

PODERES DEL JUEZ Y DERECHOS DE LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL: LAS ENSEÑANZAS DE CALAMANDREI Y LAS REFORMAS PROCESALES EN EUROPA

Nicolò Trocker

Catedrático de Derecho procesal
Universidad de Florencia

Sumario: 1. Introducción. 2. El perfil “proyectual” de la obra de Calamandrei y el problema de las reformas. 3. Europa y las grandes reformas a caballo del nuevo milenio. 4. Las tendencias evolutivas y los valores de referencia. 5. La diferenciación de los modelos de tratamiento de las causas. 6. El juez como “conductor” del recorrido procesal. 7. Hacia una estructura “bifásica” del proceso. 8. La disciplina de la fase preparatoria: el “*case management*” 9. Cooperación entre las partes y obligación de información recíproca. 10. La difusión de formas de *discovery* previas al proceso. 11. Reformas del proceso y papel de la abogacía.

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este encuentro de estudio es reflexionar sobre uno de los temas principales de la estructura del procedimiento civil —o sea la relación entre poderes del juez y derechos de las partes— a la luz de las enseñanzas de Piero Calamandrei, y me lleva ante todo a evocar la personalidad del gran Maestro.

En la presentación del tomo VIII de las obras jurídicas de Piero Calamandrei, Gio-

vanni Pugliese escribe: “por reconocimiento unánime, la personalidad de Piero Calamandrei fue una de las más fascinantes. Incluso antes de que se mereciera el más profundo respeto por la riqueza moral y la pasión cívica que descubría ante quien mejor le conocía, supo granjearse el respeto y la consideración de todo el mundo por la amplitud de horizontes culturales, la intensidad de sentimientos y su habla elegante e ingeniosa. Pero, tal vez su valor más profundo radicaba en su naturale-

za compuesta y polifacética, en el hecho de constituir un conjunto armónico de personalidades diferentes. En efecto, en Calamandrei convivían el abogado, el jurista teórico (o, como suele impropriamente decirse, “dogmático”), el literato, el historiador del derecho, el escritor político”¹.

A su vez, Mauro Cappelletti, el discípulo de Calamandrei quien, más que nadie, ha contribuido a enraizar las enseñanzas del Maestro en numerosas partes del mundo, nos recuerda que: “según Calamandrei, derecho y estudio del derecho nunca fueron ni una mera aceptación exegética de textos, ni una simple elaboración dogmática y reconstrucción sistemática de conceptos”.

“Toda la personalidad de Calamandrei jurista, desde sus años juveniles, se conmueve y se alza, vibrante de pasión cívica-social-humana (...). Calamandrei concibe siempre el derecho como un fenómeno no puramente normativo, técnico, abstracto, sino como el elemento de un fenómeno cultural más amplio, elemento esencial de la cultura del hombre y de la sociedad que tiene profundas raíces en la historia y en las tradiciones por un lado, y por otro en las exigencias sociales económicas ideales de evolución y transformación. Y es precisamente esta misma pasión política, social, cultural, la que tal vez ha convertido a Calamandrei en el jurista menos “puro” aunque, a pesar de esto o incluso justamente por esto, en el más complejo e interesante y, desde luego, en uno de los más relevantes y representativos en el ámbito tanto nacional como internacional, entre los juristas italianos del siglo XX”².

2. EL PERFIL “PROYECTUAL” DE LA OBRA DE CALAMANDREI Y EL PROBLEMA DE LAS REFORMAS

No es necesario recordar la constante preocupación de Calamandrei por los problemas de la justicia civil, aun prescindiendo de la oportunidad constituida por la reforma del

código civil, en coherencia por lo demás con el carácter muy propositivo de su obra y su visión de las tareas del jurista³.

Aun queriendo admitir la validez y los méritos de la orientación dogmática —en palabras de Calamandrei— hay que señalar, sin embargo, que ésta no puede tener la pretensión “de negar que el jurista, tras analizar desde un punto de vista estrictamente dogmático las instituciones vigentes *in iure condito*, no pueda ni deba luego, conscientemente (...), poner en relación las mismas instituciones para alcanzar los fines sociales que ellas deben perseguir e, investigando en qué medida dichos fines constituyen los medios adecuados para su alcance, debatirlos *in iure condendo*. La ciencia del derecho, si renuncia a toda valoración crítica por parte de las instituciones vigentes, se condena a convertirse en una entidad académica vana, aislada de la vida que es renovación perpetua”. “Un jurista completo es aquél que no sólo interpreta rectamente las leyes vigentes, sino que, al descubrir sus defectos, prepara y promueve el derecho futuro”⁴.

De la obra “proyectual” de Calamandrei que se distingue por la extensión y la complejidad de la visión de conjunto, además de por lo concreto y articulado del análisis de los problemas, el estudioso actual que afronta los temas de la renovación de la justicia civil puede extraer enseñanzas valiosas y advertencias enérgicas; enseñanzas y advertencias que deben recogerse y analizarse con atención.

En 1920, Calamandrei inaugura en esta ciudad el curso oficial de Procedimiento civil y ordenamiento judicial con una comprometidísima lección magistral sobre el tema “La abogacía y la reforma del proceso civil”⁵, donde desarrolla un análisis exhaustivo de los problemas de la justicia civil sustentado en datos concretos y percepciones claras de la realidad. Su actitud ante las reformas se caracteriza por la convicción de que la reforma de las reglas de procedimiento es importante, pero que por sí sola no basta para producir cambios sustanciales en la justicia civil. Otras reformas resultan igualmente indispensables para hacer frente a la crisis y a la necesidad de

renovación de la justicia civil. Y en esta visión amplia y comprensiva, su particular atención se concentra en la abogacía, en el papel que desempeña en el proceso civil, en la necesidad de que ese mismo papel se desarrolle a un nivel cualitativamente alto. Y no se trata de una referencia esporádica⁶. En numerosos y muy conocidos ensayos, Calamandrei insiste con firmeza en la reducción del número de abogados, en la seriedad de los exámenes de admisión a la profesión, en la utilidad de las prácticas.

Otra advertencia categórica atañe a la repercusión que las reglas de la ética profesional ejercen y deben ejercer en el comportamiento de los protagonistas del proceso⁷. Son indicaciones importantes que siguen estando descuidadas incluso hoy día por un legislador cuya voluntad reformadora parece traducirse principalmente en la reescritura de normas procesales.

El Maestro invoca constantemente la necesidad de realizar reformas no sobre conceptos, sino sobre exigencias concretas de la administración de justicia: o sea, la petición de una reforma *útil*. Al respecto, recuerdo la concisa crítica de Calamandrei al uso de la noción de “litigio” en el proyecto Carnelutti⁸; una crítica que no nace sólo de un planteamiento histórico-dogmático, sino que afecta al ámbito de la utilidad de las reformas. De aquí la advertencia de guardarse del peligro de proponer modelos abstractos de tutela, racionalmente coherentes en sí, pero fuera del contexto político-social en el que deberían implantarse. “Un canon de buena política legislativa aconseja, especialmente en materia procesal, contener las reformas dentro de los límites de la utilidad práctica y no hacer más complicadas las modificaciones para aquellos que deberán ajustarse a ellas, con innecesarios cambios de terminología o con consagraciones legislativas de concepciones teóricas personales”⁹.

Un aspecto no menos relevante del pensamiento de Calamandrei con respecto al tema central de este encuentro de estudio es la incansable defensa del papel fundamental de la actividad de las partes en el proceso como lími-

te e instrumento de control de la actividad del juez. Así, pues, escribe: “ese admirable mecanismo de indagación que es el principio dispositivo en la fase de instrucción, así como toda la estructura formal del proceso —entendido como una serie ordenada de actividades humanas, cada una de las cuales para poder producir determinados efectos jurídicos debe llevarse a cabo en la forma y en el momento requeridos por la ley—, pueden ser condenados a perder todo significado *cuando el proceso ya no se considere en función de los intereses individuales de las partes que solicitan la tutela, sino únicamente como instrumento de la voluntad del Estado y del interés público en la realización de esta voluntad*. En el proceso civil, donde la actividad de las partes es condición y límite a la actividad del juez, resulta evidente que cuando el litigante cumple en la debida forma y en el momento justo un determinado acto procesal, sabe que enseguida se producirá una determinada situación jurídica que el juez no puede menoscabar, por lo que presupone *naturalmente la existencia de derechos subjetivos individuales, para cuya tutela el proceso aparece como instrumento de garantía y realización*”.

Y además: “Si con el acto jurisdiccional se busca solamente satisfacer un interés público, no hace falta obstaculizar la labor del juez prescribiéndole la meticulosa y molesta observancia de un procedimiento (...)”¹⁰.

En este contexto surgen también las repetidas advertencias contra los peligros de una involución autoritaria del proceso explicitados en numerosas ocasiones: desde la toma de posición perpleja bajo diversos enfoques con respecto al proyecto preliminar Solmi¹¹, hasta la firme denuncia de las corrientes de pensamiento alemanas del naciente totalitarismo que “pretenden anular el proceso en la jurisdicción voluntaria”¹².

La segunda posguerra es el período en que el Calamandrei “procesalista” no se puede separar del Calamandrei “constitucionalista”. De las reflexiones fundamentales de este período nace la visión que hoy llamaríamos “garantista” del proceso: Calamandrei sitúa el proceso civil dentro de la estructura del Estado demo-

crático, señalando su función y esbozando sus garantías fundamentales; el proceso se convierte en un capítulo del tema más genérico de las relaciones entre ciudadanos y Estado¹³. El proceso —nos previene el Maestro— es el instrumento que sirve para instar una orden que debe hallar su justicia en el método mediante el cual se ha instado, en la estructura escogida para su afirmación. La común necesidad de un debate es la consecuencia y la manifestación de una común premisa en la democracia y en el proceso¹⁴.

Si al final del recorrido procesal la justicia de la sentencia —de la orden concreta en función de una comprobación de hechos hipotéticamente previstos por la ley— reside en el recorrido realizado para alcanzar el resultado, el procedimiento debe estructurarse de cara a su justificación: debe ser un “proceso justo”. La justificación de la norma del caso particular no se confía al elemento meramente formal de la estructura procesal¹⁵.

En todo esto existe una precisa opción cultural que apunta a superar la ambigüedad conceptual de un proceso que, en términos puramente técnicos e instrumentales, se presenta como “neutro”, al no poder calificarse en el sentido estricto de la palabra ni como “justo” ni como “injusto”, ya que tales adjetivaciones no parecen propias del medio, sino del resultado decisorio al que éste conduce.

Las estructuras del procedimiento obtienen su legitimidad, antes que de la observancia de un determinado ceremonial, del respeto a sustanciales principios de civilización jurídica, tales como la tercioedad del juez, el *audiatur et altera pars*, la motivación de las decisiones; principios que los constituyentes modernos han introducido en el entramado normativo de las leyes fundamentales para dotarlos de una concreta fuerza preceptiva incluso ante el legislador y sustraerlos de las inestables bases de las *Prozessmaximen* de carácter jusnaturalista.

A los reformadores actuales, que tienden a encerrarse en una especie de nacionalismo cultural, cabe recordarles también el constante interés de Calamandrei por la evolución de

la justicia civil en los ordenamientos extranjeros¹⁶. Calamandrei sigue siempre de cerca los hechos legislativos que se producen en otros países (especialmente, pero no sólo, en el ámbito de la lengua alemana). Lo que acontece en otros lugares se convierte al mismo tiempo en un banco de pruebas y en un aliciente para profundizar desde una reflexión político-cultural en el problema de la justicia civil. Esa mirada más allá de las fronteras de nuestro país está guiada por la exigencia de entender qué es lo que está pasando en el mundo a la espera de una respuesta a la pregunta de hacia qué resultados estamos moviéndonos y bajo la influencia de qué motivaciones sociales, ideológicas y políticas. El punto de vista es lo que más interesa al comparatista: utilizar la experiencia de los demás para captar tendencias históricas en las que tomar parte, o bien para ponerse en guardia contra soluciones percibidas como arriesgadas o apresuradas.

