

SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, DE 30 DE OCTUBRE DE 1998: CONSIDERACIONES GENERALES

Andrés de la Oliva Santos
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Complutense

SUMARIO: I. CONSIDERACION PRELIMINAR. II. PANORAMA GENERAL DEL PROYECTO. III. CRITERIOS BASICOS INSPIRADORES DEL PROYECTO. IV. CONSIDERACION ESPECIAL DE ALGUNOS ASUNTOS. V. DOS "MODELOS" DE JUSTICIA CIVIL. VI. CONSIDERACIONES FINALES: PROYECTO Y LEY: RESPONSABILIDADES DISTINTAS.

I. CONSIDERACION PRELIMINAR

Comenzaré esta conferencia sobre el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 30 de octubre de 1998, con un breve homenaje a la verdad y a la justicia. No sólo son dos valores que merecen ser honrados. Es que *necesitamos* honrarlos. Si lo hiciéramos, en lugar de ocuparnos de mezquinas vanidades, la causa de la república se vería muy beneficiada y también mejoraría sustancialmente la calidad de vida de cada uno.

Es cierto que el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil ha sido obra de muchos¹, pero me ajusto estrictamente a la verdad, a la realidad, al afirmar que este Proyecto *es, y es el que es*, gracias al

(1)Vid. Discurso de la Ministra de Justicia ante el Congreso de los Diputados, el día 25 de febrero de 1999, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Año 1999, VI Legislatura, núm. 217, 11625 a 11649. "Para atribuir este proyecto a teóricos son necesarios dos errores fundamentales y perfectamente evitables porque versan sobre hechos. Los dos errores son, primero, creer que hay un solo autor, creencia que es falsa; segundo, negar la experiencia en la justicia civil de los que han leído, pensado y escrito y vuelto a leer, a pensar y a escribir a fin de que existiera este proyecto...": (pág. 11627).

empeño de la Ministra de Justicia, a su trabajo personal y a las decisiones que ella ha adoptado². Y no se olvide que la iniciativa legislativa necesita de la *técnica jurídica*, pero entraña un ingrediente esencial, de *política legislativa*: decidir entre opciones, con un riesgo que los analistas y comentaristas *ex post* no tenemos que asumir.

II. PANORAMA GENERAL DEL PROYECTO

Con carácter muy general, y en cuanto al contenido del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, he de decir, en primer lugar, que, conforme al Proyecto, la futura Ley de Enjuiciamiento Civil no se ocuparía del Derecho concursal ni de la jurisdicción voluntaria, materias para las que se prevén leyes distintas. Aun con esta reducción de contenido, la Ley de Enjuiciamiento Civil proyectada tendría menor extensión que la vigente, de 1881. Y, sin embargo, sería objetivamente más completa.

Las normas de la LEC son concebidas en el Proyecto como comunes y supletorias para los restantes órdenes jurisdiccionales, sustituyendo a las normas procesales de la LOPJ, que quedaría reducida a lo que la Constitución (art. 122.1 CE) indica como contenido propio de dicha Ley Orgánica, abandonando el “modelo” de 1870, ya ajado, por lo demás, a causa de un centón de disposiciones dispersas.

(2) He participado ampliamente en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, desde el primer Borrador hasta el texto remitido a las Cortes, pasando por dos distintos Anteproyectos. Por tanto, puedo afirmar con conocimiento de causa, una vez más, que no soy el autor del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. Insisto: no es que, por modestia, pudor o timidez, no quiera atribuirme la autoría del Proyecto. Es que tal atribución sería contraria a la verdad y a la justicia. Confirmando que no se trata, en absoluto, un Proyecto de Ley de un autor ni, menos aún, de un Proyecto *de autor*, como suele decirse (y, a mi parecer, no podría ser ni una cosa ni otra). Insisto en que esta iniciativa legislativa entraña mucho trabajo de Maestros y compañeros y el de otros colaboradores ministeriales tanto o más que el mio. Por añadidura, puedo atestiguar que, del Borrador al Proyecto, pasando por dos Anteproyectos, todos los numerosísimos informes y notas han sido leídos y tomados en consideración otorgándoles el mismo valor que al texto del que se partía.

Acerca de si, como alguien ha pretendido, el hecho de haber participado en la elaboración del Proyecto de nueva LEC, me inhabilita para “defenderlo”, *vid.* mi artículo “El Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 30 de octubre de 1998, y la protección del crédito: ejecución provisional y proceso monitorio”, en *LA LEY*, 2 de marzo de 1999, págs. 1 y 2.

Según el Proyecto, la nueva LEC se estructuraría en cuatro Libros: de las disposiciones generales; de los procesos de declaración; de la ejecución forzosa y las medidas cautelares y de los procesos especiales, respectivamente. En estos cuatro ámbitos, las innovaciones son muy numerosas. Y todavía ha de completarse el panorama de esa innovación con los veintiséis preceptos de la Disposición derogatoria y los que integran las primeras catorce Disposiciones Finales.

Aparecen, en primer lugar, unas disposiciones generales, más modernas y completas, sobre la actividad procesal y sus presupuestos. Especial énfasis se pone, entre esas normas, en las que regulan los actos de comunicación, a sabiendas de que resultan de gran importancia para el propósito de evitar dilaciones y reducir sustancialmente los denominados "tiempos muertos". Después, en el Libro Segundo, se regulan los nuevos procesos ordinarios, a los que sigue un único régimen de apelación y una perfeccionada segunda instancia, para casi terminar el Libro Segundo con un sistema de recursos extraordinarios muy distinto del actual.

En cuanto a la ejecución forzosa, el Libro Tercero la regula unitariamente, para títulos judiciales y extrajudiciales, con las razonables distinciones y la también razonable comunidad de normas en muchos aspectos, como el procedimiento de apremio, en el que la subasta se reduce a una sola y se abre la puerta a sistemas alternativos de realización de bienes. En esta ejecución forzosa desaparece o se *diluye*, cabría decir, el actual "juicio ejecutivo", pero sin que desaparezca la ejecución por títulos extrajudiciales como los que hoy contiene el art. 1429 LEC. Es de destacar también, en el mismo ámbito, el cambio para acabar con la abrumadora *soledad* actual del ejecutante en lo relativo a la localización y selección de bienes del ejecutado. Y sobresale, como innovación clave del Proyecto, a mi parecer, el nuevo régimen de la ejecución provisional.

El Libro Tercero se completa con un genuino sistema de medidas cautelares, que se caracteriza por su amplitud y apertura, en especial si se compara con las vigentes normas, máximamente dispersas. En el Libro Cuarto, finalmente, se regulan los procesos especiales. Se codifican con modernidad los más especiales de los procesos civiles -aquéllos en que no debe regir, al menos plenamente, el principio dispositivo- y se añaden dos procesos más: el cambiario y el monitorio.

Estos grandes rasgos acerca del contenido del Proyecto de Ley no pretenden ser ningún resumen general, al que renuncio de antemano, a causa de la razonable limitación que este tipo de exposiciones implica. Pero, precisamente por el honor y la fortuna de haber intervenido en esa propuesta legislativa, puedo, en vez de intentar vanamente un resumen del Proyecto, dar noticia de los elementos inspiradores del trabajo, unos de índole que podría denominarse *material* y, otros, de naturaleza formal o *instrumental o metodológica*, por no decir *ecológica*, pues se refieren al “medio ambiente” en que se ha desenvuelto, de principio a fin, la elaboración del Proyecto de Ley.

El Proyecto de Ley contiene una extensa Exposición de Motivos. Esa es la explicación oficial del *qué* y del *por qué* del cambio de la Justicia civil que se pretende, desde el punto de vista procesal. Lo que seguidamente diré es el fruto de una reflexión personal, aunque me apoye en citas de esa Exposición y de la persona máximamente responsable del Proyecto.

Obviamente, no voy a referirme a todos los criterios que determinan las principales opciones expresadas a lo largo de más de ochocientos preceptos. Me ceñiré, en estricta y rigurosa síntesis, a los criterios de verdad *fundamentales*, que se engarzan y compenetran entre sí.

III. CRITERIOS BASICOS INSPIRADORES DEL PROYECTO

Como criterios inspiradores del Proyecto, de índole *material*, se me ocurren los siguientes:

1) Y fundamental: el Proyecto se ha elaborado, de verdad, pensando en el justiciable:

“Cada proceso civil -dijo la Ministra de Justicia ante el Congreso de los Diputados- es el caso y la vida de unos determinados sujetos jurídicos, en definitiva, de ciudadanos y de personas concretas. El proceso civil no es un proceso del Juez o del Tribunal o del Secretario, o del Abogado o del Procurador; no es su caso, el caso de servidores públicos o de profesionales; es el caso de unas personas, que necesitan tutela jurisdiccional y que, en ese trance y con ese fin, merecen la máxima atención y la vienen pidiendo con creciente intensidad. El Proyecto de Ley, en consecuencia, no puede ser una ley de los jueces o para los jueces, ni de los Abogados o

para ellos ni de los Procuradores o para ellos ni de los Secretarios Judiciales o para ellos. Es una ley pensada para los litigantes de los procesos civiles³".

