

Colección
ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL

Integrantes:

Prof. Dr. RAÚL NÚÑEZ OJEDA
Universidad de Chile
Director de la colección

Consejo de Dirección:

**Prof. Dr. ÁLVARO PÉREZ
RAGONE**
Universidad Católica de
Valparaíso

**Prof. Dr. DIEGO PALOMO
VÉLEZ**
Universidad de Talca

**Prof. Dra. PÍA TAVOLARI
GOYCOOLEA**
Universidad Alberto
Hurtado

Consejo Asesor:

Prof. Dra. MAITE AGUIRREZÁBAL de la Universidad de los Andes

Prof. Dr. JORGE BOFILL GENZSCH de la Universidad de Chile

Prof. Dr. ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA de la Universidad Austral

Prof. Dr. LOIČ CADIET de la Universidad de París (Francia)

Prof. Dr. GONZALO CORTÉZ MATCOVICH de la Universidad de Concepción

Prof. Sr. SANTIAGO GARDERES de la Universidad de la República Oriental del Uruguay

Prof. Dr. JUAN CARLOS MARÍN GONZÁLEZ del Instituto Tecnológico de México (ITAM)

Prof. Sr. CRISTIÁN MATURANA MIQUEL de la Universidad de Chile

Prof. Sr. JUAN JOSÉ MONROY PALACIOS de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Prof. Dr. ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS de la Universidad Complutense (España)

Prof. Dr. HANS PRÜTTING de la Universidad de Colonia (Alemania)

Prof. Dr. FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ de la Universidad Pompeu Fabra (España)

Prof. Dr. CARLOS DEL RÍO FERRETTI de la Universidad Católica del Norte

Prof. Dr. ALEJANDRO ROMERO SEGUEL de la Universidad de los Andes

Prof. Sr. RAÚL TAVOLARI OLIVEROS de la Universidad de Chile

Prof. Sr. GABRIEL VALENTÍN de la Universidad de la República Oriental del Uruguay

La colección “Estudios de Derecho Procesal” tiene por misión la publicación de trabajos científicos tanto de autores nacionales como extranjeros, de referencia en el ámbito de la dogmática procesal (civil, penal, constitucional e internacional). Efectivamente, la citada colección pretende ser un aporte a la comunidad científica para la discusión de las nuevas instituciones y problemas que afectan a los sistemas procesales contemporáneos.

CASACIÓN, ORALIDAD Y NUEVO PROCESO CIVIL
Tres conferencias chilenas

ENVÍO DE MANUSCRITO

La colección **Estudios de Derecho Procesal** publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento Word a la dirección de correo electrónico derechoprocesal@edicionesjuridicasdesantiago.cl

Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia directa o indirecta que permita identificar al autor.

Todos los derechos reservados.
Prohibida su reproducción total o parcial,
por medio conocido o por conocerse,
incluyendo el diseño de portada.

© ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS

© EDICIONES JURÍDICAS DE SANTIAGO
ventas@edicionesjuridicasdesantiago.cl • Fono 2484132

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N^o, año 2009
Santiago de Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
en el mes de de 2009

Impreso en

ISBN 978-956-

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS

CASACIÓN, ORALIDAD Y NUEVO PROCESO CIVIL

Tres conferencias chilenas



UNIVERSIDAD DE
TALCA



EDICIONES JURÍDICAS
DE SANTIAGO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE

PRÓLOGO

El distinguido autor de las tres conferencias que conforman esta obra, don Andrés de la Oliva Santos, me ha solicitado prologarla, tarea que, tratándose de tan insigne mandante, me confiere un inmenso honor. Al contenido de las conferencias mismas me referiré brevemente más adelante simplemente para ilustrar al lector acerca de los tópicos abordados, con la singular profundidad y sabiduría con que el Profesor de la Oliva acostumbra acometer sus tareas y desafíos intelectuales. No puedo empero adentrarme en lo anterior sin antes dar cuenta del contexto en que nuestro país ha recibido la visita de tan grande jurista.

En efecto, a partir del año 2004, la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, inició una serie de seminarios bajo la denominación de “Justicia Civil y Comercial, una Reforma Pendiente”, destinados a sensibilizar a la comunidad jurídica nacional acerca de la imperativa necesidad de una reforma integral a nuestra justicia civil. Cumplida ya en esa época y con singular éxito una reforma radical de nuestros procedimientos penales, tocaba el turno de hacerlo con la justicia civil, reformada constantemente a base de soluciones parciales. Con el cambio no se buscaba satisfacer pruritos reformistas impuestos por la moda de los tiempos, sino satisfacer necesidades reales. Nuestra justicia procesal civil gestada en la última mitad del siglo XIX, y por ende a base de la realidad social, política y económica de la época, no se avenía con la situación vigente, transcurridos ya más de un siglo de su aplicación. Dicha legislación, que hunde sus raíces en la legislación procesal de la península ibérica, especialmente en las leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y de 1881, evidenciaba a estas alturas su incapacidad para dar respuesta oportuna y de calidad a los justiciables, situación agravada por la pervivencia de estructuras orgánicas obsoletas y poco eficientes.

La conciencia de esta necesidad de profunda reforma, determinó por parte del Ministerio de Justicia de Chile la creación de una instancia integrada por estamentos académicos, judiciales y gremiales. En una primera etapa su cometido estuvo orientado a consensuar los principios básicos de la reforma y, en una segunda, a estudiar, analizar y aprobar las normas de un anteproyecto de Código Procesal Civil, cuya redacción preliminar le fuera encomendada por dicho Ministerio a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Elaborado que fue ese anteproyecto, hoy día el Foro Procesal Civil se encuentra abocado a su análisis y estudio, con el mandato de generar en el menor tiempo razonable y posible, un texto definitivo a ser sometido a la aprobación del poder legislativo.

Uno de los problemas más complejos que tenemos que resolver, es qué hacer con nuestro recurso de casación, instrumento procesal de capital importancia social. En efecto, este recurso trasunta el ámbito resolutor del conflicto y se incardina a través de la generación de doctrina jurisprudencial, en la satisfacción de necesidades de certeza y seguridad jurídicas, ordenando preventiva y previsiblemente el comportamiento de los justiciables, así como sirviendo de luz y guía al quehacer jurisdiccional de los Tribunales inferiores. Los problemas históricos que acusa nuestra casación civil, no son distintos a los experimentados en otras sedes casacionales de derecho comparado, similares particularmente a los sufridos en España antes de la Ley 1/2000. Nada nuevo bajo el sol, pues en una vacilación permanente entre la satisfacción del interés particular y el interés público –ambos ínsitos en la naturaleza de este instrumento– la práctica demuestra la histórica insatisfacción de ambos extremos. Una casación entendida por los justiciables y en los hechos legislativamente concebida como un derecho a una tercera revisión del caso particular, una Corte Suprema permanentemente colapsada que dilata por años sus pronunciamientos, una desesperada y forzada utilización de filtros subjetivos para desahogar el colapso y las falencias en la generación de doctrinas jurisprudenciales uniformes y de calidad, son los defectos mayoritariamente reconocidos a nuestro instrumento casacional.

Sin embargo, hasta aquí poco hemos dicho de nuestro estimado autor, pero me parecía necesario contextualizar el llamado que le hicéramos; llamado perfecta y deliberadamente nominativo, como no podía ser de otra forma. En efecto, siendo la casación uno de los problemas más álgidos y difíciles de resolver en la construcción del futuro orden procesal civil, surgió en forma espontánea la necesidad de recabar la opinión y experiencia, tal vez de una las voces mundiales más autorizadas en la materia. No fue difícil pensar entonces en

el Profesor de la Oliva, catedrático y Director del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid, puesto que a su extraordinaria producción jurídica en el ámbito del derecho procesal, mundialmente conocida y reconocida, unía su experiencia como uno de los principales artífices y redactores de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil Española 1/2000. En esta obra, prolíja en su redacción y de sólida consistencia técnica, se incorporaron los avances y desarrollos contemporáneos más notables de la ciencia procesal, muchos de ellos promovidos anteriormente por el mismo autor, enfrentando y haciéndose cargo de los problemas prácticos más acuciantes que evidenciaba el proceso civil español.

