

EL DERECHO PROCESAL CIVIL EN EL SIGLO XX

Dr. Juan Montero Aroca

*Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia.
Magistrado del Tribunal Superior de Justicia
de la Comunidad Valenciana. España.*

No es la primera vez en que en el inicio de una intervención mía en público, en una universidad, colegio de abogados, escuela judicial o similar, alguien hace una presentación como la que acaba de hacer la Decana. Tampoco es la primera vez en la que tengo la sensación, cuando oigo las palabras que se suelen decir en estos casos, que están hablando de otra persona, porque lo único que yo he hecho en esta vida ha sido hacer lo que me ha gustado, lo que me ha dado la real gana, por decirlo en frase muy castellana, aunque en los últimos tiempos esas palabras suenen como poco educadas.

Si uno trabaja todos los días y va publicando uno o dos libros al año, descubre, pasados treinta años, que tiene en los estantes de las librerías cuarenta libros publicados y en las hemerotecas más de un centenar de artículos de revista, aparte de otras publicaciones menores, y cuando mira hacia atrás descubre, con cierta sorpresa, que ha hecho una obra, más o menos importante, pero una obra. No se es consciente de que el tiempo ha pasado y de que la acumulación de un libro y otros llega a conformar una obra. Los demás lo miran como a un autor consagrado, pero uno se mira a sí mismo como al autor del primer libro y no asume el resultado. No es consciente del mismo.

Por eso, sigue pareciéndome que hablan de otra persona cuando al presentarme antes de la intervención pública dicen de mí lo que acaba de decir la Decana. En estas circunstancias, el agradecimiento no es mero formalismo; es expresión sincera de lo que se siente, aunque siempre con la duda de que “yo no soy ese”.

I. DEL SISTEMA TEÓRICO A LA EFICACIA PRÁCTICA

En el inicio del Siglo XX el estado de la evolución científica del Derecho procesal, en la faceta específica del proceso civil, no era uniforme en los distintos países. Si en Alemania se había iniciado el procesalismo científico y se habían producido y se iban a seguir publicando grandes obras sistemáticas, en Italia puede

decirse que, sin perjuicio de algún antecedente, el inicio del procesalismo coincide con el del siglo, mientras que en España habrá de esperarse aún algunas décadas. Francia quedará anclada en el viejo procedimentalismo, del que parece no poder salir ni siquiera en la actualidad. En los países iberoamericanos la ruptura con el pasado procedimentalista se producirá bien avanzado el Siglo y en su origen se encuentra la recepción de la doctrina italiana y de la doctrina española y, en menor medida, de la doctrina alemana.

La inicial situación de evolución descompasada no subsiste en la actualidad. Hoy no puede ya decirse que país alguno esté constituido en la punta de lanza del progreso científico procesal civil, habiéndose producido una suerte de igualación. Si en el comienzo la doctrina alemana impuso el sistema, y si ya en la década de los treinta la doctrina italiana recogió el testigo e impulsó su ritmo, la desaparición física de los grandes constructores de conceptos ha hecho que, al final, nos hayamos quedado reducidos a un discurso entre iguales en el que nadie impone nada a nadie.

La situación se ha complicado, y de modo extraordinario, por los cambios en la realidad social, que han hecho modificar el rumbo de la doctrina. Durante muchas décadas del Siglo la doctrina pudo ocuparse con relativa tranquilidad de las cuestiones teóricas, pues la práctica sobre la que se operaba se mantuvo relativamente estable, sobre todo en el sentido de que el número de procesos civiles no sufrió grandes modificaciones, ni cuantitativas ni cualitativas. Las cosas cambiaron, y muy profundamente, cuando, sobre todo en el último tercio del Siglo, el número de procesos aumentó extraordinariamente, con lo que se hizo acuciante atender a la realidad.

Unos simples datos ponen de manifiesto ese brusco cambio. En Alemania, si en 1980 se iniciaron 1.300.000 procesos ese número pasó a 2.100.000 en 1993. En Francia, en los últimos veinte años, se han multiplicado por tres. En España se ha producido un aumento continuo del 10 por 100 anual y acumulado

en los últimos veinte años, con lo que en 1996 los procesos civiles llegaron a ser 770.727, cuando en 1975 ese número rondaba los 200.000. Los cambios, desde luego, no han sido sólo cuantitativos, pues también hay que referirse a una modificación cualitativa, reflejo del acceso a la justicia civil de amplias capas de la población que antes estaban excluidas de ella; sigue discutiéndose ante un juez de la propiedad, entre otras cosas porque el número de propietarios ha aumentado, pero otros derechos han entrado en liza, especialmente los relativos a la responsabilidad extracontractual.

El cambio social ha alterado completamente los términos de la situación. Mientras el proceso civil fue un instrumento por el que la reducida clase media de un país solucionaba sus litigios, la doctrina pudo afrontar el estudio de las grandes cuestiones teóricas de ese instrumento, pero cuando al mismo han accedido un número mucho mayor de ciudadanos, tanto por la ampliación de las clases medias como por el acceso al proceso de otras capas de la población, con lo que el proceso civil ha pasado a ser un fenómeno de masas, se ha convertido en acuciante la efectividad práctica del mismo, con lo que las cuestiones teóricas han quedado en un segundo plano. No se trata de que estas cuestiones hayan desaparecido, sino que se plantean de modo distinto. Es así, muy sintomático, que lo que preocupa hoy a los órganos de gobierno del Poder Judicial sea más el número de asuntos que se resuelve por cada juez que el contenido o calidad de la resolución.