2) La convicción de que se puede y se debe *acortar el horizonte temporal* de una respuesta eficaz a las demandas de tutela jurisdiccional. No se trata sólo ni principalmente de procurar eliminar dilaciones, sino de estar convencidos de que ese horizonte temporal ha de ser acortado en el mismo diseño del sistema o "modelo" procesal.

3) El propósito de no instaurar ni fomentar, con el pretexto o motivo de la mayor efectividad de la tutela, ninguna clase de *justicierismo*, de sumariedad excesiva.

(3) Vid. Discurso de la Ministra de Justicia ante el Congreso de los Diputados, *Diario de Sesiones del Congreso...*, cit., pág. 11626. Las afirmaciones transcritas *supra* se complementan, en la misma ocasión, con éstas otras: "Hemos buscado y logrado una participación amplísima, pero, desde luego, *el criterio inspirador del Proyecto no ha sido contentar a todos*. El Gobierno ha procurado no dejar de escuchar ni atender de verdad a nadie, no ha querido perjudicar a nadie. Ha procurado que los innegables esfuerzos que la aplicación de una nueva Ley exigirá se distribuyan, por así decirlo, equitativamente. El Proyecto que tengo el honor de presentar se ha hecho sin doctrinarismos ni copia masiva de modelos ajenos. Se ha hecho pensando *qué es deseable cambiar y qué es posible cambiar* en nuestra Justicia civil mediante un nuevo instrumento procesal y de qué modo, con realismo, cabe lograr esos cambios. *Contentar a todos no ha sido el criterio de política legislativa inspirador de este Proyecto*. Porque ese criterio es profundamente erróneo en el plano del deber ser y en el del ser. *Una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil debe buscar lo que es mejor para el conjunto de los justiciables y no -ni siquiera colateralmente- la máxima satisfacción de todos los sectores sociales, económicos y profesionales más inmediatamente implicados en la Justicia civil.*" (la cursiva es mía).

Y refiriéndose a la imposibilidad de contentar a todos, añadía: "Por poner algunos ejemplos, Señorías, les diré que no es posible que estén por igual contentos los que quieren ganar más y los que desean tener que pagar menos, los que tienen mucha prisa y los que no tienen ninguna, los que prefieren la oralidad y los que prefieren la escritura, los que pretenden que la intervención de unos es superflua y retardataria del proceso y aquéllos cuya intervención desaparecería de seguirse el criterio anterior. Ni siquiera cabe conciliar auténticas visiones -en mi opinión irreales- en que aparece el Juez expeditivo (e infalible, se diría) del caso soluble al instante y, a la vez, señorías, una oficina judicial que es el paraíso de la burocracia. No es posible ni es lógico ni razonable pretender que siendo tanta y tan legítima la diversidad de opiniones doctrinales y de preferencias de política legislativa sobre los cientos de puntos, cuestiones y materias que comprende una Ley de Enjuiciamiento Civil, esa diversidad se esfume y todos los que han venido discrepando, con todo derecho, durante vidas enteras, súbitamente se muestren uniformes." (*loc. cit.* págs. 11627-11628).

4) El firmísimo convencimiento, progresivamente madurado, de que no cabe una tutela jurisdiccional más *efectiva* que la actual, tomándose en serio el imperativo del art. 24.1 CE, sin que, por así decirlo, la ley incremente la confianza -y la responsabilidad- en la “justicia de primera instancia”. Y he dicho “convencimiento progresivamente madurado”, porque no se ha tratado de un “apriori” teórico o doctrinal, sino del resultado de muchas deliberaciones y esfuerzos encaminados a mejorar, a partir de la realidad, numerosas instituciones de la justicia civil.

5) La decisión de proteger más eficazmente el crédito, especialmente con un proceso de ejecución que no constituya, como en la actualidad, un auténtico “paraíso del deudor”. Y el crédito que más interesa proteger es el que hoy se encuentra más desprotegido⁴.

6) La honda persuasión de que la doctrina jurisprudencial debe volver a tener una seria fuerza directiva ejemplar en nuestra vida jurídica. Con otras palabras: la reafirmación, con manifestaciones concretas, de la importancia del *precedente autorizado*, no autoritario, sin mistificaciones y confusiones en un sistema de fuentes del Derecho como el nuestro, que es, en sí mismo, muy claro, pero que, demasiado frecuentemente, no es entendido con esa claridad⁵.

Manifestaciones sobresalientes de estos criterios, que, insisto, se armonizan y compenetran entre sí, son éstas: la estructura del juicio ordinario, sin la extremosidad de la oralidad absoluta y huyendo de una vista no suficientemente preparada, pero, con más concentración y oralidad, y con decidido apartamiento de un proceso fragmentado en cientos de porciones separadas; el reforzamiento de

(4) “La protección del crédito no es, para mi, la protección de las entidades de crédito y financiación. Es la protección de *todo crédito*, también el de esas entidades, pero con singular atención a quienes disponen de menos recursos, humanos y económicos para defenderlo ante los Tribunales de justicia.” Vid. MARISCAL DE GANTE Y MIRON, M., *Una ley para una Justicia eficaz*, conferencia pronunciada en Barcelona, el 19 de junio de 1998, en las Jornadas sobre “La protección del crédito en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”, Bol. del Ministerio de Justicia, nº 1825, 15 de julio de 1998, pág. 11.

(5) Quiero decir que, aunque según nuestro sistema de fuentes del Derecho objetivo no ofrece duda que entre ellas no se cuenta la jurisprudencia (ni en sí misma ni “con la doctrina” del Tribunal Supremo: art. 1.6 C.c.), han menudeado las más diversas manifestaciones, de “expertos” y de legos, de las que parece desprenderse que en nuestro sistema jurídico podría o debería tener cabida tanto el precedente autoritario -vinculante- como una suerte de unificación imperativa de la doctrina jurisprudencial, a golpe de decisiones asimismo vinculantes de determinados órganos. Lo peor es que en la polvareda de esta confusión parece haberse perdido el interés -¿y la esperanza también?- por poseer *sentencias de calidad*, con autoridad o *auctoritas*, al más alto nivel.

la seriedad de las pruebas, con efectiva intermediación y plena contradicción; la reducción de los recursos ordinarios; el nuevo régimen de la ejecución provisional; el nuevo sistema de medidas cautelares, más completo que el actual, pero con mantenimiento de la esencial *instrumentalidad* de esas medidas; la restauración de los títulos ejecutivos en la seriedad que nunca han debido perder; la configuración nueva de la oposición a la ejecución, menos amplia que en muchos casos actuales; la simplificación del procedimiento de apremio; el proceso monitorio; el nuevo sistema de recursos extraordinarios, con la exigencia de un claro interés casacional, objetivamente determinado y la fe en el recurso en interés de la ley, diferente del actual.

Desde el punto de vista metodológico o *ambiental*, el Proyecto se ha elaborado, ante todo, teniendo presente la elemental distinción entre lo *mal hecho* y lo *mal regulado* y sobre la consecuente base, también muy elemental, de que las reformas legales no pueden pretender barrer lo mal hecho de la superficie de la tierra, sino eliminar lo mal regulado y sustituirlo por una buena regulación, que no favorezca los comportamientos defectuosos⁶. La ley procesal no

(6) Durante décadas, se han reclamado nuevas Leyes procesales y se ha *demonizado* -como ahora es moda decir- a las leyes procesales vigentes, cuidándolas de todos los males de la Justicia. De esta tesis me parece haber sido, si no el único, desde luego el principal impugnante contra corriente. Vid. mi trabajo "Acerca de la reforma procesal", en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1995, nº 1, págs. 141-142 y 147-152. Ahora, en un sospechoso cambio radical de criterio, algunos vienen a sostener que ningún mal de la Justicia se arregla con una nueva Ley procesal y, en concreto, que la Justicia civil está mal, no por las leyes procesales, sino a causa de problemas de organización, de medios y de defectuosa aplicación o de pura y simple inaplicación de las leyes. Cabe demostrar, desde luego, que los que mantienen ahora el criterio de la inutilidad de las reformas procesales, 1) no se han distinguido precisamente por ninguna preocupación especial ante la desorganización judicial ni por la falta de medios materiales; 2) tampoco se han distinguido por su actividad ante los defectos de aplicación de las leyes procesales; 3) no se han atrevido a sostener que la situación actual sea, en cuanto a organización y a medios materiales (e incluso a número de órganos jurisdiccionales), peor que aquella en la que todo se cifraba en "la" reforma procesal (es mejor, sin duda); 4) no han explicado cómo puede ser conforme a la lógica poner una "nueva oficina judicial" (otra más, por cierto) delante de la definición de lo que la "oficina" tendría que hacer. *Cuando pitos, flautas; cuando flautas, pitos.*

Pero el colmo del sofisma consiste en sostener la inutilidad de, por ejemplo, normas razonables sobre concentración y oralidad, puesto que en el pasado se han infringido ciertas normas sobre oralidad (p.ej., dicen, en la comparecencia previa del juicio de menor cuantía) y, a la vez, afirmar que el hecho de que la ley se aplique o no, o se aplique mejor o peor, es cosa que varía, no según ciudades o lugares, sino de un Juzgado a otro del mismo lugar o de una Sección a otra del mismo Tribunal. Es decir: que depende de quienes integran los órganos jurisdiccionales concretos. Así es y así lo vengo sosteniendo desde hace años. Pero, entonces, ¿qué hay que hacer? ¿No reformar nada, porque se disponga lo que se disponga, siempre habrá quien no lo aplique o incluso serán mayoría los infractores de las leyes en el seno mismo de la Justicia? ¿O hay que esperar a que todos sean buenos Jueces y Magistrados, buenos Secretarios, amables y trabajadores servidores de la Justicia? Se dice, en concreto: "el proceso monitorio, si, está bien, pero hay que tener en cuenta que las «oficinas judiciales» de nuestros Juzgados no son las alemanas. "Es muy cierto:

debe desconocer la naturaleza humana, pero ni su fundamento ni su objeto pueden ser una eximia virtud de los protagonistas de la Justicia.