Entre estos últimos, el Profesor de la Oliva y su equipo de trabajo abordaron en forma inteligente, creativa y práctica el Instituto Casacional, de forma que, en sus propias palabras, la nueva regulación de la casación española recogió en términos generales las concepciones que él mismo había postulado en el pasado. La nueva casación española se hizo cargo con singular éxito de los problemas que enfrentaba el Instituto, como dijimos muy similares a los nuestros, razón por la cual sus soluciones, *prima facie*, resultan perfectamente extrapolables a nuestra realidad. Así las cosas, lo anterior generó en nosotros la necesidad de conocer del autor mismo –sin intermediarios– la génesis, desarrollo e implementación de esta nueva casación española.

Así pues, programamos en conjunto y con la inestimable colaboración del Instituto de Estudios Judiciales dirigido por el Ministro de la Corte Suprema don Haroldo Brito, el seminario “Recurso de Casación: Presente y Futuro”, nombre que sirve de título a esta obra y que recoge las conferencias dictadas por su autor. Conforme a lo acordado, el Profesor de la Oliva dictó en el marco de dicho Seminario y en dos días distintos, una primera conferencia intitulada “La experiencia Española de la Casación Civil” y una segunda intitulada “Algunas ideas para la formulación de un modelo de casación civil”. Asimismo e invitado por el Profesor Diego Palomo Vélez, concurrió a la Universidad de Talca, impartiendo una tercera conferencia que también se incluye en esta obra, intitulada “Una Oralidad razonable: La Reforma Procesal Civil Española”.

En la primera de dichas conferencias, referidas a la experiencia de la casación en España, el Profesor De la Oliva nos presenta un panorama completo y documentado de la evolución de la casación en ese país durante los últimos cincuenta años. Dicho período, no exento de grandes vacilaciones y “*claroscuros*”, refleja el esfuerzo sostenido del legislador español por resolver correctamente acerca de los

finés esenciales del Instituto y conjurar los defectos prácticos de los que se tenía conciencia. Entre estos últimos, destacan los relativos a la discutible calidad de las sentencias del Tribunal Supremo, en particular su sala Civil, a las excesivas sentencias discordantes sobre las mismas cuestiones y hechos similares, y a la tardanza en la resolución de los asuntos, todo ello de cara a una concepción de la casación con acceso indiscriminado y con escasa valorización del juicio emitido en las instancias previas. Las reformas del período se orientaron a dar respuestas parciales a dichos tópicos, subyaciendo en ellas básicamente la idea de descargar de trabajo al tribunal de casación.

Con base en tal situación, el autor nos señala que el desafío era reducir el ámbito de las funciones del Tribunal de manera que la carga de trabajo resultare *hacedera*, y por ello, y al mismo tiempo, *“de la mayor utilidad posible”*. Y todo esto, de la forma más objetiva, ajustándose no sólo a la tradición jurídica española sino procurando la *“máxima garantía de la seguridad jurídica y de la igualdad de trato de los justiciables”*.

Frente a tan formidable desafío, el legislador de la Ley 1/2000 hubo de optar por decisiones radicales para enfrentar las desviaciones o imperfecciones del Instituto. Tales decisiones supusieron, entre otras, optar por: (i) concentrar sin exclusiones a priori, la casación en un único motivo relativo a la infracción de normas sustantivas, excluyendo de la sede casacional las infracciones procesales, reconducidas a un recurso extraordinario fuera del ámbito del Tribunal Supremo (hoy empantanado por problemas legislativos) y con última palabra del Tribunal Constitucional; (ii) fortalecer el interés público por sobre el interés privado, incorporando en expresión del primero el llamado “interés casacional”, filtro para evitar el aluvión de recursos; ése interés no lo fija “discrecionalmente” el Tribunal Supremo, sino que lo fija la ley con base en criterios objetivos que, como indica el autor, *“confluyen en la necesidad de que el Tribunal Supremo dicte una sentencia que siente doctrina autorizada en asuntos y cuestiones sobre los que existen vacíos o disparidades indeseables”*, excluyéndose todo asomo al sistema anglosajón del “cerciorari”; (iii) un aspecto totalmente novedoso y de difícil inicial asimilación por los prácticos, fue la introducción de una vía disyuntiva entre la casación y el recurso extraordinario por infracción procesal, de manera que el justiciable habrá de decidir entre una u otra vía, con efectos preclusivos respecto de la no elegida. Destaca por fin el Profesor de la Oliva, que una de las opciones más radicales de la Ley 1/2000 no propiamente casacional pero con influencia decisiva en esa cuestión, ha sido la revalorización de la primera instancia por la vía de permitir la ejecu-

ción provisional de las sentencias sin que el ejecutante provisional deba depositar una fianza. Tal opción ha incidido en forma determinante en la efectividad de la tutela, la cual entonces no aparecerá condicionada como antes, *“a recorrer dos instancias y el posterior trayecto de la misma casación”*.

En la segunda de sus conferencias, el Profesor de la Oliva expuso sus ideas para la formulación de un modelo de casación civil para Chile, dejando en claro su nula pretensión aleccionadora. Como decíamos anteriormente, el modelo de casación contemplado en la LEC 1/2000 responde en términos generales a la concepción que nuestro autor tiene del Instituto. De esta manera, las ideas para el mismo en Chile no difieren mucho de aquellas, urgiéndonos empero, según sus palabras, a *“no arrojar por la ventana la experiencia real del entero sistema procesal civil, con todos sus aspectos, sino valorar y aprovechar lo que tenga de bueno e identificar bien los aspectos negativos y, sobre todo, sus causas”*. Esa tarea aparece simplificada en nuestro caso, pues, como señalamos, los aciertos y errores de nuestro local Instituto Casacional no distan mucho de la experiencia histórica española, de manera que hermanados tanto en el origen como en el diagnóstico, las soluciones de quienes se nos han adelantado en ellas adquieren particular interés en ser consideradas.

A todos quienes tuvimos el privilegio de escuchar al Profesor de la Oliva y de seguro a quienes lean con detenimiento estas conferencias, les quedará la sensación de haber recibido un aporte tan valioso como concreto. En efecto, no se contaba en nuestro medio con un planteamiento tan directo e integral de un modelo coherente de casación y de los supuestos conforme a los cuales ésta debe construirse. En didáctica imagen, el autor señala que si la casación constituye el “tejado” del sistema procesal civil, no puede éste construirse al margen de lo que se piense sobre la estructura que lo sustenta, esto es, la primera y segunda instancias. Asumido que la casación no puede ni debe ser un tercer grado de enjuiciamiento o de revisión, la tutela del justiciable se debate en esas instancias, y particularmente en la primera. La calidad de su diseño y la reivindicación de su importancia, especialmente bajo la opción por una ejecución provisional sin caución de lo dictaminado en primer grado, incidirá en descomprimir la presión hacia el acceso casacional.

En cuanto al sempiterno dilema entre el interés privado (*ius litigatoris*) connatural al carácter recursivo de la casación y el interés público, general o político (*ius constitutionis*) –invariablemente presente en la genética de la casación– opta en su recomendación sin duda por este último. Este interés, indisolublemente unido a las

funciones de todo Tribunal Supremo, tiene la más alta relevancia en tanto permite la generación de una doctrina aplicativa de las fuentes del derecho por parte de dicho órgano, y ello desde la perspectiva de su singular posición en la cúspide de la estructura orgánica. Tal doctrina no requiere ni supone para imponer su autoridad, dotar de obligatoriedad al precedente, pues ello resulta ajeno a nuestras tradiciones y se incardina del todo en un sistema jurídico enteramente diverso. La autoridad entonces, vendrá dada por la calidad intrínseca de las sentencias, de la racionalidad y justicia de la decisión, de su propia “bondad” y ello la dotará de la aptitud necesaria para extraer de ellas una doctrina respetable y valiosa, de general aplicación. La riqueza de esa doctrina supondrá siempre, el permitir el acceso de la casación a todos los recodos de la legislación civil y mercantil, sin exclusiones.

Conceptualizado ese interés general como “interés casacional”, conforme lo hace la legislación española, dicho interés opera como un verdadero filtro en el acceso al recurso, se decida o no incluir en el ámbito de su alcance las normas procesales. En cuanto a la configuración legislativa del “interés casacional”, el Profesor de la Oliva, adverso según dijimos a todo sistema discrecional de selección, postula la necesidad de establecer criterios objetivos, básicamente sustentados en la existencia de jurisprudencia no concorde o en la inexistencia de experiencia jurisprudencial. Aunque sin ser ferviente partidario, no excluye la configuración adicional del “interés casacional” a base de la cuantía, pues asuntos de sumas elevadas, suelen llevar anejo un notable interés social.

