de Ley Orgánica de la Justicia y el Tribunal de las Aguas de Valencia”, pp. 191 y ss., en el mismo número.

El proyecto, devino Ley de bases de 28 de noviembre de 1974.

Los “19 grupos de normas”, se hallan resumidos y comentados sobre su debida o no debida inclusión en una Ley orgánica del Poder Judicial —naturalmente, según mi opinión— en mi trabajo “Para una reforma”, *cit.*, p. 31, nota núm. 36.

⁴² Cfr. algunos casos en mi libro “El razonamiento de los Tribunales de Apelación” *cit.*, en diversos lugares.

⁴³ Por ello y viendo que la nueva Ley era muy defectuosa y que daría lugar a conflictos si no a una crisis, el lema de mis Comentarios fue: “Morituri te salutant”. Y la crisis orgánica y procesal, me ha confirmado en mi diagnóstico.

- C. *Despacho y vista de los asuntos.*
- D. *Discusiones y votaciones de las resoluciones.*
- E. *Auxilio judicial.*

2. Relativas a las partes, representantes y defensores.⁴⁴

- A. *Postulación y defensa personales o por procurador y abogado.*
- B. *Constitución, alteraciones y extinción de las relaciones de la parte con procurador y abogado.*
- C. *Garantías de los derechos de procurador y abogado.*

3. Relativas a los actos procesales.

- A. *Requisitos y presupuestos de los actos procesales.* Unificación parcial.
 - a) *Los impedimentos procesales genéricos.*
 - b) *Las consecuencias de la falta de requisitos y de presupuestos de los actos procesales.* La nulidad y sus diversas gradaciones.
- B. *La forma de los actos procesales.*
 - a) *El principio de escritura.*
 - b) *La forma de los escritos de las partes.*
 - b') *La forma de las resoluciones judiciales.* Los hechos probados.
 - c') *La forma de los actos de documentación.*
 - b) *El principio de la oralidad.*
 - a') *La forma de las audiencias.*
 - b') *La forma de las declaraciones.*
 - c) *Los principios de concentración y de orden legal de los actos.*
 - a') *Preclusión y eventualidad.*
 - b') *Publicidad y secreto.*
- C. *El tiempo de los actos procesales.*
 - a) *El impulso judicial.*
 - b) *Términos y plazos.*
 - a') *Su cómputo.*

⁴⁴ Ya en mi *Doctrina general del derecho procesal*, pp. 277 y ss. se ven mis ideas, según las cuales, mucha de la normativa con referencia a ese tema, supone enormes diferencias entre lo penal y lo no penal; por lo tanto, imposibilidad de uniformar y menos de unificar.

- D. *Lugar de los actos procesales.*
 - a) *Dentro de la nación.*
 - b) *Fuera de la nación.*
- E. *La comunicación de los actos procesales.*
 - a) *Las notificaciones.*

4. Relativas a las diligencias de ordenación del proceso y propuestas de resolución.

Seguidamente, se expone una serie de normas referentes a los procesos declarativo, ejecutivo y cautelar y efectos económicos del proceso, susceptibles de ser unificadas en una ley procesal general;⁴⁵ de tal materia, y bajo epígrafes, han penetrado en la LOPJ española de 1985, las siguientes.⁴⁶

Libro III. *Del régimen de los Juzgados y Tribunales.*

Título I. *Del tiempo de las actuaciones judiciales.*⁴⁷

Capítulo I. *Del periodo ordinario de la actividad ordinaria* (de los Tribunales).⁴⁸

Título II. *Del modo de constituirse los tribunales.*

Capítulo I. *De la audiencia pública.*⁴⁹

Capítulo II. *De la formación de Salas y de los Magistrados Suplentes* (en parte, se trata de normas procesales).

⁴⁵ Cfr. nuestros trabajos “Sugerencias sobre el “Anteproyecto de Código procesal civil” de 1966 cit., pp. 19 y ss.; “El Anteproyecto de Bases”, cit., en *Temas*, II, p. 58.

⁴⁶ Y además, por los rincones de la LOPJ, también hallaríamos normas procesales y “aperturas” a procesos: por ejemplo, una importantísima, en el artículo 190-2: “Asimismo ampararán en sus derechos a los presentes”. Recuérdese la existencia del recurso de amparo —constitucional— en España...

⁴⁷ Anotemos que, probablemente para ocultar que se trata de normas procesales, la LOPJ acude al expediente —y no está sola— de hablar de “actuaciones judiciales” —si siquiera *jurisdiccionales*—, cuando, en realidad, debe leerse “actuaciones procesales de los jueces” en su lugar. Valga la advertencia.

⁴⁸ No se sabe por que mecanismo absurdo (¿puritanismo?) no aparece aquí, en los artículos 179 y 180 LOPJ la expresión “Vacaciones judiciales”. Los jueces y magistrados —y todo el resto del personal— tiene derecho a vacaciones, como trabajadores que son.

⁴⁹ Aquí, se desarrolla la materia disciplinaria de las audiencias. Pero no se puede ocultar, de otro lado, que también se halla aquí el medio de hacer efectivo el principio fundamental de *bilateralidad* o de *contradicción* del proceso.

Capítulo III. *Del Magistrado Ponente.*

Capítulo IV. *De las sustituciones* (parcialmente).

Título III. *De las actuaciones judiciales.*⁵⁰

Capítulo I. *De la oralidad,*⁵¹ *publicidad*⁵² *y lengua oficial.*

Capítulo II. *Del impulso judicial.*

Capítulo III. *De la nulidad de los actos judiciales.*⁵³

⁵⁰ Escribiendo con propiedad y corrección, debería leerse: *Del proceso y sus principios.*

⁵¹ El artículo 228-1 de la LOPJ copia el artículo 120-2 de la Constitución sobre este principio. “El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal —dice la Constitución—; “Las actuaciones judiciales —dice la LOPJ en manifiesto efugio de la palabra “procesales”— serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación”.

Aquí se plantea el problema de la trascendencia de las definiciones constitucionales recogidas, pero también alteradas por las simples leyes o leyes orgánicas. Esto tiene sus inconvenientes; al desenfocarse la norma superior al arbitrio de los simples legisladores —tal es aquí el caso— la LOPJ parece reducir la oralidad a los que en realidad son actos de jueces y *actos de las partes* igualmente.

Por otra parte, la Constitución, norma jurídica superior y de aplicación directa, debe ser desarrollada por las leyes; esto es axiomático. Y además, se ha planteado otro problema: el de las reformas de las constituciones (ahora se habla ya sin ambages de la nuestra) que pueden suponer la derogación de “principios”. ¿Derogarán también las leyes en que tales principios se hayan plasmado? (casos de “inconstitucionalidad sobrevenida”) Si de un lado, es el problema de la perennidad de los repetidos principios (Cfr. Aguirre Godoy, *Memorias de las VIII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal*, Quito, Corte Suprema de Justicia, 1984, I, pp. 89 y ss.) del otro la supone también en cuanto a principios defectuosos o malos...

⁵² La LOPJ, no solamente “se adueña” de un clásico principio procesal, sino que lo desarrolla confusamente. En efecto, como “Excepciones sobrevenidas al principio de publicidad para las partes y aun general”, debería regular en este punto las expulsiones de las partes, de terceros y del público en general, y sus consecuencias, del local en el que se desarrolla el procedimiento. Pero no lo hace así, sino antes, al tratar de “la audiencia pública” (la cual debería tratarse unida y no separada en sus principios y detalles).