II. LAS GRANDES CUESTIONES TEÓRICAS

El punto de partida fue el concepto de proceso, en torno al cual se construyó todo el sistema. Como decía Carnelutti, la doctrina alemana hizo nacer el *Derecho procesal* desde los *procedimientos*, esto es, una disciplina con técnica artesanal fue elevada al nivel de rama del Derecho y el proceso fue reconocido como objeto de esa ciencia.

Coherentemente, con esta impostación, las doctrinas alemana e italiana en la primera mitad del Siglo se centraron en los conceptos de acción y de relación jurídica procesal, de situación procesal, de acto procesal, de presupuestos procesales, de sujetos del mismo, de objeto del proceso y de efectos del proceso o cosa juzgada. Particular interés tuvo la consideración de los principios del proceso, del reparto de los poderes entre el juez y las partes y también todo lo relativo a la prueba, especialmente la carga y la valoración de la prueba. Ya después de la II Guerra Mundial buena parte de los

estudios se centraron en la relación entre constitución y proceso, con el acento puesto en el examen de los derechos procesales de las partes, sobre todo el de defensa en sus aspectos de acceso al proceso, de ser oído en juicio, a la prueba, etc.

En algún momento posterior se ha pretendido que el centrarse en el sistema dogmático, en los grandes conceptos, no era más que una manera de huir de las ideologías, refugiándose en una aparente ciencia objetiva, pero habrá de reconocerse que, si hoy contamos con un gran bagaje científico, se lo debemos a los que hicieron aquel gran esfuerzo esclarecedor, y que siempre será necesario continuar con él. Naturalmente, no podemos desarrollar todas estas cuestiones, pero sí puede ser oportuno centrar la consideración por lo menos en dos de esos conceptos dada su trascendencia.

1. El derecho de acción

En la mitad del siglo XIX la pandectística alemana seguía manteniendo la identificación entre derecho subjetivo y acción, de modo que según Savigny éste es el aspecto que presenta aquél cuando ha sido violado; la acción es un momento del derecho subjetivo, por lo que si el derecho no existe la violación del mismo no es posible y por tanto no puede existir acción; el titular de la acción sólo puede ser el ofendido y en tanto titular del derecho subjetivo. En frase gráfica de Puchta la acción es el derecho subjetivo en pie de guerra, o en frase muy significativa de Demolombe cuando las leyes hablan de derechos y de acciones incurren en un pleonasma.

Desde la identificación entre derecho subjetivo y acción, el criterio de clasificación de éstas se basaba en aquél, y por eso, la tipificación de las acciones realizada por los glosadores --que llegaron a hablar de 191 acciones, cada una con su nombre propio, contenido específico y sujetos activo y pasivo-- se mantuvo y llegó a determinar la codificación. Ahora bien, todo este mundo jurídico pasó a los libros de historia cuando se produjo la ruptura entre derecho subjetivo y acción por obra de la doctrina alemana, concluyéndose que la acción es el derecho a la tutela jurídica por parte del Estado, de modo que:

1º) Existen dos derechos diversos, uno es el derecho subjetivo material, que se dirige contra un particular y que tiene naturaleza privada, y otro es el derecho de acción, que se dirige contra el Estado y que tiene naturaleza pública.

2º) Ha de darse ya un concepto unitario de acción, por cuanto no existen acciones, tantas como derechos subjetivos, sino una única acción, un único derecho de acción frente al Estado, con lo que las clasificaciones basadas en el derecho subjetivo han perdido todo su sentido y si se mantienen en la actualidad entre los cultivadores del Derecho civil o, mejor, del Derecho privado, es porque no han llegado a comprender el gran cambio producido con el fin de las doctrinas monistas sobre la acción.

La aparición de las teorías dualistas sobre la acción implica, por un lado, que una cosa es el derecho subjetivo material y otras la acción, que será siempre un derecho subjetivo público frente al Estado del que ya no puede hablarse en plural (no existen acciones) y, por otro, la aparición de la pretensión como objeto del proceso y la clasificación de las pretensiones con criterio puramente procesal.

a) La acción como derecho a la tutela judicial

Establecido el carácter público de la acción, la doctrina ha seguido dos caminos distintos, que muchas veces se han entendido como contradictorios cuando en realidad son complementarios.

El primer camino, que se ha identificado como teorías concretas, ha pretendido explicar las relaciones entre Derecho material y Proceso y, más en concreto cómo se pasa del Derecho material al Proceso, a la actividad de los órganos dotados de jurisdicción, contestándose inicialmente por Wach con su construcción de la pretensión de tutela jurídica, que se basa en que se tiene derecho, concurriendo determinadas circunstancias, a una sentencia de contenido determinado y favorable. En contra de esta construcción se ha argumentado tradicionalmente que, concebida así la acción, no sabemos si existe o no hasta el final del proceso e, incluso, no sabemos si se ha ejercitado o no por su verdadero titular, por lo que si al final del proceso resulta que el demandante lo pierde, habrá que llegar a la conclusión de que el proceso lo ha iniciado quien no tenía derecho de acción.

Esta crítica, aunque se haya repetido una y otra vez, presupone no haber advertido que las teorías concretas no pretenden explicar la iniciación de la actividad jurisdiccional, no se refieren al Derecho del ciudadano a poner en marcha la actividad jurisdiccional (como ya advirtió Hellwig), sino que su objetivo es explicar la posición jurídica favorable a la victoria en el proceso, lo que depende de que exista y se pruebe un determinado estado de hechos extraprocesal y una con-

figuración jurídica que no es exclusivamente de derecho privado. Adviértase simplemente que sólo puede hablarse de la existencia de sentencias justas y de sentencias injustas si antes se presupone la existencia de un derecho a un obtener una sentencia de contenido determinado y favorable al que pretende.