Sobre esta base, los criterios “metodológicos” principales han sido, a mi entender, los siguientes:

1) El fomento de una participación seria y máxima en la elaboración del Proyecto y la atención, real y esforzada, a todos los informes, críticas y propuestas y a cuanto se iba publicando, que ha sido mucho, sobre el Borrador y el Anteproyecto.

El Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil no pertenece a las obras que “en horas venticuatro” han pasado “de las musas” al teatro, a la escena parlamentaria. Ni ha surgido como un champiñón en la umbría de la champiñonera, ni ha sido mera palabrería la constante afirmación de querer elaborarlo sin personalismos. Me satisface muchísimo que un centenar largo de compañeros, de 33 Universidades distintas, así lo hayan entendido⁷.

no estamos en Alemania. ¿Qué se propone, entonces? ¿Esperar a que todos seamos alemanes? Pero, ¿quién va a decidir cuándo nos hemos *alemanizado* suficientemente, cuándo estamos ya en condiciones de tener leyes mejores, porque ya son mejores los Jueces y Magistrados, los Secretarios y los Oficiales, Auxiliares y Agentes? Y, ¿acaso es que cabe seriamente tamaña unilateralidad de la crítica, siempre de “los otros”, siempre heterocrítica, nunca autocrítica? ¿Pueden, por ejemplo, algunos Decanos de Colegios de Abogados hablar de “los demás”, como si en el seno de la Abogacía -y de los órganos corporativos de ésta- todo fuese la suma perfección? ¿Qué hacer, entonces? ¿Que esos Decanos determinen cuándo *los demás* han mejorado suficientemente y que un comité de Jueces, Magistrados, Secretarios, etc. determine cuándo los Abogados han mejorado de modo parejo?

(7) Son Catedráticos, Profesores Titulares y otros Profesores Doctores, entre los que abundan quienes, además, son o han sido Abogados, Secretarios Judiciales, Magistrados, etc. El pluralismo de los firmantes, en todos los órdenes, es patente. Pero lo principal, lo que, lamentablemente, necesita aclararse y reafirmarse, en un época de lamentable olvido de instituciones sociales básicas, es esto: que el trabajo científico en el ámbito del Derecho no es elucubración al margen de la realidad. Al contrario, empezando por las buenas tesis doctorales, ese trabajo supone un estudio exhaustivo de todos los casos reales en la materia -parcela de la realidad- objeto del trabajo: estudio de toda la jurisprudencia y estudio de la doctrina, que, a su vez, se basa en los trabajos anteriores, realizados con ese mismo método. Una buena monografía acumula en sus entrañas las experiencias de varias vidas y, desde luego, más experiencia que la que se puede llegar a poseer en algunos años de ejercicio profesional ¿Qué no sumarán, de estudio serio de la realidad procesal, los trabajos de esos 106 Profesores?.

En otro orden de cosas, para un conocimiento más concreto de los informes y notas tomados en consideración -como es patente para quien estudie las variaciones del Borrador al Proyecto- recomiendo de nuevo el documento del Ministerio de Justicia sobre el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, titulado “Itinerario de su elaboración”, disponible, entre otros medios, en las páginas “web” de dicho Ministerio: “www.mju.es.”

2) La ausencia de prejuicios doctrinarios y la determinación de no convertir la tarea legislativa en ocasión para dirimir controversias jurídicas doctrinales o teóricas, ni siquiera las que se manifiestan en diversidad terminológica. Sin duda recuerdan los Profs. DIEZ-PICAZO y GIMENEZ (IGNACIO), MORENO CATENA y ORTELLS RAMOS que, en Bolonia⁸, varios prestigiosos Catedráticos italianos, constituidos en una especie de “tribunal” del Borrador y del primer Anteproyecto, lo consideraron “poco doctrinario”. Como esto lo dijeron en tono más bien de censura, su criterio resulta fiable. A mí me pareció un elogio y así lo dije.

3) La cuidadosa comprobación de que a ninguno de los grupos profesionales afectados le exigirá la nueva Ley cambios en exceso onerosos y que a todos les exigirá cambios de pareja entidad⁹.

4) El equilibrio entre dos puntos: a) el convencimiento de que la Ley nueva no hace nuevos a sus múltiples destinatarios ni está destinada a una Administración de Justicia, una Carrera Judicial, un Secretariado Judicial, una Abogacía y una Procuradoría ubicados en Utopía, sino a las mismas personas que hoy, con la Ley de 1881 y todos sus “complementos”, son protagonistas de la Justicia civil; b) la confianza en que esos protagonistas son capaces de cambiar modos de actuar y querrán hacerlo.

(8) Me refiero al “Incontro di studio” sobre “Le riforme del processo civile in Spagna e in Italia”, celebrado en el Istituto di applicazione forense “Enrico Redenti”, de la Facoltà di Giurisprudenza de la Università degli Studi di Bologna, el día 16 de marzo de 1998. Participaron los Profs. Ordinarios Carpi, organizador del “Incontro”, Consolo (Milano), Taruffo (Pavia), Trocker (Firenze) y Bonsignori (Bologna).

(9) “Con realismo, conociendo y ponderando la capacidad, el criterio y las posibilidades reales de Jueces y Magistrados y de Secretarios Judiciales, Oficiales, Auxiliares y Agentes, así como la capacidad y el criterio de Abogados y Procuradores, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que creo necesaria, son precisos cambios, nuevos modos de hacer, que requieren esfuerzos de renovación por parte de todos los sujetos citados. Me parece que son esfuerzos razonables y equilibrados entre sí. Y para soslayarlos no cabría apelar a la desconfianza en la capacidad o en la voluntad de llevarlos a cabo. Es más: se cometería un injusto agravio negando a los protagonistas de la Justicia idoneidad o buena disposición”. Vid. MARISCAL DE GANTÉ Y MIRÓN, M., *Una ley para...*, cit., págs. 6 y 7.

IV. CONSIDERACION ESPECIAL DE ALGUNOS ASUNTOS

Me detendré ahora en tres asuntos, que guardan una muy estrecha relación los criterios inspiradores del Proyecto: los procesos ordinarios, la ejecución provisional y los recursos extraordinarios.

1. Los procesos ordinarios

En la perenne pugna entre oralidad y escritura, el Proyecto se ha elaborado sin más “a priori” favorable a la oralidad que el impuesto por el aptdo. 2 del art. 120 CE. Por de pronto, había de reconocerse la consustancialidad de la oralidad respecto de la inmediación (*stricto o lato sensu*) y debía concretarse articuladamente ese reconocimiento: se optó, pues, desde el principio, por la práctica de la prueba en una única vista, lo que convenía, a la vez, a la inmediación real, imposible de falsear, a la oralidad y a la seriedad de las pruebas¹⁰; se optó también desde el principio, por un trámite, verbal y público, en absoluto igual al de la actual comparecencia previa del juicio de menor cuantía (arts. 691-693 LEC), sino con más contenido, de mayor interés para las partes y para el buen fin del proceso y, por consiguiente, también prácticamente imposible de falsear. Más adelante -y eso determinó el esquema final del Proyecto-, se entendió que aún cabía enriquecer ese acto oral y público anterior a la práctica de la prueba, confiando en que los Abogados pueden sin mayor dificultad formular las conclusiones sobre ésta inmediatamente después de practicada. Así, el proceso ordinario quedaría configurado conforme al siguiente esquema general:

a) Demanda por escrito;

b) Contestación escrita a la demanda (antes, eventualmente, declinatoria);

(10) Algunos, con el peor estilo del mitin político-partidista, se han empeñado en negar la inmediación, la oralidad y la concentración de actos que se concretan en los procesos declarativos previstos en el Proyecto. Se puede decir que se postula, para todos los litigios civiles, un proceso como el juicio verbal actual: tras una demanda sucinta (una demanda impropia), citación para una vista, en que se concentren las alegaciones y la prueba y tras la que se dicte sentencia. Si ése es el “modelo” de proceso y si se cree en un único tipo de proceso, se puede considerar insuficiente la oralidad y la concentración de actos de los procesos diseñados en el Proyecto. Pero no se dice eso ni se postula tal modelo. Se niega la realidad misma del Proyecto.

c) Audiencia previa al juicio (intentos de acuerdo, depuración de problemas procesales¹¹, fijación del objeto de la controversia, proposición y admisión de la prueba).

d) Juicio (resolución de cuestiones pendientes, práctica de todas las pruebas y conclusiones sobre éstas, más, eventualmente, si las dos partes estuviesen conformes, informes finales).

e) Sentencia¹².

