

EVOLUCIÓN DE LAS TENDENCIAS EN EL PROCESO CIVIL MODERNO *

(EJEMPLIFICADO EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL CIVIL AUSTRIACO)

Hans W. FASCHING

Como cualquier otro campo del orden jurídico, el proceso civil refleja también las corrientes espirituales y tendencias de su época. Prescindiendo del correspondiente sistema político que pertenece al Estado, se puede determinar a través de todos los ordenamientos procesales una directriz evolutiva común. Desde luego, se manifiesta en diferentes graduaciones en cada Estado. Un análisis de todos los ordenamientos procesales y su evolución en el último decenio, con el objeto de realzar las tendencias comunes, sería una empresa provechosa, pero que sobrepasaría las fuerzas y los medios individuales. Estas empresas solamente pueden abordarse en el marco del trabajo colectivo internacional. Aquí habría, posiblemente, un trabajo prometedor para el Instituto Internacional de Derecho Procesal, el cual gracias al incansable y exitoso esfuerzo del ilustre festejado, profesor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, fue fundado en la ciudad de México en 1972, y quien es su presidente. Para ofrecer aquí una pequeña contribución y un estímulo, se intentará exponer estas tendencias evolutivas del ordenamiento procesal austriaco.

Precisamente se aprecia en el ejemplo de Austria, como es comprobable en cualquier ordenamiento procesal, impregnado de un espíritu progresista; posiblemente menos significativo en ordenamientos procesales con necesidades de reformas, pero aún así palpables. Por ello, naturalmente, debe considerarse la situación espiritual y jurídica de Austria en la expedición del ordenamiento procesal civil.

Cuando en 1895 el ordenamiento procesal civil se convirtió en ley,¹ se construyó sobre dos fundamentos:

1. Sobre la sucinta precursora, poco feliz desde su nacimiento, Ley Orgánica del Poder Judicial del 1781,² regida aún por los principios

* Traducido al español por el licenciado Jorge Sánchez Cordero D.

¹ Gesetz vom (ley del) 1. 8. 1895, *RGBI.* núm. 113, Ueber das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung) "Sobre el procedimiento en las contiendas civiles". (Ordenamiento Procesal Civil).

² "Patent vom" (patente de) 1.5.1781, *JGS.* 13.

procesales del derecho común,³ y 2. Sobre las experiencias del Ordenamiento Procesal Civil alemán de 1877.

Mientras que la Ley Orgánica del Poder Judicial contenía todas las corrientes del absolutismo, el Ordenamiento Procesal Civil alemán respiraba el espíritu del alto liberalismo.⁴ Pero también fue válido para ella que pocos años después de su entrada en vigor, los fundamentos espirituales y sociales de los que emanó fueron sometidos a cambios paulatinos.

El legislador austríaco del año de 1895 tuvo que, si quería darle legitimidad a su obra, por un lado, considerar estos cambios y, por el otro, previendo el curso de la evolución social, anticipar y fundar posturas que debían asegurar un desarrollo venidero. Esta anticipación al futuro se logró debido a que se trató de comprender el objeto futuro del proceso civil en una sociedad de masas, y se determinó entonces su verdadera configuración a través de estas exigencias. La previsión especial de Franz Kleins, que se asocia también con el valor de la realización del conocimiento teórico, coincidió con la franqueza de la asociación de expertos del Consejo de Estado alemán. Así resultó la ley ejemplar y revolucionaria en el mejor de los sentidos.⁵

La aportación fundamental del proceso civil austríaco fue el tratamiento del proceso como fenómeno social de masas y, con ello, objeto del bien común.⁶ Esto implicó un fuerte deber de orden público para el tribunal, que se manifiesta en la exigencia de una resolución lo más expedita y barata posible, y por un fortalecimiento de la competencia en la dirección procesal del juez.⁷ El extenso dominio de las partes del alto liberalismo tiene cabida dentro del procedimiento judicial estatal sólo en lo concerniente al mandamiento sobre las *Sachansprueche*.⁸

Si se parte de esa base y se admite que estos principios del desarrollo social en la época de su formación se encontraban bastante adelantados,

³ Canstein, *Lehrbuch der Geschichte und Theorie des Zivilprozess recht* (Tratado de la historia y teoría del derecho procesal civil).

⁴ Deutsche Reichszivilprozessordnung vom (Ordenamiento Procesal Civil Alemán del) 30. 1. 1877, *RGBl.* núm. 6; asimismo, Stein-Johas-Pohle, *Kommentar zur Zivilprozessordnung* 19ª ed. (Comentario al Ordenamiento Procesal Civil), I, p. 40; Rosenberg-Schwab, *Zivilprozessrecht* 10ª ed. (Derecho procesal civil) p. 19 y s.; cfr., también, Bruns, *Zivilprozessrecht* (Derecho procesal civil) p. 26 y s.

⁵ Klein, Franz, ¡*Pro futuro!*; y *Der Zivilprozess Oesterreichs* (El proceso civil austríaco).

⁶ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Principios técnicos y políticos de una reforma procesal*, Publicaciones de la Universidad de Honduras, II, p. 16 y s.