En algunos de sus últimos ensayos, la mirada y la atención de Calamandrei están dirigidas hacia las perspectivas de un derecho y de una justicia supranacional.

“Se podría dar un paso más —escribe— y precisamente hacia esa parte más esencial de toda constitución que es la declaración de los derechos individuales de libertad, de las llamadas libertades constitucionales de los ciudadanos, sin las cuales no puede haber democracia. En teoría, es fácil enumerar dichas libertades: sin embargo, no resulta igualmente fácil garantizarlas en la práctica, tal y como nos ha enseñado la dura experiencia. Para su defensa, un paso en ese sentido podría representar la “rigidez” de la Constitución que quite a los órganos legislativos ordinarios el poder de modificarlas o de suprimirlas; pero la defensa sería mucho más eficaz si se llevara a un plano internacional y se confiara a órganos supraestatales a los Estados. Si la nueva constitución italiana se declarara explícitamente preparada para transferir a la soberanía supraestatal el poder de salvaguardar el respeto de esos derechos de cualquier atentado procedente de la soberanía interna de cada uno de los Estados, *esa elevación de la libertad individual del plano interno*

al plano internacional sería el reconocimiento más solemne de la (...) “interdependencia” de las libertades (...)”¹⁷. De esta forma, se convierte en precursor de ideas e ideales que se concretarán en la Convención europea de los derechos del Hombre y en los Tratados constitutivos de la nueva Europa.

3. EUROPA Y LAS GRANDES REFORMAS A CABALLO DEL NUEVO MILENIO

Queremos ahora dirigir nuestra atención a Europa y, en especial, a las recientes reformas procesales europeas.

Desde siempre, Europa —tal como justamente se ha señalado— se ha caracterizado por una dimensión típicamente dual, donde las partes y el conjunto son complementarios. El conjunto (europeo) traspasa las partes enriqueciéndolas con algo más que las aúna, pero sin homologarlas. Lo mismo vale para las artes y las literaturas nacionales, así como para los ordenamientos jurídicos. Los derechos de cada uno de los países europeos son inconcebibles como ordenamientos autónomos y autosuficientes fuera de Europa¹⁸.

La complementariedad entre las partes y el conjunto es evidente tanto en el derecho de los juristas como en el derecho establecido por los legisladores, tanto en los “*iura*” como en las “*leges*”. Los códigos de la época moderna de muchos Estados del continente, incluso aquellos promulgados en un período de fuertes tendencias autárquicas, se inspiran claramente en las experiencias de otros ordenamientos europeos. El *Code de procédure civile* napoleónico es el modelo que se impone en gran parte de la Europa del siglo XIX. Y en el siglo siguiente, numerosos países europeos dedican aún mayor atención a la *Zivilprozessordnung* austriaca de Franz Klein¹⁹.

En los años más cercanos a nosotros, el fenómeno ha adquirido dimensiones aun más espectaculares con las grandes reformas del proceso civil de las cuales Europa ha sido tes-

tigo en el período a caballo del nuevo milenio²⁰.

Sin duda, el acontecimiento más señalado de este movimiento de reformas lo constituye la radical reestructuración del proceso civil inglés por obra de las *Civil Procedure Rules 1999*: un conjunto de normas —más bien “*a new procedural code*”, según la expresión utilizada por las mismas *Rules*— que rediseñan en profundidad la fisonomía del mecanismo procesal en su tradicional configuración, redefiniendo tanto los objetivos a alcanzar como los valores en los que hay que inspirarse²¹.

En los albores del nuevo milenio, le sucede a ese evento la publicación en el Boletín Oficial del Estado del 8 de enero de 2000 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que otorga a España un código de procedimiento completamente renovado en sus principios inspiradores y en los instrumentos operativos, liberándola del legado de un Código ya obsoleto que se remontaba a finales del siglo XIX y de una situación normativa inorgánica a causa de la proliferación de intervenciones de sectores carentes de orden y sistematicidad. Una auténtica “revolución copernicana” —en palabras de Ramos Méndez²²— mediante la cual el legislador español se propone establecer las bases para un proceso capaz de llevar a la práctica el compromiso solemne enunciado en el art. 24 de la Constitución española que garantiza a todos los ciudadanos “*el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos*”.

Al año siguiente es Holanda la que, en el marco de una profunda reorganización del ordenamiento judicial, con la ley 2001, de 6 de diciembre, reescribe la disciplina del proceso de cognición de primera instancia orientándolo hacia un modelo que por estructura y planteamiento se aparta de forma clara de aquél adoptado por el *Wetboek van Burgelijke Rechtsvordering* de 1838, que se derivó en gran parte del *Code de procédure civile* francés de 1804, y que nunca se renovó orgánicamente²³.

En el mismo período, el movimiento reformador se extiende a Alemania y a Austria, tal y como atestiguan respectivamente la *Zivilprozessreform* de 2001 (a la que seguirá al poco tiempo la *Justizmodernisierungsgesetz* 2004) y la *Zivilverfahrensnovelle* de 2002²⁴ que introducen no sólo modificaciones de carácter esporádico, sino que reexaminan algunos temas centrales de la gestión de los litigios civiles, como la *Prozessförderungspflicht* de las partes y la *Instruktionstätigkeit* del juez (además del sistema de impugnación), mientras tanto Francia —que desde mediados de los años 70 ya estaba dotada, y con éxito, de un moderno código procesal civil gracias a la adopción de una serie de medidas legislativas— se preocupa sobre todo de asegurarle a todo el mundo “*une justice plus accessible*”, anticipando de alguna forma el objetivo de fondo señalado por la ley 2002, de 9 de septiembre, “*d’orientation et de programmation pour la justice 2002-2007*” al que contribuye para su ejecución también el más reciente *décret* n.º 2005-1678 de 28 de diciembre de 2005, que entró en vigor el 1.º de marzo de 2006²⁵.

4. LAS TENDENCIAS EVOLUTIVAS Y LOS VALORES DE REFERENCIA

El movimiento de reformas brevemente descrito en sus expresiones más representativas sugiere, antes que nada, algunas consideraciones de carácter general.

La primera es que el movimiento es expresión y fruto de una especie de diálogo a distancia entre legisladores atentos a captar lo que acontece en otro lugar y a utilizar la experiencia de los demás en vista de una respuesta a sus propios problemas; a través de un juego complejo y fascinante de intercambios e de inferencias recíprocos alejado de una aceptación pasiva o una imitación; un juego de intercambios e interferencias recíprocos fomentado y sustentado incluso por una cultura jurídica (procesal) cada vez me-

nos cerrada a la autorreferencia, preparada para participar en la circulación de las ideas más allá de las fronteras nacionales, atenta a los referentes culturales ubicados en diferentes partes de Europa (y del mundo) en vez de en la tradición consolidada y autárquica del propio país.

Ante esta realidad, la contraposición abstracta de modelos procesales etiquetados, como antagonista e inquisitorial, respectivamente, debe evitarse porque es básicamente inútil como medio de análisis e inadecuada para captar los aspectos relevantes de los sistemas procesales²⁶. Además, debe evitarse para no perderse en contraposiciones ideológicas ya anacrónicas y preguntarse si el proceso es cosa de las partes o cosa del juez. El proceso —nos advierten sabiamente los estudiosos franceses— es “*chose des parties et chose du juge*”²⁷.

Llegados a este punto, resulta necesario sacar provecho otra vez de la reciente experiencia europea. No tiene mucho sentido insistir en la enfatización de categorías o nociones como las de “privado” y “público”, “liberal” y “autoritario”, a fin de dar con las soluciones de los problemas de la justicia civil. Dichas contraposiciones, históricamente fechadas, no son o, por lo menos, ya no son portadoras de valores efectivos y de instrumentos adecuados de solución de los problemas que estamos llamados a afrontar. Y ni siquiera ofrecen una clave correcta de lectura de las experiencias ajenas²⁸.

Detrás de las expresiones de los reformadores europeos que evitan altisonantes inclinaciones ideológicas, no resulta difícil reconocer los *general principles*, los valores de referencia; donde, en suma, su trabajo ha tratado de influir de la forma más incisiva: otorgar poder ejecutivo al papel constitucional de la justicia y de la tutela jurisdiccional en una sociedad civil moderna; garantizar la efectividad de la tutela jurisdiccional para conferir pleno valor a las situaciones subjetivas reconocidas de una forma sustancial, así como proporcionar a todos los ciudadanos los instrumentos para

conseguir una justa composición de las controversias²⁹.

Debe hacerse otra observación de carácter general que de alguna forma está relacionada con lo que se ha dicho hasta ahora; una observación que puede parecer casi trivial: el procedimiento no puede convertirse en el fin mismo de la experiencia judicial. El procedimiento sólo es un medio, y sus reglas deben adecuarse a las necesidades de sus destinatarios; o sea la sociedad y las partes.

También por esto hace falta abordar los problemas de la justicia con espíritu pragmático, elaborar y acompañar las reformas con estudios indagatorios capaces de descubrirnos experiencias concretas, problemas no resueltos, necesidades aún por satisfacer. Esto significa no conformarse con el estudio de la retórica del proceso y con sus representaciones abstractas. Se ha justamente afirmado: cuando analizamos los problemas de la justicia civil, tenemos que acostumbrarnos “al menos algunas veces a aguzar los ojos”³⁰.

5. LA DIFERENCIACIÓN DE LOS MODELOS DE TRATAMIENTO DE LAS CAUSAS

Veamos ahora las grandes tendencias y las principales *policies* que se pueden encontrar en el amplio panorama de las reformas, las instancias de modificación que en él se han desarrollado y las soluciones técnicas en las que se han convertido.

Una primera tendencia puede apreciarse en el hecho de que los legisladores de numerosos países saben que el objetivo de garantizar la efectividad de la tutela jurisdiccional a través de un proceso capaz de llevarse a cabo en tiempos razonables, sin sacrificar la exigencia de un adecuado tratamiento de las causas, no puede perseguirse de forma eficaz diseñando un esquema rígido de proceso concebido como universalmente válido para todo tipo de controversias. Dicho objetivo exige estructuras elásticas en cuyo interior haya espacio para la

diferenciación de los modelos de tratamiento de las causas en función de sus características peculiares. La *elasticidad*, pues, como estrategia (o elección) fundamental para conseguir un proceso que funcione.

Al seguir este camino, las *Civil Procedure Rules* inglesas prevén una diversificación del recorrido procesal —los llamados *tracks*— para cada una de las controversias cuya elección depende en parte de parámetros *estándar* —como los valores probatorios de la causa civil y la materia de referencia de la misma—, y en parte de criterios que dejan cierto margen de discrecionalidad al juez a fin de que pueda tomar en consideración un amplio abanico de circunstancias particulares³¹.

Algo parecido ha hecho el legislador francés previendo con la diversificación de los llamados circuitos (circuito breve, circuito semibreve, tratamiento ordinario) un desarrollo del proceso que, desde su apertura, tenga en cuenta y se adapte a la realidad variable de las situaciones controvertidas y a la diferente complejidad de la materia del litigio³².

Para ello —en los procesos ante el *tribunal de grande instance*— al presidente del tribunal se le confía la tarea de fijar la primera comparecencia (llamada *d'appel des causes* art. 759 N.C.P.C.) y de debatir en esa audiencia con los abogados defensores sobre el estado de la causa y destinar el tratamiento a uno de los circuitos mencionados (art. 763 y siguientes *Nouveau Code*).