Como quiera que se considera posible y deseable sustanciar sin complejidades procedimentales, con la simplicidad inherente a la oralidad, gran número de cuestiones, muchas de ellas de mayor importancia que la de los asuntos hasta ahora sustanciados oralmente, el Proyecto preveía con amplitud objetiva dos modalidades de *juicio verbal*: una, para los asuntos más simples: en que tras demanda sucinta, se cita a la vista a las dos partes (como el actual); otra, con demanda y contestación a la demanda en forma ordinaria y posterior vista. A la modalidad de juicio verbal similar al actual se le asignan los asuntos de escasa cuantía o normal sencillez del objeto, con frecuencia unida a la necesidad de una rápida respuesta judicial a la pretensión de tutela. En cambio, materias de cuantía superior, aunque no elevada, y de complejidad igualmente mayor, pero de apremiante respuesta jurisdiccional se adjudicaban, por así decirlo, al juicio verbal que se inicia mediante demanda escrita semejante a la del "juicio ordinario", seguida de posible contestación a la demanda también por escrito, previas a la vista oral. Tras las enmiendas presentadas, el Texto aprobado por la Ponencia del Congreso de los Diputados sólo mantiene un "juicio verbal" como el actual. A mi parecer, hubiera sido preferible, mantener la modalidad suprimida y eliminar de nuestro sistema procesal civil el juicio verbal que se inicia mediante "papeleta" y no prevé contestación por escrito.

(11) El Proyecto -que responde a un clamor doctrinal y jurisprudencial especialmente intenso en las décadas de los años 60, 70 y 80 (después parece como si se hubiese desesperado de encontrar eco)- contiene un claro tratamiento de los presupuestos procesales, que elimina prácticamente el riesgo de que, tras todos los actos del proceso, termine éste sin resolución sobre el fondo.

(12) Se suprimen las diligencias para mejor proveer, sustituyéndolas, para casos muy justificados, por unas diligencias finales, sin posibilidades dilatorias. Sobre esto, vid. Exposición de Motivos del *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Año LII, Suplemento al núm. 1832, de 1 de noviembre de 1998, pág. 34.

En cualquier caso: en el “juicio ordinario”, los actos iniciales de alegaciones son escritos, pero la oralidad preside la *audiencia previa al juicio* y el *juicio* mismo y el procedimiento bien puede considerarse “predominantemente oral” (desde luego es más oral y con más concentración de actos que los actuales juicios ordinarios de mayor y menor cuantía y de cognición). No me parece, sin embargo, que el denominado “juicio ordinario” resulte ser un proceso en el que en este predominio de la oralidad ponga en peligro la seriedad de la tarea forense, de unos y otros, sino que combina las ventajas de una y otra forma procesal.

La utilidad y las ventajas de las actuaciones escritas, que no se desconocían, tampoco se han desechado, teniendo en cuenta los hábitos conformes con preferencias razonables de muchos profesionales del Derecho, preferencias que parecen más fundadas y realistas que algunas modas doctrinarias, cuya aplicación a ultranza ha constituido un fracaso. Por eso, se mantiene la escritura para los principales actos de alegaciones del “juicio ordinario” y para el arranque de los juicios verbales en que hayan de ventilarse asuntos de más complejidad.

Algunos han aducido que, en realidad, dentro de la regulación de los juicios verbales están, *disfrazados*, los mismos “procesos especiales” de los que hoy “disfrutamos”. No es así, en absoluto. Es cierto, desde luego, que en esa regulación se encuentran diversas especialidades. Y no podía ser de otra manera, porque son especialidades, en razón de la materia y de la tutela jurisdiccional pretendida, que siempre se han entendido plenamente justificadas. Nunca debía plantearse una nueva Ley prescindir de esas peculiaridades: lo que debía hacer es, por un lado, eliminar diversidades injustificadas en sí mismas o la injustificada diferenciación de cauce procedimental y, por otro lado, acabar con la dispersión normativa. Eso es lo que pretende y logra, a mi entender, el Proyecto: un único cauce procedimental y reunión de las especialidades que se han considerado justificadas en *tres* preceptos, relativos a los distintos momentos procesales en que esas especialidades se incardinan.

Decir, por ejemplo, como crítica, como si se hubiese descubierto un subterfugio intolerable, que en realidad no se ha suprimido el proceso del art. 41 LH (y que se encuentra en los arts. 439.2, 7º; 441.3; 442.2; 444.3 y 447.2 del Proyecto), merece, como respuesta, la siguiente pregunta: ¿es que alguien había defendido o defiende ahora que debía o debe desaparecer lo que ese proceso

entraña? En la elaboración del Proyecto se ha considerado que ni ese proceso del art. 41 LH ni el del art. 131 de la misma Ley hipotecaria común deben ser eliminados¹³. Lo que procedía hacer y se ha hecho -no sin dificultades, por cierto- es traerlos a una Ley procesal civil y confeccionar ésta de modo que recoja ahora todas las especialidades procesales razonables y esté estructurada de manera que las que puedan surgir en el futuro se lleven a la LEC y no hayan de incardinarse en leyes o “Novelas” extravagantes¹⁴.

2. La ejecución provisional sin previa caución

En la nueva ejecución provisional, el Proyecto prevé un cambio radical -y, a mi entender, de los más relevantes, si no el que más-: la no exigencia de caución para pedir y lograr la ejecución provisional de pronunciamientos de condena. De este modo -lo diré parafraseando la Exposición de Motivos- el Proyecto dice “no” a las sentencias de primera instancia en principio inmediatamente inefectivas, en principio meramente platónicas, porque casi siempre gravita sobre ellas, neutralizándolas, la apelación y la segunda instancia que se dan por sentadas. Por tanto, solicitud y despacho de la ejecución provisional de la mayoría de las sentencias sin necesidad de prestar caución. Es decir, ejecución provisional no sólo para quienes dispongan, directa o indirectamente, de liquidez monetaria. Aunque, desde luego, articulación de la posibilidad de oponerse a la ejecución provisional, según las condenas sean o no dinerarias, con el denominador común de que, mediante esta oposición -en la que algunos no parecen haber reparado-, quepa evitar lo que sea irreversible o no compensable económicamente de modo equitativo.

(13) Parecida a la “crítica” por la subsistencia de especialidades procesales, pero aún más notable y asombrosa, es la consistente en afirmar que, aunque la estructura de los procesos ordinarios es sencilla, caben numerosas “complicaciones”, como se puede “descubrir” mediante la lectura del Libro Primero del Proyecto (“De las disposiciones generales relativas a los juicios civiles”) y del Título I del Libro Segundo (“De las disposiciones comunes a los procesos declarativos”). A mi parecer, es perfectamente susceptible de crítica el muy diverso contenido de esos bloques normativos del Proyecto, pero resulta asombroso que, sin esa crítica, se venga a propugnar una de estas dos cosas (o las dos): a) que las complicaciones desaparecerán si no se prevén legalmente; b) que es mejor no prever cómo han de resolverse eventuales cuestiones problemáticas sobre la jurisdicción o la competencia, las partes y su representación, la acumulación de acciones y de autos, la validez y eficacia de la actuaciones, la regular constitución de la litis, la abstención y la recusación, la admisión o inadmisión de pruebas, etc. Si no existieran esas previsiones, ¿qué críticas no podrían formularse, éstas sí, con todo fundamento?

(14) Ha habido quienes pretendían que la Ley proyectada contuviese una suerte de cláusula de cierre respecto de ulteriores especialidades procesales, grandes o pequeñas. Pero, ¿cómo puede disponerse por el Parlamento que éste mismo, en lo sucesivo, nunca apruebe una nueva regulación procesal? Lo más que cabe hacer es fomentar, con una nueva Ley general que, por así decirlo, *dé ejemplo*, una técnica legislativa que introduzca en esa misma Ley, y no en las sustantivas nuevas, las particularidades procesales que, tras meditar seriamente sobre su necesidad, se estimen del todo imprescindibles.

Es comprensible que el nuevo régimen de ejecución provisional cause cierto temor. Se trata, como he dicho, de una innovación de gran calado, que reclama, por así decirlo, un serio cambio de mentalidad: pensar en las sentencias de primera instancia como sentencias en principio eficaces y no en principio ineficaces. Pero si venciera la mentalidad actual -mentalidad que, con el mayor respeto y comprensión, me parece "antigua", eminentemente *conservadora*-, difícilmente podría hablarse de un genuino cambio de la Justicia civil en el sentido de ser más efectiva.

Mucho cabría decir sobre la necesidad y la racionalidad de este cambio. En defensa del nuevo sistema me limitaré ahora a expresar una consideración comparativa entre medidas cautelares y ejecución provisional. ¿Es coherente el muy actual *clamor* por medidas cautelares contundentes, incluso antes de iniciarse el proceso, incluso de las denominadas "anticipatorias", con el *temor* ante una facilitada ejecución provisional?