⁷ Fairén Guillén, Víctor, "El principio de autoridad del juez en el proceso civil y sus límites (presupuestos procesales)", Ponencia al I Congreso Nacional, Madrid 1950; *Libro de actas* del mismo p. 13 y s.

⁸ Zum Dispositionsgrundsatz (Hacia el principio de disposición), Rosenberg-Schwab, *op cit.*, p. 79 y s.; Pollak, *System des Oesterreich is hen Zivilprossrechts* 2ª ed. (Sistema del derecho procesal civil austríaco), p. 393. *Sachansprueche* da la idea de "objeto de la pretensión", por lo cual muy bien puede utilizarse esta expresión. (N. del T.).

y que en el curso de la historia se fueron afirmando más claramente, se concluirá, entonces, también que el desarrollo posterior del derecho procesal austríaco en la última década, en realidad sólo ha derivado hacia una profundización de esos principios básicos. En donde el concepto original aún necesitaba complementarse, o en donde, en la práctica del proceso, aparecían desatinos, allí se presentaban primeramente apreciaciones para posteriores medidas legislativas. Que éstas fueran en su totalidad más bien insignificantes y sólo referidas a detalles, deriva de la concepción previsorá básica de la ley.

Esto, desde luego, no tiene la validez de un dogma, en donde nada habría que objetar. Como en otros lados, aquí también es válido: estancamiento es retroceso. Por tal motivo se encontraron en los últimos años algunas innovaciones jurídicas que —siguiendo la línea del desarrollo del proceso civil austríaco—, en medida nada insignificante, contribuyeron a la modernización del proceso. Si se observan cada una de estas medidas, se demuestra que, a pesar de su diferencia objetiva, tienen una idea en común: subrayar y mejorar la función de asistencia social del proceso.⁹

Surge ahora la pregunta, ¿en qué ámbitos del proceso se manifiesta especialmente esta función de asistencia social? Se delimitan aquí los siguientes campos:

- a) En el acceso al tribunal para cualquiera sin consideración de su situación económica;¹⁰
- b) en el deber de dirección procesal del juez;¹¹
- c) en su deber de indagar la verdad, allí en donde también intereses públicos o un particular merecimiento de tutela de la parte lo requieran;¹²

⁹ Alcalá-Zamora y Castillo Niceto, Sobre una planeada ley procesal civil hispanoamericana, separata del *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, IX, p. 38 y s.

¹⁰ Henkel, "Sanktionen bei Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehoer", *Zeitschrift für Zivilprozessrecht, ZZP* (Sanciones por la violación a la garantía de audiencia. Revista de Derecho Procesal), 77, p. 321; Baur, "Der Anspruch auf rechtliches Gehoer", *Archiv für civilistische Praxis* (Pedimento de la garantía de audiencia, Archivo para la Práctica Civil), 153, p. 393.

¹¹ Fasching; *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, II (Comentario a la Ley Procesal Civil), p. 855 y s.; Fairén Guillén, Victor, *op. cit.*

¹² Cfr. al respecto Schima, "Die Prozessgrundsätze im Lichte neuerer Prozesstheorie", *Festschrift zur 50-Jahrfeier der Zivilprozessordnung* (Los principios procesales a la luz de la nueva teoría procesal, Opúsculo conmemorativo al quincuagésimo aniversario del ordenamiento procesal civil); Fasching, *Das Verfahren zur Feststellung der ehelichen und unehelichen Abstammung* (El proceso para la determinación de la ascendencia legítima e ilegítima), p. 63.

d) la preservación de la decisión justa como propósito de la seguridad jurídica para cualquiera.¹³

Mediante cambios legislativos se ha tratado de lograr una mejoría en cada uno de estos campos durante los últimos años.

Acerca de los propósitos particulares del legislador:

a) *El más importante propósito encaminado a asegurar el igual acceso al tribunal para todas las partes, sin consideración de su situación económica, da como resultado: Bundesgesetz über de Verfahrenshilfe (ley federal sobre la ayuda para el proceso) del 8 de noviembre de 1973.*¹⁴ Con esta ley se derogó la hasta ahora vigente disposición del patrocinio gratuito,^{14 bis} y se sustituyó por la ley de ayuda para el proceso. Concepto base de este ordenamiento es —como también en los ordenamientos procesales de casi todos los países— que a una parte sin recursos se le debe otorgar acceso para el logro o defensa de sus derechos legítimos, sin consideración de su falta de recursos. Esto sucede en tal forma, que los gastos y costas del proceso son absorbidos provisionalmente por el Estado, hasta donde es necesario, y para la gratuita guarda o defensa de sus derechos se le proporciona un abogado sin costo alguno. Condición para ello es, sin duda, que el proceso no se lleve a cabo ni temeraria ni estérilmente.¹⁵ Si ahora se consideran los cambios más trascendentes que ha traído consigo la ley de ayuda para el proceso, entonces se observará primeramente que los términos “patrocinio gratuito” y “parte de escasos recursos” han desaparecido de la ley sin dejar huella alguna. Esto ha sucedido ya que, —según se señala en la exposición de motivos del proyecto gubernamental de ley— la discriminación social que contiene el concepto “pobreza” debería ser suprimida. Ciertamente no se puede dejar de poner énfasis en que, a través de la mera eliminación de la palabra “pobreza”, no se suprime ni con mucho el fenómeno social “pobreza”. Pero esta palabra imaginaria no es, por fortuna, la única innovación de la ley.