Nótese también que la LOPJ añade una coletilla al principio constitucional de la oralidad: la de “sin perjuicio de su documentación”. Lo cual supone el introducir una grave duda en el terreno de la extensión de tal principio; si lo que ha de regir, a los efectos de la elaboración de la sentencia, ha de ser el recuerdo de lo ocurrido ante el juez —noción clásica de la oralidad (unida con ello a la concentración, y con resultado de celeridad)—, si el juez puede limitarse a escuchar o “ver en conserva” lo protocolizado. El cuidado que la LOPJ se toma por los modernos medios de perennización de palabra, inclina a pensar así (arg. artículo 230). Oralidad, pues que no será genuina, sino “en conserva”; y pudiendo guardarse, pueden aparecer perfectamente todos los inconvenientes de la escritura.

⁵³ Las normas sobre nulidades, a nuestro entender, son de clara inclusión en una ley procesal general (Cfr. mi *Doctrina general del derecho procesal cit.*, pp. 344 y ss.; y mis *Comentarios a la LOPJ*, Madrid, EDESA, 1986, pp. 298 y ss.

No se debe olvidar aquí la muy mediocre calidad de estas normas de la LOPJ

- Capítulo IV. *De las resoluciones judiciales.*
 Capítulo V. *De la vista, votación y fallo.*
 Título IV. *De la fe pública y de la documentación.*⁵⁴
 Capítulo I. *De las funciones atribuidas a los Secretarios*
 (parcialmente, a las leyes procesales o a la
 Ley procesal general).
 Capítulo II. *De la dación de cuentas y de la conservación*
 y custodia de los autos.⁵⁵
 Título V. *De la responsabilidad patrimonial del Estado por*
el funcionamiento de la Administración de Justicia
 (parcialmente).

Esto significa —y aquí lo reitero— que casi todo el III Libro de la LOPJ, debería haber sido incluido en una ley procesal general que encabezase a las especiales (y ahí ve un buen campo de trabajo para los reformadores y elaboradores de ese “proceso polivalente”: el consistente en el desguace de la LOPJ y la remisión de sus materiales al lugar debido).

3. *Mis desiderata: Ley procesal general seguida de varias especiales*

En 1961, a petición del Ministerio de Justicia y encargado de “informar” por la Universidad de Valencia, lo hice en sentido de que la reforma procesal, debía comenzar por la Ley orgánica del Poder Judicial lo que me acarreó la objeción de que anteponía el órgano a la función. Yo recordaba a Klein y a lo que le sucedió con la

que ya puse de manifiesto, en general en mis *Comentarios*... cit. pp. 298 y ss., al parecer con enfado de alguien.

Tal mediocridad ya ha provocado tres sentencias del Tribunal Constitucional (en sendos recursos de amparo S. núms. 211, 212 y 213, de 19 de diciembre de 1989, en los recursos 1504/1987, 1640/198 y 1987/1988), ya que se enfrentan el derecho fundamental a la tutela jurídica con la figura de la cosa juzgada.

Entiendo que, tarde o temprano, el Tribunal Constitucional se va hallar ante la necesidad de entrar a tratar nada menos que de la entidad de la cosa juzgada. Y es mi modesto parecer que, el estudio de todas (las serias, naturalmente: no las de indocumentados, que también abundan) las doctrinas sobre la cosa juzgada material, puede llevar a una conclusión aceptable en esta época. Especialmente, habría que arrancar de la teoría de las ficciones...

⁵⁴ Cfr. mi *Doctrina general del derecho procesal*, pp. 395 y ss. y 503 y ss.

⁵⁵ La “dación de cuenta” es un subrogado de la oralidad, entre el Juez y Secretario y por lo tanto supone uno o varios actos procesales. La conservación y custodia de los autos” no son actos procesales, aunque así son situaciones procesales las del descanso del procedimiento durante las horas inhábiles, en los feriales; las suspensiones, interrupciones, etcétera, que obligan a *guardar* los autos.

Magistratura austriaca. Ahora, releendo aquellos informes y opiniones, me ratifico en lo que dije. Y aunque la *cuna* de la LOPJ de 1985, en cuanto a su absorción de normas procesales, entiendo que se halla, no en el Ministerio de Justicia, sino en la doctrina que tal propugnó —nada menos que un gran grupo de profesores de derecho procesal— sin embargo, no dejo también de estimar curiosa la coincidencia, en cuanto a la inclusión legislativa de lo contencioso-administrativo en el derecho procesal o en el administrativo —en sentido amplio—, lo cual puede tener gran importancia. El acceso a su puesta en práctica, en el segundo caso, puede depender de la misma Administración; ésta, contará con un proceso específico para tratar con ella —salvo excepciones en el que, pese al principio de igualdad de las partes, ocupará una posición privilegiada, regalista; y ese proceso, en la fase de ejecución de una sentencia a la Administración desfavorable, puede desviarse *legalmente* en su favor. Y no se olvide que, por su especial situación, las administraciones y su labor —los reglamentos a que tan aficionada se ha mostrado por ejemplo, la Ley orgánica del Poder Judicial de 1985— pueden ser enormemente nocivos a la independencia judicial.

Lo administrativo, tratará siempre de cubrirse por la política, hasta dar una imagen de constitucionalidad, de tratarse de una norma constitucional o superior, que engañe, y haga pasar por tal a una regulación de elaboración interna y funcional, de *retrete*,⁵⁶ de cuarto interior de sede oficial.

Estimamos que las normas procesales deben considerarse como tales desde los puntos de vista de su estructura y de su función. Si —aparentemente— una sola norma estructura un órgano y lo hace funcionar, en realidad hay dos —si no son más.

Pero el tratar de estructurar, de constituir un organismo como lo forman los tribunales y sus auxiliares —como el de cualquier organismo jurídico— nos lleva, bien a escrutar sobre aquella o bien a darla por conocida.

Pero ambos “momentos” —e intérpretese este vocablo en el sentido de las ondas sonoras— de las normas, pueden llegar a distinguirse. Así, por ejemplo, las de competencia (y de estas normas, los franceses, en tiempos, hicieron un grupo aparte). Su concepto, su distribución entre los diversos tribunales y según diferentes pautas

⁵⁶ Aún quedan en castellano restos de esta acepción de la palabra “retrete” —retraite— francés, probablemente. Por ejemplo, *Moza de Retrete*, si no me engaño, semejante a dama de honor...

—objeto, funciones procesal y material, territorio— conforman y contemplan al órgano ya conformado, en situación exterior a los procesos; éstos, *aún no han comenzado*. Pero cuando los procesos “comienzan”, surgen los conflictos de competencia; el tribunal interviene en ellos y los resuelve; en tales *momentos*, el tribunal se halla *en el interior*, “dentro” de los procesos. Esto es: si la planta y la extensión de la competencia puede hallarse en una ley —estática— la ordenación (procedimientos, dinámica) del mecanismo para solucionar tales conflictos, se debe hallar en otra u otras normas. Y el proceso, como entidad concreta, no se subsume a la primera norma (“estática”) sino a la segunda (“dinámica”).

Lo que puede tornar borroso el panorama, es que la frontera judicial-legislativa (y perdónese la expresión, un tanto abrupta) no siempre es una línea, sino que a veces es una zona —y aquí llevaba ventaja el derecho jurisprudencial, el *case law*—; a las figuras, fenómenos, instituciones en tal zona comprendidos, hay que intentar decantarlos hacia una de las dos regiones ya no difusas —fuera de la fronteriza zona—, para, en ellas, con su centro de actividad allí, y con su centro de irradiación allí, desarrollarlas; o bien precisa conservarlas en la zona fronteriza, limitando las demás influencias a apariciones las más imprescindibles en tal zona, y siempre sin perjuicio “de las apariciones de influencia del otro lado”. Y esto, puede ser tan difícil como intentar separar tajantemente dos ondas sonoras sucesivas.