Finalmente el autor nos advierte sobre la inconveniencia de incorporar filtros liminares discrecionales como la “manifiesta falta de fundamento”, hoy presente en nuestra legislación, en tanto habitualmente redundan en conculcar el derecho al recurso. El control liminar, siempre necesario, debe centrarse en los requisitos formales previstos por el legislador para el ejercicio de este derecho subjetivo y nada más.

En su tercera conferencia, el Profesor de la Oliva nos transmite su valiosa experiencia en relación con la construcción del reciente modelo procedimental español. De singular interés para aquellos que estamos trabajando en un proceso similar, el autor nos invita a desterrar el maniqueísmo entre la oralidad y la escritura, idealizada la primera y demonizada la segunda, en tanto ambas expresiones son connaturales al ser humano y por ende no excluyentes sino complementarias; nos señala en forma clara y directa que los *“procesos han de ser escritos y orales. No orales o escritos”*.

Muy interesante e instructiva, resulta su explicitación de los criterios básicos inspiradores de la reforma española, varios ya enunciados. Muchas veces nos ocurre que los árboles no nos dejan ver el bosque, y por ende perdemos de vista, en la vorágine pre legislativa, que la futura ley ha de elaborarse pensando básicamente en el justiciable que es su natural destinatario. En la determinación de tales criterios, es la lección que extraemos, ha de estar presente un acertado y objetivo diagnóstico de nuestras falencias (asumiendo que las reformas legales, como nos señala, “*no pueden barrer de la superficie de la tierra lo mal hecho sino eliminar lo mal regulado y sustituirlo por una buena regulación*”) y la consecuente definición de lo que queremos, de manera de resultar capaces de formular soluciones claras, susceptibles de plasmarse con realismo en la futura norma positiva.

Con gran sentido de aporte a nuestro proceso de reforma en curso, el Profesor de la Oliva, nos refiere acerca de los criterios “metodológicos” principales conforme a los cuales se desarrolló el proceso legislativo español. Tales criterios sin duda influyeron no sólo en el éxito de la reforma sino en su aceptación plena por la comunidad jurídica y por ende en su legitimidad. La socialización amplia del originario proyecto de ley y de los informes y críticas de diversas personas y estamentos, la ausencia de dogmatismos, el sacrificio prudente, igualitario y no excesivamente oneroso exigido a los operadores del sistema, y el convencimiento que una legislación no puede estar destinada a generar “nuevas personas” sino que a ser aplicada a las mismas que convivían con la legislación antigua, habrían sido determinantes en el exitoso resultado. En una palabra, una legislación concebida, estructurada e implementada a base de consideraciones realistas, pragmáticas y de soluciones razonables y posibles, que por lo mismo fue capaz de generar un cambio positivo y eficaz, ampliamente legitimado.

En el epílogo de su conferencia, nuestro distinguido autor nos ofrece una reflexión final en la que nos expresa su advertencia en relación con las típicas admoniciones negativas de quienes siempre se presentan como reaccionarios al cambio. Así por ejemplo, expresa su convencimiento de que el gran problema de la Justicia Civil no es de medios materiales, típica coartada de los espíritus más conservadores. Constataba en España, como cualquiera de nosotros podrá hacerlo en Chile, que los mismos Tribunales con los mismos medios, ofrecen un servicio judicial y una respuesta a los justiciables de excelente calidad en unos casos y de pésima en otros. Nos compele a enfrentar con decisión los intereses corporativos mal entendidos y peor defendidos. En ese sentido, nos propone que, a base de un diálogo tenaz y serio,

convoquemos a quienes con afán positivo y constructivo entienden la necesidad de la reforma y están dispuestos a actuar con sentido de Estado.

Las ideas expuestas en estas conferencias, aunque escritas ex novo, son, en palabras del autor expresadas en la Introducción a esta obra, *un fruto nuevo de prolongadas y profundas raíces, como una cosecha de caldos chilenos procedente de cepas añejas*. Hemos sido testigos y grandes beneficiarios de tan valiosas reflexiones. La visita a nuestra patria de este gran jurista, ha abierto las ventanas de nuestro propio proceso de reforma, permitiendo que ingrese un aire fresco y renovado de sabiduría y experiencia, que sin duda habremos de aquilatar en su valioso contenido.

JOSÉ PEDRO SILVA PRADO
Profesor de Derecho Procesal.
Director del Departamento de Derecho Procesal
Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile.

Santiago, 11 de noviembre de 2008

INTRODUCCIÓN

Es para mí un motivo de especial y muy grande alegría ver reunidas en este pequeño libro las tres conferencias dictadas en Chile en el pasado mes de octubre de 2008. Las dos primeras, exclusivamente dedicadas a la casación civil, corresponden a la feliz iniciativa del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile (PUC) y, más concretamente, al esfuerzo organizativo y a la excepcional capacidad movilizadora del Prof. D. José Pedro Silva P., al que expreso de todo corazón mi mayor y más sentido agradecimiento por su exquisita e inagotable delicadeza y generosidad como anfitrión y por el incontestable éxito del Seminario “Recurso de casación: presente y futuro”, marco de las aludidas dos primeras conferencias, pero también de excelentes intervenciones de los panelistas. Lógico y natural era que del Prof. Silva recabara el prólogo para esta publicación.

En efecto, el primer día de ese Seminario, 20 de octubre de 2008, gocé y aprendí mucho escuchando al Sr. **Ricardo Gálvez B.**, actual Profesor de Derecho Procesal de la PUC y ex ministro de la Corte Suprema, al Sr. Dr. **Gonzalo Cortéz M.**, Director del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Concepción y también Profesor de la PUC y al Sr. **Raúl Tavorari O.**, Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Chile y miembro del Foro de la Reforma Procesal Civil, auspiciado por el Ministerio de Justicia de Chile como lugar de privilegiada deliberación y participación en dicha reforma. Por esos días, tuvieron el inmenso acierto de designar Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal al Prof. Tavorari, lo que no sólo fue, para mi querido amigo y colega, un mercedísimo nombramiento y un honor igualmente merecido para Chile y su procesalismo, sino una extraordinaria garantía de que el Instituto desarrollará una fructífera actividad durante este nuevo periodo, en el clima de ilusión y realismo que Tavorari transmite.

Me resultó de sumo interés, asimismo, la sesión del Seminario celebrada el día 21 de octubre de 2008 y que se inició con la conferencia que se reproduce aquí en segundo lugar. Las intervenciones del Prof. D. **José Pedro Silva**, Director del Departamento de Derecho Procesal de la PUC, del Prof. Dr. D. **Alejandro Romero S.**, Profesor de Derecho Procesal y Vicedecano de la Universidad de los Andes y del Prof. D. **Cristián Maturana Miquel**, Director del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Chile, todos ellos miembros del ya citado Foro, me ilustraron sobremanera y evidenciaron un pluralismo notable acerca del tema de la casación civil y de su futuro en Chile, sobre la base de un estudio serio de la legislación y de un conocimiento pormenorizado y profundo de la realidad.

Me parece de estricta justicia referirme, afectuosa y agradecidamente, al papel patrocinador del Seminario que asumió el Instituto de Estudios Judiciales y a la constante, discretísima y eficaz actuación de su Presidente, el Ministro de la Excma. Corte Suprema, Sr. D. **Haroldo Brito Cruz**, que, además, intervino decisivamente, con el Prof. José Pedro Silva, en la preparación de diversos encuentros, a los que luego me referiré.

En definitiva, se cumplió, respecto del Seminario citado, mi pronóstico de que recibiría más de lo que sería capaz de dar, pese a haber puesto en las conferencias y en las intervenciones de los coloquios el mayor esfuerzo.

Para mí, ese Seminario sobre la realidad y las esperanzas de una nueva y mejor casación y de un nuevo y mejor proceso civil en Chile, al que quise contribuir al máximo dentro de mis posibilidades, ha resultado verdaderamente memorable. No sólo, como ya he dicho, por la calidad de las aludidas intervenciones, sino por encontrarme inmerso, durante varios días, en un ambiente genuinamente universitario, donde el pluralismo y la diversidad no sólo eran espontáneamente armónicos con la cordialidad y el espíritu de colaboración, sino que parecían estimularlos y potenciarlos.