¹³ Larenz, “Über die Bindungswirkung von Praejudizien”, *Festschrift für Hans Schima* (Acerca de la fuerza obligatoria del precedente judicial. Opúsculo conmemorativo a Hans Schima), p. 255.

¹⁴ Bundesgesetz vom (Ley federal del) 8. 11. 1973, *BGBI.*, núm. 569 (Verfahrenshilfegesetz) (Ley de la Ayuda para el Proceso).

^{14 bis} El diccionario *Wörterbuch der Rechts-und Wirtschaftssprache*, von Herbert J. Becher, Ed. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1972, da a la palabra *Armenrecht* la siguiente traducción al español: “beneficio de pobreza, beneficio de defensa gratuita, beneficio de justicia gratuita, privilegio de pobreza, asistencia judicial (término utilizado en Chile), defensa gratuita y patrocinio gratuito (empleados en el derecho canónico)”. El que esto traduce, se inclina por la voz “patrocinio gratuito” por considerar que es la acepción más próxima al contexto.

¹⁵ Fasching, *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen* II p. 414 y s. (Comentario a la Ley Procesal Civil).

La indiscutible creciente prosperidad de los últimos años ha traído consigo que el círculo de los verdaderamente desposeídos en nuestro país se ha reducido considerablemente, pero en su lugar crece el círculo de personas cuya situación económica es tal, que no se les podría calificar como carentes de recursos, pero para las cuales sería un importante gravamen económico el seguir un proceso del que tendrían que abstenerse considerablemente. En el derecho hasta ahora vigente, estas personas no podían obtener la autorización del patrocinio gratuito, ya que precisamente no están totalmente carentes de recursos y el patrocinio gratuito únicamente procedía en su totalidad, o se negaba absolutamente. Aquí es donde la ley trata de aportar mejoras de dos maneras:

- 1) A través del relajamiento de los requisitos materiales para la autorización de la ayuda para el proceso;
- 2) A través de la introducción de la ayuda parcial para el proceso.

En relación al número 1: Anteriormente dependía la autorización de que las costas de la gestión procesal absorbidas por la parte, perjudicasen el sustento mínimo necesario para sí y para su familia, bastando ahora el perjuicio del sustento necesario. En tanto que anteriormente el mínimo para la subsistencia de la parte tenía que ser mermado, la ley entiende ahora como sustento necesario la medida del último límite de las necesidades vitales de la parte en su medio ambiente concreto. Por tanto, según la intención del legislador, se debe lograr un alivio perceptible.

En relación al número 2: La segunda medida más importante es la introducción de la ayuda parcial del proceso.¹⁶ Con ello, el tribunal, de aquí en adelante no solamente está facultado sino aun obligado a que a la parte que tiene derecho a la ayuda para el proceso se le concedan las prerrogativas de ley sólo en la medida en que las costas pudieran alterar su sustento necesario. Lo que la parte pueda absorber por sus propios recursos tiene que absorberlo. Un ámbito de aplicación especialmente importante de la ayuda parcial para el proceso son los altos honorarios de peritaje, ya que la prueba pericial logra en el proceso cada vez una mayor extensión, y también por lo elevado de los gastos periciales, que en relación a otras costas del proceso adquieren cada vez mayor importancia. Por tanto, no sería del todo remoto que una parte pueda absorber las costas normales del proceso con sus propios medios sin perjuicio del sustento necesario, pero que para los honorarios periciales haga uso de la ayuda parcial para el proceso. A través de esta ayuda parcial para el proceso se vuelve la función del tribunal

¹⁶ *Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage, 846 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates* (Observaciones aclaratorias al proyecto gubernamental, 846 suplemento al protocolo taquigráfico del consejo nacional) XIII. GP.

en la concesión de la ayuda para el proceso, substancialmente diferente a la de antaño, ya que en adelante se deben tomar en consideración directamente las necesidades concretas. Consecuentemente, en una mejora parcial de la situación económica, las prerrogativas deben ser declaradas extintas proporcionalmente en la medida en que a la parte se le pueda exigir la carga de las costas.¹⁷

Una innovación decisiva posterior se refiere a la prueba de la indigencia. Para la situación jurídica anterior era necesaria la "declaratoria de pobreza", que debía ser expedida y confirmada por la autoridad administrativa, en su caso por el municipio. Desde ahora el legislador ha tomado un nuevo camino decisivo, cuya utilidad, sin embargo, se demostrará solamente en la práctica. Ahora la parte solicitante de la ayuda para el proceso debe extender por sí misma una declaración de su situación económica, y ratificar su veracidad con la propia firma. Esta autodeclaración de los bienes propios y la de sus ingresos supone gran confianza en la veracidad y probidad de las partes, una confianza que el Estado, por vía de ejemplo, no encuentra plenamente justificada seguramente en materia impositiva. Para presentar más enérgicamente a la parte el deber de actuar con probidad y veracidad, la ley establece multas relativamente altas por temeridad, un aumento considerable en el pago posterior, y la obligación del juzgado de denunciar el caso al Ministerio Público en caso de abuso. Más importante es aún que el juzgado sea obligado a examinar la exactitud de la declaración de la situación económica, si es preciso con base en comprobantes suministrables. Quizás se consiga con ello una mejor determinación de los bienes que por medio de las autoridades administrativas, que en la práctica extendían muy a menudo las declaratorias de pobreza sin mayor prueba, y a las que entonces se encontraba ligado el tribunal.