¿No es cierto que en el caso de las medidas cautelares no se dispone sino de un "fumus boni iuris", mientras que la ejecución provisional supone una sentencia favorable, tras un proceso con todas las garantías¹⁵?

(15) Parecida consideración se encuentra en MARISCAL DE GANTE Y MIRÓN, M. Una *Ley para...* (cit. pág. 10): "les propongo que, ante el vértigo que un cambio tan radical puede provocar, hagamos el ejercicio de meditar si, para el órgano jurisdiccional que ha de resolver sobre la oposición a la ejecución provisional, es acaso esta decisión más o menos difícil que la que entraña resolver sobre la petición de medidas cautelares".

"¿Acaso los factores encontrados que han de ponderarse ante una oposición a la ejecución provisional son de mayor dificultad que los que deben tomarse en consideración cuando se piden medidas cautelares? ¿Se puede sostener que la ponderación de esos factores es más ardua en un caso que en otro?"

"Si, como pienso, han de ser negativas las respuestas a estos interrogantes, se trata de instituciones, ambas, que, siendo distintas, entrañan riesgos de error, pero riesgos de error parejos y que cabe admitir como soportables en aras de la efectividad de la tutela y, en lo que ahora nos concierne, de la protección del crédito. Sé que la ejecución forzosa provisional no es, por supuesto, ninguna medida cautelar y supone, de ordinario, efectos de más fuerza e intensidad que los propios de las medidas cautelares. Pero en un caso, además de una razonable oposición, está un proceso anterior y una sentencia y, en el otro, sólo el «fumus boni iuris»".

(Obviamente, este razonamiento puede encontrarse con la dificultad *-que no es meramente imaginaria*, y por ello abro este paréntesis- de que la ejecución provisional se conciba como una medida cautelar y, a partir de ahí, se postule la exigencia de caución para la ejecución provisional precisamente porque se exige para las medidas cautelares. Pero entonces la dificultad estriba, en último término, en la necesidad de volver a empezar a exponer y defender el Derecho procesal: algo semejante a lo que ocurriría si se entendiera que los Ayuntamientos son Iglesias y, por tanto, han de estar provistos de campanario¹⁶: habría que reexplicar Ayuntamientos e Iglesias).

(Nunca ha sido cierto -y lo vengo diciendo desde hace tiempo- ese tópico según el cual “en Derecho todo es discutible”. Muchas cosas son discutibles, pero es innegable que el debate jurídico y el progreso jurídico -doctrinal, legislativo, jurisprudencial, etc.- se apoyan sobre un consenso en ciertos instrumentos entre los cuales sobresalen muchos *conceptos*. De lo contrario, si las bases de la comunicación estuviesen todas, y siempre, en discusión, poco se podría avanzar. Pues bien: hay consenso, que me atrevería a calificar de uníversonal, sobre la distinción entre medidas cautelares y ejecución provisional. No es cosa de explayarse aquí sobre esta distinción, pero, resumiendo: en la ejecución provisional hay elementos similares a los que cabe descubrir en las medidas cautelares, pero en éstas nunca hay algo esencial en la ejecución provisional: una resolución judicial susceptible de ejecución forzosa. En la ejecución

(16) Quiero decir, como enseguida se verá en el texto principal, que la cuestión se desplaza a una discusión acerca de la premisa mayor, esto es, si la ejecución provisional es una medida cautelar o si un Ayuntamiento y una Iglesia son lo mismo. Son dos cuestiones sumamente fáciles de resolver, pero la argumentación es ardua. Sucede que nunca ha sido fácil *explicar* lo patente o evidente y siempre ha sido muy difícil la argumentación dirigida a demostrar lo manifiestamente erróneo. De todas formas, también se debe señalar que el campanario no es consustancial a la iglesia; es decir: por volver del ejemplo a nuestro tema, que caben medidas cautelares sin necesidad de previa prestación de caución por quienes las soliciten. Ya lo prevé así la LEC vigente, para el embargo preventivo, si el título que se presentase fuese ejecutivo o el solicitante “tuviera responsabilidad conocida” (cfr. arts. 1401 y 1402). Y en el denominado “aseguramiento de bienes litigiosos” (arts. 1419-1427 LEC) tampoco aparece la prestación de caución por el solicitante de la intervención como requisito para que ésta se acuerde.

provisional hay, como base de la decisión judicial en sí misma ejecutable, un juicio en el que se dice el Derecho en el caso concreto, al que ha precedido una entera serie o sucesión de actos preparatorios de ese juicio. En las medidas cautelares, que, por definición, se adoptan cuando ese juicio no se ha pronunciado y cuando no ha acabado—o cuando ni siquiera ha comenzado—la referida serie o sucesión de hechos, nunca hay algo más que un *aroma de buen Derecho*. Cerrado el paréntesis, retamo el hilo del *discurso*).

La incoherencia entre el *clamor* por las medidas cautelares y el *temor* ante la ejecución provisional se agudiza cuando, como sucede con frecuencia, las medidas cautelares son entendidas, *de hecho*, como fin en sí mismas, lo que, por explicable que resulte desde el punto de vista de los interesados en obtenerlas, no deja de merecer repulsa según un elemental sentido de la justicia, del que la técnica jurídica se ha hecho constante eco al recalcar la esencial instrumentalidad de las medidas respecto de la tutela judicial pretendida en un proceso principal. Pero la contradicción entre esta extendida devoción fervorosa por las medidas cautelares y las reservas y recelos ante la facilitada ejecución provisional del Proyecto alcanza proporciones máximas cuando se defiende -y existe tal defensa, muy activa y pugnaz- que las medidas cautelares -incluso las más enérgicas: las “anticipatorias”- deben, *de iure*, dejar de ser instrumentales de un proceso principal y configurarse como plenamente autónomas.

No puedo dejar de ver, en este desquiciado planteamiento -que entraña un convencimiento cuasi-fanático de que al solicitante de las medidas le asiste siempre la razón-, una idea de los instrumentos jurídicos como meras herramientas al servicio de grandes intereses, sin duda dignos de consideración y protección, pero nunca legitimadores de un absoluto desequilibrio procesal.

Claro está que cabe una posición contraria, tanto al cambio relativo a la ejecución provisional, como al nuevo régimen de medidas cautelares. Comprendo esa posición, pero hay que decir, ante ella, que representa la opción por no innovar, por dejar las cosas sustancialmente como están, por una Ley de Enjuiciamiento Civil

remozada, pero no *nueva*¹⁷. Siempre que no pretenda disfrazarse, me parece una postura legítima, que ya ha logrado tener éxito -un éxito que no puedo celebrar- a propósito de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa¹⁸.

(17) Entiéndase que la real novedad de la futura Ley no responde a un “apriori” de ruptura con la LEC vigente, sino al convencimiento de que entre los cambios que se consideran necesarios los hay sustanciales y radicales. Vid. MARISCAL DE GANTE Y MIRON, “Una ley para...” (*cit.*, pág. 6): “Una ley nueva, no por prurito de novedad o por seguir una moda irresistible. Nueva, porque son necesarios algunos cambios no accesorios; porque, además de perfeccionar al máximo muchos institutos procesales, es preciso que cambien algunas piezas de nuestro sistema procesal”.

(18) La resistencia a estos cambios, en el ámbito jurisdiccional contencioso-administrativo, puede deberse a una arraigada actitud de defensa de las Administraciones Públicas, al hábito de ver los asuntos contenciosos primordialmente desde el punto de vista de la Administración demandada y a la consiguiente nula inclinación a innovaciones que entrañen dificultades mayores para esta parte procesal. Comprendo esta actitud y me explico ese hábito. Me abstengo ahora de juzgarlo y menos aún con una sumariedad descalificatoria que entrañaría la misma unilateralidad que parece observarse en esa postura. Me parece, simplemente, que esa actitud y ese hábito no deben mantenerse a propósito de la Justicia civil, porque carecen de suficiente razón de ser respecto de los litigios civiles y mercantiles.

Por descontado, otras resistencias a esos cambios resultan menos justificadas y explicables. Son las de quienes prefieren, por interés inmediato con repercusiones crematísticas -no las repudio, pero eso son-, que en modo alguno se acorte el horizonte temporal de la respuesta jurisdiccional eficaz. Generalmente, se esgrime el “derecho” del ejecutado provisional o del demandado (presente o futuro), respecto de las medidas cautelares. Esgrimir tal “derecho” en el trance de una reforma legislativa -cuando ésta se preocupe, en las Disposiciones Transitorias, de no mermar injustamente las oportunidades surgidas de la aplicación de las normas anteriores-, constituye una petición de principio, porque ese “derecho” se tiene si la ley lo concede y con los presupuestos y requisitos que ésta opte por establecer. Y una nueva Ley necesariamente considera a todos sus destinatarios, a la par, como demandantes y como demandantes en potencia. Desde el punto y hora en que no existe un derecho supralegal a la segunda instancia civil, la existencia de tal derecho no puede ser esgrimida ni en contra de un sistema procesal de única instancia, ni en contra de un sistema de primera instancia y “apelación limitada” -estos sistemas o modelos existen, por cierto, en países que son tenidas por civilizados- ni, menos aún, frente a una ejecución provisional sin fianza previa. Desde luego que estas opciones pueden ser consideradas, desde el punto de vista de la prudencia legislativa, peores que aquélla que, a fin de cuentas, supone considerar insuficiente la sustanciación de una primera instancia con todas las garantías para que se diga el Derecho del caso concreto con eficacia. Pero esto es lo que habría que defender, en tal caso: que sigamos con un “modelo” procesal que sólo estima eficaces los “productos” de una doble instancia, considerada la segunda, además, sin construcción a cuestiones jurídicas, sino con capacidad de modificar enteramente el juicio de hecho.