Lecciones asimismo memorables recibí también en los encuentros de trabajo con el Foro Procesal Civil, en el Ministerio de Justicia, con la Comisión de Justicia Civil del Colegio de Abogados de Chile A.G. y con el Tribunal Constitucional (estos dos al hilo de muy agradables almuerzos), con Ministros de Corte de Apelaciones y con Jueces de Primera Instancia, en la sede de estos Juzgados. Ojala mis respuestas a las preguntas, muy pertinentes y atinadas, resultaran de utilidad.

Mención aparte merece la cordialísima acogida que me dispensó la Excma. Corte Suprema, presidida por el Ministro Sr. Urbano Anto-

nio Marín Vallejo. Nunca pude imaginar que, a lo largo de casi hora y media, dialogáramos sobre tantos asuntos jurídicos, con la naturalidad y agrado con que lo hicimos. En la Excma. Corte, como en el resto de los encuentros, tuve siempre la satisfacción de encontrarme con personas cordiales, sinceras y directas, prudentes, ilusionadas y realistas, de alta calidad jurídica, personas dispuestas a aprender (especie no frecuente en mi país), aunque se equivocasen en sus expectativas conmigo. Esa combinación de cualidades augura un excelente futuro, aun mejor que la actual realidad, para el mundo jurídico chileno y, en especial, para la Justicia civil de Chile.

La última conferencia que aquí se publica fue la que prevé dictar en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, tras la presentación del excelente libro de Diego I. PALOMO VÉLEZ, *La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español*. Viajé a Talca por la amigable e insistente invitación del Dr. Palomo Vélez, avalada por el Sr. Decano de la Facultad, Prof. Dr. D. Jorge del Picó Rubio, de amabilidad y buen humor deslumbrantes. A causa de modificaciones de última hora de mi programa en Chile, ajenas a la voluntad de la citada Facultad y a la mía, hube de acortar y modificar la conferencia, el día 23 de octubre de 2008. Aquí se reproduce tal y como tenía originalmente previsto impartirla, sin omitir las notas a pie de página, que, por supuesto, no iban a ser leídas en la conferencia, pero que, para el evento de una publicación como ésta, considere de interés a distintos efectos, argumentativos e informativos.

A causa de muchos compromisos de asesoramiento y apoyo a buen número de jóvenes procesalistas españoles, empezando por los que integran el nutrido Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Complutense, en el que se realiza, además, una amplísima actividad docente e investigadora, reconocida por todos los organismos competentes, no he podido prodigarme en largos viajes, como el que, desde hace tanto tiempo, deseaba hacer a Chile. No se trata, como algunos han llegado a pensar e insinuar, de que sea alérgico a Congresos multitudinarios en lugares lejanos...y menos aún de que padezca fobia a la navegación aérea. Se trata de que los Seminarios Internacionales Complutenses de Derecho Procesal, así como otras muchas actividades interuniversitarias en España y en otros países europeos han ido ocupando, año tras año, un calendario en el que no he querido descuidar mi personal docencia e investigación. Ha sido gratísima, muy aleccionadora y muy reconfortante la excepción de poder acudir a Chile en el mes de octubre de 2008. Lo que aquí se recoge es el fruto de la ilusión y el esfuerzo que puse al acudir a esa cita.

Obviamente, estas tres conferencias, aunque en absoluto improvisadas, sino preparadas cuidadosamente con tiempo, no equivalen a un trabajo monográfico investigador nuevo, del estilo de mi monografía sobre el objeto del proceso y la cosa juzgada civil, por poner un ejemplo relativamente reciente. Sin embargo, son un fruto nuevo de prolongadas y profundas raíces, como una cosecha de caldos chilenos procedente de cepas añejas. He volcado en todas las líneas escritas –escritas *ex novo*– la experiencia y los criterios madurados a lo largo de muchos años y, por tanto, de muchas horas de trabajo profesional y, más concretamente, de investigación, enriquecida por la experiencia y también por la enseñanza del Derecho. Al consentir de buenísimo grado la publicación en Chile de estos papeles, sé bien que me expongo al muy serio juicio de exigentes catadores. Sea cual sea ese juicio, saldré beneficiado, aprenderé. De eso se trata. De seguir aprendiendo. Y si algo mío encierra valor instructivo, como deseo y espero, mejor que mejor.

ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Complutense.

Madrid, 30 de octubre de 2008

LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA DE LA CASACIÓN *

Excelentísimas e ilustrísimas autoridades; estimados colegas; señoras y señores:

Estoy muy agradecido por el gran honor que, al invitarme a este Seminario, me ha conferido la prestigiosa Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, a través del Sr. Decano y del Sr. Director del Departamento de Derecho Procesal. Mi gratitud ha de dirigirse también al Gobierno de Chile y, en concreto, al Sr. Ministro de Justicia, que me ha mostrado su interés por este Seminario y por mi participación en él. Asimismo, muchas gracias, de corazón, a los ilustres juristas que han aceptado participar en las sesiones de hoy y de mañana. Sin duda les ha movido el laudable altruismo de colaborar en una importante reforma procesal que debería beneficiar a toda la sociedad chilena, pero también manifiestan consideración hacia mi persona y hacia la experiencia procesal civil de España.

Espero poder corresponder en estos días a tanta gentileza y generosidad, aunque de antemano me declaro convencido de que, a la postre, siempre resultaré deudor de Vds., porque tengo la seguridad de que mi propósito de aprender de su experiencia, de su ciencia y de su prudencia jurídicas se verá cabalmente cumplido y, en cambio, abrigo serias dudas de que lo que pueda decirles tenga un valor y utilidad comparables. Sin embargo, estas dudas no me han deslizado hacia la indolencia, sino que han operado y operan como un poderoso estímulo de mi esfuerzo. Y ya, tras este preámbulo obligado por la justicia y la verdad, nada protocolario, entro en materia.

* Primera conferencia pronunciada en el Seminario “Recurso de casación: presente y futuro”, el día 20 de octubre de 2008. El Seminario fue organizado en Santiago de Chile por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica y patrocinado por el Instituto de Estudios Judiciales, dependiente de la Corte Suprema.

El título de esta conferencia tiene una breve historia, que interesa para explicar el ámbito de mi intervención. Atribuyéndome total libertad, los organizadores me propusieron tratar de la génesis, el desarrollo y el estado actual de la casación en España. Pero enseguida estuvieron plenamente de acuerdo conmigo en no dedicar demasiado tiempo a la génesis de la casación, lo que indefectiblemente nos llevaría a prolijas disertaciones históricas, hoy escasamente interesantes. De manera que mi exposición de hoy se va a limitar a la experiencia de la casación española en los últimos cincuenta años, un período que casi coincide con el tiempo en que, como estudiante (dos años) y como estudioso procesal (cuarenta y un años) he tenido una personal y directa experiencia de la casación española.

Tras esta primera observación preliminar, una segunda. Vamos a hablar de la casación, sí, pero, a mi parecer, el punto de vista que interesa, tanto en Chile como en España, es el del papel o los cometidos del tribunal que se encuentra en la cúspide de nuestras organizaciones jurisdiccionales. Podemos dar por sentado, al menos provisionalmente, un modelo procesal civil de doble instancia y excluimos, desde luego, que la Corte o el Tribunal Supremo se ocupen de una tercera instancia. De lo que se trata es de que Corte o Tribunal Supremo tenga asignadas funciones útiles y de gran interés y funciones factibles, de posible cumplimiento en un tiempo razonable.

Sentado lo anterior, aún es conveniente circunscribir algo más la exposición de la experiencia de la casación en España, en los últimos cincuenta años. Entiendo que podemos delimitar la descripción de la evolución del quehacer jurisdiccional civil del Tribunal Supremo de España (en adelante, TS) centrando la atención en cuatro parámetros: estructura general del recurso, resoluciones recurribles; motivos del recurso y mecanismo de admisión.

En 1958, la casación española comprende, en realidad, dos recursos principales¹: casación “por infracción de ley o de doctrina legal” y casación denominada “por quebrantamiento de forma” o, más exactamente, por “haberse quebrantado alguna de la formas esenciales del juicio”, aunque una misma sentencia podía ser objeto de los dos recursos de casación y en tal caso se resolvía primero el de casación por quebrantamiento de forma. Los arts. 1692 y 1693 LEC de 1881 enumeraban, respectivamente, 7 motivos de casación por infracción

¹ Dejamos a un lado ahora un llamado “recurso de casación contra las sentencias de amigables componedores”, es decir, contra sentencias en arbitrajes de equidad.

de ley² y 8 motivos de casación por quebrantamiento de forma.³ Es importante señalar que, en 1958, la “casación por infracción de ley” deja abierta una puerta, ciertamente no ancha, pero tampoco angostísima, a la revisión por el TS del “juicio de hecho” (o, mejor, del *juicio sobre los hechos*) llevado a cabo por los tribunales de instancia (motivo 7º del art. 1692 LEC). No se trata, por tanto, ni de una casación ajena a lo procesal ni férreamente circunscrita a *quaestiones iuris* y plenamente cerrada en cuanto a los hechos declarados probados o considerados dudosos. Se exige al recurrente la formalización de un depósito, de cuantía no muy elevada, pero sí apreciable.