El segundo camino, que se ha denominado de las teorías abstractas, ha pretendido explicar por qué una persona, cumpliendo determinados requisitos, puede provocar la iniciación de un proceso y continuarlo hasta la sentencia. Se habla de concepción abstracta porque se limita a reconocer el derecho a la actividad jurisdiccional, independientemente del resultado favorable o adverso de ésta.

Este es el camino que ha tenido trascendencia constitucional, por cuanto se ha reconocido en las modernas constituciones el derecho a la tutela judicial o el derecho a la jurisdicción, con base en el que se han replanteado todas las cuestiones de acceso a la justicia, de la realización del proceso con todas sus garantías, de la resolución sobre el fondo del asunto, de la motivación de la misma, de la prohibición de la indefensión, de la ejecución de lo juzgado y aun del derecho a los recursos. Buena parte de lo que viene denominándose Derecho Constitucional Procesal se ha centrado en el estudio de este derecho de acción y con grandes consecuencias prácticas relativas a declaraciones de ser contrarias a la Constitución algunas de las normas de los correspondientes códigos procesales civiles.

b) Las pretensiones y las clases de tutela judicial

La ruptura entre el derecho subjetivo material y la acción ha llevado, además, a que el criterio tradicional de clasificar las acciones, con referencia al derecho subjetivo que se trata de proteger, deje de tener sentido y utilidad. Lo importante no es ya el derecho subjetivo al que la acción hace referencia, sino la clase de tutela jurisdiccional que se pide, con lo que no cabe seguir hablando, por ejemplo, de acciones personales o de acciones reales. Para marcar la ruptura con el pasado hoy se está hablando más de clases de pretensiones o de clases o tipos de tutela jurisdiccional a prestar por los órganos de esta naturaleza (y, por lo mismo, de clases de procesos).

Se está así distinguiendo entre acción, siempre en singular, que se identifica con el derecho a la jurisdicción o derecho al proceso o derecho a la tutela judicial efectiva, y pretensión, como declaración de voluntad petitoria que se dirige a un órgano jurisdiccional, respecto de la que se habla de clases con referencia al tipo

de tutela judicial que se pide. Aparecen así la pretensión declarativa (y dentro de ella declarativa pura, constitutiva y de condena), la pretensión ejecutiva y la pretensión cautelar. Esa nueva clasificación se inicia ya en Wach, aunque con referencia más bien a la sentencia, y se perfiló casi completamente por Chiovenda, pudiendo verse hoy desarrollada por Proto Pisani. Faltan todavía ulteriores desarrollos, como podría ser el relativo a la pretensión de condena de futuro, el atinente a la legitimación precisa para el ejercicio de cada una de las dichas pretensiones y, especialmente, todo lo relativo al interés que suele decirse que ha de acompañar a la afirmación de titularidad en las pretensiones declarativas puras.

Todo lo anterior viene unido a la distinción entre tutelas judiciales ordinarias, las que se prestan por medio de los procesos ordinarios, y tutelas judiciales diferenciadas o privilegiadas, que son las que se prestan por medio de los procesos especiales. Estos no son, por tanto, manifestaciones de una simplificación de los trámites del proceso o de un acortamiento de los plazos, sino que responden a algo mucho más profundo, a la decisión del legislador referente a que unos derechos son más importantes que otros, por lo que precisan de una tutela judicial propia, o que grupos sociales han llegado a “convencer” al legislador que sus integrantes merecen una tutela judicial diferenciada y, por lo mismo, mejor que la puede dispensar por los procesos ordinarios. El riesgo del principio de igualdad es evidente.

2. La publicización del proceso

A lo largo de todo el Siglo se ha venido haciendo referencia a la llamada publicización del proceso, estimándose que esta concepción arranca de Klein y de la ZPO austríaca de 1895, constituyendo su libro de referencia el de los *Materialien* publicado en 1897. Las bases ideológicas del legislador austríaco, enraizadas en el autoritarismo propio del imperio austro-húngaro de la época y con extraños injertos como el del socialismo jurídico de Menger, pueden resumirse, como han destacado Sprung y Cipriani, en estos dos postulados: 1) El proceso es un mal, dado que supone una pérdida de tiempo y de dinero, aparte de llevar a las partes a enfrentamientos con repercusiones en la sociedad, y 2) El proceso afecta a la economía nacional, pues impide la rentabilidad de los bienes paralizados mientras se debate judicialmente sobre su pertenencia. Estos postulados llevan a la necesidad de resolver de modo rápido el conflicto entre las partes, y para ello el mejor sistema es que el juez no se limite a juzgar sino que se convierta en verdadero gestor del proceso, dotado de

grandes poderes discrecionales, que han de estar al servicio de garantizar, no sólo los derechos de las partes, sino principalmente los valores e intereses de la sociedad.