3. *El nuevo régimen de recursos extraordinarios*

El nuevo régimen de recursos extraordinarios es también una manifestación de la real preocupación por la efectividad de la tutela judicial, coherente con las restantes manifestaciones que he destacado. El Proyecto supone, en este punto, un “no” a los denominados recursos técnicamente “extraordinarios” y que técnicamente no son una “tercera instancia”, pero que el justiciable percibe como habituales, “ordinarios” en sentido vulgar y que constituyen, innegablemente, una tercera fase de una serie o sucesión de actos a todas luces excesivamente prolongada.

Como elemento y valor de nuestro sistema jurídico, el Proyecto mantiene la casación. Pero nuestra actual casación peca por carta de más -son demasiados los recursos- y peca por carta de menos: son demasiadas las materias civiles y mercantiles acerca de las cuales no hay doctrina jurisprudencial emitida por el Tribunal Supremo. Es indispensable redefinir, por tanto, el ámbito de la casación civil y aclarar lo que de ese instituto se pretende.

Desde hace bastante tiempo, poco ha habido en España, sobre la casación y el papel del Tribunal Supremo, distinto de estas tres cosas: 1ª) Resúmenes de jurisprudencia, mejor o peor elaborados, para uso de prácticos (lo digo ahora sin ningún acento peyorativo, en el mismo sentido en que la idea es utilizada por las empresas editoriales de obras jurídicas); 2ª) Estudios sobre aspectos concretos del quehacer casacional, algunos de ellos seriamente realizados y valiosos; 3ª) Creciente olvido de las obras clásicas sobre la casación, escasez de trabajos que manifiesten una reflexión general sobre el instituto y sobre la función del Tribunal Supremo y prevalencia absoluta, sobre esos pocos trabajos, de algunas ocurrencias espasmódicas y coyunturales, sin fundamento en ningún *modelo*, como no se entienda por tal la rutina acrítica, que me parece que está siendo, a la postre, un coloquio a base de retórica sobre la nomofilaxis y la “unificación” (!) de la doctrina jurisprudencial y de la praxis de la denominada “justicia del caso concreto”.

Con toda razón señala TARUFFO, como punto de partida para cualquier tarea redefinidora de la casación y del papel del Tribunal que ocupe el *vértice* de la organización judicial, la *complejidad o ambigüedad* de la casación, frente a ‘la actitud consistente en creer que la ‘naturaleza’ de la Casación y de sus funciones es simple y

homogénea, clara y evidente¹⁹”.

Comparto también una especie de gran conclusión del mismo autor: “es menester que la Casación *trabaje menos* para poder *trabajar mejor*²⁰”. Ni que decir tiene que, con esta orientación, son posibles opciones diversas, pero es deseable que respondan a un planteamiento básico bien meditado. Los métodos y criterios para el “trabajar menos” deben responder a un empuje racional de que se “trabaje mejor”, que no es, pienso, hacer algo o mucho mejor el mismo tipo de trabajo que hasta ahora, sino hacer mejor un trabajo en sí mismo mejor, en el sentido de más útil para todos. Y parece claro que la tendencia es, por decirlo nuevamente con palabras del citado procesalista italiano, que el trabajo de los Tribunales o Cortes supremos mire más hacia el *futuro* que hacia el *pasado*. Es decir, sentencias que sean, por su calidad, ejemplares para el trabajo judicial futuro y, no se olvide este efecto, influyentes en el tráfico jurídico mismo.

(19) En el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia e Interior*, Año 1999, VI Legislatura, núm. 634, puede leerse esta afirmación: “la casación (...), como dice la doctrina alemana, es el arma que utilizamos todos los días en la Administración de Justicia” (SIERRA GIL DE LA CUESTA). A mi entender, una idea sobre la casación como ésta, aunque se plasme en términos innegablemente rotundos y se pretenda sustentada por “la doctrina alemana”, no puede considerarse comprendida en las concepciones de la casación aludidas en la cita, que pecarían por exceso de “simplicidad” y “homogeneidad” o de pretendida “claridad” y “evidencia”. Además de que el Magistrado citado parece colocarse en el papel de justiciable (el sustantivo “arma” y el plural de “utilizamos” así lo indican), la referencia a la cotidianeidad del uso del arma no armoniza bien con el carácter de recurso extraordinario, que el opinante reconoce, ni, en un orden de cosas más prosaico, con su deseo de que no sean más de 600 los recursos de casación civiles que se tramiten anualmente. Verdad es que, ante la casación del Proyecto, el citado autor se queja -poco después de la transcrita apelación a la “doctrina alemana”- de que “se ha hecho desaparecer lisa y llanamente lo que es el recurso de casación *como lo entendió la Asamblea francesa y como lo entienden todas las legislaciones de nuestro entorno cultural*.” En estas palabras sí hay, desde luego, una demasía simplificadora, por decirlo de algún modo, de la casación, su evolución histórica, etc. Con todo, no me parece que se trate de un ejemplo de concepción de la casación desprovista de los debidos matices y simplistamente despojada de problemas. Es un ejemplo de un fenómeno diferente, que no viene al caso tratar ahora.

(20) Vid. Michele TARUFFO, *Il vertice ambiguo, Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991, 189 págs. A quien verdaderamente se interese por el universal problema de la casación o última revisión jurisdiccional -hay todo un mundo al que la casación, *proprie dicta*, le es ajena- o, si se prefiere, por la cuestión del papel de los Tribunales o Cortes supremos, le recomiendo vivamente la pausada lectura de esta obra, cuyo autor es internacionalmente reconocido como excelente especialista en Derecho procesal comparado. Ni que decir tiene que la lectura de este libro es aún más recomendable si, por razón del cargo u oficio, se tiene el deber de ocuparse de este asunto. Las citas *supra* son de las págs. 7 y 173, respectivamente, de esa obra (la cursiva y la traducción son mías).

En esta línea, el Proyecto que nos ocupa nada tiene que ver con las reformas parciales y urgentes de 1984 y 1992: no se limita a retoques, pensando en distintos parámetros para reducir *de inmediato* el número de asuntos. Se ha preferido algo más profundo y de más proyección, aunque, desde luego, más arriesgado desde el punto de vista de la aceptación de la novedad por los diversos protagonistas de la Justicia civil (con excepción de los justiciables).

El Proyecto determina el ámbito nuevo de la casación con tres elementos; primero, el propósito de no excluir de este recurso ninguna *materia* civil o mercantil; segundo, la paralela decisión, nada gratuita y muy meditada, de dejar fuera de la casación las infracciones de leyes procesales; finalmente, el reconocimiento de la importancia de que exista -de que pueda existir- autorizada doctrina jurisprudencial.

Porque propiciar que exista autorizada doctrina jurisprudencial, es, si se quiere, una función *indirecta* de la casación, pero por indirecta que sea, es la función ligada al interés *público* o general, que -recordémoslo- ha sido consustancial a la casación desde sus orígenes y nunca se ha perdido.

El Proyecto se apoya en la convicción de que ese interés público o general, más allá del llamado "ius litigatoris", del interés de los litigantes concretos, debe acentuarse hoy respecto de la casación, que moviliza el esfuerzo de los órganos superiores de la Justicia y, señaladamente, del Tribunal Supremo. Este interés es el que el Proyecto considera el más importante "interés casacional" y así, fijándose en la existencia de jurisprudencia no concorde o en la inexistencia de doctrina jurisprudencial (art. 480 del Proyecto), se determina *con objetividad* el marco de la casación, lejos del dato exclusivo de la cuantía y de una subjetiva determinación casuística de aquel interés casacional, ajena a nuestro sistema jurídico. Una consideración histórica, que no cabe desdeñar: la única alternativa real al régimen casacional del Proyecto -es decir, la única alternativa puesta en circulación, aunque apenas por escrito- es la de seleccionar discrecionalmente los asuntos admisibles a la casación²¹, propugnada por no pocos Magistrados.

(21) Vid. TARUFFO, *op. cit.*, pág. 181: "Pure difficilmente proponibili, per essere troppo lontane della nostra esperienza, sono tecniche di selezione presenti negli ordinamenti di *common law*, como il potere discrezionale, che e prerrogativa della Corte Suprema statunitense e della House of Lords inglese, di rifiutare *in limine* il esame nel merito dell'impugnazione. Si tratta infatti di tecniche efficacissime, che riducono il carico di lavoro dalle due Corti Supreme a poche centinaia di casi all'anno, ma che sono strettamente legate alle peculiarità di quei sistemi, sia dal punto de vista storico sia da quello della disciplina complessiva dalle impugnazioni".