Sin embargo, el proceso civil francés se presenta como un proceso “abierto”, fluido y elástico, capaz de amoldarse a la naturaleza, complejidad y urgencia de la situación controvertida también gracias a la institución del *référé* (en sus diferentes articulaciones) que, fundamentado en el concepto de la “contestación seria” (o de obligación no seriamente contestable) (art. 809 *Nouveau Code*), obedece a exigencias de racionalización intrínseca de la disciplina procesal. Cabe recordar que el *référé* no sólo constituye el instrumento idóneo para definir el juicio reservado únicamente al juez instructor del sumario, sino que también for-

ma parte de los poderes del juez de cognición plena³³.

El tema de la diferenciación (no de los procedimientos sino) de los modelos de tratamiento de las causas ha interesado también al legislador alemán el cual, desde la reforma de 1977, ha plasmado un modelo procesal flexible, con muchas posibilidades de adaptarse a las características de cada una de las controversias. De esta forma, el juez puede calibrar desde el principio el desarrollo del proceso basándose en la complejidad de cada una de las controversias (§ 272 ZPO) eligiendo anticipar la audiencia principal (donde la controversia por lo general debe resolverse) a la “primera audiencia inmediata” (§ 275 ZPO) o bien del procedimiento preliminar escrito (§ 276 ZPO). Esta solución, habitualmente preferida para los casos de mayor complejidad —con intercambio de memorias bajo la dirección del juez, encaminada a la aclaración de los términos de la controversia—, también presenta la característica de abrir el camino hacia una rápida sanción por falta de contestación a la demanda, mediante la emisión de una sentencia en rebeldía³⁴.

El mismo fin de asegurar elasticidad al proceso —aunque sin alterar una estructura y sus modalidades de desarrollo que han demostrado ampliamente su buen funcionamiento— ha llevado en 2002 a la decisión del reformador austriaco de eliminar la llamada *erste Tagsatzung*: la primera audiencia rígida y exclusivamente destinada al tratamiento de cuestiones necesariamente (procesales) preliminares, con expresa prohibición de tratar las cuestiones de la controversia³⁵.

La “diferenciación” de la que se ha hablado hasta ahora, debida a motivos de *racionalidad procesal*, debe considerarse distinta de la llamada tutela diferenciada —elegida por el legislador italiano³⁶— dictada por la voluntad de atribuir un tratamiento diferenciado (o preferencial) a una determinada categoría de derechos o de intereses sustanciales llevados a juicio; tutela diferenciada que desemboca en la lógica de los procedimientos especiales y que, además de la proliferación de

los procedimientos, conlleva el peligro de una fragmentación de las tutelas. Y hay más: la opción legislativa de diversificar los procedimientos con respecto a las diferentes categorías de situaciones jurídicas sustanciales —o sea la llamada tutela diferenciada— presenta una cierta rigidez en el sentido de que el objetivo de adaptar el proceso a las diferentes características de la controversia existe únicamente en referencia a la particular tipología del derecho sustancial que acabará constituyendo el objeto del procedimiento, con la inevitable consecuencia de que la diferenciación del procedimiento se produce *antes* del proceso, según un modelo de técnica legislativa típicamente inflexible, al ser indiferente a las circunstancias del caso concreto³⁷.

En cuanto a la diferenciación preferida por los reformadores europeos, el interés se decanta hacia la vertiente *procesal*. Lo que importa no es tanto un procedimiento abstractamente idóneo que ofrezca una tutela efectiva para una determinada clase de derechos subjetivos, cuanto un modelo de proceso a partir de una disciplina formal elástica, capaz de adaptarse a las características *concretas* de cada controversia, independientemente incluso de la tipología del derecho que ha prevalecido, con la consiguiente diferenciación del procedimiento que se produce *durante* el desarrollo del proceso y no antes de que éste último *empiece*.

6. EL JUEZ COMO CONDUCTOR DEL RECORRIDO PROCESAL

Característica de los modelos procesales antes que fórmula sintética —podemos definirlos “elásticos”, o sea no “encasillados” en una arquitectura rígida abstractamente diseñada por el legislador— es la de estar articulados por términos previstos por la ley cuya duración sin embargo la establece el juez o por resoluciones temporales totalmente elásticas.

Así, por ejemplo, en la disciplina del procedimiento ordinario dispuesta por la ZPO alemana, encontramos disposiciones como el apartado 3 del § 272 de acuerdo con el cual “*la audiencia debe tener lugar lo antes posible*”; o bien como el apartado 1 del § 278, según el cual la parte debe hacer respetar “oportunamente” sus medios de ataque y de defensa, así como notificar “oportunamente” a la parte contraria, antes de la audiencia, los medios de ataque y de defensa con respecto a los cuales es previsible que ésta última no pueda tomar posición sin haber sido previamente informada (apartado 2 del § 278 ZPO). A esas disposiciones se acompaña una disciplina de las deducciones tardías que otorga al juez la tarea de vigilar atentamente sobre el respeto de los tiempos procesales por parte de los litigantes, sancionando actitudes dilatorias y estrategias de obstrucción³⁸.

También el proceso civil francés no presenta tiempos predeterminados por el legislador de una forma general y abstracta, al contemplar diferentes fases (por ejemplo, tratamiento, instrucción y fallo) marcadas por rígidas exclusiones y los tiempos de cada una de las fases internas mediante la previsión de exclusiones internas. Sin embargo, la conducción del desarrollo del proceso no se deja en manos de las partes. Se confiere al juez una dirección elástica del proceso, adecuada a las dificultades de tratamiento conforme a la particular materia del litigio y atenta a garantizar el correcto desarrollo de la causa. Resulta emblemática al respecto la disposición del art. 764 *Nouveau Code* en virtud del cual el juez (en su caso: el juez *de la mise en état*) establece los términos para el desarrollo de la causa en cada momento teniendo en cuenta tanto “la naturaleza, la urgencia y la complejidad de la causa”, como “la opinión de las partes” (*après avoir provoqué l’avis des avocats*), lo cual revela la voluntad de garantizar un recorrido procesal en tiempos razonables y al mismo tiempo de permitir a las partes el ejercicio de su derecho a la actuación y a la defensa de forma completa³⁹.

En la idea de fomentar una interacción eficaz entre los varios protagonistas del proceso

y de garantizar una conducción de la causa atenta a la concreta y particular situación controvertida se inspira también la práctica de la estipulación de un contrato de procedimiento (*contrat de procédure*) antes experimentada con éxito y luego confirmada en el plano normativo en Francia⁴⁰. Dicha práctica no es desconocida en otros países (aunque no tan formalizada) donde se utiliza especialmente para los juicios de mayor complejidad a fin de favorecer una organización y una programación del curso del proceso⁴¹.

Se tiende de esta forma a evitar los problemas que surgen cuando, en torno al ejercicio de los poderes de dirección-organización del juez y a los instrumentos sancionadores previstos para que dichos poderes sean efectivos, se viene a crear un sistema de controles impugnativos capaces de fomentar auténticos duelos entre las partes y el juez, y de dar cuerpo a “procesos dentro del proceso” destinados quizás a articularse en diferentes fases del juicio⁴². Que esto sirva de advertencia sobre todo a aquellos que no ven en el poder discrecional del juez un instrumento dúctil de gestión de los litigios, sino el germen de deplorables involuciones autoritarias, y predicán la necesidad de controles impugnativos inmediatos en el ejercicio de sus poderes estimativos fundamentales.

7. HACIA UNA ESTRUCTURA “BIFÁSICA” DEL PROCESO

La tendencia evolutiva de los sistemas procesales contemporáneos se encamina hacia la adopción de un esquema de procedimiento dividido en dos fases: la primera está destinada a la preparación (y posible resolución anticipada de la causa), y la segunda a la adquisición de las pruebas y a la sentencia. Ésta última la dicta la exigencia de hacer funcional el recorrido procesal evitando lo que con una imagen tan sugerente como eficaz alguien ha definido como el “*May-rain method*”⁴³, o sea el método de tratamiento de la causa alargado

en una serie de audiencias destinadas sólo (o prevalentemente) a organizar el intercambio y las fechas de las entregas de una serie igualmente larga de memorias, con el inevitable menosprecio del mismo concepto de audiencia y prejuicio por la proximidad del juez, que emitirá la sentencia según su convicción jurídica. La adopción del modelo “bifásico”, inspirado en la exigencia de dar funcionalidad a la organización del proceso, se encuentra en numerosos sistemas procesales. Por ejemplo, en el ordenamiento alemán que, tras diversas etapas y posteriores reformas (experimentación del llamado modelo de Stuttgart y *Vereinfachungsnovelle* de 1977), ha logrado un esquema estructural fundamental del proceso de este tipo para permitir que al menos el sumario se desarrolle dentro de un período de tiempo determinado y recuperar momentos de debate oral del proceso. Hoy día el modelo de dos fases ha sido adoptado también por la Ley de Enjuiciamiento Civil española que entró en vigor a principios del año 2000 y que se aplicó a partir del 2001⁴⁴.

A decir verdad, alguien —tal vez preocupado por evitar un acercamiento excesivo a las estructuras del proceso civil de tipo estadounidense— antes que de modelo “bifásico” prefiere hablar de un modelo básico de proceso de cognición basado en la *audiencia principal*, y subraya que ese modelo (que ha tenido la fuerza de atraer hacia su propia órbita al mismo proceso civil inglés) es el preferido por las modernas leyes procesales no sólo europeas; se diferencia del modelo del *trial* (en este punto: sobre todo estadounidense) porque la fase preparatoria no sólo sirve para informar a las partes y permitirles prepararse para la audiencia, sino que tiene la finalidad de informar al juez y de darle la posibilidad de ejercer sus poderes directivos (o de *case management*), así como de anticipar parcialmente la instrucción probatoria, de modo que sólo los aspectos relevantes de la controversia no aclarados en la primera fase son objeto de tratamiento en la audiencia principal, donde la causa encuentra por lo general su propia definición.

Es notorio que el legislador italiano de 1990 tenía como objetivo poner orden en los tiempos del proceso antes que abreviarlos, con el fin de reaccionar a la mezcla casual de las actividades correspondientes a la definición del *thema decidendum* y del *thema probandum* del viejo modelo procesal: por esto ha tipificado fases y audiencias en un sistema articulado de exclusiones progresivas. Los resultados han sido insatisfactorios no sólo por la “aburrida trilogía 180-183-184”, tal como ha sido definida, sino también por la tendencia de los jueces a diferir el momento decisorio y la conivente tendencia de los abogados a abusar de la forma escrita en el tratamiento del proceso, privando así efectivamente de contenido a la audiencia de la fase introductora. Sin embargo, la reforma había dado una lección vital: la de la necesaria separación entre la fase destinada a las alegaciones de méritos y la fase previa a los sumarios.

El legislador de 2005 ha contrapuesto al mencionado modelo inflexible una reacción igual y contraria, concentrando más fases en una única “audiencia” (art. 183 de la Ley de Enjuiciamiento Civil italiana) y dejando pues, una vez más, al empeño de los profesionales la tarea de encontrar la manera de llevar a cabo un proceso “flexible” basado en un contacto inicial entre el juez y las partes desde donde se desenvuelva el *iter* más conforme a la controversia⁴⁵.

8. LA DISCIPLINA DE LA FASE PREPARATORIA: EL “CASE MANAGEMENT”

Un tema extremadamente delicado en la organización de un proceso capaz de garantizar un grado de eficiencia adecuado para el respeto de las garantías procesales de las partes es el de la disciplina de la fase preparatoria.

La evolución experimentada en los últimos años en el continente europeo es testigo de la progresiva afirmación del modelo de fase pre-

paratoria basada en una presencia activa del juez.