A la mejor comprobación de los requisitos para la ayuda del proceso, sirve también la última innovación importante de la ley: la inclusión de la parte contraria al proceso. Muy a menudo es precisamente el contrario quien conoce mejor la situación económica y los ingresos del solicitante que cualquier otra persona, incluso mejor que el juzgado. En adelante, por sí misma puede presentar hechos y formular proposiciones. La ley le concede incluso expresamente, por primera vez, un recurso legal concerniente a todas las decisiones sobre la ayuda para el proceso.

Un nuevo reglamento proyectado en un principio por el Ministerio Federal de Justicia no se expidió: la imprescindible equiparación de los extranjeros con los nacionales en cuanto a la ayuda para el proceso. Con el reglamento anterior continúa el hecho de que los extranjeros reciban una ayuda para el proceso en territorio nacional únicamente

¹⁷ Cfr., § 68 ZPO., s.p.: también Cappelletti-Trocker, "Difensore del povero: e il turno dell'Austria", *Estratto da Il Foro Italiano*, vol. xcvi, fasc. 6, Roma, 1973.

en caso de reciprocidad, o en base a un ordenamiento de un tratado internacional. A los apátridas, por el contrario, se les equipará completamente con los nacionales.¹⁸

Las nuevas disposiciones sobre la ayuda para el proceso entraron en vigor el primero de diciembre de 1973. El tiempo transcurrido desde entonces es demasiado breve para exponer las experiencias derivadas de la práctica.

b) *En el campo de la obligación de dirección procesal del juez:*

En el sector personal de la justicia se inició un desarrollo concerniente a todo el servicio civil, determinado por dos factores:

- 1) el desplazamiento hacia puestos mejor pagados en la economía privada, que gradualmente ofrece una jubilación equivalente;
- 2) la aspiración a una formación académica, que aleja a una gran parte de los candidatos de la burocracia no académica. El aumento del número de estudiantes trae consigo, por el otro lado, una carencia de elementos nuevos para la burocracia.

Así reina en la justicia austríaca una escasez notable de empleados para los juzgados, especialmente de mecanógrafos. Esto provoca que los jueces de la causa frecuentemente no dispongan de secretarios, y, en no raras ocasiones, ellos mismos tengan que extender un acta. Esto distrae al juez de su verdadera misión principal, la de conducir el proceso y la de dictar la sentencia. En vez de concentrar sus esfuerzos en la conducción del proceso, se ve obligado a conllevar tareas extrajudiciales, o a extender por sí mismo actas, a falta de secretario, o si está en el empleo una persona deficientemente calificada a vigilarla durante el juicio.

Aquí habría que poner un remedio y, al igual que en otros campos de actividad humana, substituir la fuerza humana de trabajo con los adelantos técnicos.

Como consecuencia de la reforma al proceso del año 1973 se normó la forma de asentar el protocolo en un trasmisor de sonido (magnetófono o grabadora).¹⁹ Éste puede verificarse si el juez prescinde de un secretario. La grabadora no debe grabar por ningún motivo simultáneamente todo el curso del proceso en "vivo", sino que, al igual que en el *kurzschriftprotokoll* (versión taquigráfica del protocolo), se retendrá

¹⁸ Para el problema de la reciprocidad véase especialmente Stein-Johas-Pohle, *op. cit.*, p. 1417; Kralik, *Die internationale Zuständigkeit* (La jurisprudencia internacional), ZZP., 74, p. 164.

¹⁹ Consideraciones generales acerca de la cinta magnetofónica como fuente de conocimiento y medio de prueba Fasching, *op. cit.*, III, p. 238; Peyer, *Schallaufnahmen als Beweismittel im Zivilprozess* (La grabación como medio de prueba en el proceso civil), ZZP., 69, p. 321; Roggemann, *Das Tonband im Verfahrensrecht* (La grabadora en el derecho procesal).

únicamente lo que el juez dicte "al protocolo". Al igual que en el *kurzschriftprotokoll*, el asiento de la cinta magnetofónica se transcribirá también por escrito. Las partes conservan las mismas posibilidades de control, de reclamación u oposición que en, el *kurzschriftprotokoll*, así como su transcripción por escrito. Antes de un mes no se debe borrar la cinta magnetofónica.