La opción concreta del Proyecto respecto de la casación obedece a la necesidad de circunscribir el ámbito de lo recurrible -de ahí el reservarla para las infracciones de normas del Derecho sustantivo- y a la preferencia por determinar objetivamente el "interés casacional". No parece fácil negar que sea de interés general o público la existencia una doctrina jurisprudencial de singular autoridad ni que lo más necesitado de esa doctrina sea nuestro ordenamiento sustantivo civil y mercantil, no sólo por su importancia intrínseca, sino por las atribuciones que le corresponden indefectiblemente al Tribunal Constitucional, como enseguida diré.

Sin embargo, no desaparece todo recurso extraordinario respecto de relevantes infracciones procesales, históricamente secundarias en la casación. Ese recurso por el Proyecto se confía a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia.

Esta diversificación orgánica y de cauces procesales se plantea en el Proyecto en régimen de alternativa, de modo que, ante una sentencia de segunda instancia, o se recurre en casación o se recurre por infracción de ley procesal. Pero las dos cosas *a la vez* (ni sucesivamente respecto de la *misma sentencia*) son impedidas por el Proyecto.

Esta innovación es grande y puede no ser fácil hacerse de inmediato a la idea de lo que se pretende. Pero el sistema es lógico: porque si se está realmente persuadido de que se ha producido una grave infracción procesal, que exige reponer las actuaciones al estado anterior a esa infracción, no constituye ninguna imposición irracional excluir que se pretenda al mismo tiempo una nueva sentencia del órgano ante el que se recurre, en vez de tal reposición de las actuaciones²².

(22) Con otras palabras: es muy distinto querer una nueva sentencia de segunda instancia que pretender de la Jurisdicción su última palabra nomofiláctica. Es esto último y con ciertos presupuestos, lo que resulta admisible encomendar al Tribunal Supremo, aunque sabiendo que no es posible, sino, como ahora se dice, enteramente *disfuncional*, mantener abierto el recurso según parámetros como los actuales. Y si se cree realmente en la justicia de una nueva sentencia de segunda instancia, no es ilógico en modo alguno exigir que se opte por ello, dejando para su momento, si acaso, la casación.

Si este recurso por infracción procesal es estimado, habrá de dictarse una nueva sentencia y si ésta incurriere en infracciones del Derecho material o sustantivo, podrá recurrirse en casación la sentencia. Salvo por encomendarse a distintos Tribunales, éste es el mecanismo actual de la casación por motivos formales: no se olvide que si prosperan estos motivos, el Tribunal Supremo devuelve los autos al Tribunal de instancia, que acaba dictando nueva sentencia, respecto de la cual cabrá plantearse de nuevo el recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Como quiera que el Proyecto extrema el cuidado en mejorar, como es debido, todos los mecanismos enderezados a la efectividad de las garantías formales, se carga de razón para no llevar al Tribunal Supremo, junto con nuestra discrepancia sobre el fondo de la sentencia recurrida, las pretendidas infracciones de esas garantías, que, de haberse producido, provocarían una nueva sentencia del tribunal inferior.

No puedo detenerme en el análisis de mecanismos técnicos sobre el proyectado régimen de los recursos extraordinarios. Pero no quiero dejar sin respuesta la siguiente cuestión: ¿carecerá entonces este país, según el Proyecto, de una sola doctrina jurisprudencial autorizada en las materias y cuestiones procesales? La respuesta es que no será así.

Porque, con arreglo a nuestra Norma Fundamental, hay una instancia única y suprema de interpretación normativa en muchas materias procesales, que es el Tribunal Constitucional²³. Un recordatorio elemental: al amparo del art. 24 de la Constitución, sobre muchas cuestiones procesales tienen cabida legal recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional. Esas cuestiones procesales son, a la vez, “garantías constitucionales” desde el punto de vista del art. 123 de la Constitución. Y como quiera que, a la vista de los arts. 161.1, letra b) y 53.2 del mismo texto constitucional, resulta constitucionalmente inviable sustraer al Tribunal Constitucional las materias incluidas en el artículo 24 de nuestra Norma Fundamental, a la doctrina procesal del Tribunal Constitucional hay que atenerse.

(23) Sobre esto, cfr. vid. págs. 58 a 64 de mi trabajo *Tribunal Constitucional y Jurisdicción ordinaria: causas, ámbitos y alivios de una tensión*, en el libro *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales. Dos ensayos* (con Ignacio DIEZ-PICAZO GIMENEZ), Madrid, 1996, 218 págs.

Para las materias procesales que no tengan acceso al Tribunal Constitucional se remodela por completo el denominado recurso de casación en interés de ley ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, un recurso concebido para procurar la unidad de la doctrina jurisprudencial *procesal*; un recurso que, con amplia legitimación activa (cfr. art. 493 del Proyecto), podrá promoverse en casos de sentencias divergentes de las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia.

Todo lo expuesto constituye, a mi parecer, el fundamento racional de que se decida dejar al Tribunal Supremo (y, en ciertos casos ya sabidos, a los Tribunales Superiores de Justicia), únicamente como tribunal de casación sobre lo sustantivo, cuando concorra un interés especial, objetivado, que es, sobre todo, una posible doctrina jurisprudencial con la máxima autoridad ejemplar²⁴.

No quiero terminar este punto sin referirme a una objeción, que carece de fundamento alguno y que sólo se explica como fruto del apremio por formular al Proyecto alguna oposición con apariencia de tecnicismo jurídico de envergadura. Me refiero a ciertas reverdecidas “dudas” sobre la constitucionalidad de este régimen de recursos extraordinarios. Y hablo de “reverdecir” porque va ya para dos años que se sostuvo, durante días -no más, diría yo-, la tesis de que sustraer de la casación los recursos sobre cuestiones procesales sería contrario al art. 123.1 CE: el Tribunal Supremo “órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes (salvo en materia de garantías constitucionales)”. Se hizo notar entonces que la *superioridad* del Tribunal Supremo no es *universalidad* del objeto de su quehacer jurisdiccional -universalidad que, por otra parte, nunca se ha dado-, sino inexistencia de instancia jurisdiccional revisora de lo

(24) Constituye una notable simplificación de la casación, de éstas que acertadamente cuestiona TARUFFO (vid. *supra*, nota núm. 19), entendería como reñida con la producción *directa* de doctrina interpretativa autorizada (en el recurso en interés de la ley), lo que, en términos de dialéctica nada rigurosa, vendría a llamarse “hacer dictámenes”. Y, desde luego, la coherencia con un entendimiento de la casación como instituto ligado sólo al caso concreto, revisando la legitimidad de la aplicación anterior de las fuentes del Derecho a ese caso, no es que pugne con el recurso en interés de la ley: es que pugna con lo que razonablemente cabe entender que significa el art. 1.6 del Código Civil y con el entendimiento, generalmente admitido, del valor ejemplar de la doctrina jurisprudencial. Mi criterio sobre la distinción entre “jurisprudencia” y “doctrina” puede verse en “La jurisprudencia en la Ley de Bases para un nuevo Título Preliminar”, en *Pev. de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. IV, 1973. Volví sobre el tema, por indicación del querido Prof. De Castro y Bravo, en “La Jurisprudencia en el nuevo Título Preliminar del Código Civil”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1975, págs. 437 y ss. Una exposición aún más breve puede verse en mi *Derecho Procesal Civil* (con FERNANDEZ LOPEZ), Madrid, 1995, val. I, págs. 239-297.

que decida el Alto Tribunal. Aún no sé con exactitud a qué precepto constitucional se alude cuando se afirma que el régimen de recursos extraordinarios del Proyecto *puede* no ser conforme a la Constitución. Si se concretan esas críticas o dudas -lo que no me parece en absoluto seguro- tal vez se invoque el art. 24 o quizá el art. 53 CE, sin volver sobre el art. 123.1 CE.

A propósito de esta *semi-denuncia* de *posible* inconstitucionalidad (harto sospechosa ya a causa de su formulación dubitativa), se debe recordar una reiteradísima y constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional según la cual, en síntesis, el derecho a los recursos, como aspecto o faceta del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, es un derecho de configuración netamente legal, es decir, derecho a los recursos que la ley establezca, sin otro imperativo superior que el derivado, en la actualidad, del art. 14.5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que, como es sabido, se refiere a sentencias *penales* y, además, condenatorias.

Si, con la Constitución en la mano, cabe suprimir la segunda instancia -y suprimida está en ciertos casos- y no es exigible siquiera la existencia de un recurso de casación, ya se me dirá cómo podría resultar contrario a la Constitución lo previsto en el Proyecto, que ni altera la superioridad del Tribunal Supremo ni elimina ninguna posible impugnación de las sentencias de segunda instancia y sólo diversifica e impide acumular esas impugnaciones. ¿Se pretenderá, a estas alturas, que nuestra Norma Fundamental constitucionaliza la casación por quebrantamiento de forma ante el Tribunal Supremo?