Ideado en el viejo continente bajo la estela de una tendencia de desarrollo del derecho procesal civil nacido en Austria a través de la obra de Franz Klein y desde allí transmitido al reglamento de procedimiento alemán donde hoy encuentra su mayor expresión en el § 273 ZPO que otorga al juez un vasto arsenal de poderes preparatorios y de instrucción (encomendados a una rápida y efectiva localización del núcleo conflictivo del litigio a través de la aclaración de las cuestiones realmente controvertidas)⁴⁶, el modelo en cuestión ha encontrado recientemente mucha aceptación por parte del nuevo proceso civil español⁴⁷ y, aún más marcadamente, por parte del nuevo proceso de cognición holandés que, al desestimar la anterior preferencia por una fase preparatoria sometida a la voluntad de la defensa de las partes en litigio, tiene en la consolidación de la *Prozessleitungs- und Aufklärungspflicht* del juez uno de los puntos significativos de la reforma⁴⁸.

Pero la novedad más interesante, y en determinados aspectos, incluso más sorprendente la constituye el hecho de que también un sistema típico de tradición anglosajona se ha convencido de la necesidad de pasar a un cambio profundo de la fisonomía originaria de la fase preparatoria del proceso confiando al juez amplios poderes de supervisión y de intervención.

El nuevo proceso civil inglés tiene en la redistribución de los poderes de gestión procesal entre las partes y el juez uno de los aspectos de mayor relieve, hasta tal punto que las *Civil Procedure Rules* la enuncian solemnemente en la parte reservada a los *overriding objectives* de la reforma, antes de reglamentar de forma detallada las diferentes manifestaciones en la que se articula en la conducción de la fase preparatoria, desde el momento de la asignación de la controversia hasta el recorrido procesal (*track*) más apropiado en el momento de la fijación de la fecha del *trial*⁴⁹. Las gestiones que puede realizar el juez —el llamado *case management*— son múltiples y

significativas: fomentar la identificación de las cuestiones controvertidas, indicar a las partes las oportunas enmiendas a actos introductorios, pedirles aclaraciones sobre cuestiones de hecho y de derecho, establecer la extensión subjetiva del litigio, limitar, excluir o seleccionar el objeto de la *discovery*. Además, el juez posee considerables poderes sea para la fijación de plazos y de control sobre el avance de la causa, sea para la relación entre costes y beneficios de determinadas elecciones procesales teniendo en cuenta el criterio fundamental de la proporcionalidad⁵⁰.

En clara contratendencia, y aisladas en el marco europeo, resultan las iniciativas reformadoras italianas incluidas en el decreto legislativo n.º 5 de 17 de enero de 2003 que han llevado a la introducción de un modelo de proceso en materia societaria que, para la fase preparatoria, se encomienda a la posición hegemónica de los litigantes y de su defensa (que pronto se ha revelado de difícil aplicación)⁵¹.

9. COOPERACIÓN ENTRE LAS PARTES Y OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN RECÍPROCA

Los códigos decimonónicos europeos, en aras del principio del *nemo tenetur edere contra se*, no contemplaban medios de instrucción destinados a atender la incapacidad de las partes de producir las pruebas preconstituidas necesarias para la resolución⁵². Sólo paulatinamente y no sin dificultades —tanto en cuanto a la elaboración teórica como a la aplicación práctica— se ha abierto camino el entendimiento de que, si el proceso como instrumento de aplicación del derecho aspira, dentro de lo posible, también a la comprobación de la verdad de los hechos objeto de la controversia, no puede renunciar a un dispositivo mediante el cual incluso la parte que soporta la carga de la prueba y que no dispone de una prueba (preconstituida) tenga la posibilidad de utilizarla durante el juicio.

Es en Francia donde, siguiendo las huellas de la figura del “derecho a la prueba” (*droit à la preuve*), introducida en el panorama jurídico con la famosa obra de Gény sobre las “*Lettres missives*” y gradualmente plasmada por una jurisprudencia sensible al *renouvellement de la procédure*, encuentra su consagración normativa un deber general de prueba procesal. Esto ocurre anteriormente (en 1972) con la inserción en el *Code Civil* de un nuevo art. 10, el cual enuncia perentoriamente que “cada uno debe aportar su propia contribución a la justicia a fin de comprobar la verdad” y que aquél “que, sin motivo legítimo eluda esta obligación, aun cuando se le haya solicitado, puede estar obligado a cumplirla, incluso bajo la amenaza de una *astreinte* o multa civil, sin perjuicio del posible resarcimiento de los daños” y, poco después, con la introducción en el *Nouveau Code de procédure civile* (1975) —acreditada a través de las *lettres de noblesse* de las *dispositions liminaires*— de la disposición del apartado 1º del art. 11, la cual establece que “las partes deben aportar su contribución a la formación del material probatorio, excepto el juez para que saque las debidas consecuencias por una abstención o un rechazo”, así como del apartado 2º donde añade que “si un elemento probatorio está en posesión de una de las partes, el juez puede, a petición de la parte contraria, ordenar su exhibición so pena de *astreinte*. Puede además pedir, bajo apercibimiento de la misma sanción, la presentación de todos los documentos en posesión de terceros si no existe un impedimento legítimo”.

Es el declive definitivo de una prerrogativa antaño celosamente guardada: un declive ratificado por un código de procedimiento que identifica en la cooperación entre las partes y en la correspondiente obligación de información recíproca, puesta bajo el atento control del juez, uno de los cánones-guía de la fase de instrucción de un proceso civil moderno, sin olvidarse, por otra parte, de levantar barreras y cautelas con el fin de evitar un peligroso “*glissement de la procédure vers un système inquisitoire*”⁵³.

El ejemplo francés lo sigue ahora Alemania que, con la *Zivilprozessnovelle* de 2002 ha introducido una nueva disciplina de las facultades del juez de ordenar la exhibición documental; una decisión que alguien no ha dudado en definir “casi revolucionaria” y por la cual ha aventurado una aproximación al mecanismo de la *pre-trial discovery of documents*, aunque subrayando que quedan prohibidas las exhibiciones llamadas exploratorias o “*fishing expeditions*”⁵⁴. En realidad, las novedades son menos “chocantes”.

Reformulado en su contenido literal, el § 142 ZPO prevé que el juez pueda ordenar de oficio no sólo a la parte (como estaba establecido anteriormente), sino también al tercero, la exhibición del documento al que una parte haya hecho referencia —sin que esto presuma la existencia de una obligación sustancial a cargo de éste último— y que la orden de exhibir el documento pueda requerirse a una cualquiera de las partes y no sólo a la parte que ha hecho referencia al documento y luego no lo ha exhibido⁵⁵. En cambio, no se ha llegado a la introducción de una obligación general para las partes —y tampoco para los terceros, en analogía con el deber de testificar— de presentar los documentos relevantes para la resolución de la causa⁵⁶. De todas formas, esta limitación se ha visto atenuada por la existencia de obligaciones de información y de comunicación en una importante serie de relaciones de derecho privado, deducidas de la jurisprudencia por algunas disposiciones del código civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*) —tales como el § 242 BGB y, más específicamente, el § 810 BGB— que permiten a la parte que soporta la carga de la prueba recurrir a las informaciones de la parte que no soporta la carga de la prueba exigiendo la entrega de cosas, la exhibición de documentos y la comunicación de otras informaciones⁵⁷.

Medios de instrucción oportunos para garantizar la adquisición procesal de pruebas incluso sin la colaboración espontánea del poseedor de la prueba (ya sea parte o tercero) han tenido cabida también en la ley de reforma holandesa —siguiendo el ejemplo del código

de procedimiento francés— en cuyo art. 22 sanciona la obligación de cooperación de las partes en la formación del material probatorio⁵⁸, así como en la ley de reforma austriaca, aunque por ahora tímidamente y sólo con referencia a las pruebas técnicas (apartado 2º, § 359 ZPO)⁵⁹.

Los instrumentos “exhibitorios” introducidos por las nuevas leyes procesales europeas, de las cuales se ha hablado, tienen como característica común la de estar encaminados a la adquisición de medios de prueba útiles para la comprobación de hechos *específicamente identificados*, filtrados en el proceso a través de los actos introductorios del juicio y la actividad llamada de tratamiento de la causa. Exceden a su ámbito de operatividad indagaciones “exploratorias” sin definición previa del *thema probandum*; actividades de indagación no dirigidas al control probatorio de una situación de hecho previamente definida.

10. LA DIFUSIÓN DE FORMAS DE DISCOVERY ANTES DEL PROCESO

El saber asumir funciones de guía en las acciones. La exigencia de disponer de elementos adecuados de conocimiento no se impone sólo en el ámbito de un proceso en curso para llegar a una justa definición del litigio. La misma exigencia surge también anteriormente cuando se trata de decidir si (y en su caso contra quien) promover un procedimiento o si se necesita valorar (y eventualmente en qué términos) la conveniencia de optar por un arreglo transactivo de la controversia. En la reciente experiencia europea se captan interesantes tendencias evolutivas encaminadas a crear obligaciones de información y de aclaración *antes del proceso*; obligaciones que tienen por objeto la preparación del litigio y su posible resolución anticipada.

Así, pues, en Francia, el mecanismo de la instrucción preventiva reglamentado por el art. 145 del *Nouveau Code de procédure civi-*

le, ha visto la ampliación de su propio ámbito de aplicación, más allá del tradicional objetivo de conservar el elemento de prueba del que se teme la dispersión, para realizar finalidades que se refieren a aspectos de la *pre-trial discovery* estadounidense en su papel de instrumento clarificador del objeto del litigio y de la (posible) rápida composición del mismo.

Sustentada por la misma norma contemplada en el art. 145 que habla, además de conservar, de *établir* (*établir*) la prueba antes del proceso, la jurisprudencia ha extendido la instrucción preventiva para incluir también la búsqueda de “pruebas” (en sentido amplio) acerca de la oportunidad de promover un procedimiento. De esta forma se ha privilegiado la actividad de búsqueda con respecto a la de conservación de la prueba y se ha llegado a permitir la utilización de ese instrumento, como medio de investigación “preprocesal” subordinado únicamente a que “*le caractère légitime de la demande se déduit du constat que les allégations de son auteur n'étaient pas imaginaires et qu'elles présentaient un certain intérêt*”; hipótesis, ésta, que se refiere a la alegación de los hechos, verosíblemente destinados a ser utilizados en una futura causa⁶⁰.

Una tendencia análoga a poner el instrumento de la instrucción preventiva no sólo al servicio de la conservación de pruebas en vista de un futuro proceso de cognición inminente, sino además y sobre todo “a permitir a cualquiera que pueda estar implicado en una acción civil posterior el conseguir de forma preliminar aclaraciones sobre los hechos” para lograr efectuar una “mejor valoración de su propia situación procesal”, se ha producido en el derecho holandés. Sirva como prueba el caso *St Paul Dairy Industries* que ha llegado a ser examinado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea por remisión del *Ge-rechtshof* de Amsterdam, el cual se preguntaba si “una instrucción preventiva no dictada con la finalidad de conservar elementos de prueba a la vista de utilizarlos en un juicio de mérito posterior, sino para recoger elementos útiles con los que elaborar una estrategia en torno a la oportunidad de emprender un juicio”,

podiera reconducirse a la noción de procedimiento cautelar ex art. 24 de la Convención de Bruselas⁶¹.