A partir de Klein puede seguirse toda una evolución en la que, de una u otra forma, se destaca la función social del proceso, su conversión en un fenómeno de masas, en torno al que se consagra la expresión publicización del mismo, y sobre la que la doctrina ha debatido y sigue debatiendo (puede verse la polémica entre Satta y Cristofolini). En ese debate se ha llegado a sostener por Cappelletti la conveniencia de suprimir el principio de la iniciación del proceso a instancia de parte (el principio *della domanda*), como se hizo en los países comunistas. Sin llegar a ese extremo, sí es común que hoy la doctrina incida en el aumento de los poderes del juez a costa de los poderes de las partes, y manifestación de ello es por ejemplo el Código italiano de 1940, de corte claramente autoritario, y lo son muchos de los códigos promulgados con posterioridad. En ese sentido, el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica llega a decir en su art. 1º que el tribunal puede iniciar el proceso de oficio, si bien sólo cuando así se disponga expresamente, sin perjuicio de que luego, en el texto de su articulado, no se encuentra ni una sola ocasión en que así se disponga expresamente.

Naturalmente, es obvio que el Estado está interesado en el mejor desarrollo del proceso civil, y lo es tanto que no ha sido negado por nadie, pero es obvio que no puede llegarse en el razonamiento anterior a la conclusión de negar la plena aplicación del principio dispositivo, pues ello implicaría negar la misma existencia de la naturaleza privada de los derechos subjetivos materiales en juego. La publicización del proceso tuvo su origen en un momento y en un país determinado y se plasmó en una Ordenanza Procesal Civil que, al menos, debe calificarse de antiliberal y autoritaria, y opuesta a su alternativa que es la concepción liberal y garantista del proceso civil. El conceder amplios poderes discrecionales al juez, y precisamente a unos jueces como el austríaco o el italiano de sus épocas fuertemente sujetos al Poder Ejecutivo, sólo se explica si al mismo tiempo se priva de esos poderes a las partes, poderes que en realidad se resuelven en garantías de las mismas en el inicio y en el desarrollo del proceso civil.

No se ha destacado lo suficiente que los códigos en que se han concedido mayores facultades a los jueces se han promulgado precisamente en países y momentos en que esos jueces eran menos independientes,

de lo que ha resultado que, a la postre, con la concesión de esas facultades, se estaba favoreciendo la injerencia del Poder Ejecutivo en la efectividad de los derechos subjetivos de los ciudadanos.

Una cosa es reconocer, como decimos a continuación, que el proceso civil ya no es el reducto de la clase media de un país, es decir, el medio previsto por el legislador para que los poseedores debatieran en torno al derecho de propiedad, y otra muy distinta configurarlo como un fenómeno de masas en el que no importan tanto los derechos individuales del ciudadano sino los intereses públicos o sociales. Por ello, en los últimos años, estamos asistiendo a la difusión de la idea de que el proceso civil se resuelve básicamente en un sistema de garantías de los derechos de los ciudadanos, en el medio jurídico para que las partes debatieran en condiciones de plena contradicción e igualdad los conflictos que los separan. Y ello sin dejar de asumir la realidad social de la proliferación de los procesos y de la búsqueda de nuevas soluciones.

III. LOS CONDICIONAMIENTOS DE LA REALIDAD

En alguna ocasión se ha sostenido que incluso después de la catástrofe de la época fascista, la doctrina procesal alemana (y lo mismo podría decirse de otras) veía en la dogmática y en el sistema un seguro punto de referencia, y que ello respondía a un claro temor a las ideologías como factor destructor, prefiriendo ser fieles al sistema neutral dada su aparente objetividad (Stürmer). No puede negarse que en esta opinión existe una parte de verdad, pero no creemos que en ella se encuentre toda la verdad. La necesidad de estudios rigurosamente técnicos del proceso civil es algo permanente, y lo es tanto que siempre será preciso volver a los grandes conceptos, pues cada época precisa rehacerlos, si bien ello no puede significar el olvido del componente ideológico que es inherente a toda regulación positiva del hacer de los hombres en sociedad.

Con todo, si el criterio ideológico tuvo gran relevancia en un momento inmediatamente anterior, aunque a veces quedó reducido a vulgar palabrería pseudo sociológica o a estéril comparatismo, en el que se estimaban homogéneos sistemas liberales y sistemas totalitarios, en la actualidad lo que está condicionando en más fuerte medida el estudio del proceso civil es la realidad misma, y en ella lo más destacado es un vertiginoso aumento de la litigiosidad que está socavando las bases mismas de la justicia civil.

1. El aumento de la litigiosidad

Nos hemos referido antes a algunos datos sobre el aumento del número de procesos en los últimos años y conviene ahora atender a como ese aumento ha supuesto el desbordamiento de las posibilidades de actuación eficaz de los tribunales civiles en casi todos los países. No es posible ofrecer aquí los datos de duración de los procesos civiles en todos los países, pero sí es preciso hacer mención de algunos de ellos. A sabiendas de que el caso de Italia puede considerarse el más grave nos centraremos en él.

Según datos de Proto Pisani referidos a 1996 y atendiendo a las distintas clases de órganos judiciales:

- a) Preturas: Están servidas por cerca de 900 jueces civiles, con una entrada anual de sobre 750.000 asuntos, de los cuales finalizan cada año unos 650.000, con lo que arrastran un retraso de 1.350.000 procesos. La duración media del proceso de declaración es de 600 días.
- b) Tribunales: Tienen adscritos alrededor de 1.300 jueces civiles, y en ellos entran cada año unos 450.000 asuntos en primera instancia, de los que se concluyen 400.000, teniendo una bolsa acumulada de 1.550.000 procesos en la instancia. La duración media del proceso declarativo es de 1.250 días. A ello hay que añadir que conocen también del recurso de apelación contra resoluciones de las preturas, con una entrada de 60.000 asuntos, de los que se resuelven 55.000, existiendo 150.000 causas atrasadas. En la primera instancia, sumadas las causas atrasadas de las preturas y de los tribunales, existe una bolsa de retardo de 2.900.000 procesos, que es una "cifra alucinante".
- c) Cortes de apelación: Las sirven sobre 400 jueces civiles, existiendo unos 30.000 recursos de apelación, de los que se concluyen en el año sobre 28.000, existiendo un retraso de 85.000 recursos. La duración media es de 1.050 días.
- d) Corte de Casación: Existe 140 magistrados de esta categoría adscritos a las secciones civiles, que en 1995 conocieron de unos 15.000 recursos, existiendo una bolsa de retraso de sobre 36.000.