En resumen, no se trata de una irrupción revolucionaria de la técnica en el proceso, sino exclusivamente de un cauteloso aligeramiento de las tareas adicionales del juez, las que lo distraen de la debida conducción del proceso. En la práctica, esta ley no trajo complicaciones de ninguna clase. Por el contrario, fue oportuna y facilitó el trabajo.

c) *Riguroso esclarecimiento de la verdad para proteger a personas particularmente necesitadas de tutela o intereses públicos:*

Una de las preocupaciones más apremiantes del legislador es la equiparación de trato de las personas, sin consideración a su fortuna o a su origen. La equiparación del hijo natural ante la ley le confiere a éste un derecho de conocer a su verdadero padre, a su verdadera ascendencia.²⁰ Encuentra, de hecho, límites en la insuficiencia de métodos científicos seguros para determinar la paternidad. En los tiempos de la codificación del ABGB del año 1811, se observó la carencia casi total de la investigación biológica de la paternidad legítima, y por ello se recurrió a los únicos hechos palpables, la cohabitación y la duración de un embarazo determinado por la experiencia, uniéndolos a una presunción de paternidad.²¹ Apenas, en el curso del siglo pasado, se desarrollaron los métodos biológicos para la determinación de la paternidad, y hasta hoy están a tal grado perfeccionados, que en la gran mayoría de los casos dan una explicación fidedigna sobre el origen de un hombre. Ha llegado el momento de emprender la equiparación de trato del hijo natural ante la ley, ya que el postulado más importante, la determinación del padre legítimo, puede ser satisfecho con un alto grado de probabilidad.²²

Esta constatación de la paternidad legítima no está sujeta a lo que dispongan las partes. Sin duda ya, el legislador en el año de 1943 estableció, para la determinación del origen de un sujeto, la *máxima de instrucción*, quedando en discusión este ordenamiento de asimilación

²⁰ Fasching, *Das Verfahren zur Feststellung der ehelichen und unehelichen Abstammung* (El proceso para la determinación de la ascendencia legítima e ilegítima), p. 81 y s.

²¹ *Ibid.* p. 21 y s.

²² Para los nuevos métodos de comprobación véase Speiser, "Über die Leistungsfähigkeit der modernen serologischen Genetik in Paternitätssachen", *Österreichische Juristenzeitung* 1963 (Sobre la eficiencia de la genética serológica moderna en la materia de paternidad, Revista Jurídica Austríaca 1963), p. 97; Beitzke-Dahr-Hosemann-Schade, *Vaterschaftsgutachten für die gerichtliche Praxis* (Dictamen de la Paternidad para la Práctica Judicial).

en el derecho de familia, en relación a su campo de aplicación.²³ Una dicción poco feliz de la ley, apegándose a la técnica jurídica dentro de la terminología jurídica alemana, indujo a los juzgados a aplicar la máxima de instrucción a la impugnación del nacimiento legítimo. Este criterio fue impugnado por la doctrina y por mí, en especial, vehementemente.²⁴

La jurisprudencia poco satisfactoria que admitió tanto sentencias dictadas en rebeldía y de allanamiento como transacciones sobre la misma paternidad, condujo también a una nueva reorganización del procedimiento. Ambas, es decir, la mejor situación material y jurídica del hijo natural y también la nueva versión del procedimiento, resultaron de la ley sobre la reforma de la condición jurídica del hijo natural del año de 1970.²⁵

Esta ley, procesalmente, es notable desde varios puntos de vista. Ante todo, produjo el efecto de autoridad de cosa juzgada en la sentencia de paternidad y, con ello, la relación con la máxima de instrucción en el proceso.²⁶ De acuerdo con esto, el juzgado de primera instancia tiene que procurar que todas las circunstancias importantes para la resolución sean totalmente esclarecidas. Puede también, aun contra la voluntad concordante de las partes, admitir medios de prueba, particularmente la prueba testimonial, y hacer comparecer a las partes por vía de apremio, así como someter a las partes y testigos a examen hereditario o sanguíneo. En el proceso quedan excluidas transacciones y renunciaciones a la paternidad, igualmente sentencias dictadas en rebeldía, mientras que el reconocimiento renunciante de paternidad fue aceptado dentro del margen de la jurisdicción voluntaria, expresamente por la ley como una obligación de fondo. Con ello se ha creado una excepción al principio de la paternidad biológica y se originó un rompimiento en el por demás impecable sistema legal. En la vía de recurso fue eliminada, en segunda instancia, la prohibición de cambio.²⁷

Debido a que el supuesto jurídico del § 163 del *ABGB*, referente a la paternidad legítima, se puede rebatir de dos maneras, bien sea porque el acusado demuestre que a través de él sea biológicamente improbable un engendramiento, o bien porque compruebe que el engendramiento a través de otro hombre haya sido más probable, era imprescindible

²³ Familienrechtsangleichungsverordnung vom (Ordenamiento de igualación en el derecho familiar del) 6. 2. 1943, DRGB1. I p. 80; Para la cuestión de su campo de aplicación véase Fasching, *op. ult. cit.*, p. 57 y s., 71 y s.

²⁴ Véase nota 23.

²⁵ Bundesgesetz vom (Ley federal del) 30. 10. 1970, Ueber die Neuordnung der Rechtstellung des unehelichen Kindes, (Sobre la reforma de la situación jurídica del infante ilegítimo) BGB1, 1970, núm. 342.

²⁶ Véase al respecto Fasching, *Op. ult. cit.*, p. 71 y s.