La idea de consolidación de las obligaciones de información y cooperación entre las partes durante la fase preprocesal ha sido introducida también en el nuevo proceso inglés, donde además recibe una disciplina propia especialmente atenta y consecuente, sin que al mismo tiempo se llegue a sacrificar la oportuna elasticidad a través del sistema de los *pre-action protocols* —pautas de conducta elaboradas en relación con sectores específicos del contencioso civil— y de la generalización correlativa de la *pre-action disclosure* susceptible de ordenarse a favor de un posible demandante o contra un posible demandado cuando el descubrimiento de informaciones procedentes de fuentes documentales se revele oportuno “*in order to (i) dispose fairly of the anticipated proceedings; (ii) assist the dispute to be resolved without proceedings; (iii) save costs*”⁶². Una vez más, el objetivo no es sólo el de evitar *tout court* el proceso. La función de las instituciones citadas es también la de hacer el proceso más rápido y eficiente, ya que el supuesto intercambio de informaciones antes de instaurar un procedimiento permite a las partes: enfocar las cuestiones de hecho y de derecho efectivamente relevantes, identificar desde la fase preliminar los temas y las fuentes de prueba, valorar con mayor ponderación las propias posibilidades de éxito o de fracaso.

Con este objetivo, la idea ha tenido entrada también en los planes del legislador europeo el cual, mediante la Directiva 48/2004 sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual ha impuesto a los Estados miembros la adopción de una reglamentación interna, destinada a garantizar el llamado “derecho a la información”, dando así un paso concreto, aunque en un ámbito limitado, hacia el mecanismo de la *discovery* al que también el reformador italiano parecía querer acercarse —aunque con una actuación más bien blanda y, además, en el marco de un proceso desvinculado de la protección judicial— a través

de las propuestas enunciadas en los puntos 21, 22 y 52 del proyecto de la Comisión Vaccarella⁶³.

Por supuesto, no hay que subestimar el riesgo, evocado por muchos, que los mecanismos del “sumario preprocesal” —o, más genéricamente, el intercambio de “informaciones” antes del proceso— hasta aquí recordados, puedan abrir el camino a indebidas “expediciones exploratorias” con respecto a potenciales partes o terceros⁶⁴. Las normativas introducidas en los diferentes países tratan de detener ese peligro a través de medidas oportunas y, especialmente, también en este campo asignando al juez una tarea de supervisión y control⁶⁵. Por otra parte, si un ordenamiento quiere garantizar un acceso efectivo a la justicia y asegurar igualdad de oportunidades para hacer valer los propios derechos, sin renunciar al principio de la sustanciación de las demandas judiciales —y es la elección de muchos ordenamientos europeos— imponiendo al demandante que alegue hechos concretos para fundamentar su propia demanda y al demandado que conteste de una forma precisa y detallada los hechos alegados por la parte contraria, así como la exposición de los hechos que prueben las excepciones de mérito —a fin de poder valorar, dentro de lo posible, el conocimiento de las partes sobre la reconstrucción de la situación de hecho controvertida— “*much work has to be done by lawyers before filling a claim*”⁶⁶. Para facilitar este trabajo, las legislaciones procesales modernas han descubierto la importancia de las formas de *discovery* antes del proceso.

11. REFORMAS DEL PROCESO Y PAPEL DE LA ABOGACÍA

En la abundante literatura que acompaña las recientes reformas del proceso civil en numerosos países europeos, siempre se recuerda que un elemento de importancia decisiva para una visión correcta de los problemas y de las exigencias de renovación de la justicia civil lo constituye la abogacía, el papel que

ésta desempeña en el proceso civil, la necesidad de que dicho papel se cumpla a un nivel cualitativamente alto. La cuestión de la reforma de las normas es sólo uno de los aspectos hacia donde tiene que converger la atención que debe dirigirse globalmente a la crisis y a las exigencias de cambio de la justicia civil en sus diferentes articulaciones. Un cambio sustancial de la calidad de la justicia civil entendida en su conjunto no puede realizarse sin el compromiso por parte de los protagonistas llamados a llevarlo a cabo. “*The quality of civil justice* —subraya justamente un acreditado estudioso inglés— *is a function of two factors: (1) the design of civil procedure, and (2) the extent to which the procedural rules are applied by the courts and observed by the parties*”⁶⁷, centrando la atención sobre los peligros y las dificultades que corre el riesgo de afrontar un modelo procesal si

“el proyecto del legislador, aunque atractivo, lo realizan juristas imprevisores”⁶⁸.

Las (recientes) experiencias europeas nos ofrecen constantemente significativos testimonios al respecto.

Las buenas relaciones y la cooperación entre jueces y abogados han sido uno de los factores decisivos de la eficaz experimentación del modelo de Stuttgart, preludio de la posterior reorganización del proceso civil alemán por medio de la *Vereinfachungsnovelle* de 1977 que ha puesto en el centro del juicio ordinario de primera instancia la audiencia oral (*Hauptverhandlung*)⁶⁹.

Del *référé* —uno de los más apreciados mecanismos de tutela creados en el sistema de justicia civil francés— se ha dicho agudamente que antes que nada es la expresión y el resultado de “*une sorte de culture judiciaire*”⁷⁰. Y a la cultura del diálogo y de la colaboración “*entre avocats et juridictions*” algunos tribunales franceses encomiendan hoy la eficaz gestión del contencioso en materia comercial⁷¹.

Por supuesto, el tema de la relación entre normas de procedimiento y papel de la abogacía evoca naturalmente una serie de temas conexos: desde el de la ética profesional y su

influencia en la aplicación de las normas procesales hasta el abuso del proceso en sus múltiples manifestaciones.

Una consideración de carácter general sugerida por la reciente experiencia europea es que los legisladores, conscientes de que los abusos del proceso no son raros y que se manifiestan de múltiples formas, tienden a no contentarse ya con enunciaciones de principio genéricas o con vagas declaraciones exhortativas, y dictan normas específicas dirigidas a prevenir o a sancionar el relativo fenómeno⁷². Así, pues, el apartado 1º del art. 32 del *Nouveau Code de procédure civile* configura el hecho jurídico del abuso del derecho de acción relacionándolo con llevar a la práctica una actividad excusatoria o dilatoria con ocasión y en el transcurso del juicio, y proporciona un aparato sancionador que, además de la irrogación de una precisa sanción pecuniaria (en forma de multa), prevé la posibilidad de un resarcimiento en forma de *dommages-intérêts*. A esta norma general se acompaña el repertorio de los casos de abuso típicos recogidos en las disposiciones particulares del art. 559 sobre el juicio de apelación (*appel principal dilatoire ou abusif*) y los de los artículos 581 y 628 en materia de *recours extraordinaire* o ante el Tribunal Supremo (*recours jugé abusif*)⁷³.

Especialmente atento se ha mostrado también en este campo el legislador inglés, consciente de que una intervención de gran envergadura que afectara profundamente ordenamientos consolidados de la justicia civil requiere antes que nada un “*radical change of culture*”⁷⁴. Y así las *Civil Procedure Rules* de 1999, en la misma primera parte del nuevo texto normativo donde se definen los valores fundamentales en los que el sistema de justicia civil se inspira y los objetivos a cuyo logro el mismo sistema está dirigido, establecen que las partes —y por tantos sus defensores— deben colaborar con el juez para la realización del “*overriding objective*” indicado en la *Rule 1.1.(1)* “*of dealing with cases justly*”. Lo que puede parecer una mera declaración de principio adquiere plena operatividad en virtud de un conjunto de disposiciones que instan al

juez a sancionar comportamientos de las partes encaminados a retrasar o a complicar indebidamente el proceso, comportamientos que se manifiestan en un uso excesivo, impropio y tergiversado de los poderes procesales de los que disponen las partes o que se materializan en un uso de remedios procesales para la consecución de un fin que no es precisamente el del remedio⁷⁵.

Se trata de un plan complejo y sofisticado que deja amplio margen de elección y cuyo objetivo —según el mensaje de Lord Woolf enunciado en el caso *Biguzzi v. Rank Leisure plc*⁷⁶— es el de coordinar la sensibilidad para un *sanctioning approach* siempre proporcionado y medido a tenor de la gravedad de las diversas violaciones con la necesidad de impedir que la conducta transgresora de las partes pueda constituir un peligro para la eficiencia y la corrección del sistema.

No resulta difícil captar un “mensaje” análogo en la reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que, bajo la dirección de su Presidente, desde el principio de la duración razonable del proceso referido constitucionalmente hasta la garantía del proceso justo, ha hecho no sólo un instrumento de interpretación-reconstrucción de las instituciones procesales, sino un canon de valoración de la

conducta de las partes en la conducción de los litigios⁷⁷.

Por otra parte, desde hace tiempo el Tribunal de Estrasburgo llama al orden a los Estados sobre la necesidad de vigilar los abusos o los usos impropios de las garantías del procedimiento, así como recuerda a las partes, responsables de haber tenido comportamientos obstructivistas o de haber hecho un uso abusivo de las propias facultades procesales, que no pueden buscar amparo en los órganos de justicia europeos por el perjuicio sufrido a causa de la lentitud del proceso⁷⁸.

Y a los Estados que pretenden eludir la propia responsabilidad por violación de la garantía de la duración razonable de los procesos, consagrada en el art. 6 de la Convención de Roma, invocando el respeto al principio positivo, el Tribunal recuerda también el papel esencial que en la gestión de un proceso civil moderno incumbe a los poderes del juez⁷⁹. Un dictamen como el recogido en el art. 175 del código de procedimiento civil italiano, según el cual “el juez (...) ejerce todos los poderes encaminados al más diligente y recto desarrollo del proceso” —es la enseñanza derivada de una larga serie de sentencias de los jueces europeos— no puede reducirse a una mera proclamación retórica⁸⁰.

NOTAS

1. Cfr. el vol. VIII de *Opere giuridiche*, a cargo-al cuidado de M. Cappelletti, Nápoles 1979, p. VIII.

2. Cfr. el vol. II de *Opere giuridiche*, a cargo de M. Cappelletti, Nápoles 1966, p. VI.

3. Cfr. el estudio exhaustivo de M. Taruffo, Calamandrei e le riforme del processo civile, en *Ventidue saggi su un grande Maestro*, Milán 1990, p. 129 ss. Y actualmente el importante volumen de F. Cipriani, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Nápoles. 2007.

4. Las citas proceden del escrito *Governo e Magistratura* que recoge el discurso inaugural del año académico pronunciado por el Maestro en 1921 en la Universidad de Siena, ahora incluido en *Opere giuridiche*, cit., II, pp. 196-97. Para más referencias, cfr. nuestro “Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei”, en *Ventidue saggi*, cit., pp. 107-111.

5. Actualmente en *Opere giuridiche*, cit., II, p. 14 ss.

6. Cfr. los numerosos ensayos —entre los cuales el amplio estudio Troppi avvocati (1921) donde Calamandrei realiza un análisis exhaustivo de las causas del fenómeno, acompañado de datos completos y de percepciones precisas de la realidad, para facilitar posibles remedios— actualmente recogidos en el segundo volumen de las *Opere giuridiche*, cit., pp. 61-356; 457-478.

7. Para más referencias, cfr. nuestro “Processo e giustizia: attualità del pensiero di Piero Calamandrei”, en Piero Calamandrei Rettore dell’Università di Firenze. *La democrazia, la cultura, il diritto*, Milán, 2005, p. 51 ss.

8. La referencia corresponde a los dos ensayos de Calamandrei, “Note introduttive allo studio del progetto Carnelutti”, (1928), e “Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti” (1928), en *Opere giuridiche*, cit., I, pp. 192 ss.; 200 ss.

9. Il concetto di “lite”, cit., p. 205.

10. “La crisi del processo civile in Germania”, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, pp. 288-290; al respecto, cfr. también M. Cappelletti, In memoria di Piero Calamandrei, Padua, 1957 pp. 56-57. Sin embargo, al mismo tiempo Calamandrei no cae en la falacia del argumento de que la atribución de poderes al juez y su ejercicio implicaría una deminutio proporcional de las posiciones procesales de las partes. Para Calamandrei, la colaboración entre el juez y las partes, el principio de dialecticidad entre el juez y las partes constituye el retorno a la “naturalidad”.