² Los siguientes: “1º. Cuando el fallo contenga violación, interpretación errónea o aplicación indebida de

las leyes o doctrinales legales, aplicables al caso del pleito.”

“2º. Cuando la sentencia no sea congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes”

“3º. Cuando el fallo otorgue más de lo pedido, o no contenga declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito.”

“4º. Cuando el fallo contenga disposiciones contradictorias.”

“5º. Cuando el fallo sea contrario a la cosa juzgada, siempre que se haya alegado esta excepción en el juicio.”

“6º. Cuando por razón de la materia haya habido abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción, conociendo en asunto que no sea de la competencia judicial, o dejando de conocer cuando hubiere el deber de hacerlo.”

“7º. Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho o error de hecho, si éste último resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador.”

³ Éstos: “1º. Por falta de emplazamiento, en primera o segunda instancia, de las personas que hubieren debido ser citadas para el juicio.”

“2º. Por falta de personalidad en alguna de las partes, o en el Procurador que la haya representado.”

“3º. Por falta de recibimiento a prueba en alguna de las instancias, cuando procediere con arreglo a Derecho.”

“4º. Por falta de citación para alguna diligencia de prueba, o para sentencia definitiva en cualquiera de las instancias.”

“5º. Por denegación de cualquiera diligencia de prueba, admisible según las Leyes, y cuya falta haya podido producir indefensión.”

“6º. Por incompetencia de jurisdicción, cuando este punto no haya sido resuelto por el Tribunal Supremo y no se halle comprendido en el número 6 del artículo anterior.”

“7º. Por haber concurrido a dictar sentencia uno o más Jueces, cuya recusación fundada en causa legal e intentada en tiempo y forma, hubiese sido estimada, o se hubiere denegado, siendo procedente.”

“8º. Por haber sido dictada la sentencia por menor número de Jueces que el señalado por la Ley.”

Esto sentado, es de notar que los dos grupos de motivos de los dos recursos de casación no se dedican, el primero, a las infracciones de ley sustantiva y, el segundo, a las infracciones de normas procesales. Entre los 7 motivos del art. 1692 (casación por infracción de ley), seis se relacionan con normas procesales (dos con la congruencia y uno con la coherencia interna de la sentencia, otro con la cosa juzgada, otro con la jurisdicción y otro con la prueba). Es el motivo 1º del art. 1692 LEC el previsto para denunciar las infracciones de normas sustantivas. En cambio, los 8 motivos del art. 1693 (casación por quebrantamiento de forma) se refieren todos a infracciones procesales. Lo que distingue los dos recursos es que los motivos del llamado recurso por infracción de ley constituirían vicios o errores *in iudicando* o, para ser más precisos, vicios cometidos al dictar sentencia, mientras que los motivos de casación por quebrantamiento de forma serían todos vicios o errores *in procedendo*, errores o infracciones en el curso del proceso.

Por eso, de estimarse la casación por quebrantamiento de forma, el TS reenvía las actuaciones al tribunal inferior para que proceda de nuevo a partir del momento del vicio apreciado y subsanado (casación con reenvío), pero en caso de estimarse la casación por infracción de ley, al no existir vicios *in procedendo*, se considera que el TS está en condiciones de realizar una doble actividad: por un lado, casar (romper, anular) la sentencia recurrida y, por otro, dictar, el mismo TS, una segunda sentencia (que aparecía así nombrada) en sustitución de la casada (casación sin reenvío).

Siempre en 1958, las resoluciones susceptibles de casación por infracción ley eran, principalmente, las sentencias de segunda instancia de las Audiencias Provinciales en juicios “de mayor cuantía” (los reservados a asuntos de máxima importancia). Quedaban excluidos del ámbito casacional, por tanto, todo tipo de asuntos que se tramitasen en primera instancia por los cauces del juicio verbal, del “juicio de cognición” y del juicio “de menor cuantía” (entonces, los otros tipos de procesos civiles ordinarios), excepto desahucios de cuantía elevada.

El recurso de casación por quebrantamiento de forma presentaba, en cuanto a las resoluciones recurribles, una apertura algo mayor, aunque con razonables requisitos especiales.

En cuanto a la admisión del recurso de casación por infracción de ley (por vicios en la sentencia), el art. 1728 LEC enumeraba hasta 10 causas de inadmisión. Varias de ellas consistían en incumplimientos de requisitos formales establecidos con anterioridad en la misma ley, pero otras revelaban, *sensu contrario*, exigencias nuevas para la

interposición del recurso. P. ej., no citar con precisión y claridad las leyes supuestamente infringidas o no citar con acierto “el concepto” de la infracción (si la “infracción” de la ley lo era por “violación”, por “interpretación errónea” o por “aplicación indebida”). Asimismo, no citar concretamente la disposición o artículo infringidos si la ley contuviese varios o citar como “doctrina legal principios que no merezcan tal concepto o las opiniones de los jurisconsultos, a que la legislación del país no dé fuerza de ley”, aunque –precisémoslo– en 1958 ya el mismo TS había “definido” mucho tiempo atrás la llamada “doctrina legal” como la doctrina jurisprudencial uniforme contenida en dos o más sentencias del Alto Tribunal.

La admisión del recurso por quebrantamiento de forma se limitaba a comprobar, conforme al art. 1752 LEC, el cumplimiento de 4 requisitos ya establecidos en preceptos anteriores de la LEC.

Por la Ley 46/1966, de 23 de julio, se introdujeron en la casación diversas reformas. Nos interesan aquí las que excluyeron de la casación los juicios de desahucio y la permitieron, en cambio, contra sentencias dictadas en juicios de menor cuantía, cuando ésta superase las 300.000 pesetas (de entonces: en la actualidad, serían 1.803 euros, en torno a los 2000 dólares USA). Los recursos de casación no experimentaron variación en cuanto a los motivos ni en lo relativo a la admisión.

La Ley 28/1974, de 24 de julio, modificó apenas dos preceptos relativos a los depósitos exigibles a los recurrentes en casación. En cambio, la Ley 34/1984, de 6 de agosto, cambió por completo la redacción del Título XXI del Libro II de la LEC, afectando directamente a todos los preceptos. La Ley de 1984 alteró notablemente la fisonomía externa de la casación civil española tal como aparecía en la LEC desde 1881.

Hasta esa Ley de 1984 y durante décadas, un número ingente de sentencias de la Sala de lo Civil del TS había sentado innumerables criterios sobre la procedencia de la casación, sobre todo por la exégesis de los 7 motivos de casación por infracción de ley y de los 8 de la casación por quebrantamiento de forma, así como respecto de las 10 causas de inadmisión de la casación por infracción de ley. La “doctrina legal” del TS sobre la casación había llegado a caracterizarse, no por razonables exigencias formales (lógicas en un recurso como el casacional), sino por un hiperformalismo muy generalmente denunciado, pero que, como se ha visto, el legislador no había querido afrontar. La casación exigía, en los abogados, una especialización en tecnicismos que incluían, en cierta medida, minucias y cominerías cambiantes e, incluso con esa especialización, los recurrentes se adentraban en un territorio de inseguridad jurídica, donde buenos

y fundados recursos podían perderse a causa de resoluciones de un exacerbado y caprichoso formalismo.