Tal sería el complicado medio de obtener una distinción entre las normas procesales que por ser “límite” con lo orgánico-judicial, deben colocarse mejor en una “ley orgánica” en cuanto a su centro de gravedad (quizás, por ejemplo, las normas del procedimiento de las recusaciones de jueces y magistrados), de otras, en las que aparece más adecuado que se hallen en leyes procesales, aunque no por ello se las deje de tener en cuenta en las orgánicas —juego de remisiones claras, explícitas—. Y por fin, hay instituciones que, según una tradición jurídica y social de cada país en que las hallamos, pueden figurar entre las “orgánicas” —aun no siéndolo, puras— o entre las procesales: por ejemplo, las referentes a la potestad disciplinaria sobre las partes y terceros que actúan en el proceso, por el tribunal. Si bien en España, los mecanismos y funciones disciplinarios —y no vemos la razón clara de por qué, en no pocos casos— se consideran más bien como administrativos (con el riesgo de confundir en ellos la situación de los jueces; y esto, aunque tales normas

puedan tener su sede en leyes procesales, como es el caso de los artículos 437 y ss. LEC, y sean de diferente naturaleza), en los países anglosajones, la figura *paralela*, el *contempt of the court* no hay duda de que está tratado como jurisdiccional.

Y es que en Inglaterra, por tradición y educación, se ha propendido casi siempre a reforzar el Poder Judicial (incluso incurriendo en desvíos: así, con las comisiones administrativas a las que se consideraba como “tribunales especiales” y recuérdese el Informe Francks); en tanto que, en una serie de países continentales europeos, seguramente por influencia de ideas procedentes de la Revolución francesa, más proclives a la administración que a la jurisdicción —*et pour cause*—, lo disciplinario se contempla más bien como administrativo (aun cuando haya “faltas disciplinarias” que, tal como las concibe la LOPJ en su artículo 416 y ss., constituyen “delitos”: y si la doble persecución no es deseable, tampoco lo es la solución “salomónica” del artículo 417-3, proclive a ocasionar injusticias graves).⁵⁷

Se podría decir que las Leyes orgánicas del Poder Judicial —en las que no debería caber ni el menor resquicio de intromisión para el Poder Ejecutivo—⁵⁸ fijan los llamados “jueces legales” en abstracto y formalmente: los “preparan”, los “predeterminan”. Pero, vistos desde el punto de vista de cada proceso en particular, no devienen “jueces legales” para conocer del mismo si no es tanto en contemplación de su competencia desde el punto de vista *estático*, si o también desde el *dinámico*; el de su comportamiento en dicho proceso concreto, progresivamente, a lo largo del procedimiento,⁵⁹ con obser-

⁵⁷ Naturalmente, no puede confundirse el *contempt* —pese a su traducción, desacato, desdén, menosprecio— con el delito de desacato español, que se puede cometer contra otras autoridades.

Hay quien, en medio de la confusión reinante y de avalanchas de grosería, no obstante, estima que tal delito debe desaparecer. . .

⁵⁸ Cfr. por ejemplo, Guasp, en su intervención en las Jornadas de Profesores de Derecho Procesal destinadas al “Autogobierno de la Magistratura” cit. por Prieto Castro, en “La Administración de Justicia” cit., p. 296. Diríase, de abandonarlas a la “Procesología”. Cfr. la última parte de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de julio de 1986, sobre el desarrollo de la Ley orgánica del Poder Judicial por el gobierno, a través de reglamentos, según su atractiva (!) Disposición transitoria 1ª-2. Y sobre este problema, mis *Comentarios a la LOPJ*, esp. 117 y ss. El TC no ha resuelto el problema.

⁵⁹ No tardará en surgir alguien —estamos ya muy cerca— que, sobre la base de los tremendos defectos existentes en los procedimientos actuales, proponga, como solución, la desaparición de todo procedimiento. Esto es, la “indeterminación procesal” a la que también el tristemente célebre Karpzovius dio salida. . . Cfr.

vancia de su régimen exterior —procedimental— e interior, subjetivo, de su preparación interna de las resoluciones que adopte.⁶⁰

Los excesos antieconómicos denunciados en cuanto a la reiteración de normas en las diversas leyes procesales —son efectos, y no causas— deben corregirse, “enviando a cada norma a su lugar “adecuado”; y a una Ley procesal general si no se ajustan en las especiales, por cumplir con una función procesal general (por ejemplo, sobre los actos de documentación y de comunicación que permiten poner en práctica el principio de contradicción o de audiencia bilateral). Con preparación, con examen de los antecedentes que podamos escurrir, se puede llegar a buenas soluciones. Ni una ley procesal general debe ser un depósito de materiales de naturaleza dudosa, ni las leyes especiales ser recipientes de “rarezas”.

Y recordemos aquí para terminar, en cuanto al sistema de una reforma procesal, lo que decía el profesor Alcalá-Zamora Castillo, en palabras dedicadas, tras larguísimo y digno exilio político, a la Universidad Autónoma de Madrid, en donde le acogíamos:

... La reforma de un código procesal (fases) es *un*mo que han de ser las siguientes: una *primera*, de límites temporales sumamente variable de un país a otro, esencialmente crítica, para mostrar la necesidad imperiosa de reemplazar el texto antiguo y defectuoso, que quizá fue bueno en su día, pero que ya ha dejado de serlo, por uno moderno y progresivo; una *segunda*, de carácter informativo, a fin de reunir los datos demográficos, estadísticos, relativos a personal forense con que se cuente y a preparación de que se disponga, a medios técnicos y de comunicación, a edificios utilizables para instalar en ellos los servicios de administración de justicia, etcétera; una *tercera*, para la elabora-

mi trabajo “El Consulado de Valencia. De proceso a arbitraje. Sus posibilidades”, en *Estudios cit.* I, pp. 225 y ss.

Y no deja de haber quien extrae las posibles consecuencias de tan pésimos procedimientos: esto es, su beneficioso efecto disuasorio para los futuros litigantes. Cfr. el pintoresco artículo de Gross, “The American Advantage. The Value of Inefficient Litigation”, en *Michigan Law Review*, vol. 85 (1987), pp. 734 y ss.

⁶⁰ Pienso que las Leyes orgánicas de los tribunales, se hallan avocadas al proceso considerado como totalidad, como objetivo; y las procesales (aunque parezca un contrasentido) al *resultado del proceso*, al resultado de la aplicación correcta y coercitiva de la norma substancial o procesal, al caso concreto. Más ambos modelos se hallan en combinación indisoluble, de una especie de *comensalismo* recíproco, y de ahí que algunas de ellas sean de emplazamiento muy difícil. Y con su análisis hecho, si en realidad aparecen dos o más normas, entonces, todo devendrá más sencillo..., excepto la técnica legislativa, que se complicará.