11. La intervención de mayor relevancia que Calamandrei lleva a cabo en la fase preparatoria del nuevo código nace del proyecto preliminar Solmi de 1937, con respecto al cual él redacta su parecer por cuenta de la Facultad de Derecho de Florencia. Entre las numerosas críticas que Calamandrei hace a la estructura general del proyecto y a la disciplina de una larga serie de instituciones, figura la que afecta a la restauración del “principio de autoridad”. Cfr. Sul progetto preliminare Solmi (1937), en *Opere giuridiche*, cit., I, p. 295 ss., especialmente p. 304 ss.

12. Cfr. los escritos sobre la crisis del proceso civil en Alemania recogidos en el volumen IX de las *Opere giuridiche*, cit., p. 525 ss.

13. Así, en particular en el volumen *Processo e democrazia*, Padua, 1954, pp. 128, 129 (que recoge las célebres conferencias mejicanas).

Para este aspecto del pensamiento de Calamandrei, T. Ascarelli, *Processo e democrazia*, en Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1958, pp. 845, 856 (conferencia dada en la Facultad de derecho de Florencia el 22 de mayo de 1958 con el patrocinio de la Fundación Calamandrei). “Proceso y democracia —escribe Ascarelli— indican la actividad del estudioso y la fe del ciudadano en el Maestro (...); “en la unidad de proceso y democracia, el magisterio jurídico y la lucha política de Piero Calamandrei se componen como diferentes aspectos de una misma inquietud, de una misma búsqueda”.

14. *Processo e democrazia*, cit., p. 122.

“La afirmación de la democracia [en la legislación] —observa Ascarelli— es la de la dignidad de la acción, acción creadora en la que el hombre (...) hace su propia historia, libera creación de su responsabilidad. Es ésta lejana premisa que supera toda idea de justicia material preestablecida que se debe descubrir intelectualmente y que hace de la ley un hecho de voluntad y de humana voluntad que debe encontrar en sí misma el criterio de justificación”. “Esa exigencia de un valor de la ley que reivindicaba el iusnaturalismo, la reafirma pues la democracia, buscando su solución en la misma estructura de la acción”. *Processo e democrazia*, cit., p. 848. Luego, en la interpretación “la ley se hace norma aplicable y aplicada, y es la interpretación la que, siempre renovada, asegura la continuidad entre la ley y la aplicación en un procedimiento en que el intérprete está presente con sus valoraciones, pero con sus responsabilidades”. Op. cit., p. 856.

15. Así en el ensayo *Processo e giustizia*, p. 18 que recoge el discurso inaugural del Maestro en la Convención internacional de derecho procesal de Florencia en 1950.

16. E.F. Ricci afirma: “con Calamandrei cambia (...) la perspectiva con que se consideran los ordenamientos; los análisis de hechos de derechos diferentes del italiano ya no tienen el fin limitado de volver más completa la descripción del ius quo utimur”. Calamandrei e la doctrina processualistica del suo tempo, en Ventidue saggi, cit., p. 93.

17. Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente, Roma-Florencia-Milán, 1945, p. 176.

18. Cfr. el interesante ensayo de A. Nicolussi, Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici, en Europa e dir. Priv., 2006, p. 84 ss.

19. Sobre la figura de Franz Klein y la influencia del código austriaco en Europa, cfr. el volumen misceláneo Franz Klein. *Leben und Wirken*, Viena, 1988; y el denso ensayo de C. Consolo, Il “duplice volto” delle longeve leggi processuali sovranazionali della “Finis Austrae”, en Rass. Forense, 2004, pp. 1211-1248.

20. Para conseguir informaciones más detalladas, véase el volumen dedicado a Mauro Cappelletti, *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, a cargo de N. Trocker y V. Varano, Turín, 2005, que recoge aportaciones sobre las reformas realizadas en Francia, España, Alemania, Japón, Austria, Holanda, Estados Unidos, Inglaterra y Australia. Pero el movimiento reformista a caballo del nuevo milenio se ha manifestado también en otros países europeos y extraeuropeos, aunque los resultados no se pueden examinar en el presente trabajo. Me limito a remitir al respecto a una de las fuentes de información más valiosas, actualizadas y acreditadas —la revista *Zeitschrift für Zivilprozess. International*— que desde 1996 publica artículos en inglés, francés y alemán sobre la evolución del derecho procesal (civil) en los principales países del mundo. Cfr. también nuestro *Il processo civile in prospettiva comparatistica: recenti tendenze evolutive*, en *Rass. Forense*, 2006, p. 1465 ss.

21. Emanadas en 1998 sobre la base del Civil Procedure Act de 1997, las Civil Procedure Rules han entrado en vigor el 26 de abril de 1999. Con respecto a la reforma inglesa, en la literatura italiana, cfr. también para indicaciones detalladas de orden bibliográfico, el amplio y exhaustivo estudio de R. Donzelli, *La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l'attività di "case management" giudiziale*, en *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, a cargo de L. Lanfranchi y A. Carratta, Turín, 2005, pp. 515-591. Para un análisis sobre el más amplio contexto de renovación en el que se incluye la reforma del proceso civil, cfr. V. Varano, *Verso un nuovo ruolo del giudice in Inghilterra*, en *Riv. Dir. Civ.*, 2002, p. 763 ss.

22. F. Ramos Méndez, *Guía para una transición ordenada a la LEC*, Barcelona, 2000, p. 487. Cfr. también E. Lucertini, *Aspetti della riforma del nuovo processo civile spagnolo*, en *Riv. Dir. Proc.*, 2003, pp. 775 ss., donde se recuerda que precisamente la efectividad de la tutela jurisdiccional representa —en la Exposición de los Motivos de la LEC 2000— el objetivo principal de la reforma del proceso civil. La Exposición de los Motivos se lee en J. Banaloché Palao, *Legislación sobre Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2002, p. 265 ss. Tras un año de vacatio, la Ley de Enjuiciamiento Civil entra en vigor en 2001. Para su comentario, cfr. el amplio ensayo de I. Díez-Picazo Giménez, *The principal Innovations of Spain's Recent Civil Procedure Reform*, en *The Reforms supra nota 20*, p. 33 ss.; y la rápida panorámica de R. Hinojosa Segovia, *Il nuovo codice di procedura civile spagnolo (Legge 1/2000, de 7 de enero)*, en *Riv. Dir. Proa.*, 2000, p. 373. Véase también J. Montero Aroca, *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, Nápoles, 2002, que también propone una comparación con la experiencia italiana (aunque desconoce el más amplio contexto europeo).

23. El Code de procedure civile francés de 1804 entró en vigor en los Países Bajos entre 1811 y 1838. La reforma holandesa de 2001 entró en vigor el 1 de enero de 2002. Las características más relevantes del nuevo plan normativo han sido ilustradas por R. Rutgers-J.N. Rutgers, *Reform of the Code Civil procedure in the Netherlands*, en *The Reform*, supra nota 20, p. 131 ss. De forma más extensa sobre el proceso de renovación, cfr. W.O.H. Asser, *A New Balance. A Summary of the Interim Report Fundamental Review of the Dutch Law of Civil Procedure*, en *ZZP Int.*, 2003, pp. 329-387.

24. En el caso de Alemania, una parte importante de la reforma afecta también al sistema de las impugnaciones, y en especial la apelación. De "significant change" habla P. Gottwald, *Civil Procedure in Germany after the Reform Act 2001*, en *Civil Justice Quarterly*, 2004, p. 338 ss.; cfr. también los escritos de W. Gerhardt y de R. Greger; *Der Deutsche Zivilprozess im Umbruch*, en *Festschrift für Beys*, Athen, 2003, pp. 419, 459; y el volumen de B. Rimmelpacher, *Zivilprozessreform*, Munich, 2002. Novedades de carácter más ocasional han sido introducidas por el llamado *Justizmodernisierungsgesetz* de 30 de agosto de 2004. Para una idea de conjunto, cfr. Ch. Knauer-Ch. Wolf, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, pp. 2857-2865.

Con respecto a los resultados conseguidos por la reforma, cfr. para tener una idea de las diferentes opiniones la relación de los trabajos del 65° Deutschen Juristentag (2004), en *Juristenzeitung*, 2005, p. 178 ss.; y el informe de R. Greger, *Die ZPO-Reform - 1000 Tage danach*, en *Juristenzeitung*, 2004, pp. 805-817.

Sobre los hechos austriacos, cfr. A. Henke, *Prime osservazioni sulla riforma del diritto processuale civile austriaco*, en *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 815 ss.; E.M. Bajons, *Civil Procedure for Austria Revisited. An Outline of Recent Austrian Civil Procedure Reforms*, en *The Reforms*, supra nota 20, p. 117 ss.

25. Resulta muy positiva la opinión sobre el Nouveau Code de procedure civile de 1975 y sobre los resultados que se han conseguido. Véase lo que escriben L. Cadet-E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 6° ed., París, 2006, n. 31. Entre las intervenciones legislativas especialmente destinadas a mejorar el acceso a la justicia, me limito a recordar la reforma de la ley de asistencia legal y la institución de una "justice de proximité" sobre la cual cfr. F. Ferrand, *Contraintes et évolutions en procedure civile française*, en *ZZP Int.*, 2004, pp. 39, 41 ss., y R. Perrot, *La justice de proximité*, en *Studi in onore di Giuseppe Tarzia*, Milán, 2005, I, p. 163 ss.; y sobre las reformas posteriores, S. Amrani-Mekki-E. Jeuland-L. Cadet, *Le procès civil français à son point de déséquilibre?*, en *JCR*, 2006, p. 1163 ss.

26. Cfr. las consideraciones de M. Taruffo, *Il processo civile di “civil law” e di “common law”: aspetti fondamentali*, en *Foro it.*, 2001, V, c. 345 ss.

27. Así F. Ferrand, *The Respective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France*, en *The Reforms*, supra nota 20, p. 10 que recoge una observación de L. Cadet, *Droit judiciaire privé*, 3ª ed. París, 2000, n. 1100. Pero cfr. las observaciones puntuales de M. Cappelletti, *Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione “civil law-common law”* (1963), ensayo incluido en el volumen *Processo e ideologie*, Bolonia, 1969, pp. 287 ss., especialmente p. 332, texto y nota 110: “Una de las afirmaciones más difundidas entre los common lawyers, —escribe el Maestro—, pero que con respecto al proceso civil italiano resulta totalmente infundada, es la de que el proceso de los países de civil law se inspiraría en un inquisitory system of litigation, en contraposición al adversary system of litigation de los ordenamientos anglosajones”.

28. No parece en cambio diluirse la carga ideológica con la que en Italia se afrontan los temas de la reforma del proceso civil y en especial el tema de la relación entre poderes de las partes y poderes del juez. Cfr. por ejemplo, F. Cipriani, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, en *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 455; G. Monteleone, *Principi e ideologie del processo civile: impressioni di un “revisionista”*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 575 ss. En posición divergente está G. Verde, *Le ideologie del processo in un recente saggio*, en *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 676 ss. y en parte G. F. Ricci, *Il processo civile fra ideologie e quotidianità*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 77 ss. Aunque en la *Relazione* final que acompaña el Proyecto de ley delega para la reforma del código de procedimiento civil italiano aprobado por el Consejo de Ministros el 24 de octubre de 2003, la Comisión expone [...] entre sus líneas programáticas la que se inspira en una actitud de naturaleza pragmática [...] “en el marco de una actitud pragmática —se lee en la *Relazione*— y por tanto no sólo no ideológico, sino anti-ideológico... la comisión ha considerado esencial volver a examinar el modo en que el papel del juez se ha concretado en el código vigente...”. Sin embargo, se ha justamente observado que “a pesar de que no pueda alabarse la elección metodológica primaria”, “sobre la efectiva funcionalidad de un modelo procesal concebido ex ante, la actitud pragmática deberá apoyar no tanto y no sólo la operación de crítica del sistema actual, sino más bien la más delicada y menos fácil operación de proponer y reconstruir”, Donzelli, supra nota 21, pp. 577, 581.