²⁷ Fasching, *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen IV* (Comentario a la Ley Procesal Civil), p. 155 y s.

admitir la posibilidad de una demanda de paternidad contra varios hombres. Todas las demandas contra diferentes hombres requeridos como padres de un mismo niño deben presentarse en el mismo juzgado y deben acumularse al mismo proceso. Pero como un hombre biológicamente puede tener únicamente un padre, no puede conducir el proceso a ninguna otra solución. Por este motivo, el juez debe dirigir el proceso primeramente contra la persona indicada como la más probable. Tan pronto como el juzgado quiera calificar a un hombre como padre, tiene que acceder con una sentencia la demanda incoada en su contra; las demandas contra las demás personas deben ser declaradas como retiradas voluntariamente. Con ello, en caso de que en una posible revisión de la causa se refute por nuevas probanzas la sentencia dictada contra el hombre juzgado como padre, es posible, en cualquier tiempo, substanciar una demanda contra los otros hombres, sin que sea oponible la *res judicata*, ya que sobre estas demandas aún no se ha fallado. Finalmente, la nueva ley delimita claramente el campo de la jurisdicción nacional en cuestión de demandas de paternidad, y así toma en cuenta la circunstancia de una creciente movilidad de la población, quizás a causa del turismo, de búsqueda de empleo en el extranjero, etcétera.

La ley sobre los hijos naturales trajo unos ordenamientos, tanto materialmente como jurídicamente, bastante complicados y es causa aquí de varias dificultades. Procesalmente cumple con su cometido y, muy significativamente, mejora la tutela jurídica para un grupo de personas especialmente necesitadas de protección jurídica; no habiendo aquí motivo de queja.

d) *Salvaguarda de la seguridad jurídica por sentencia uniforme para cualquiera*. La seguridad jurídica depende, en gran medida, de una aplicación homogénea de la ley.²⁸ Una jurisprudencia estable es uno de los requisitos básicos para la confianza en el orden jurídico. Ciertamente encuentra sus límites esta constante jurisprudencia, ahí donde el cambio de las situaciones económicas, sociales y culturales priva de fondo a la sentencia originalmente correcta. Entonces, la adhesión a una jurisprudencia permanente ya no contribuiría a la seguridad jurídica y, con ello, a una armonía entre derecho y vida, sino conduciría a infranqueables contradicciones entre ambos.²⁹ Para impedir tal desenvolvimiento,

²⁸ Schima, "Vom System der Revisionsgründe der ZPO", *Festschrift zur Hundertjahrfeier des Österreichischen Obersten Gerichtshofes* (Sistema de los presupuestos de la revisión del ZPO, Opúsculo conmemorativo en el aniversario del centenario del Tribunal Supremo austríaco), p. 252.

²⁹ Larenz, *op. cit.*, p. 253; Esser, in *Festschrift für Fritz Hippel* (Opúsculo conmemorativo a Fritz Hippel), p. 122; Fasching, "Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Bindung des Obersten Gerichtshofes an seine Grundsatzentscheidungen", *Festschrift für Hans Schima* (Acerca de la justificación constitucional de la obligación del Tribunal Supremo a sus decisiones fundamentales, Opúsculo conmemorativo a Hans Schima), p. 133 y s.

se desarrolló en la Europa continental la independencia judicial, no sólo institucional sino también desde el punto de vista de la decisión precedente. La sentencia reglamenta aquí, únicamente, el caso particular; el juez tiene que decidir nuevamente sobre cada caso similar.³⁰ Por supuesto que en esta independencia judicial hay un peligro para la seguridad jurídica, pues entre la exigencia de la uniformidad de la jurisprudencia, por un lado, y la independencia judicial, por el otro, existe necesariamente una relación tirante.³¹

Ambos puntos de vista reunidos no pueden realizarse plenamente. La independencia judicial excluye, en última instancia, casi toda medida tendiente a la uniformación de la jurisprudencia. La única posibilidad teórica de una síntesis consistiría, para todo litigio, en una prosecución de instancias, hasta obtener, como instancia suprema, un último magistrado unipersonal, que en todo asunto pudiera decidir. Pero aun así el peligro de decisiones discrepantes no se destierra, ya que el mismo magistrado —en plenitud de su independencia— puede decidir casos similares en diferente forma, sucesivamente. Prescindiendo de esto, un solo magistrado nunca podría llevar a cabo, ni física ni psíquicamente, este trabajo, de ser él solo la última instancia en todos los asuntos judiciales.

Queda así, únicamente, el camino de lo técnicamente posible: crear un Tribunal Supremo para todos los asuntos en materia civil, que consista naturalmente de varias salas. Pero, surgen aquí dos planteamientos que apremian incesantemente a una nueva solución:

- 1) ¿Cómo se aseguraría que el Tribunal Supremo no se vea abrumado con insignificancias y pueda cumplir con su trabajo? ¿Se dedicaría a resolver planteamientos básicos cualitativamente valiosos? Ésta es la pregunta de la restricción del recurso de casación o revisión.³²
- 2) ¿Qué ajustes deben establecerse para evitar una divergencia en la sentencia entre las diferentes salas o en su secuencia cronológica?³³

En relación al primer planteamiento cabe hacer la observación que tanto Austria como la República Federal de Alemania son partidarias del sistema de revisión y que, por lo tanto, el Tribunal Supremo conoce

³⁰ Larenz, *op. ult. cit.*, p. 256.