Cfr. sobre estos temas, mi librito *El Razonamiento de los Tribunales de Apelación cit.*, pp. 53 y ss.

ción del anteproyecto; una *cuarta*, para que éste sea estudiado y objetado por magistratura, abogacía, profesorado universitario de Derecho, etcétera; una *quinta*, para que tomando en cuenta las observaciones atinadas expuestas durante la cuarta, el *anteproyecto* ascienda y se convierta en proyecto; y todavía, en naciones de efectivo régimen parlamentario, una *sexta*, de debate en la cámara o cámaras de representantes antes de sancionarlo como ley. Esta última etapa, con sus *pros* y sus *contras*, probablemente con más de los segundos que de los primeros, y conste que soy empedernido liberal, partidario por tanto del parlamentarismo verdadero, pero sin que por ello se me oculte que en discusiones esencialmente técnicas, como lo son o deben serlo las relativas a códigos de enjuiciamiento, la inmensa mayoría de diputados o senadores, sin excluir a muchísimos de los que se ostentan como juristas, no suele estar capacitada para intervenir con acierto en tales menesteres, y de ahí que a menudo estropeen de modo lastimoso los proyectos que a ellos se sometieron.⁶¹

A estas prudentes palabras, débense colocar como colofón estas otras: ¿Y si el anteproyecto es malo?, ¿y el proyecto también?

V. LA PROYECTADA —OFICIALMENTE— LEY DE BASES PROCESAL GENERAL

Conocemos las ideas generales que deben predominar (?) en el borrador de Ley de bases que elabora el Grupo de Trabajo oficial, del Ministerio de Justicia —y del cual he sido rigurosamente excluido—⁶² por una Conferencia pronunciada por el profesor Almagro hoy día, Ponente General de la Comisión de Reforma Procesal, con

⁶¹ Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, “Introducción a un Curso de “Técnica legislativa procesal”, en *Nuevos Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, ed. Tecnos, 1980, esp. pp. 27 y ss.

⁶² No sé si será casualidad: (y me repito) más a la vista y estudio de los graves defectos que concurrían y concurren en la LOPJ de 1985, a mis “Comentarios” sobre la misma —me parece que fueron los primeros en aparecer— puse el lema “Morituri te salutant”. Quizás esto molestó a alguien. El hecho es que yo hacía críticas fundadas a la ley en muchos puntos y temía desencadenase una crisis en la Administración de la Justicia; ello se avveró y todos los puntos de mi crítica se mostraron ciertos. La crisis, sobrevino. Y se podía haber evitado con medidas preventivas adecuadas, que los AA. de la LOPJ no supieron o no pudieron adoptar. La culpa no fue mía, ya que tampoco intervine en la elaboración de la LOPJ sino para advertir cortésmente de los defectos que *sospechaba* iban a concurrir en ella.

La Comisión de Codificación, en su Sección V (“Derecho procesal”) a la que pertenecía desde 1976 y sigo perteneciendo, no se reunió desde 1982.

categoría de Director General⁶³ en el “I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León” (publ. por el Ministerio de Justicia) —al cual, naturalmente, tampoco fui invitado.⁶⁴

Se trataría de una “Ley de bases para la reforma procesal”. La experiencia española reciente, me ha mostrado la dudosa utilidad (?) de tales leyes. Se vierten hermosos principios —lo difícil es desarrollarlos— y en otras ocasiones, lugares comunes. Pueden suponer en el futuro, un obstáculo para posibles ideas de “marchar en otra dirección” —¿sería, parafraseando el título de un drama teatral histórico, el intento de “reinar después de morir”?—. Los que desarrollan, lanzan culpas —si les conviene— sobre los autores de las “bases” y a la recíproca. Y el paso de la Ley de bases al Real decreto legislativo que las desarrolla, ha alcanzado ahora mismo, un nuevo y peligrosísimo cariz.

En efecto, la Ley de bases para el procedimiento laboral, de 12 de abril de 1989, ha sido “desarrollada” (?) por Real decreto legislativo número 521/1990, de 27 de abril, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 5 de mayo. Pero en el *Boletín Oficial del Estado* de 23 de mayo, aparece una “corrección de errores” que ha dado lugar a que, por ejemplo, toda una parte de las normas del R.D.L. de 27 de abril, so tal pretexto, *haya sido reformada* —la de la “ejecución forzosa”— y cambiado su sentido y su intensidad.

⁶³ Posiblemente hay que hallar una causa o concausa en mi posición crítica, que parece no ser aceptable. Y en mi incapacidad de aceptar lo que me parece —fundadamente— mal. Incapacidad ya mostrada de manera clara y con grave perjuicio mío, en la época de los gobiernos del general Franco. El hecho es que no figuro en tal Comisión. Y es cierto que aun antes de formarse, yo ya había comenzado mi pública crítica a las soluciones que constaban en el Anteproyecto de Ley de Reforma Procesal [Cfr. *Tapia* (Publicación para el Mundo del Derecho), Madrid, núm. de diciembre de 1988: “La imparcialidad o parcialidad del Juez de Instrucción penal”; núm. de enero-febrero y marzo-abril de 1989: “El Ministerio Fiscal en la reforma del proceso penal”; “Justicia 89” (Barcelona), “Las conformidades del sujeto pasivo en el procedimiento de la ley de 28 de diciembre de 1988” (núm. 1, 7 y ss.)]. En las II Jornadas del “Consell de Col·legis de Procuradors des Tribunals de Catalunya” (Barcelona, noviembre de 1988, con la ley en pleno *iter* legislativo) también hube de criticarla en varios a sus puntos, uno de los cuales, posiblemente por intervención del director general señor Xiol que allí se hallaba, fue corregido pese a su *avanzado estado* parlamentario... De todo ello, naturalmente, di cuenta en mis publicaciones. Y en las “Actas” del Congreso de Barcelona, constan mis impugnaciones fundadas al Proyecto de Ley. Ya he corregido las pruebas de imprenta. Utilizando un modismo coloquial, y habida cuenta de mis críticas a la LOPJ de 1985... llovía sobre mojado.

⁶⁴ ¿Pudo influir en los organizadores mi posición crítica frente al proyecto que iban a estudiar?, ¿o la mala calidad de *todos* mis trabajos? No lo sé. Ni me angustia la duda, lo aseguro.

Esto, constituye un atentado al principio de la seguridad jurídica de los ciudadanos; al de “legalidad” de la Constitución; al de “interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” (artículo 9,3 constitucional) —ya que se ha confundido la “corrección de erratas” con la “corrección de todo un texto *ya normativo*” sin la garantía de tramitación de una ley—; con esta *innovación* entiendo se ha conculcado también el espíritu y la letra de los artículos 81 y ss. de dicha Constitución.

Esta nueva tendencia, me hace desconfiar aún más de las “Leyes de bases”.⁶⁵ Y de sus desarrollos por decretos reformados so pretexto de “errores” (?).

En el “borrador” (de reforma procesal, y en líneas generales, al parecer los estudiosos del grupo, han delineado un procedimiento declarativo) no trató Almagro de la ejecución de penas; ni ampliamente, de lo cautelar; y se abstuvo siquiera de señalar algo sobre el sistema de recursos.

Se trata, en primer lugar —y tras las “diligencias preliminares”, concebidas con gran amplitud— de un estadio preparatorio del pro-

⁶⁵ Hay dificultad en saber cuál fue el *texto final* que se promulgó y publicó por R.D. Legislativo. El *iter* formativo de tales decretos, es difícil de investigar y aún más, de controlar.

Y estos *errores* tienen sus precedentes también en materia de leyes. Así, la “Ley de reforma procesal” de 28/12/1988, no fue sometida a la votación preceptiva constitucional en el Congreso de los Diputados. *Cfr.* sobre este grave evento, mi trabajo “Acción del fiscal y acción popular. El refuerzo de esta última” en *Tapia*, Madrid, octubre de 1989, pp. 59 y ss. con copia textual de los “Diarios de Sesiones” del Congreso; y “La defensa”, *supra*.