29. Recojo las observaciones de C. Consolo, *Dieci anni di riforme della giustizia civile (la trattazione della causa nella fase introduttiva del processo)*, en *Rass. forense*, 2001, p. 343.

30. Consolo, supra nota 29, p. 344.

31. Cfr. el análisis puntual de Donzelli, supra nota 21, p. 557 ss.; además, obviamente, de las obras de N. Andrews, *English Civil Procedure-Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford, 2003; y de A. Zuckerman, *Zuckerman on Civil Procedure*, Londres, 2006.

32. Sobre los tres “circuitos” —circuit court, circuit moyen e circuit long— y la modulación correspondiente, cfr. Cadet-Jeuland, *Droit judiciaire privé*, supra nota 25, p. 646 ss. En opinión de los autores “cette variabilité semble avoir inspiré la réforme de la procédure civile anglaise” basada en la diferenciación de los módulos procesales (los llamados tracks); Ferrand, supra nota 27, pp. 18-19.

33. Cfr. ahora los extensos y exhaustivos análisis de A. Jommi, *Il référé provision. Ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Italia*, Torino, 2005, y de C. Silvestri, *Il référé nell’esperienza giuridica francese*, Turín, 2005.

34. El citado § 276 ZPO dispone que al demandado se le asigne un primer plazo de dos semanas para expresar su voluntad de defenderse, y otro plazo (mínimo) de dos semanas para que deposite su escrito de contestación. En caso de no expresar el demandado su voluntad de defenderse antes del vencimiento del primer plazo, de forma inmediata podrá, a instancia del demandante (§ 331, apartado 3º ZPO), ser objeto de una sentencia en rebeldía. Cfr. R. Caponi, *Le riforme della giustizia civile italiana degli anni novanta sullo sfondo della giustizia civile tedesca*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 563 ss.

35. Para indicaciones más detalladas, cfr. Henke, supra nota 24, pp. 820-823.

En acusado contraste con la decisión preferida por otros ordenamientos, la reforma italiana de 1990 (-1995) optó por una regulación procedimental normativamente prefigurada en una serie sustancialmente invariable de audiencias establecidas en cuatro momentos prácticamente irrenunciables (arts. 180, 183, 184, 189 del código de procedimiento civil). No parece que la reforma de 2005, aunque introduce algunas innovaciones merecedoras de valoraciones positivas,

haya conseguido desligarse de un modo convincente de las reformas de los años 90 superando la rigidez de la regulación del tratamiento de las causas. G. Balena-M. Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, pp. 69-70.

36. De forma incisiva L. Breggia escribe: “el legislador italiano, cuando afronta los problemas de la justicia civil, se dedica a la creación de procedimientos cada vez diferentes (...) sin que tengan relación con un proyecto global de justicia”; y “cede así a la tentación de intervenir de la forma más fácil, haciendo crecer las palabras (o sea las disposiciones normativas) una encima de la otra”. Il processo di cognizione dopo le modifiche della L. 28 dicembre 2005, n. 263: un processo a “raggiera”?, en *Giur. it.*, 2006, IV, p. 1782.

37. El argumento lo subraya eficazmente Donzelli, supra nota 21, p. 572 ss. pero cfr. las observaciones de S. Chiarloni, *La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate?*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 772 ss.; y ahora la “reflexión” de A. Proto Pisani, *Dai riti speciali alla differenziazione del rito ordinario*, en *Foro it.*, 2006, col. el cual, evocando “modelos ya vigentes en Francia y Alemania”, defiende la “diferenciación de los procesos de cognición plena (...) considerando no la peculiaridad de las situaciones sustanciales controvertidas (...) sino sobre la base de la diferenciación transversal entre controversias complejas y controversias que no resultan tales en concreto”.

38. El rechazo de las deducciones de las partes por extemporaneidad es de aplicación diaria. Así R. Caponi, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, en *Riv. dir. civ.*, 2006, pp. 523 ss., 529.

39. Cfr. Cadiet-Jeuland, supra nota 25, p. 392 ss. y, en la doctrina italiana, D. Buoncristiani, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Turín, 2001, p. 125 ss.

40. Cfr. Ferrand, supra nota 25, p. 21 y J. Normand, *Les facteurs d'accélération de la procédure civile*, en *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offert à Pierre Drat*, París, 2000, p. 433; Amrani-Mekki-Jeuland-Cadit, *Le procès civil français*, supra nota 25, p. 1163 ss.; Cadiet, *Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, número especial “Accordi di parte e processo”, pp. 8 ss., 24 ss.

41. La referencia concierne a Japón; al respecto, cfr. Y. Taniguchi, *Japan's Recent Civil Procedure Reform: Its Seeming Success and Left Problems*, en *The Reforms*, supra nota 20, 107: “where the court considers a case to be complicated as, for example, involving industrial pollution damages, medical malpractice, large construction projects, etc., it must establish a chronological agenda for the future procedural conducts on the basis of a consultation with the parties”. Esta idea ha sido recuperada y sucesivamente desarrollada en la reforma de 2003, cfr. los apartados § 147-2, 2 147-3 del nuevo código de procedimiento civil.

42. Zuckerman, *Court control and party compliance*, en *The Reforms*, supra nota 20, p. 152.

43. La expresión es de Taniguchi, supra nota 41, p. 100, a la que añade otra no menos eficaz, la de “dentist method” para describir el modelo procesal donde “hearings take place only intermittently just as the rain in May tends to fall only occasionally in Japan and the dentist treats perhaps everywhere a patient with an interval”.

44. Sobre la adopción de una reglamentación del procedimiento en dos fases en la reciente experiencia comparatista, cfr. Taruffo, *Il processo civile di “civil law” e di “common law”*: supra nota 26, cc. 345, 354 (y además las observaciones sobre el proceso civil español recogidas en el texto) a propósito del cual también Díez-Picazo, supra nota 22, p. 43 escribe que, terminado el intercambio de los actos introductorios, “the preparatory proceeding unfolds in two main phases: the preparatory phase centered on a first oral hearing, the audiencia previa al juicio, and the ‘trial-phase’ or juicio”.

45. Cfr. para las observaciones expuestas en el texto L. Breggia, *Il processo cit.*, pp. 1782-84; Id., *Le buone prassi e il pendolo perverso (riflessioni sulle recenti modifiche del processo di cognizione)*, en *Giur. it.*, 2006, pp. 443-44.

46. Entre las actividades que el juez puede obligar a realizar de acuerdo con las disposiciones del apartado § 273 ZPO se cuentan: la integración o la aclaración de las alegaciones incluidas en los actos introductorios (con la fijación, en su caso, de un plazo para ello), la exhibición de documentos y el depósito de objetos de inspección, la comparecencia de las partes, así como la comparecencia de los testigos llamados por las partes, y de asesores técnicos, la entrega de documentos y de informaciones oficiales por parte de la Administración Pública. Cabe subrayar que el apartado § 273 ZPO no contiene una lista taxativa de medidas: el juez puede asumir medidas preparatorias no mencionadas por la ley, con tal

de que sirvan para una efectiva preparación del juicio. Para estas observaciones, cfr. Caponi, supra nota 38, pp. 527-28; L. Rosenberg-K.H. Schwab-P. Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 16ª ed., Munich, 2004, p. 499 ss.

47. Las disposiciones más significativas en la materia parecen estar incluidas en los artículos 414 ss., 424, 426 y 429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Sobre su interpretación en diferentes sentidos, existen varios autores, entre los cuales: Ramos Méndez, supra nota 22, p. 81; Díez-Picazo, supra nota 22, pp. 42 ss., 59 s.; Montero-Aroca, supra nota 22, p. 112 ss.; S. Barona Vilar, *Die Audiencia Previa. Das im neuen spanischen Zivilprozessgesetz geregelte Vorverfahren*, en *ZZP Int.*, 2000, pp. 151 ss., 162 ss.

48. Así G. Rutgers, *Die Reform des niederländischen Zivilprozessrechts*, en *ZZP Int.*, 2002, p. 202. El autor recuerda que en el informe que acompaña la reforma, los conditores holandeses declaran expresamente querer seguir el modelo procesal que se ha impuesto en Austria y Alemania (como también en el nuevo código de procedimiento francés). Cfr. también P. Meijknecht, *Recent Developments in Civil Procedure in The Netherlands*, en *ZZP Int.*, 2000, p. 209. En el mismo sentido Asser, supra nota 23, p. 334: the proceedings in the Netherlands are moving in the direction of the German and related procedural law (such as that of Austria).

49. Se trata de una elección clara e inequívoca. Me gusta citar al respecto la afirmación de Lord Woolf, el artífice de la reforma: "I believe there is now no alternative to a fundamental shift in the responsibility for the management of civil litigation from litigants and their advisers to the courts". *Acces to Justice. Interim Report*, cap. 4, par. 2.

50. Para un examen analítico, cfr. Donzelli, supra nota 21, p. 545 ss. y p. 555 ss. (dedicadas especialmente al tema: "case management" y al principio de proporcionalidad): Varano, supra nota 21, p. 768.

51. Sobre la contratendencia consolidada en Italia con el nuevo procedimiento societario y con las reformas del código de procedimiento civil previstas, y las valoraciones divergentes de la doctrina, cfr., también para conseguir información detallada de carácter bibliográfico, Donzelli, supra nota 21, pp. 575-579 ss.; en sentido muy crítico, M. Taruffo, *Recent and Current Reforms of Civil Procedure in Italy*, en *The Reforms*, supra nota 20, p. 217 ss.; con tonos críticos también A. Carratta, *Il ruolo del giudice e delle parti nella fase preparatoria e le prospettive di riforma del processo civile*, en *Studi in onore di Giuseppe Tarzia*, Milán, 2005, III, p. 2581 ss.

52. "La loi, moins sévère que la morale" escribe M. Boncenne en su *Théorie de la procédure civile* del 1839 - "nous autorise à dire nemo tenetur edere contra se". (Bruxelles, 1839, II, p. 90). Y algunas décadas más tarde ratificaba Demolombe: "Qu'une partie ne sort pas tenue de fournir des preuves à son adversaire, et de lui donner elle-même des armes pour la combattre, c'est là une règle de bon sens et de nécessité". *Traité des contrats on des obligations conventionnelles en général*, tomo VI, París, 1876, p. 186. Cfr. también las observaciones de P. Calamandrei, *Conseguenze della mancata esibizione di documenti in giudizio*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, II, p. 299.

53. Sobre el hecho francés, cfr. la sagaz y cuidada reconstrucción de B. Ficarelli, *Esibizione di documenti e discovery*, Turín, 2004, pp. 2-118.

54. G. Walter, *The German Civil Procedure Reform Act 2002: Much Ado About Nothing?*, en *The Reforms*, supra nota 20, p. 76. El miedo a la entrada en el proceso civil de una investigación probatoria de tipo "exploratorio", modelada sobre el proceso estadounidense, un Leitmotiv del debate doctrinal alemán, ha sido también el tema central de los trabajos preparatorios de la reforma. No sin una justificada ironía, algunos hablan de *Discovery-Phobie*. A. Stadler, *Inquisitionsmaxime und Sachverhaltsaufklärung*, en *Festschrift für Beys*, supra nota 24, pp. 1625, 1627.