³¹ Germann, *Praejudizien* (Precedentes judiciales); Wieacker *Gesetz und Richterkunst* (Ley y arte judicial).

³² Ott, *Die in Österreich geplante Beschränkung der Revision mit Rückblicken auf deren Geschichte in Deutschland* (La planeada limitación de la revisión en Austria en retrospectiva a su historia en Alemania); Fasching, *Probleme des Revisionsverfahrens* (Problemas del procedimiento de la revisión), p. 9 y s.; Fairén Guillén, Victor, *Temas del Ordenamiento Procesal*, II, p. 664 y s.

³³ Hanack, *Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit* (El equilibrio de sentencias divergentes en la última instancia); Esser, "Realität und Ideologie der Rechtssicherheit in positiven Systemen", *Festschrift für Rittler* (Realidad e ideología de la seguridad jurídica en sistemas positivos, Opúsculo conmemorativo a Rittler), p. 13 y s.

el asunto en base a la revisión como tribunal de alzada. El legislador concibió la revisión como vía de recurso en interés de la parte. La segunda función de la revisión, la de asegurar la homogénea aplicación de la ley, no se puede deducir del mismo ordenamiento procesal, pero seguramente resulta en la Ley Federal del Tribunal Supremo. Pero no vamos tan lejos, como una gran parte de la doctrina alemana, para sostener que las limitaciones de la revisión constituyen la mejor prueba de que el legislador le haya dado a la tarea de la salvaguarda jurídica de la revisión la prioridad con respecto a su pura función de vía de recurso.³⁴ Las limitaciones de la revisión, para nosotros, son en gran parte una consecuencia en la exigencia de una economía procesal y, por consiguiente, el resultado de una nivelación razonable de los gastos, el éxito y la duración del proceso. Precisamente estas consideraciones fueron también las que estuvieron en primer plano en la reforma al Ordenamiento Procesal Civil de 1971, con la que se reguló en forma novedosa a la admisión de la revisión. Con ello se suprimió la decisión del Tribunal Supremo en todos los asuntos judiciales, cuya cuantía litigiosa o impugnada fuera menor de S 1 000 (chelines). Como en Austria existe el principio de declaración de admisión en la revisión únicamente en asuntos de arrendamiento, empero en el resto la admisión de la revisión depende de la cuantía litigiosa, tuvo que echarse simultáneamente cerrojo al aumento de los litigios susceptibles de revisión, sobrevenido por el demérito del valor monetario, de modo que en adelante se ha determinado el límite de revisión de las impugnaciones de las sentencias confirmatorias del tribunal de apelación, de S 15 000 a S 50 000 (chelines). Aquí se observa que dos fueron las ideas determinantes: establecer una relación razonable entre el costo y duración del proceso y el verdadero valor económico del asunto contencioso y, simultáneamente, reservar al Tribunal Supremo a tareas más importantes, a saber: la decisión de cuestiones jurídicas divergentes.³⁵

En relación al segundo planteamiento, es decir, la creación de ajustes para la garantía de una jurisprudencia homogénea por el Tribunal Supremo: es necesario, aquí, echar un vistazo al pasado.

Ya en el siglo pasado existió la necesidad de tales ajustes. Por ello, una resolución imperial suprema de 1854, junto con un decreto de la corte de 1872, le concedió al presidente del Tribunal Supremo el derecho, tratándose de una cuestión jurídica de principio o decidida en forma *divergente*, de detener el otorgamiento de la resolución judicial

³⁴ Véase por ejemplo Henke, "Die Tatfrage der unbestimmte Rechtsbegriff im Zivilrecht und seine Revisibilitaet": y Grundlagen des Revisionsrechts, *Deutsches Verwaltungsblatt* (La cuestión de hecho. El concepto jurídico indeterminado en el derecho civil y su reversibilidad; y Principios del derecho de revisión en *Semanario Alemán de Administración*), 1961, p. 719.

³⁵ En relación a la cuestión de economía procesal véase también Fairén Guillén, Victor, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1953.

y convocar a un pleno de las salas para que solucionara, en principio, la cuestión jurídica. Si se quería discrepar de su opinión, debía convocarse a un plenisimo de las salas. Todas estas resoluciones se registraban en un repertorio de sentencias y en un libro judicial. En otras palabras: existían ajustes que disponían un enlace propio del Tribunal Supremo a sus resoluciones de principio; sin duda, de esto se podría apartar con una provisión calificada. En el curso de las décadas, estos ajustes comprobaron su eficacia extraordinariamente bien.³⁶

La necesidad jurídico-política de darle al Tribunal Supremo un fundamento independiente en la forma de una ley propia, coincidió con una tendencia constitucionalista positivista pura, de conceptuar las normas de la salvaguarda de la armonía jurisprudencial del Tribunal Supremo, como difícilmente compatibles con la independencia judicial. Así se llegó a una nueva creación legal, la Ley Federal del Tribunal Supremo de 1968,³⁷ que concentra todas las disposiciones sobre la provisión y la estructura del Tribunal Supremo en una ley. El procedimiento ante el Tribunal Supremo, hoy como ayer, se regula a través de las disposiciones correspondientes de los ordenamientos procesales civil y penal. En esta nueva ley se debería contrarrestar la pretendida inconstitucionalidad, de modo que el Tribunal Supremo nunca decidiera cuestiones jurídicas aisladas o las dictaminara sino que únicamente decidiera el caso concreto en particular. Sin duda, esto es solamente aparente, como se puede demostrar claramente con lo siguiente.