Y llueve sobre mojado. El 31 de diciembre de 1986, se publicaba en el *B.O.E.*, un Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, de 12 de diciembre de 1986, sobre distribución de asuntos entre las Salas de lo Contencioso-Administrativo del ref. Tribunal, en aplicación del artículo 15 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. Y el 10 de enero, se publicaba en el *B.O.E.* una “corrección de errores”, que contenía las disposiciones transitorias del citado acuerdo, omitidas “por error”. Tal error, era una *omisión*, y muy grave. *Cfr.* sobre el tema, De la Oliva, “Competencia, reparto, cambio de tribunal y derecho al juez predeterminedado por la ley (En torno a un caso de controvertida aplicación del artículo 15 LJCA)”, en *Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairén Guillén*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1990, pp. 117 y ss.

El fenómeno de la pérdida racional de la confianza racional en las entidades que debieran merecerla, es de mucha gravedad.

Y no es que el Poder Legislativo funcione de manera impecable. *Cfr.* —reitero— la gravísima irregularidad sufrida en su *iter* de tramitación parlamentaria, por lo que pasó a ser la Ley de reforma procesal de 28 de diciembre de 1988: remisión del Proyecto al senado, sin la necesaria votación del Pleno en la Cámara Baja. Sobre ese muy grave asunto, *cfr.* mis trabajos *cít.*

ceso, con previstas variantes según su tipo; esto es, aquí, en su caso, se hallará la instrucción del proceso penal, sobre la que no se dan demasiados detalles. Todo con “concesiones de unos procesos a otros”, elasticidades, cláusulas generales (que, si pueden aparecer en una conferencia y aun en una ley de bases, deben desaparecer en las leyes de aplicación, por ser notorias enemigas del derecho procesal).

Y después, de un segundo estadio de “juicio”. Pero aquí, posiblemente por influencia clara del sistema procesal civil español, proveniente del derecho común y que inspira a nuestra LEC —y que alguien quiso ver también en la LECRIM, *cfr.* su “Exposición de motivos”— pese a la declaración anterior de haberse de sujetar a los “principios de inmediación, concentración y oralidad”,⁶⁶ hay una importante fase declarativa escrita: la de los actos de alegación. Nada menos que la demanda y la contestación. La demanda “expresará” los actos y circunstancias de identificación del actor y del demandado, expondrá los hechos y fundamentos de derecho y fijará con claridad y precisión lo que se pide”.⁶⁷ Este texto, parece copiado del actual artículo 524 de la LEC. Y para lo penal, es altamente discutible tal sistema, y no el mucho más elástico de las acusaciones y defensas provisionales, que además, se adaptan mejor al tipo acusatorio al cual pretenden hoy día acogerse con dudoso éxito todas las legislaciones progresivas.

Pero entre la demanda —que no es simplemente “preliminar” como la de la *ZPO* austriaca y esto es de interés— y la contestación, hay una “audiencia preliminar”, a celebrar *ex officio* o a instancia del demandado —y no se ve la razón por la que el actor no pueda solicitarla también—,⁶⁸ precedida de “un escrito de alegaciones previas... solicitando la audiencia preliminar... se expresarán los vicios que se denuncian y los fundamentos que obstan al fondo”. En esta “audiencia preliminar”:

⁶⁶ *Cfr.* Almagro, Conferencia cit., *op. cit.*, p. 178. Estos principios de oralidad aparecen en el artículo 120 de la Constitución española de 1978, y aunque en los textos legales se respeten más o menos, ya es uso, el hacerlos constar como una especie de bandera.

⁶⁷ Almagro, *op. cit.*, p. 180.

⁶⁸ *Cfr.* mi libro *La Ley de reforma urgente cit.*, esp. pp. 252 y ss. Allí resumo mis intervenciones públicas y publicaciones consecuentes en las que vengo defendiendo la “audiencia preliminar” desde 1950.

Y pese a mi condición de miembro de la Comisión General de Codificación desde 1976, tampoco fui llamado al grupo de trabajo —si lo hubo— que preparó el texto de la reforma parcial de la LEC del que salió la de 6 de agosto de 1984. De la que, por cierto, hube de denunciar graves defectos (*cfr.* mi libro *cit.* pp. 258 y ss. intentando colmar lagunas de la ley citada).

Se regulará —dice Almagro— los efectos de la falta de jurisdicción, falta de competencia objetiva, de competencia territorial, de pacto de arbitraje, de litispendencia o de decisión firme sobre el mismo objeto, defecto de las capacidades de los sujetos, de legitimación, cuando pueda ser objeto de tratamiento procesal, de representación, de intervención de abogado, de defecto legal en el modo de proponer la demanda y otros casos análogos.⁶⁹

Esto es, el contenido que desde hace años daba yo a la “Audien-
cia preliminar” que preconizaba fundadamente, y no simplemente
como “panegirista” como Almagro me califica.⁷⁰ Cfr. en especial,
mi libro *La Ley de reforma urgente de la Ley de enjuiciamiento
civil* (juicio de menor cuantía, casación y otros aspectos fundamen-
tales de la ley de 6 de agosto de 1984), pp. 241 y ss. y esp. pp. 259
y ss.⁷¹

⁶⁹ Cfr. *Almagro*, p. 181.

⁷⁰ En una cita a deshora. Cfr. *op. cit.*, p. 174. Diríase que mi defensa de la “audiencia preliminar” se redujo a un “panegírico” en 1950, y que luego no volví a ocuparme de ella. Y eso no es cierto. En mi libro citado pp. 252 y ss. Hay notas bibliográficas. Y últimamente, presenté al Congreso Internacional “Un Codice tipo di Procedura Civile per l’America Latina” (Roma 26-28 septiembre de 1988, “Consiglio Nazionale delle Ricerche”, una muy larga comunicación sobre el contenido de la “audiencia preliminar” en el proyectado “Código Procesal civil-tipo”, en la que me parecía escasa la atención dedicada a lo que en él devenía el centro de gravedad del procedimiento. Esta comunicación, se halla publicada ya en la *Revista de la Facultad de Derecho de México* (t. XXXVIII, julio-diciembre de 1988, núms. 160, 161, 162, pp. 23 a 82); pero en Roma, circuló entre los congresistas la versión mimeografiada.

Y recuerdo aquí también, ante el silencio de que se quiere rodear mi modesta obra publicada, mi trabajo “Líneas generales de un futuro procedimiento declarativo en primera instancia” (publ. en la *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1965-III), en mis *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, ed. Tecnos, 1969, t. II, pp. 791 y ss. en el que me ocupé singularmente de la prevista “audiencia preliminar que ahora se regula.

Una cosa es seguir el trabajo empezado por otros y recordarles, naturalmente, y otra silenciarlos, intentando acumular sobre sí mismo las calidades de tal trabajo.

Cualquiera que lea mi trabajo, o ponencia, al Congreso Nacional de Derecho Procesal de 1950 (repr. en mi propuesta, en el trabajo “Líneas generales” *cit.*, pp. 813 y ss.), se dará cuenta de la relación de paternidad que hay entre los textos del profesor Almagro y los míos. Lo extraño sería lo contrario...