Dos ejemplos bastarán para ilustrar este formalismo, forzado en gran medida por el texto de la Ley. El primero, la alta posibilidad de que se apreciase error al citar el concepto en que se consideraba infringida una norma: “violación”, “interpretación errónea” o “aplicación indebida”. El segundo, relativo a la cosa juzgada: el motivo 5º del art. 1692 LEC (“cuando el fallo sea contrario a la cosa juzgada”) había de reservarse para los casos en que la sentencia recurrida fuese contraria a la prohibición del “bis in idem” y la previa excepción de cosa juzgada hubiese sido desestimada cuando procedía estimarla. Si el caso fuese el inverso o si se hubiese desconocido la fuerza positiva o prejudicial de cosa juzgada, el recurso debía plantearse al amparo del motivo 1º del mismo art. 1692 y la norma que debía considerarse infringida era el hoy derogado art. 1252 del Código Civil (CC), sobre la “presunción de verdad” ligada a la cosa juzgada. Lo curioso de este criterio jurisprudencial consistía en que el motivo 1º del 1692 LEC estaba reservado para las infracciones de leyes sustantivas y, ciertamente, no era sustantivo, sino claramente procesal, el art. 1252 CC sobre la cosa juzgada, aun entendida como presunción de verdad.

La Ley 34/1984 supuso la ruptura con todo un universo jurisprudencial sobre la casación e hizo inservibles muchas obras de los autores más dispares. Pasaron a la enciclopedia de la historia del Derecho procesal civil, junto a centenares de artículos sobre cuestiones y temas concretos, voluminosas recopilaciones sistemáticas de jurisprudencia. Capítulos enteros de tratados y manuales devinieron inservibles, así como los epígrafes dedicados al tratamiento en casación de jurisdicción y competencia, partes procesales, notificaciones, congruencia, cosa juzgada, prueba (en especial la documental), etc.

Y es que la Ley 34/1984 configuraba un único recurso de casación, establecía 5 motivos⁴ en lugar de los 15 que sumaban los dos

⁴ El art. 1692 LEC disponía que “el recurso de casación habrá de fundarse en alguno o algunos de los siguientes motivos:

1º. Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción.

2º. Incompetencia o inadecuación del procedimiento.

3º. Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.

4º. Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equívocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

recursos anteriores (por infracción de ley y por quebrantamiento de forma), presentaba muy simplificada la inadmisión y hacía desaparecer formalmente la segunda sentencia antes prevista en caso de estimarse el recurso por infracción de ley. El cambio de fisonomía era tal que más de medio centenar de artículos de la LEC de 1881 fueron derogados y dejados sin contenido por la Ley 34/1984.

Antes he hablado, empero, de alteración de la fisonomía *externa* de la casación civil a causa de esta Ley de 1984. Porque el cambio fue más aparente que real. El ámbito de lo recurrible no se modificó, a no ser para reducirlo. Pese a la nueva redacción, el trámite de admisión no experimentó modificaciones. Se mantuvo, como veremos, la apertura de la casación respecto de *quaestiones facti*. Y aunque bajo un sólo rótulo, persistieron dos distintos recursos de casación e incluso se mantuvo material y realmente, como no podía ser menos, la dualidad de sentencias del TS en ciertos casos: una primera, de anulación y otra, posterior, sin nombre, de resolución del fondo del asunto.

La novedad más relevante de la Ley 34/1984 está constituida por el nuevo art. 1692 LEC con sus cinco únicos motivos de la aparentemente única casación. Ante un *numerus clausus* como el de los precedentes arts. 1692 y 1693, con sus 7 y 8 motivos, respectivamente, el legislador de 1984 opta por fórmulas amplias y abiertas, pero resulta discutible, a mi entender, que esas fórmulas, algunas muy deficientes, presenten rotundas ventajas respecto de las anteriores listas cerradas. En conjunto, además, el ámbito total de los motivos de apertura de la casación apenas cambia.

En efecto, en el nuevo art. 1692 LEC se dedican los motivos 1º y 2º a jurisdicción, competencia y procedimiento inadecuado. El nuevo motivo 4º persiste en abrir la casación a la revisión del juicio sobre hechos, sólo que ahora importa el “error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”. Esta discutible apertura de la casación a las *quaestiones facti* resulta en teoría notablemente más amplia que el anterior “error de derecho o error de hecho, si éste último resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador”, porque se elimina la distinción entre error de derecho y error de hecho y desaparece la exigencia de apoyarse en

5º. Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.”

un documento o acto que pueda calificarse de auténtico⁵. Además, se coloca al TS en el trance de realizar una valoración conjunta de la prueba.

Se mantiene, por supuesto, el principal y más genuino motivo de casación, la infracción de ley sustantiva, pero con una formulación muy desacertada: “infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”: ni se podía saber qué eran las “normas de la jurisprudencia” ni se quería en realidad abrir la casación a la infracción de toda norma aplicable para resolver toda cuestión sobre la que se hubiese producido debate.

Pero lo más sobresaliente resultó la sustitución de varios motivos del antiguo 1692 LEC y de todos los del antiguo 1693 LEC por el nuevo motivo 3º, del siguiente tenor: “quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte”.

Probablemente, una buena fórmula general sobre lo procesal (*in iudicando* e *in procedendo*) debía ser preferible a unas listas cerradas de infracciones concretas. Pero esta fórmula del nuevo motivo 3º contenía un error jurídico a mi juicio gravísimo, consistente, como denuncié en su día, en vaciar el concepto de *garantía*. Me detengo brevemente en este punto.

Hacía tiempo que la LEC manejaba ya el concepto de indefensión. En concreto: era motivo de casación haber denegado una prueba admisible, si tal infracción hubiese *podido* causar indefensión. Tras la Ley 34/1984, toda infracción relativa a los actos y garantías procesales sería causa de casación, pero no en casos de indefensión potencial, sino sólo cuando la indefensión se considerase por el TS efectivamente producida. Así, las *garantías* pasaban de ser instrumen-

⁵ La defensa de este cambio consistió en aducir que esa distinción entre errores era muy difícil e igualmente lo era determinar si el documento o “acto” podía calificarse de “auténtico”. A mi parecer, la dificultad era ignorancia perezosa. Error de Derecho es el error en la aplicación de una norma sobre valoración de la prueba a un medio de prueba al que la ley atribuye un determinado valor. Error de hecho es el que se puede producir al valorar los medios de prueba para los que la ley prevé libre valoración por el tribunal o valoración conforme a las “reglas de la sana crítica” o “máximas de la experiencia” u otra expresión similar. En cuanto a la autenticidad de un documento, no debería existir confusión: la autenticidad no es otra cosa que la coincidencia entre el autor aparente del documento y el autor real.

tos para eliminar o atenuar *riesgos* a ser respuestas a *malos resultados*. Pero, por añadidura, determinar si el resultado ha sido malo o, lo que es igual, juzgar que algo que no se ha hecho o se ha hecho mal ha causado una efectiva indefensión requiere muchas veces operar sobre hipótesis de imposible comprobación, porque muchas veces no es posible responder con seguridad a la cuestión acerca del resultado al que se habría llegado en caso de haber hecho lo omitido o de haber hecho bien lo que se hizo mal. ¿Cómo saber muchas veces si denegar una prueba, impedir unas alegaciones o admitir intempestivamente unos documentos, ha provocado indefensión? Sólo imaginando el resultado de la prueba o de las alegaciones, si se hubiese practicado la prueba o formulado las alegaciones, o imaginando el curso del proceso si los documentos introducidos en él indebidamente, no se hubieran podido tomar en consideración. Ya se entiende que la efectividad de unas normas se hacía depender de enjuiciamientos extremadamente subjetivos, en contra o al margen de la objetividad de la infracción de esas normas.

Este deterioro o corrosión del concepto de *garantía* se trasladó al plano constitucional y en España ha quedado instalado en ese ámbito (incluso para dictar sentencias sobre posible inconstitucionalidad de leyes). No puedo detenerme en este punto, pero imaginen Vds. de qué valdría la inamovilidad judicial o la predeterminación legal del juez si el *status* jurídico de inamovilidad de los Magistrados o la garantía del juez legalmente predeterminado sólo se considerasen dignos de protección cuando se entendiese que los Magistrados habían dictado sentencias injustas.

Vuelvo ya a nuestro asunto. La mayor amplitud de la fórmula del motivo 3º respecto de los supuestos que antes la LEC enumeraba cerradamente no compensó, a mi parecer, el modo en que la relevancia del quebrantamiento de “formas esenciales del juicio” se condicionó a un resultado de efectiva indefensión. No sólo no compensó el cambio, sino que, por añadidura, el concepto de *indefensión* devino ya algo sumamente delicuescente y deletéreo, en todos los niveles (en la jurisdicción ordinaria y en el Tribunal Constitucional, para recursos de amparo: este Tribunal hubo de inventar una distinción entre indefensión “a secas” o “simple” e “indefensión constitucional” o “con relevancia constitucional”, ambas para referirse a la misma realidad: la privación o menoscabo del derecho de defensa en un proceso jurisdiccional).