La situación puede no ser tan preocupante en otros países, y así en Alemania un proceso de declaración en la primera instancia tiene una duración media de entre 3 y 6 meses, o en España un juicio de menor cuantía (de valor hasta algo más de un millón de dólares) pue-

de durar en la primera instancia no más de 14 meses y un juicio de cognición (de valor hasta unos 6.000 dólares) no más de 10 meses, pero en todos los sitios, sin distinción, se siente que la duración media de los procesos es excesiva. Y no vale consolarse con lo que ocurre en otro país, pues recuérdese como califica el refranero al que se consuela con el mal de otros.

Este desbordamiento del número de asuntos, con la demora que ocasiona, ha pretendido combatirse, de entrada, con el aumento del número de jueces. El aumento ha sido mayor en Alemania, donde existen 26 jueces por cada 100.000 habitantes, mientras que hay 16 en Italia y 10 en Francia. En España: si en 1988 existían 2.000 jueces en total, se ha pretendido pasar a 3.500, con lo que se trata de fijar 10 jueces por cada 100.000 habitantes. Adviértase, con todo, que si en Italia existen 2.740 jueces civiles, en España ese número no sobrepasa los 2.000 y que además parte de ellos tienen también funciones penales. El aumento ha sido de tal importancia que ya empiezan a oírse voces relativas a la imposibilidad de seguir por ese camino atendiendo a razones económicas.

Posiblemente por eso se ha estado primando la creación o el fortalecimiento de la llamada justicia de paz, en la que se atribuyen funciones jurisdiccionales a personas no técnicas, y se ha llegado al establecimiento de juzgados para las pequeñas causas, con jueces profesionales o no. Se trata de dos orientaciones diferentes pero complementarias, por medio de las que se pretende que no lleguen a los órganos jurisdiccionales que podemos llamar tradicionales, un gran número de asuntos, los cuales se desviarían a estos otros órganos.

Al mismo tiempo que se producían los aumentos en el número de jueces y en sus clases, en algunos países se han puesto en práctica otras medidas tendentes a adecuar los tribunales a la litigiosidad. Así en casi todos ellos se ha tendido a elevar extraordinariamente los topes cuantitativos, bien referidos al reparto de competencia entre los varios órganos jurisdiccionales de la primera instancia (en Alemania ese tope es de 10.000 marcos y en Italia de 50 millones de liras), bien atinentes a las clases de juicios (en España el tope cuantitativo entre el juicio de mayor cuantía y el menor cuantía estaba en 1980 en 500.000 pesetas y ha pasado a 160 millones de pesetas). Tampoco faltan casos en los que se han elevados las cuantías de la *summa gravaminis* (en Alemania para apelar esa cuantía mínima ha de ser de 1.500 marcos y para acceder al recurso de "casación" de 60.000 marcos).

Mayor trascendencia está teniendo el progresivo abandono del órgano colegiado en la primera instancia a favor del órgano unipersonal. En España y en los países iberoamericanos, con una larga tradición de juez único para la primera instancia, no acabamos de comprender lo que supone ese abandono en Alemania, Francia e Italia, pero en estos países se han producido enconados debates doctrinales a favor y en contra del "juez monocrático" que están resolviéndose, no por la vía del convencimiento científico, sino por el de la imposición de las necesidades de la realidad, y ello a pesar de que supone abandonar una tradición multiseular y, por lo mismo, fuertemente arraigada, a favor del órgano colegiado.

2. La imprecisa respuesta doctrinal

Ha sido la imposición de la realidad, con el vertiginoso aumento del número de procesos, lo que ha hecho que la doctrina cambiara de orientación. En los últimos años se ha abandonado en buena medida el estudio de los grandes temas tradicionales, aquellos sobre los que todo jurista debe personalmente reflexionar si quiere atender a la realidad con una sólida base teórica, sin la que corre el riesgo de ser arrastrado por esa realidad sin llegar a comprenderla, y se ha centrado la atención en aspectos que se estiman más prácticos por cuanto se trata de dar respuesta al aumento del número de procesos y al riesgo que ellos comportan de ineficacia de la justicia civil.

a) La evitación del proceso

El arbitraje, la mediación y la conciliación son instrumentos de solución de conflictos conocidos y regulados desde antiguo que, sin embargo, se están presentando en la actualidad como medios alternativos al proceso. Aquéllos se basan en la autonomía de la voluntad de los ciudadanos, en su libertad para conformar y solucionar relaciones jurídicas, pero últimamente se están presentando como medios para evitar el proceso, como alternativas al mismo capaces de hacer disminuir el número de procesos. El arbitraje ha sido regulado en los últimos años en casi todos los países, con la pretensión de "prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los tribunales", y no como una manifestación de la libertad de los ciudadanos para resolver sus conflictos, pero no parece que esté teniendo mucho éxito en aquella finalidad. La mediación y la conciliación están dando lugar a nuevas formas de solución de conflictos, con manifestaciones de muy variada condición que van desde las *Alternative Dispute Resolutions* de los Estados Unidos hasta órganos de composición para los consumidores en otros países.