⁷¹ En un estudio lo más minucioso posible del pantanoso articulado de la ley, extraje 21 cuestiones posiblemente a tratar y dilucidar en la “audiencia preliminar”. Y para la del “Código procesal civil modelo para países iberoamericanos”, que preveía una tal audiencia preliminar que entendí relacionada con la del “Modelo de Stuttgart” (Este proyecto, es de “audiencias”, explicación en *El Código procesal civil modelo para Iberoamérica. Historia. Antecedentes. Exposición de motivos. Texto del anteproyecto*, Montevideo, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1988, “Exposición de motivos”, pp. 45 y ss.; una audiencia preliminar y otra

Con respecto al proceso penal, el contenido de esa supuesta “audiencia preliminar” según dice Almagro será, “en su caso, las alegaciones sobre prescripción del delito, amnistía o indulto del mismo o falta de autorización para inculpar cuando fuera necesario. También podrán ponerse de relieve las cuestiones prejudiciales cuyo conocimiento corresponda a los órdenes judiciales civil o contencioso-administrativo”.⁷²

Salvo el inciso correspondiente a las cuestiones prejudiciales —que podrían plantearse con anterioridad a este momento procesal—⁷³ el resto, constituye el artículo 666 de la vigente LECRIM, con sus “artículos de previo pronunciamiento”.⁷⁴

Es grave que se haya trascurado lo defectuoso del artículo 666 de la LECRIM.

La LECRIM —dice Gómez Orbaneja— no regula ni autoriza la proposición y decisión como artículo de previo pronunciamiento de otras cuestiones que, al igual que la declinatoria, se refieren a presupuestos procesales propiamente dichos, como la falta de querrela o denuncia del ofendido en los delitos en que no se puede preceder sin ellas —y cada vez son más en España, interpolamos nosotros aquí— y la falta de personalidad del querellante o de su representante (*legitimatío ad*

final); para tal “audiencia preliminar” tratando de completar los artículos 300 a 302, hallé nada menos que 41 grupos de problemas que en ella se podrían plantear. A las XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Mérida, mayo de 1990) aporté otra larga comunicación sobre la “audiencia preliminar” siguiendo las prescripciones y programa establecidos por la Directiva y Secretaría General del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y la envié a la Secretaría General (profesor Barbosa Moreira, Río de Janeiro). El Ministerio de Justicia español, por boca del director general de Justicia señor Xiol, se ha comprometido a publicar tales materiales. Espero lo haga con mi citada comunicación (y con mis intervenciones en el citado Congreso).

⁷² Cfr. Almagro, Conferencia cit., p. 181.

⁷³ Cfr. mi trabajo “Principios básicos para un “Código-tipo” para los países iberoamericanos y sus relaciones con los Derechos Fundamentales” en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1990-2, pp. 7 y ss y esp. bases VII y VIII.

⁷⁴ “Serán tan sólo objeto de artículos de previo pronunciamiento las cuestiones o excepciones siguientes:

1ª La de declinatoria de jurisdicción.

2ª La de cosa juzgada.

3ª La de prescripción del delito.

4ª La falta de autorización administrativa para proceder en los casos en que sea necesaria, con arreglo a la Constitución y a las Leyes especiales”.

(Al comienzo del juicio oral, y tras la acusación provisional formal —calificación provisional del artículo 650 LECRIM—).

processum en sentido amplio, incluyendo la capacidad para comparecer, la representación y la legitimación en sentido estricto). Como tampoco prevé el modo de operar en el juicio oral abierto, otras causas excluyentes o extintivas de la punibilidad, cual el perdón del ofendido, o aun al misma muerte del culpable. En aquel olvido radica una de las lagunas más sensibles de nuestro ordenamiento jurídico procesal.⁷⁵ Su gravedad está no sólo en el hecho de que no se arbitre el medio para que la parte pueda hacer valer y el tribunal declarar la causa de inadmisibilidad del juicio, sino la consecuencia insoslayable de que conforme al artículo 142, celebrado el juicio, no cabe dictar otro pronunciamiento que el de fondo: una sentencia que absuelva o condene; y la “absolución en la instancia”, correlativa al sistema de prueba legal del proceso inquisitivo está prohibida en la LECRIM. . . el legislador pensaba, en la completa realización del principio *in dubio pro reo*. Lo cual se traduce en que la prueba insuficiente, o no plena, de la existencia y cada una de las condiciones objetivas y subjetivas de la pena, equivale a la prueba de su inexistencia. Pero no habiéndose distinguido entre lo que condiciona la pena y lo que condiciona la admisibilidad del juicio, el resultado ha sido que no existe base legal para excluir que opere la cosa juzgada material de la sentencia que absuelva por falta de un presupuesto de la persecución, como por ejemplo, la querrela, o —lo que viene a ser lo mismo— la legitimación del querrelante.⁷⁶

Aun sin entrar en detalles, estimo que la rigidez que se anuncia para la “demanda de acusación por delito” (*sic*), anuncia que la regulación de la falta de presupuestos procesales (¿ y cuáles son éstos en lo penal?) va a fallar. Desde luego, no parece que se haya puesto interés en corregir un error que data de hace más de un siglo (de 1882).

Lo apropiado de una “contestación a la demanda” en los asuntos penales⁷⁷ parece también un exceso de *civilización* del proceso penal. Almagro, no parece tener en cuenta el *plea bargain* solapadamente introducido en la Ley de reforma procesal española de

⁷⁵ Los defectos del artículo 666 y ss. con sus “presupuestos de una resolución sobre el fondo y a la vez, condiciones de admisibilidad de la querrela” ya eran vistos también por J. Goldschmidt (*Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, Bosch 1935, pp. 60 y ss.).

⁷⁶ Cfr. Gómez Orbaneja (con Herce), *Derecho procesal penal*, 9ª ed., Madrid, 1981, Artes Gráficas y Ediciones, S. A., pp. 240 y ss.

⁷⁷ Cfr. Almagro, *op. cit.*, p. 181. Incluso la redacción asemeja a la del artículo 540 LEC.

28/12/88 (y que tan duramente ha calificado).⁷⁸ Y lo que parece es que ya no habrá frontera entre el proceso civil y el penal. Lo que exige un trabajo previo de desmantelamiento que no veo en la labor de ese grupo de trabajo: ni afirmar en la conservación de diferencias entre uno y otro proceso que son fundamentales: ¿Se trata de “un retorno al primitivo proceso germánico” en aras de la rapidez y de la sencillez? Es posible.

Esa “civilización” del proceso penal —cuando no el dejarlo como una especie de Apéndice en el discurso: de nuevo la Cenicienta de Carnelutti—⁷⁹ se aprecia muy claramente cuando no se sabe bien por qué razón, el autor establece una comparación con el “Código procesal civil-modelo”;⁸⁰ comparación superfetatoria, dado el carácter de ser de simple orientación este proyecto, prudente y abstracto por tal razón.⁸¹

La relación del “juicio” —oral y concentrado— indica una vez más, la influencia de las nociones procesales civiles sobre las penales. Y no todo es susceptible de unificación ni de uniformación.⁸² La ingenuidad —posiblemente— le hace admitir que “si el acusado se confiesa reo del delito y se conforma con la petición de pena. . .” lo cual, tal y como está expresado, sería inconstitucional, ya que el

⁷⁸ “La introducción por importación —dice— de un modelo procesal de estas características basado en un utilitarismo feroz a costa de una distorsión hipócrita entre principios ético-jurídicos y praxis, debe, a mi juicio, rechazarse de plano. Pero, no basta con ello, si no se advierte sobre los peligros de una introducción sinuosa y clandestina que minara los cimientos de una manera de entender el Derecho ajeno a concepciones culturales en las que prima un trasfondo puramente economicista” (Cfr. Almagro, en la ob. colectiva *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley orgánica 7/1988*, Valencia, ed. Tirart lo Blanch, 1989, p. 145).

Ya saben, pues, los reformistas que pretenden introducir el *plea bargaining* —el *negociar* sobre la pena— en el proceso penal español, como piensa el profesor Almagro. De mis opiniones sobre el *plea bargaining* hay un resumen en mi trabajo “La defensa”, *supra*, y en mi *Doctrina general del Derecho procesal*, *cit.*, pp. 269 y ss.