Por lo demás, la aparentemente única casación apenas ocultó una inevitable dualidad: si el tribunal estimaba la alegación de infracción de normas sobre los actos y garantías procesales que hubiese

producido indefensión, la sentencia recurrida era casada y el asunto reenviado al tribunal en que se hubiere cometido la falta, para reposición de las actuaciones desde el momento correspondiente (casación con reenvío). Pero si se estimaban alegaciones de infracción de ley sustantiva o de normas reguladoras de la sentencia, se casaba la recurrida y el mismo Tribunal Supremo resolvía sobre el fondo, sustituyendo lo casado (casación sin reenvío) (cfr. art. 1715 LEC tras la Ley 34/1984). Aunque no se escribiera así, había dos sentencias dentro de un solo documento.

Expuesto lo anterior, no debo retrasar el momento de decir –como lo tengo dicho, escrito y publicado ya en España– que la calidad del trabajo del Tribunal Supremo y, en concreto, de su Sala de lo Civil, estaba ya disminuyendo notablemente en 1984. Y se dictaban ya por esa Sala demasiadas sentencias discordantes sobre las mismas cuestiones y hechos muy similares. A la vez, la resolución de los recursos de casación tardaba cada vez más. Así, condicionada la ejecución provisional a la prestación de fianza para responder de los daños y perjuicios en caso de revocación de la sentencia no firme, una respuesta efectiva a las pretensiones de los litigantes se hacía esperar demasiado en innumerables procesos civiles. Apelar y provocar una segunda instancia con demasiados ingredientes aleatorios costaba muy poco y si el asunto podía después llevarse a la casación, ni el crédito dinerario ni otros muchos bienes jurídicos recibían una aceptable protección jurisdiccional.

La última reforma de la casación civil en la LEC de 1881 se produce a causa de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. Tres puntos son de destacar. En primer lugar, la eliminación del error en la apreciación de la prueba como motivo de casación. En segundo lugar, el estrechamiento de lo recurrible por aumento del interés económico o cuantía, que pasa de 3 millones de pesetas por la Ley de 1984 (18.000 euros actuales) a 6 millones (36.000 euros actuales). En tercer lugar, una nueva causa de inadmisión (no desestimación, sino inadmisión) del recurso, la 3ª del art. 1710: “...cuando el recurso carezca manifiestamente de fundamento o cuando se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales. En este caso, puesta de manifiesto la causa de inadmisión, se oír a la parte recurrente por plazo de diez días antes de resolverse definitivamente. Para denegar la inadmisión del recurso por esta causa será necesario que el acuerdo se adopte por unanimidad.”

Ahora sólo comentaré este tercer punto. Por vez primera y contra una larga tradición española en materia de admisión de pretensiones,

se permitía el rechazo *in limine litis* de los recursos que se considerasen *prima facie* desprovistos de fundamento. Hasta el momento, nuestra tradición prefería el riesgo de tramitar procesos o recursos con pretensiones incluso absurdas al riesgo de incurrir en denegaciones de justicia sumarias. No estuve ni estoy de acuerdo con esa causa de inadmisión. Pero aún más me opuse (y mantengo hoy mi criterio) a la inadmisión por que “se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales”. Dejando a un lado la defectuosa expresión de estos términos legales (pues no eran los “recursos” los que habían ser sustancialmente iguales), mi disconformidad –en buena medida solitaria, pero también indiscutida– se basaba en la completa indefensión en que se encontraría el recurrente en casación por un asunto similar a otros ya resueltos: le afectaría negativamente lo decidido en recursos en que no pudo tener intervención alguna. Y, ¿acaso se podía descartar que con argumentos nuevos o expuestos más certamente, el tribunal de casación pudiese cambiar de criterio?

A esta reforma de 1992 subyacía una intensa y casi única preocupación, que no era en absoluto nueva, pero que sí se había agudizado: descargar de trabajo al tribunal de casación o, como se dice coloquialmente en España en los ambientes forenses, “quitarse papel”. El número de recursos no había decrecido y la tardanza en resolver tampoco, sino más bien lo contrario. Y añadiré que proseguían las sentencias sobre casos similares con pronunciamientos diversos u opuestos. En otras palabras: el TS continuaba retrasando la respuesta definitiva a las pretensiones de tutela jurisdiccional, no mejoraba la calidad de las sentencias de casación y proseguía el fenómeno de la llamada “jurisprudencia contradictoria”.

Algo más, de máxima importancia: desde 1958 hasta después de la Ley 10/1992, iban creciendo las materias civiles y mercantiles y las correspondientes normas civiles y mercantiles sobre las que nada tenía que decir y nada decía la Sala de lo Civil del TS, porque, entre unos y otros criterios de acceso a la casación civil, eran sustraídas de ese recurso. Por tanto, sobre demasiadas materias no había jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que no podía considerarse bueno, al menos en teoría o como sistema. En su lugar, la jurisprudencia o, mejor, la doctrina jurisprudencial que había que tener en cuenta sobre importantes materias era, desde 1985, la generada por 52 distintas Audiencias Provinciales (órganos ordinarios de apelación civil). En absoluto ocurría que las sentencias de las Audiencias Provinciales fuesen generalmente de baja calidad y las del Supremo, de calidad altísima. Pero, insisto, un sistema o modelo procesal así caracterizado no era calificable de razonable.

Esta situación se prolongó, con agravamientos notables, hasta 1996, en que se iniciaron los trabajos para dotarnos de una Ley de Enjuiciamiento Civil enteramente nueva. No puedo entretenerme aquí ni siquiera en resumir los principales criterios, de diferente naturaleza, con que se abordó ese trabajo por un reducido número de personas, encabezado formal y realmente por la entonces Ministra de Justicia, la Magistrada Margarita Mariscal de Gante y Mirón, que después ocupó la Vicepresidencia Primera del Congreso de los Diputados y hoy ha vuelto con discreción, sencillez y señorío, a su carrera y vocación judicial, siendo, por ahora, la única mujer que ha ocupado un puesto de máxima categoría en los tres poderes del Estado, pues primero había sido, de noviembre de 1990 a 1996, miembro del Consejo General del Poder Judicial. Sólo precisaré que, si bien el núcleo deliberante y redactor era reducido, desde el principio existió el propósito de someter a la más amplia consulta, como se hizo en efecto, los resultados de ese trabajo. Y se leyeron todas y cada una de las sugerencias y críticas recibidas. Esto aclarado, me ceñiré a lo relativo a la casación.

En este punto, el de la casación en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero, confluyen inevitablemente el tema de esta intervención, “la experiencia de la casación civil en España”, y el objeto de la intervención programada para mañana mismo, “algunas ideas para la formulación de un modelo de casación”. Siempre he desmentido ser “el autor” de la vigente LEC española. El mentís no se ha debido a modestia, sino a mi deseo de respetar la realidad, es decir, la verdad. Pero también he admitido y explicado con detalle mi participación intensa y prolongada en la elaboración del Proyecto de Ley remitido al Parlamento, así como haber respondido después a consultas sobre enmiendas parlamentarias. En todo caso, la casación hoy vigente en España guarda relación con mis ideas sobre la casación, aunque no responda enteramente a ellas.

Para no solapar las dos conferencias y evitar en lo posible las reiteraciones, voy a enfocar de modo primordialmente descriptivo esta última parte de mi actual intervención.

Era sumamente preocupante la situación de la casación civil antes de la Ley 1/2000 o, lo que es igual, la actuación de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (dejamos aquí de lado, por su escasa importancia cuantitativa, las casaciones atribuidas a Tribunales Superiores de Justicia por infracción del Derecho especial de las respectivas Comunidades Autónomas). A las causas de preocupación e insatisfacción ya expuestas, había que añadir, (salvo que creyésemos, muy equivocadamente, que las instituciones y, en concreto, los institutos

procesales, nada tienen que ver con el factor humano de la Justicia), la actitud y el comportamiento más generalizados de cierto número de Magistrados del Tribunal Supremo, incluidos algunos de la Sala de lo Civil.