b) El acceso al proceso

El aumento de la litigiosidad tiene su origen, en parte, en la ampliación de la base social de las clases medias, de los poseedores o de los que han accedido a la posibilidad de tener conflictos económicos y, también en parte, dicho aumento responde al fenómeno social del consumo de masas que ha afectado incluso a las capas de la población menos favorecidas económicamente. El caso ha sido que el tradicional beneficio de pobreza ha tenido que irse sustituyendo en los diferentes países por la Legal Aid (inglesa, 1949 y 1974), aide judiciaire (francesa, 1972), Legal Service Corporation (norteamericana, 1974), patrocinio ai non abbienti (italiana, 1973), Verfahrenshilfegesetz (austríaca, 1973), Prozesskostenhilfegesetz (alemana, 1980) y asistencia judicial gratuita (española, 1996). Naturalmente todas estas leyes no han resuelto el problema de base, pero por lo menos han contribuido a hacer algo más efectivo el derecho de acción.

c) Las partes y su legitimación

De la legitimación sólo pudo comenzar a hablarse cuando la acción se separó del derecho subjetivo material, pues a partir de entonces pudo cuestionarse la admisibilidad de peticiones de actuación del Derecho objetivo en el caso concreto sin afirmación de titularidad del derecho subjetivo, esto es, de la llamada legitimación extraordinaria. Por ese camino se admitió, primero, el reconocimiento de legitimación a un particular para ejercitar el derecho de otro particular porque ese es el medio más adecuado, cuando no el único, para la efectividad del derecho de aquél (caso de la acción subrogatoria, por ejemplo), se pasó después a la admisión de legitimación extraordinaria por razones públicas (al Ministerio Público en los procesos no dispositivos) y se ha terminado en la concesión de legitimación extraordinaria atendiendo a razones colectivas o sociales, con lo que se ha podido hablar, incluso, de una cierta socialización de la legitimación.

La multiplicación de relaciones jurídicas idénticas, la expansión del consumismo o la utilización masiva de los medios económicos, han puesto las bases para pasar de una consideración individual de las relaciones jurídicas, y con ellas del proceso, a otra en la que cada día adquieren mayor importancia las relaciones que cabe calificar de colectivas. Por ello, se está hablando últimamente de intereses colectivos, difusos, de grupos, supraindividuales, etc., respecto de los que, a pesar de que la bibliografía es desbordante, todavía no se han perfilado suficientemente ni los conceptos ni las normas reguladoras del fenómeno, que está aún muy lejos de la claridad doctrinal y legal.

d) Oralidad y aceleración del proceso de declaración

A lo largo del Siglo la oralidad en el sentido chiovendiano ha sido el mito perseguido y nunca alcanzado, y con él la finalidad de la aceleración del proceso. En torno a aquélla han proliferado las obras, los congresos e incluso los códigos. El mito ha llegado al extremo de ser consagrado en el art. 120.2 de la Constitución española de 1978 (“el procedimiento será predominantemente oral”).

A pesar de todo, la realidad se sigue mostrando terca y una cosa son las aspiraciones teóricas y otra lo que ocurre en la práctica. El caso de España es muy sintomático; a pesar de que la Constitución ha superado ya el tiempo de la mayoría de edad, no sólo no se ha promulgado un Código Procesal Civil basado en la oralidad, sino que, primero, las leyes procesales dictadas en las últimas dos décadas han seguido regulando procesos escritos y, segundo, la práctica ha logrado desvirtuar los escasos procesos regulados de modo oral convirtiéndolos de hecho en escritos. Sin norma constitucional, otro tanto está ocurriendo en otros países, en los que pueden tener aparentemente éxito experimentos particulares (como el llamado *Stuttgarter Modell* que dio origen a la reforma de la ZPO alemana de 1976), pero en los que la aceleración del proceso a través de la oralidad no se está consiguiendo. Algo, pues, está fallando en los modelos teóricos cuando se pretende trasladarlos a la realidad, y lo peor es que seguimos sin comprender su por qué.

IV. LAS TUTELAS EJECUTIVAS Y ASIMILADAS

La situación de desbordamiento del número de procesos ha llevado incluso a pensar que podía encontrarse la solución alterando el sistema lógico de que primero se declara el Derecho y luego se procede a la ejecución del mismo. Para alterar ese sistema se ha acudido a la existencia de toda una serie de documentos que, en diverso grado, ofrecen una apariencia de corresponderse con la realidad, de fehaciencia, que permite alterar el sistema lógico de proceso de declaración seguido del proceso de ejecución. La alteración no puede ser igual en todos los casos, dependiendo la misma de la “cantidad” de fehaciencia de que esté dotado cada documento. Por este camino se ha acudido bien a alterar la contradicción bien a establecer verdaderas tutelas judiciales ejecutivas.

1. Alteraciones de la contradicción

En estos casos no se ha llegado a dotar a un documento de fuerza ejecutiva, dada su escasa fehaciencia,

sino simplemente a posibilitar que la contradicción aparezca sólo si el demandado no llega a formular oposición.

a) Proceso monitorio

Se basa en la existencia de un acto o negocio jurídico que da lugar a una obligación dineraria que se plasma en alguno de estos documentos: 1) Documento que aparece firmado por el deudor o en el que consta su impronta, marca o señal electrónica, y 2) Documento como albarán de entrega de la mercancía, fax, factura, en los que no consta la firma del deudor, si bien se trata de los normales dentro del tráfico jurídico propio del ejercicio de algunas profesiones, sobre todo las mercantiles.