⁷⁹ Cfr. Carnelutti, “Cenerentola”, en *Rivista di Diritto Processuale*, Padua, CEDAM, 1948.

⁸⁰ Cfr. Almagro, *op. cit.*, p. 183. Naturalmente, es el destinado a países iberoamericanos. *Civil* exclusivamente.

⁸¹ Como colaborador, desde 1970 y en el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, y presente en las Jornadas desarrolladas en varias ciudades americanas, conozco los objetivos de este proyecto. Cfr. mis “Observaciones sobre la sistemática del proyectado Código procesal civil modelo para Iberoamérica”, en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1989-3, pp. 647 y ss. esp.

⁸² Basta hojear mi *Doctrina general del derecho procesal*, obra de muchos años de meditación, y los resultados tan sólo parciales de mi trabajo. Mas, no se puede unificar o uniformar.

artículo 24.2 de la Constitución —también de manera excesiva— fija “el derecho a no declararse culpable” —que debe ser renunciable—; estoy aquí con Almagro aunque no sea susceptible de *negociar*, de pactar con tratos previos, como es el asombroso e inquietante *plea bargaining* de Estados Unidos.⁸³

No es mi intención entrar aquí en una labor crítica de las ideas del profesor Almagro, ya que él se apoya en un texto indudablemente escrito —pieza que prometió entregarme, en 1988, en Roma: lo ha olvidado— y yo no tengo acceso a tal texto. Esperemos. Basta contemplar lo que dice para comprender lo embarazoso de su situación actual, obligado, al parecer, a no salir de la exposición pública de meros principios tan genéricos que casi todo el mundo los conoce. El *iter* pre-legislativo sujeto a la censura de los especialistas de que hablaba Alcalá-Zamora Castillo, se ha olvidado ya. . .

Gimeno Sendra —que en su trayectoria, también se viene preocupando de las ideas de una ley procesal general— se expresa de manera más sintética —y más correcta: no olvidando a los pioneros legislativos de la gran obra, como Klein y los autores del *RB* de Suecia—;⁸⁴ y recientemente ha dicho:

El objetivo fundamental de esta Parte General, englobada en un Código Procesal único, ha de ser, pues, intentar crear una justicia más sencilla y cercana al ciudadano justiciable.

Para ello se englobarían en dicho Código Procesal único todo un conjunto de normas, tales como presupuestos procesales del Juez (jurisdicción, competencia, prejudicialidad) y de las partes (capacidad, legitimación, postulación, pluralidad de partes) relativas al objeto del proceso (litispendencia, acumulación, congruencia, medios anormales de finalización del proceso,⁸⁵ conciliación. . .), actos procesales

⁸³ “Civilización del proceso penal” y “penalización del proceso civil”, los dos fenómenos que se observan desde finales del siglo XIX. *Cfr.* como comentario y alguna bibl., mi trabajo “La defensa” *cit.* Y por ejemplo, “Notes. Plea bargaining and the transformation of the criminal Justice”, *Harvard Law Review*, vol. 90 (1977), pp. 564 y ss.; Alschuler, Albert W., “Implementing the Criminal Defendant’s Rights to Trial: Alternatives to the Plea Bargaining System”, en *The University of Chicago Law Review*, vol. 50, núm. 3 (verano de 1983), pp. 931 y ss.

⁸⁴ Ni a mí mismo, con exageración derivada del afecto, de las relaciones maestro-discípulo que mantenemos amistosamente desde la prima juventud del profesor Gimeno Sendra.

⁸⁵ En hecho de que ponga en primera línea a estos actos, me parece indicar que piensa en el *plea bargain* o en el *patteggiamento*, figuras hacia las cuales es muy proclive el profesor Gimeno.

Cfr. mis ideas —sintéticamente— sobre el *plea bargain* en mi trabajo *cit.* *La defensa*, Madrid, 1990, IV, p. 6.

(resoluciones judiciales, notificaciones. . .) y auxilio judicial, etcétera, que permitan un tratamiento común y válido para todos los órdenes jurisdiccional.⁸⁶

La importación, por otra parte, al proceso civil contemporáneo —sigue Gimeno— de principios propios del proceso penal, tales como los de investigación, oralidad y libre valoración de la prueba, posibilita, asimismo, el diseño de un proceso declarativo-tipo, cuyas normas sean de aplicación supletoria a todas las manifestaciones, civil y penal, de la jurisdicción. Este proceso-tipo constaría de una *fase preparatoria*, informada por el principio de la escritura (pero que culminaría con una audiencia previa), cuya finalidad sería la de introducir los hechos en el procedimiento, adoptar las medidas cautelares y purgar al proceso de la falta de concurrencia de presupuestos procesales; su función, en definitiva, estribaría en preparar la segunda fase de *juicio oral*, en la que, bajo la vigencia de los principios de oralidad, inmediación y concentración se ejecutaría la totalidad de la prueba propuesta por las partes.⁸⁷

La tarea al parecer emprendida, es muy difícil y será larga, comenzando por la propia formación. Auguro contrariedades, trabajo pesado y nada brillante. Y el fin, como no lo veo claro, no hago más referencia a él; pero no he cambiado en este punto, *desde hace cuarenta años*.

VI. PLAN DE MI “DOCTRINA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL”

Y como casi todo llega a su fin en este mundo, 40 años de trabajo al menos —y ahí están mis trabajos publicados sobre el tema [Don Quijote de la Mancha decía: “cada cual es hijo de sus hechos”: he ahí los míos]— han dado lugar a la construcción de una “Doctrina general del derecho procesal”, cuyo plan expongo a continuación.

Más de un lector —si ha sido alumno mío— lo conocerá y dirá: “¡Pero si es el programa de 4º curso!” Y así fue y así es.

⁸⁶ Cfr. Gimeno Sendra, “El nuevo Código procesal penal portugués y la anunciada reforma global de la Justicia española”, en *Estudios de derecho procesal en honor de Víctor Fairén Guillén*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1990, pp. 240 y ss. y 245.

⁸⁷ Son las líneas generales del proceso de la ZPO austriaca, inspirado a Klein por la contemplación de los modelos procesales penales más modernos del siglo XIX (Cfr. *supra*, texto, *supra* nota núm. 1). Y las del proceso sueco. Cfr. por ejemplo, mi trabajo “Los procesos europeos desde Finlandia hasta Grecia (1900-1975 ponencia general a la reunión internacional LXXXV Años de evolución jurídica en el mundo, vol. III, *Derecho procesal*, México, UNAM, 1978, pp. 18 y ss. Gimeno Sendra, *op. cit.*, p. 260.

¿Incorrección al exponer aquí este plan? Estimo que el no hacerlo, teniéndolo preparado y haciendo uso de él cotidianamente, sería una absurda traición a mí mismo y una falta de respeto hacia los lectores, al pretender negarles la evidencia.

Dije, en 1955, al publicar mi I volumen de *Estudios de derecho procesal*, que “no ocultaba mis pasos” por lo que podrían serme reprochados. Y sigo sin ocultarlos. Por ahí marché y ahí llegué. Sobre si ruta y meta son errados, juzgue el lector.

Espero y deseo que esta “doctrina general”, constituya un auxiliar de estudiosos del derecho procesal, en la labor de construir leyes generales. Con sus inclusiones y exclusiones. Seguidas de leyes especiales, ya que no todo es susceptible de unificación o uniformación.

No oculto mis propios pasos, pero ello no me impide ver los ajenos y atribuirlos en justicia a quien los dio. Y de ellos resulta que el esfuerzo actual para construir una doctrina general del proceso, es ya muy antiguo —recuérdense los hitos antes señalados— y constituye una invariante en los textos clásicos que nos han llegado y aun en los más recientes.