V. DOS "MODELOS" DE JUSTICIA CIVIL

Entre los nuevos procesos ordinarios, la ejecución provisional nueva y los nuevos recursos extraordinarios, piezas resultantes de los mismos criterios inspiradores, entre sí armónicos, resulta, si bien se mira, un modelo de Justicia civil distinto del actual.

Con la LEC de 1881 y tras todas sus reformas, el modelo de Justicia civil es el de la que se imparte en dos instancias, concebida la segunda, no como *novum iudicium*, sino más bien como amplia

revisio prioris instantia, comprensiva de lo fáctico y lo jurídico²⁵. Pero lo característico del “modelo” es esto: que en principio no vale, no es eficaz lo que se resuelva tras esa primera instancia, que es, sin embargo, la que la LEC pretende regular con el máximo detalle. Y lo que vale es la sentencia de segunda instancia, malamente regulada, desde todos los puntos de vista²⁶, aunque, en no pocos casos, tampoco vale la segunda instancia, porque ha de esperarse al posible planteamiento y desenlace del recurso de casación, concebido sobre la base del “*ius litigatoris*”. Y si alguno de los motivos de la casación denuncia “quebrantamiento de las formas esenciales del juicio” y es estimado, se producirá una segunda sentencia de segunda instancia, nuevamente susceptible de casación.

El Proyecto pretende un modelo procesal civil de doble instancia, pero con una primera instancia eficaz mediante la facilitada ejecución provisional de la sentencia correspondiente, y con un recurso de casación abierto sólo para el control de la anterior aplicación de las normas sustantivas, en casos de claro interés general (con una sola “concesión” al “*ius litigatoris*” relativa a asuntos de notable cuantía²⁷).

(25) Entiéndase que la contraposición de “*novum iudicium*” y “*revisio prioris instantia*” es simplificadora. Lo que quiero decir es que nuestra segunda instancia no es un nuevo proceso y no responde al modelo de *valle Berufung*. Por otra parte, no ignoro que el término “revisio” se presta al equívoco porque nuestra segunda instancia no consiste en una serie o sucesión de actos dirigidos al control de lo actuado y resuelto en la instancia anterior, sino, en definitiva, a una nueva decisión sobre la misma *res in iudicio deducta* en la primera instancia, sobre el mismo objeto procesal, con las únicas limitaciones que determine la impugnación.

(26) Con la primera instancia y la apelación civil no deja de ocurrir algo semejante a lo que ha venido a suceder con la improvisada segunda instancia penal (cfr., al respecto, mi trabajo “El derecho a los recursos. Los problemas de la única instancia”, en *Tribunales de Justicia*, nº 10 de 1997, págs. 973- 982). Resulta que es en primera instancia donde se practican las pruebas, donde nos preocupamos de la contradicción y de la intermediación, donde se extreman las garantías. En cambio, admitimos una *revisio prioris instantia* respecto de los hechos y del Derecho, en condiciones altamente insatisfactorias. Y la paradoja es singularmente dura en el ámbito procesal civil: no vale, en principio, lo que “produzca” la primera instancia. Vale lo que resulta de la segunda.

(27) Personalmente, hubiese preferido que no existiese este supuesto de “interés casacional” en casos de cuantía superior a quince millones de pesetas. El Gobierno atendió aquí el parecer favorable de algunos órganos consultivos. En todo caso, quince millones tal vez sea poco.

El primer modelo responde a una época de muy inferior litigiosidad y de *tempo* vital extraordinariamente más lento. Es, en teoría²⁸, un modelo que prima la seguridad, que se considera ligada a los tres sucesivos juicios jurisdiccionales (porque, de ordinario, son tres, aunque presenten diferencias entre ellos). Abogados, Procuradores y los litigantes, en ciertos casos (cuando son destinatarios de una sentencia desfavorable) -y Jueces y Magistrados también, porque dictan sentencias en principio ineficaces si se recurren y esta impugnabilidad y consiguiente ineficacia reducen la responsabilidad- están -estamos- “en la gloria”, por decirlo castizamente, con este “modelo”: los pleitos duran mucho y, mientras duran, aún se pueden ganar (y, desde luego, se van devengando honorarios y derechos). Otra cosa es que, para todos, resulte razonable, un trayecto tan prolongado hasta la respuesta jurisdiccional eficaz. Y también ha de cuestionarse que ese trayecto responda a las necesidades que hoy ha de satisfacer la Justicia civil y al paradigma constitucional de la tutela judicial efectiva.

A mi entender, el modelo del Proyecto es, en cambio, más acorde con el tiempo que vivimos, más acorde con lo que se busca y se logra en otros países civilizados y más conforme, asimismo, con lo que, sin exageración alguna, puede entenderse que significa, para el legislador, el apartado 1 del art. 24 de la vigente Constitución. Además, el modelo resulta coherente con la idea de la casación como instituto jurídico ligado desprendido del “*ius litigatoris*” y vinculado, más bien, al interés público de la existencia de doctrina jurisprudencial autorizada.

VI. CONSIDERACIONES FINALES: PROYECTO Y LEY: RESPONSABILIDADES DISTINTAS

Con alguna frecuencia, distintas personas me formulan esta pregunta: ¿qué va a pasar con el Proyecto? ¿Se va aprobar el Proyecto?. Como es lógico, respondo, de distintos modos -a veces con un simple gesto, sin palabras-, rehusando entregarme a la adivinación o a la profecía. Pero añado ahora, como en otras ocasiones, que llevo tiempo desprendido de lo que ocurra en lo sucesivo con el Proyecto. Que *me trae sin cuidado*, literal y exactamente, es decir, que no me produce cuitas o preocupaciones.

(28) Digo “en teoría” porque cuando se abate sobre la Administración de Justicia de un país una generalizada “crisis de calidad”, la seguridad o la atenuación del riesgo de error deja de tener una relación directamente proporcional con el número de revisiones jurisdiccionales legalmente previstas. Y a la existencia de esa crisis me he referido, sin contradicción, hace casi diez años y hace pocos días (vid. *loc. cit.* en nota 2).

Este desapego nada tiene que ver con previsiones de futuro que quiera guardarme para mí -lo que sería legítimo- ni con un desinterés apático por lo que está en juego. Se basa en la convicción de que, en esto como en casi todo en la vida, cada uno tiene su papel y su responsabilidad, sin que la proliferación de “metomentodos” sea de ninguna utilidad social, sino todo lo contrario.

Estoy cierto de haber hecho ya lo que he podido, en el tiempo de que he dispuesto y en las condiciones reales de ese tiempo. Añadiré, no obstante, algunas consideraciones sobre el futuro, porque sí me importa el estado de la Administración de Justicia y, dentro de ella, el de la Jurisdicción civil. Serán unas muy breves consideraciones, por si pueden resultar de utilidad, por si a alguien o a algunos les sirve de revulsivo o por si, quizá, al cabo del tiempo, sirven para rendir cuentas y para pedir cuentas, que es una de las cosas más importantes de esta vida: rendir, cada uno, sus cuentas, voluntariamente o porque legítimamente se reclaman.

He dicho antes que el Proyecto se asienta sobre una amplia confianza en los protagonistas de la Justicia civil. Así es y así debía ser. Pero mi personalísima percepción es, en este punto de la confianza, algo distinta de la de la Ministra y de la del Gobierno.

No en razón de la suerte de un Proyecto en el que he participado, sino en razón de la Justicia civil, en razón de todos nosotros, en cuanto actuales o potenciales justiciables, me parecen preocupantes los intereses corporativos mal entendidos -de *clase*, “Cuerpo” o “Carrera-, unos intereses que, con frecuencia, no se manifiestan claramente. Pero son asimismo preocupantes los intereses ligados a las coyunturas electorales, autonómicas, municipales y generales, que no guardan relación con la mejora de la Justicia civil.

Objetivamente, es seguro que el Proyecto puede ser mejorado, porque es *seguro* que, a pesar de todos los esfuerzos de muchas personas, contendrá errores que cabe enmendar y porque es *sumamente probable* que puedan introducirse cambios *in melius*. Pero corrección de errores y cambios en razón de una mejor Justicia, sin mezclar ni torcer este objetivo con lo que presuntamente pueda ser más atractivo para unos determinados profesionales de la Administración de Justicia, o con el mensaje políticamente más oportuno para los *vecinos* de Madrid, Valladolid o Tarrasa, convocados como tales a las urnas, o con las aspiraciones sobre el “techo” autonómico o nacionalista (que se pretende no delimitado por la Constitución

cuando ésta se considera susceptible de ser “releída” para que no diga lo que dice o para que diga lo que no dice) o con las preferencias sobre el momento oportuno para celebrar elecciones generales.

Además de quienes, por muy distintos motivos, se oponen frontalmente al Proyecto, está todo lo que acabo de decir. La profecía es, por consiguiente, una pura y simple temeridad. Se ha presentado un Proyecto, con aportaciones de cuantos han querido. Si finalmente hay, o no, una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y si es, o no, mejor que la proyectada, dependerá de las decisiones y del trabajo de los parlamentarios, el realmente decisivo, porque no legislan los profesores ni los magistrados ni los abogados ni el Gobierno. El mérito correspondiente será de los parlamentarios porque, desde luego, ahora es enteramente suya la responsabilidad.