Con alguno de estos documentos el acreedor puede interponer una demanda normal, de la que se dará traslado al deudor, requiriéndolo para que en un plazo breve determinado pague la deuda o bien conteste a la demanda alegando las razones de su negativa a pagar. Si el deudor no paga ni contesta a la demanda en el plazo dicho, el juez despachará la ejecución contra el demandado. Si paga, se termina aquí el proceso. Si contesta a la demanda, se dará al proceso el trámite del proceso declarativo ordinario, bien entendido que en todo caso será posible el embargo preventivo, pues se cuenta con documento para ello.

En algunos ordenamientos se exige que, junto con la demanda, el actor acredite que en un plazo corto anterior haya requerido de pago al deudor y que éste no ha contestado oponiendo la falsedad del documento.

b) Proceso documental y cambiario

Parte de la existencia de una letra de cambio, cheque o pagaré, en todo caso firmados por el deudor y cumpliendo los requisitos formales de la ley correspondiente, siempre que unos y otros no hayan sido intervenidos por fedatario público. El proceso comienza por demanda del acreedor, que si es admitida por el Juez lleva a: 1) Requerir al deudor para que pague en un breve plazo (dos o tres días), y 2) Ordenar el embargo preventivo de los bienes necesarios para cubrir el importe de lo reclamado, si no paga en ese breve plazo.

Después del embargo preventivo se le ofrece al deudor plazo para que, si lo estima oportuno formule oposición, pero teniendo siempre en cuenta que las causas o motivos de oposición se limitan por la ley, que establece una relación de causas tasadas, y que la oposición no da lugar a un normal proceso de declaración,

sino a una tramitación muy breve, sobre todo en lo que se refiere a la prueba. Esto supone que hay que distinguir:

- 1º) Si el deudor no formula oposición, el embargo preventivo se transforma en ejecutivo, y se realiza toda la ejecución.
- 2º) Si se formula oposición por el deudor, se da lugar a un incidente declarativo, que terminará por sentencia, en la que se estimará o desestimará la causa de oposición; en el primer caso, se levanta el embargo preventivo; en el segundo, este embargo se convierte en ejecutivo y sigue adelante la ejecución. Normalmente a esta sentencia no se le atribuyen todos los efectos propios de la cosa juzgada, por lo que esta oposición es sumaria, tanto en atención a su contenido como a la brevedad del trámite.

2. Verdaderas tutelas ejecutivas

Existen otros supuestos en los que se ha ido concediendo fuerza ejecutiva a determinados documentos por estimarse que están dotados de tal fehaciencia que no es preciso acudir con ellos primero a un proceso de declaración. Se trata, pues, de verdaderas tutelas judiciales hiperprivilegiadas por cuanto el titular del documento puede acudir a la ejecución, sin pasar previamente por la declaración del derecho.

a) Proceso ejecutivo

Cuando se trata de una escritura pública o de un documento intervenido por fedatario público los ordenamientos jurídicos suelen partir del presupuesto de que tienen la consideración de títulos ejecutivos equiparables a las sentencias de condena, por lo que la demanda ejecutiva da lugar a que se despache la ejecución con todas sus consecuencias.

Lo distinto entre la ejecución de sentencia y la ejecución de estos títulos no judiciales, no se refiere a la tramitación de la ejecución, sino a las causas de oposición contra la ejecución misma. Es sabido que, contra la sentencia pueden oponerse en la ejecución, dando lugar incluso a un incidente declarativo, los hechos extintivos y excluyentes que se hayan producido después de la sentencia misma, es decir, después de todo lo que quedó cubierto por la cosa juzgada, mientras que cuando se trata de los títulos ejecutivos no judiciales, al no existir cosa juzgada, ha de admitirse oposición que no está tan bien determinada en sus contornos, aunque siempre debe partirse de que estamos ante un documento que tiene fe pública. Por eso, suele decirse

que contra el título no judicial que es la escritura pública puede oponerse por el deudor todo lo que podría oponerse si se hubiera iniciado un proceso de declaración.

En uno y en otro caso la forma de la oposición supone la existencia de un incidente declarativo intercalado en la ejecución, incidente que no debe paralizar la ejecución misma salvo en lo relativo a la venta de los bienes embargados. Esto es, en la ejecución pueden realizarse todos los actos que la integran, menos la subasta y la adjudicación, mientras se tramita el incidente declarativo.

b) Ejecución privilegiada

Tratándose de escritura pública inscrita en un Registro, y especialmente cuando se trata de la escritura pública de hipoteca, debe tenerse en cuenta que hay que distinguir en lo que se refiere al título ejecutivo: 1) Escritura pública en la que consta la existencia del derecho de crédito contra el deudor, que es el documento en que se plasma el negocio jurídico de préstamo, y 2) Escritura pública de constitución de la hipoteca, que es el documento en que se plasma el negocio jurídico que es la hipoteca, y que es el que da lugar a la inscripción. En el derecho español, y en otros similares, lo que se inscribe en el Registro público, no es tanto el derecho de crédito, cuando el derecho real de hipoteca.

En este caso la escritura pública y el documento que acredita la inscripción de la hipoteca en el Registro constituyen el título ejecutivo, y frente a ese título, lo único que el deudor puede oponer, dando lugar a un sencillísimo incidente declarativo, es la cancelación de la hipoteca del Registro (aparte de todo lo relativo a los presupuestos y requisitos procesales). En lo que se refiere a lo que podemos calificar de fondo del asunto, el deudor no tiene más que una defensa: la hipoteca ya no está inscrita en el Registro.