Sin ánimo ahora de extraer de nuestros grandes cuerpos legales, los fragmentos que —incluso, a veces, ordenados— constituyen esa doctrina, los legisladores comprendieron la economía de su trabajo, y expusieron síntesis adecuadas, en forma de “disposiciones generales”.

De este tipo son las del Decreto de las Cortes de Cádiz de 9 de octubre de 1812 (Decreto CCI, “Reglamento de las Audiencias y Juzgados de primera instancia”); natural, dada la organización y funciones de tales tribunales, civiles y penales. Y en el “Reglamento Provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la Real Jurisdicción Ordinaria”, de 26 de septiembre de 1835 —Reglamento “provisional” que, paradójicamente, rigió hasta 1870, y que enterró a más de una ley orgánica o procesal. . . — hay una serie de “disposiciones” comunes a “todos los que ejercen jurisdicción ordinaria” —20 largos artículos; amén de otros muchos, diluidos en el seno del Reglamento y en otros lugares.

Y esta idea, tan lógica, de evitar repeticiones, no fue patrimonio exclusivo de estas dos colecciones normativas. Especialmente, la primera, estaba destinada y rigió “en todas las provincias de la monarquía” (decreto cit. de 1812, “Primero”, encabezamiento)”. Y en ellas, en las futuras repúblicas hispanoamericanas, dejó su huella.

Así, y ejemplificando sobre la tarea que ahora me ocupa, veo que en las leyes mexicanas —procesales y orgánicas de los tribunales— de 23 de mayo de 1837, de “Arreglo Provisional de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del fuero común”, muchas de sus regulaciones están dedicadas a los dos procesos, civil y penal.⁸⁸ Análogamente ocurre con la Ley de 16 de diciembre “para el Arreglo de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del fuero común”, de 16 de diciembre de 1953 —en donde, siguiendo al Decreto de Cádiz de 1812, no sólo hay normas “orgánicas” sino también procesales; y es que un tipo procesal —el del “juicio verbal”— es común a los dos órdenes, civil y penal.⁸⁹

En la “Ley que arregla los procedimientos judiciales en los negocios que se siguen en los Tribunales y Juzgados del Distrito y Territorios” (Ley Comonfort) de 4 de mayo de 1857, no sólo se hallan disposiciones procesales comunes a lo civil y a lo penal, sino que hay incluso un epígrafe de “disposiciones generales”.⁹⁰

⁸⁸ Allí se encuentran, por ejemplo, las normas fundamentales sobre el “juicio verbal”, aplicable a pequeñas causas, tanto civiles como criminales (artículo 9, cap. II). Y nótese que actualmente (*nihil novum sub iove*, véase la evolución histórica de estos “juicios verbales” en mis libros *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, 1953, Barcelona, ed. Bosch, capítulos IV, VI y VII, pp. 53 y ss.; y “El Consulado de Valencia: de proceso a arbitraje: sus posibilidades”, en mis *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, EDESA, I, 1983, I parte, pp. 193 y ss.) se pretende que en estos “juicios menores” podría estar una de las soluciones a la crisis que azota mundialmente a la administración jurisdiccional de la justicia. Cfr. en este sentido, esp. Fasching, “Small claim's courts”, Ponencia General al VI Congreso Internacional del Derecho Procesal (Gante, 1977), *Towards a justice with human face*, publ. Kluwer, Amberes-Deventer, 1978, *passim*; Cappelletti-Garth, “Introduction” al libro fragmentario de *Access to Justice*, propra de Florencia, tit. “Accés à la Justice et État-providence”; David-Cappelletti, *Economica*, publ. del Institut Univ. Européen, París, 1984, y en él, diversos autores (Galanter, Johnson, Friedman, etcétera); Schwab-Gottwald, “Verfassung und Zivilprozess”, ponencia general al VII Congreso Internacional de Derecho Procesal (Würzburg, 1983) (*Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung*, ed. Habscheid, Gieseke, Bielefeld, 1983, pp. 42 y ss.; Denti, “Il problema della giustizia minore”, en *Un Progetto per la Giustizia civile*, Milán, ed. Il Mulino, 1982, pp. 283 y ss.

La otra cara de la moneda, en mi libro *La Ley de reforma urgente de la Ley de enjuiciamiento civil* (La Ley de 6/8/1984), Madrid, ed. Civitas, 1985, pp. 361 y ss.

⁸⁹ Sobre “el descubrimiento de la importancia del juicio verbal” (!) en la actualidad, cfr. los artículos citados en nota anterior.

⁹⁰ Hay un trabajo crítico de Alcalá-Zamora Castillo, “Resumen acotado de la ‘Ley de Procedimientos Judiciales’ de 1857”, en *Derecho procesal mexicano*, México, ed. Porrúa, 2ª ed., 1985, I, pp. 620 y ss.

Actualmente, trabajo, en unión del doctor Soberanes Fernández sobre éste y otros textos legales mexicanos del siglo XIX poco conocidos.

Y en la poco conocida y muy progresiva “Ley para el Arreglo de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del fuero común” de 1858 (Ley Zuloaga), hay un título XII, de “Disposiciones generales para todos los juicios” (*sic*).

La Ley Orgánica del Poder Judicial española, también recogió la bandera de las “normas generales” de carácter procesal,⁹¹ lo que ha motivado incluso comentarios *ad hoc*⁹² y, desde luego, una tendencia, ya aludida abundantemente, *supra*, a concentrar las normas unitarias sobre una ley de tal género —una Ley de Tribunales— con error a mi entender.⁹³ Y de ahí en adelante, el hilo a tomar, nos llevaría a un círculo vicioso, a comenzar por el principio de este artículo.

La tendencia a elaborar doctrinas y normas unitarias —allí en donde sea posible, sin radicalismos ni estridencias— es ya demasiado importante como para prescindir de ella o eliminarla por desconocimiento.⁹⁴ Y no hablo sólo por mi esfuerzo, sino por el de todos los empeñados en esta tarea.⁹⁵

⁹¹ Cfr. sobre este punto, mis trabajos “Sugerencias sobre el ‘Anteproyecto de bases para el Código procesal civil’ de 1966” (en *Revista de Derecho Judicial*, Madrid, 1967, ed. sep. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valencia, pp. 15 y ss.; *Comentarios a la Ley orgánica del Poder Judicial de 1º de julio de 1985*, Madrid, EDESA, 1986, pp. 14 y ss.; “Para una reforma de las leyes de tribunales y procesales ¿Ley Procesal general o *statu quo* formal legislativo?” en *Boletín del I. Colegio de Abogados de Madrid*, núm. julio-agosto 1988, *passim*.

⁹² Por ejemplo, los de Prieto Castro, en “La Administración de Justicia” en *Temas de derecho actual y su práctica*, Universidad de Salamanca, 1979, pp. 288 y ss.

⁹³ Cfr. mi crítica de esta dirección, en mis obras citadas y *supra*.

⁹⁴ Estoy recordando aquí, mis amigos y compañeros de *dirección doctrinal*, profesores Ada Pellegrini Grinover (São Paulo, Brasil) y Dante Barrios de Angelis (Montevideo, Uruguay) tanto o más enfrascados que yo mismo en estos estudios. Como —sin tener en cuenta datos reales de gran importancia— hace, por ejemplo, Bueno Vidigal, “Perchè unificare il diritto processuale”, en los *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milán, Giuffrè, 1979, vol. I, pp. 369 y ss.

⁹⁵ Que cada vez somos más, *cfr. supra*, nombres.