En principio, decide desde ahora el Tribunal Supremo en salas de cinco magistrados; actualmente existen ocho salas semejantes. La sala, no obstante, debe aumentarse en ciertos casos con seis miembros más. Las resoluciones de la sala así aumentada, comprometen, en principio, a las otras salas en todos los casos similares. De las decisiones de la sala así constituida, sólo se puede disentir a través de una sala en la misma forma aumentada. Esto significa, sin embargo, que el compromiso que constitucionalmente considerado es dudoso ha quedado integrado en las resoluciones previas e inclusive ha quedado arraigado expresamente en la nueva ley. Obligatorio no es, pues, el veredicto de la resolución previa, sino, como anteriormente lo era, la opinión jurídica expresada en el fallo.

Una sala así constituida, decide cuando la resolución de una cuestión

³⁶ *Die Judikate und Sprueche des Obersten Gerichtshofes seit seinem Bestande*, (Sentencias jurisprudenciales y fallos del Tribunal Supremo desde su fundación), p. XLIII y s.

³⁷ Bundesgesetz über den Obersten Gerichtshof vom (Ley federal sobre el Tribunal Supremo del) 19. 6. 1968, BGBl. núm. 328; véase al respecto Fasching, "Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Bindung des Obersten Gerichtshofes an seine Grundsatzentscheidungen", *Festschrift für Hans Schima* (Acerca de la justificación constitucional de la obligación del Tribunal Supremo a sus decisiones fundamentales, Opúsculo conmemorativo a Hans Schima), p. 133 y s.

jurídica de importancia fundamental significaría un disentimiento de la jurisprudencia fija del Tribunal Supremo, o de la última decisión adoptada en esta cuestión jurídica por la sala así aumentada, o cuando una cuestión jurídica de importancia fundamental no haya sido resuelta uniformemente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Finalmente decide también la sala así constituida, cuando el asunto que haya sido una vez resuelto ya por una sala así aumentada, y, en virtud de la revocación reenviada a la instancia inferior, sea llevada nuevamente por ésta al Tribunal Supremo.

Sintetizando, se puede decir, acerca de las nuevas disposiciones concernientes al Tribunal Supremo, que la nueva versión de las limitaciones en la revisión ha sido absolutamente eficaz y apropiada. La Ley Federal del Tribunal Supremo es jurídica y técnicamente eficiente; la nueva disposición de las salas constituidas en la forma descrita es, por el contrario, en modo alguno mejor que la disposición anterior, y con ello, por lo menos superflua.

Un último campo en el ámbito del derecho no ha sido reformado aún por el legislador: la organización judicial y la competencia. Precisamente aquí debería expresarse claramente la tendencia hacia la racionalización y a la configuración económica de la prosecución legal. Actualmente existen obstáculos insignificantes, que provienen del hecho de que el campo de la organización judicial afecta también intereses federales y municipales. Sin duda, en los próximos años, por razones de la racionalización, se llegará a una verdadera estructura de tres instancias. Para ello es necesario crear como última instancia, una instancia uniforme de acceso. Pero ésta únicamente podrá trabajar racional y económicamente, si su jurisdicción circunscribe un mínimo de habitantes y mantiene el número más adecuado de jueces técnicamente preparados, ocupados plenamente. Por otro lado, una jurisdicción demasiado grande traería consigo los peligros de un juzgado descomunal, de una tramitación en masa y de una estructura de personal incalculable. Aquí, investigaciones de economía empresarial tendrán que proporcionar el material necesario para reformas razonables. La extensión de la jurisdicción se debe determinar, naturalmente, atendiendo a la consideración de la fácil posibilidad de desplazamiento, por lo cual, en todo caso, el mejoramiento determinante de las condiciones del tráfico, aun en un país montañoso como Austria, recomienda jurisdicciones más grandes. Específicamente para Austria, el deseo posterior de reformar, es también el de integrar la jurisdicción de trabajo y la jurisdicción social a la jurisdicción ordinaria. Nosotros preferimos tal integración a una multiplicidad de sistemas, de vías jurídicas y jurisdicciones paralelas.³⁸

³⁸ Cfr., para la República Federal de Alemania, Hanack, *Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit* (El equilibrio de sentencias divergentes en la última instancia).

En resumen, se puede asegurar, que como tendencias predominantes del desarrollo del proceso civil austríaco se pueden distinguir el mejoramiento del acceso al tribunal y de igualdad de posibilidades para toda persona que busca justicia, el fortalecimiento de la obligación jurídica de la dirección procesal y la intensificación de la investigación de la verdad, la salvaguarda de la igualdad jurídica para cualquiera, a través de la decisión uniforme en casos de la misma índole y la mayor racionalización de la organización judicial; tendencias que más allá de las fronteras de Austria se aprecian en los ordenamientos procesales de todos los países del mundo con mayor o menor claridad.