3. El proceso de ejecución

El estudio del proceso de ejecución en sentido estricto se ha visto tradicionalmente oscurecido por su consideración de ser algo menor e indigno de elaboración doctrinal. Baste recordar que los grandes manuales ni siquiera se ocuparon de él (Wach y Chiovenda). Sin embargo, las cosas empezaron a cambiar cuando se advirtió --y no hace mucho de ello-- que la efectividad del derecho pretendido por la parte depende, sí, de la declaración, pero, sobre todo, de la ejecución. En este sentido:

a) Ejecución provisional

Los códigos se han referido tradicionalmente a la ejecución de la sentencia pendiente de algún recurso pero lo hacían de modo marginal; producto de la reforma introducida por la Ley del 26 de noviembre de 1990, núm. 353, se llega al actual artículo 282 del *Codice de Procedura civile italiano* conforme al cual "la sentencia de primer grado es entre las partes ejecutable provisionalmente", mucho han tenido que cambiar las cosas.

b) Ejecución definitiva

Si el camino avanzado en la ejecución provisional ha sido grande, no ha ocurrido lo mismo con la ejecución definitiva, que sigue anclada en el pasado en casi todos los países. No se han encontrado los procedimientos adecuados para hacer efectivas las sentencias que condenan a obligaciones de hacer, no hacer y dar cosa específica, en las que sigue siendo demasiado fácil su transformación en obligación dineraria, y tampoco se han resuelto los problemas propios de esta ejecución ordinaria, lo que sigue conduciendo en muchos casos a la inutilidad del proceso de ejecución y a la del título ejecutivo formado en él. Especialmente, no se han resuelto las dificultades existentes para el descubrimiento y la aprehensión de los bienes del ejecutado sobre los que se habría de efectuar el embargo, y sigue siendo frustrante el acudir a la subasta pública y judicial como medio de realización de los bienes, una vez encontrados.

V. LA TUTELA CAUTELAR

Las leyes y códigos del siglo XIX se referían sólo a dos subfunciones de la jurisdicción en la actuación del Derecho objetivo en el caso concreto: juzgar y ejecutar lo juzgado, y no aludían a una tercera que puede denominarse cautelar o de aseguramiento, aunque esas mismas leyes y esos códigos sí contenían algunas normas relativas a ella. El siglo XX se inicia prácticamente con el estudio por Chiovenda de las medidas provisionales de seguridad, que se refirió después a que la necesidad del proceso para que al actor se le de la razón no puede convertirse en un daño para quien tiene razón, que sirvió luego de base al examen por Calamandrei de las resoluciones cautelares.

En su inicio las medidas cautelares se centraron en las que se llamaron de aseguramiento, puesto que por medio de ellas se tendía a mantener la situación preexistente al proceso, de modo que se garantizara la ejecución de la sentencia que llegara a dictarse en el pro-

ceso de declaración, y en este sentido la medida más estudiada fue la del embargo preventivo. De este modo las medidas cautelares se caracterizaron por su instrumentalidad (el proceso cautelar es el instrumento del instrumento que es, a su vez, el proceso de declaración) y porque tenían que ser homogéneas pero no iguales a las medidas de ejecución. No cabía pensar en que las medidas cautelares supusieran una anticipación de lo que era propio de la medida de ejecución, dado que ésta era sólo posible contando con el título ejecutivo que era la sentencia declarativa de condena.

En los últimos tiempos se está poniendo de manifiesto la necesidad de avanzar por el camino abierto de la tutela cautelar y se están regulando medidas tanto de conservación como de innovación. Con las medidas de conservación se pretende que mientras dura el proceso principal una de las partes no pueda obtener los resultados que se derivan normalmente del acto que se estima ilícito por la otra parte (este sería el supuesto de la suspensión del acuerdo de una persona jurídica cuando un socio pretende en juicio la declaración de nulidad del mismo). Con las medidas de innovación se trata de anticipar provisionalmente el resultado de la pretensión interpuesta por el actor, como medio más idóneo para que las partes realicen el proceso en igualdad de condiciones, por lo que se produce una innovación sobre la situación jurídica preexistente al proceso principal (el

caso más claro es el de la anticipación de los alimentos cuando se debate procesalmente sobre la filiación).

La regulación y el estudio de las medidas cautelares se venía haciendo partiendo de la consideración de que se trataba, no de un verdadero proceso cautelar, sino simplemente de medidas todas específicas de determinadas situaciones cautelables, y por ello se hablaba precisamente de "medidas cautelares". En la actualidad se está hablando de un verdadero proceso cautelar como *tertius genus* entre el declarativo y el ejecutivo, y por eso se está procediendo a la regulación de las normas comunes o de procedimiento, que es lo que ha hecho la italiana Ley del 26 de noviembre de 1990, núm. 353, que ha introducido una Sección específica en el *Codice* para esas normas generales, regulando a continuación las medidas específicas.

En todo caso, buena parte del futuro del proceso civil se encuentra en el desarrollo de la justicia cautelar, como medio para que la tutela judicial de los derechos sea realmente efectiva. Esta afirmación es sobre todo aplicable al proceso contencioso-administrativo, que no deja de ser un proceso civil especial, en el que la adopción de una medida cautelar puede ser el único medio para garantizar la efectividad del resultado del proceso de declaración para el ciudadano frente a la poderosa Administración.