55. Y con esto encuentra una concreción específica la idea de la obligación procesal de información a cargo de la parte que no soporta la carga de la prueba. Sobre el alcance de la innovación y los problemas interpretativos que la nueva disciplina plantea, cfr. en la doctrina italiana G. Fazio, *La riforma dell'esibizione di documenti nel processo civile tedesco*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 143 ss.; entre las numerosas aportaciones alemanas, cfr. la reconstrucción restrictiva de U. P. Gruber-E. Kiessling, *Die Vorlagepflichten der §§ 142 ff. ZPO nach der Reform 2002*, en *Zeitschrift für Zivilprozess*, 2003, p. 307 ss., y, para un análisis de los aspectos problemáticos de la modificación legislativa a la luz de la importante sentencia del Bundesgerichtshof de 17 de febrero de 2004, cfr. D. Waterstraat, *Informationspflichten der nicht risikobelasteten Partei im Zivilprozess*, allí, 2005, p. 459 ss.; en los manuales Rosenberg-Schwab-Gottwald, supra nota 46, p. 822 ss. El juez puede ordenar la exhibición del documento sólo sobre la base de una alegación justificada de la parte y puede tener en cuenta el interés de la parte contraria en mantener los secretos dentro del ámbito de la discreción que el ejercicio de este poder le otorga. Con respecto a la obligación de especificación de los documentos, la praxis jurisprudencial ofrece ejemplos de aplicación liberal de la normativa, como la orden de exhibir la documentación

sanitaria relativa a un paciente o la orden de exhibir un expediente entero del archivo de documentos. Cfr. las referencias en Fazzio, *supra* p. 144, texto y nota 2. En cambio, la reforma de 2002 no ha modificado en lo fundamental la disciplina de la exhibición de documentos dispuesta a instancia de la parte que se cita en los § 421-431 ZPO.

56. La existencia de una obligación general de información a cargo de la parte que no tiene la carga de la prueba había sido argumentada de forma eficaz por R. Stürner en su conocida monografía *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Tübingen, 1976.

57. Numerosas son las normas de las que se deducen obligaciones de información y exhibición de documentos. Para una visión más clara, cfr. Waterstraat, *supra* nota 56, p. 461 ss.

58. Cfr.: Rutgers-Rutgers, *supra* nota 23, p. 140; Asser, *supra* nota 23, p. 352; Cfr. además las innovaciones anticipadas por la ley de reforma del derecho de las pruebas de 1988, ilustradas por Helly, *The Netherlands Civil Evidence Act 1988*, 1992, pp. 16-18; cfr. también para algunas rápidas indicaciones la Nota, Paesi Bassi: riforma del c.p.c., introduzione di norme sulla giurisdizione e cancellazione dell'esorbitante forum actoris, en *Int'l Lis*, 2003, fasc. 2, p. 5 s.

59. Crítica lo genérico del nuevo dictamen normativo, Th. Klicka, *Die oesterreichische Zivilverfahrens-Novelle 2002 als Versuch einer Verfahrensbeschleunigung - ein Vergleich zur deutschen ZPO - Reform*, en *ZZP Int.*, 2002, pp. 179, 189-190.

60. Según la disposición, en presencia de “un motif légitime” para conservar o establecer antes del proceso (*avant tout procès*) la prueba de los hechos de los cuales podría depender la solución de una controversia, pueden ordenarse, a instancia de aquellos que estuvieran interesados, por requête o référé, los medios de instrucción admitidos por la ley”. Sobre los casos de aplicación brevemente recordados en el texto, cfr. Silvestri, *supra* nota 33, p. 219 ss.; C. Besso, *La prova prima del processo*, Turín, 2004, p. 85 ss.; I. Desprès, *Les mesures d’instruction in futurum*, París, 2004. Va en una dirección análoga la reciente introducción en Italia de la disposición del art. 68 bis, relativa al “asesoramiento técnico preventivo para la composición del litigio”. Con esta disposición se prevé que, independientemente de la existencia de cualquier requisito de urgencia (*de periculum in mora*), pueda solicitarse, antes del comienzo del juicio de mérito, la realización de un asesoramiento técnico, en vía preventiva, “al objeto de comprobar y determinar los créditos que se deriven del incumplimiento o del cumplimiento inexacto de obligaciones contractuales o de un hecho ilícito”. Y esto también y sobre todo con el fin de intentar la conciliación de las partes. Cfr. por último A. A. Romano, *Il nuovo art. 696-bis c.p.c., tra mediation ed anticipazione della prova*, en *Corr. giur.*, 2006, p. 405 ss.

61. Cuestión resuelta en sentido negativo por el Tribunal de Justicia con la sentencia de 28 de abril de 2005, en *International Litigation Procedure*, 2005, p. 134. Sobre la creciente importancia de la pre-action phase en la experiencia holandesa, cfr. Asser, *supra* nota 23, p. 354 ss. El instituto en cuestión está reglamentado por los arts. 186 y ss. del Código de Procedimiento Civil holandés.

62. Así reza la Rule 31,16 (3) de las Civil Procedure Rules 1998. Sobre el sistema de los “pre-action protocols” y de la “pre-action disclosure” como expresiones del nuevo clima de colaboración entre las partes que las Civil Procedure Rules de 1998 quieren instaurar, cfr. el atento análisis de R. Nazzini, *Modelli conciliativi interni al processo (analisi comparativa e tests strutturali)*, en *Riv. dir. proc.*, 2002, pp. 844, 863-868. Para una comparación sintética entre el cuadro normativo antes y después de las CPRs de 1998 cfr. I.R.S., *Pre-action Discovery*, en *Civil Justice Quarterly*, 1999, p. 81 ss.; y además N. Andrews, *The Pursuit of Truth in Modern English Civil Proceedings*, en *ZZP Int.*, 2003, pp. 82-85.

63. B. Zuffi, *La disclosure inglese: aspetti comparatistici e transnazionali*, en *Int'l Lis*, 2007, p. 35 ss.

64. El espectro que se suele evocar al respecto es el de las fishing expeditions del mecanismo de discovery estadounidense; un fenómeno, por otra parte, que a menudo se tergiversa o que incluso se presenta de una forma bastante distorsionada. Justamente, un estudioso atento como Subrin escribe: caracterizar el sistema americano como lo que “wrongly permits ‘fishing expeditions’ is to miss much of the point”. Cfr. también las observaciones puntuales de Ficarelli, *supra* nota 53, pp. 222-231.

65. Andrews, *supra* nota 62, p. 85 recuerda una reciente sentencia de la Court of Appeals (*Black v. Sumitomo*, 2002, 1 WLR 1952) donde se ratifica “the traditional hesitation to allow the court’s machinery to support ‘roving inquiries’, ‘fishing’, and ‘speculative’ claims”.

66. Así, de forma contundente, M. Taruffo, *Rethinking the Standards of Proof*, en *Am. Journal of Comparative Law*, 51 (2003), p. 675. Si en cambio se opta por un sistema de notice pleading, el “trabajo” del que se habla en el texto debe poder desarrollarse en un momento posterior, precisamente en sede de “pre-trial discovery”. La estrecha relación entre los dos institutos ha sido más veces evidenciada por el Tribunal Supremo americano. Cfr. por ejemplo, *Swierkiewicz v. Soreman*, 122 S. Ct. 992, 997-998 (2002).

67. Zuckerman, *supra* nota 42, p. 143.

68. Las expresiones son de C. Consolo, *Esercizi imminenti sul c.p.c.: metodi asistematici e penombre*, en *Corr. giur.*, 2002, p. 1542.

69. Cfr. el detallado informe del principal artífice de la experimentación en palabra, R. Bender, *The Stuttgart Model*, en *Access to Justice*, (a cargo de M. Cappelletti), Milán - Alphen aan den Rijn, 1979, vol. II, book II, p. 433 ss.

70. Saco las citas del trabajo de Jommi, *supra* nota 33, quien justamente subraya que el référé, antes que nada, es un “procedimiento” que debe situarse en un preciso contexto jurídico y socio-cultural (pp. 2, 11).

71. Cfr. la indicación de Ferrand, *supra* nota 25, p. 40 texto y nota 5.

72. Para un cuadro informativo más amplio, cfr. las aportaciones recogidas en el volumen *Abuse of procedural rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, a cargo de M. Taruffo, *The Hague-London-Boston*, 1999; y las consideraciones hechas por F. Cordopatri, *L'abuso del processo*, Padua, 2000, II, p. 643 ss.

73. Cfr. A. Dondi, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, en *Diritto privato*, III, 1998, pp. 459, 477-478; E. Blary-Clément, *Spécificités et sanctions des manoeuvres dilatoires dans le procès civil*, en *JCP*, 1991, 1, 3534; y el comentario de Cadiet, *Code de procédure civile*, 2006, p. 48 ss.

74. La expresión es de Lord Woolf, *Access to Justice*, *Interim Report*, cit. cap. 4, par. 4.

75. Cfr., por ejemplo, la Rule 3.1 (5), que prevé que el Tribunal pueda ordenar a la parte que, sin motivo justificado, no haya cumplido con una norma procesal, una practice direction o un pre-action protocol de pagar “a sum of money into court”. Más en general, hay que decir que el juez dispone de un amplio poder discrecional con respecto a la liquidación de las costas procesales, en virtud de la cual puede valorar el comportamiento de las partes antes y durante el procedimiento. Cfr. Donzelli, *supra* nota 21, p. 553. El principio tradicional en materia de costas procesales por el cual “costs follow the event”, representa, a la luz de las nuevas Civil Procedure Rules, únicamente un punto de partida del cual el tribunal puede de buen grado discrepar. Andrews, *supra* nota 31, par. 36 ss.

76. La decisión del caso *Biguzzi* se lee en 4 [1999] 4 All England Law Reports, 934.

77. Para la jurisprudencia, cfr. Cass. sec. un., 20 de abril de 2005, n. 8202, en *Foro it.*, 2005, I, 690, con nota de D. Dalfino; Cass. sec. un., 22 de febrero de 2007, n. 4109, allí, 2007, I, 1009, con nota di R. Oriani; Cas. sec. un., 15 de noviembre de 2007, n. 23726, allí, 2008, I, 1514 con notas de A. Palmieri-A. Pardolesi y de R. Caponi.

78. Cfr. Iai, *La durata ragionevole del processo nella giurisprudenza della Corte europea*, en *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 549 ss.; P. Stratoti, *Legge Pinto e ragionevole durata del processo*, en *Giust. civ.*, 2007, II, pp. 235, 251-254.

79. Los estudiosos franceses, atentos a las enseñanzas que hoy proceden de los órganos de justicia europeos, no dejan de recordar que los Estados que se adhieren a la Convención europea de los derechos del hombre, en virtud del requerimiento del art. 6 de dicha Convención, están llamados a organizar sus propios sistemas de justicia de modo que garanticen a todos el derecho a obtener una sentencia definitiva sobre una controversia relativa a derechos u obligaciones de carácter civil en un tiempo razonable, y que la jurisprudencia europea “pousse donc de plus en plus les législateurs nationaux à instaurer des juges civils actifs (notion de case-management) faisant usage de leur pouvoir de direction de l'instance”. Ferrand, *supra* nota 25, p. 58, la cual concluye que el proceso civil francés que ha atribuido al juez dichas prerrogativas y responsabilidades cumple plenamente con las exigencias europeas. Cfr. sobre el papel activo del juez francés consagrado en los arts. 8, 10, 12, 143 del Nouveau Code, Cadiet-Jeuland, *supra* nota 25, p. 399.

80. Desde la sentencia de 25 de junio de 1987, hecha célebre por el caso *Capuano*, la Corte europea de los Derechos del Hombre ha querido recordarle a Italia que “la Convención no impide por supuesto que los Estados miembros basen

su procedimiento civil en el principio dispositivo, aunque esto no exime a los jueces de asegurar el respeto de las exigencias recogidas en el art. 6 Conv. en materia de plazo razonable [de duración del proceso]”. Por lo demás, —añadía el Tribunal— conforme al art. 175 c.p.c., “el juez de instrucción ejerce todos los poderes encaminados al más diligente y recto desarrollo del procedimiento”.

Traducción al español de Laura Volpe