Los Magistrados de esta Sala habían protagonizado un insólito enfrentamiento público con el Tribunal Constitucional, al que, con ocasión de sentencias sobre algunos recursos de amparo, acusaron sin explicaciones de invadir el ámbito propio del Tribunal Supremo, amenazando con recurrir al Rey, como Jefe del Estado, pese a no existir cauce para someterle un conflicto similar. Un enfrentamiento que, reavivado en varias ocasiones posteriores, se debe a una tensión que hoy no ha desaparecido. Varios Magistrados del Tribunal Supremo se constituyeron en un informal pero muy efectivo comité-lobby, que, desde finales de 1995 que yo sepa, vagamente reclamaba el debido reconocimiento socio-político del Tribunal Supremo (reconocimiento que, a mi entender, nadie había negado ni menoscabado) y reclamaba también, concretamente, una equiparación retributiva, en metálico y en especie, con los Magistrados del Tribunal Constitucional. Digamos, de paso, que el *status* de unos y otros es muy diferente, puesto que la condición de Magistrado del Tribunal Supremo es permanente y supone integrarse en la llamada “Carrera Judicial”, mientras que ser Magistrado del Tribunal Constitucional es una condición y una dedicación temporal (un periodo de nueve años, en principio).

Estas “reivindicaciones” de Magistrados del TS se presentaron como petición de un “Estatuto” (especial) de dichos Magistrados⁶ y finalmente se vieron acogidas por el Gobierno y los grupos parlamentarios, presionados por el aludido comité-lobby. Por Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, se reformó la Ley Orgánica del Poder Judicial en lo relativo, entre otros puntos, a dichos Magistrados, aunque, naturalmente, no se modificaron en absoluto las funciones del Tribunal Supremo ni las del Tribunal Constitucional. Los Magistrados del Tribunal Supremo pasaron a ganar lo mismo que los del Constitucional, se les asignaron vehículos oficiales similares y personal de secretaría a cada uno. En ese momento, el Tribunal Supremo ya contaba con un notable número de Letrados para auxiliar en su trabajo a los Magistrados, al igual que en el Tribunal Constitucional. Es de señalar que la justificación externa de las exitosas presiones

⁶ Traté de ese asunto en mi trabajo “Sobre el denominado ‘Estatuto de los Magistrados del Tribunal Supremo’ y el aumento de sus retribuciones”, en *Tribunales de Justicia*, Nº 2, febrero de 1997, págs. 181-196.

de los Magistrados del TS hacía hincapié en que con ese “Estatuto” todos los Magistrados incrementarían su dedicación y se resolverían más casos con menos inversión de tiempo.

Viene todo esto a cuento de nuestro asunto por dos motivos; primero, porque, en el conjunto de las “reivindicaciones” de las Salas del TS competentes para recursos casacionales, como la Sala primera, de lo Civil, aparecía con fuerza la pretensión de ocuparse sólo de unos cuantos recursos de casación, escogidos por la Sala al modo del sistema norteamericano del *certiorari*. Un método muy alejado de nuestra tradición, poco recomendable, a mi entender, para ser importado en países como España.

El segundo motivo es éste: al constitucionalizarse por el art. 24 CE el derecho a obtener una tutela judicial efectiva y a no padecer indefensión, más otros derechos procesales, innumerables asuntos de índole procesal podían plantearse y se estaban planteando ante el TC, por vía de recurso de amparo, una vez agotado el recorrido por la jurisdicción ordinaria, incluido el Tribunal Supremo. De hecho, en 2007 los recursos de amparo representaban el 98’27 % de los asuntos del TC, y en esa vía de amparo, su vez, la gran mayoría de los recursos de amparo tienen como objeto cuestiones procesales (el 85’27 % en 2002; el 84,17 % en 2003; 83’48 % en 2004; 87’41 % en 2005; 89’22 % en 2006 y 85’46 % en 2007), según datos de las últimas Memorias disponibles). El Tribunal Constitucional tenía y tiene así la última palabra acerca de las presuntas infracciones procesales más relevantes.

Tal era la situación al afrontar una obligada reconsideración del papel del Tribunal Supremo como vértice de la jurisdicción civil. Había que lograr, en el plano de la reforma legislativa procesal (que muchas veces no es el único en que el cambio resulta necesario), circunscribir, reduciéndolo considerablemente, el ámbito de las funciones del Tribunal, de manera que la carga de trabajo resultase hacedera y, por ello y al mismo tiempo, de la mayor utilidad social posible. El reto principal consistía en establecer ese ámbito de modo objetivo, no sólo conforme a nuestra tradición, sino para máxima garantía de la seguridad jurídica y de la igualdad de trato a los justiciables.

Llegados a este punto, me permitirán que me sirva de la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, cuya lectura directa y completa me permito recomendarles. Ocurre que, no tratándose de palabras que me sean enteramente ajenas, difícilmente logro expresarme más claramente que la E. de M. dentro de la obligada brevedad.

El apartado XIV de la E. de M. se dedica por completo a nuestro tema. Y comienza con un encuadramiento de nuestro asunto dentro del modelo procesal civil en su conjunto:

Por coherencia con una real preocupación por la efectividad de la tutela judicial, la nueva LEC pretende superar la idea, no por vulgar menos influyente, de los recursos extraordinarios y, en especial, de la casación, entendidos, si no como tercera instancia, sí, muy frecuentemente, como el último paso necesario, en muchos casos, hacia la definición del Derecho en el caso concreto.

El planteamiento de una casación civil generalizada o muy amplia resulta irrealizable y entraña una cierta degeneración o deformación de importantes instituciones procesales. Por eso, añade la E. de M., “está siendo general, en los países de nuestro mismo sistema jurídico e incluso en aquéllos con sistemas muy diversos, un cuidadoso estudio y una detenida reflexión acerca del papel que es razonable y posible que desempeñen los referidos recursos y el órgano u órganos que ocupan la posición o las posiciones supremas en la organización jurisdiccional.”

“La tendencia de reforma que se estima acertada –prosigue la E. de M.– es la que tiende a reducir y mejorar, a la vez, los grados o instancias de enjuiciamiento pleno de los casos concretos para la tutela de los derechos e intereses legítimos de los sujetos jurídicos, circunscribiendo, en cambio, el esfuerzo y el cometido de los tribunales superiores en razón de necesidades jurídicas singulares, que reclamen un trabajo jurídico de especial calidad y autoridad.”

Entrando ya derechamente en nuestro asunto, la E. de M. prosigue reconociendo una situación indeseable de la casación en España, situación “en absoluto fácil de resolver con un grado de aceptación tan general como su crítica.” La nueva LEC parte, “no sólo de la imposibilidad, sino también del error teórico y práctico que entrañaría concebir que la casación perfecta es aquélla de la que no se descarta ninguna materia ni ninguna sentencia de segunda instancia.”

Con pleno apoyo en la experiencia universal y en la mejor doctrina, cabe afirmar –y así lo hace la E. de M.– que “no responde a criterios razonables de justicia, que cada caso litigioso, con los derechos e intereses legítimos de unos justiciables aún en juego, pueda transitar por tres grados de enjuiciamiento jurisdiccional, siquiera el último de esos enjuiciamientos sea el limitado y peculiar de la casación. No pertenece a nuestra tradición histórica ni constituye exigencia constitucional alguna que la función nomofiláctica de la casación se proyecte sobre cualesquiera sentencias ni sobre cualesquiera cuestiones y materias.”

“Nadie ha cuestionado, sin embargo –prosigue la E. de M.– que la renovación de nuestra Justicia civil se haga conforme a los valores positivos, sólidamente afianzados, del propio sistema jurídico y jurisdiccional, sin incurrir en la imprudencia de desechar institucio-

nes enteras y sustituirlas por otras de nueva factura o por piezas de modelos jurídicos y judiciales muy diversos del nuestro. Así, pues, ha de mantenerse en sustancia la casación, con la finalidad y efectos que le son propios, pero con un ámbito objetivo coherente con la necesidad, antes referida, de doctrina jurisprudencial especialmente autorizada.” Se apunta aquí ya, claramente, la función de interés supraindividual deseable en la nueva casación.

Muy concreta y expresivamente, el texto continúa en los siguientes términos:

“Los límites de cuantía no constituyen por sí solos un factor capaz de fijar de modo razonable y equitativo ese ámbito objetivo. Y tampoco parece oportuno ni satisfactorio para los justiciables, ávidos de seguridad jurídica y de igualdad de trato, que la configuración del nuevo ámbito casacional, sin duda necesaria por razones y motivos que trascienden elementos coyunturales, se lleve a cabo mediante una selección casuística de unos cuantos asuntos de ‘interés casacional’, si este elemento se deja a una apreciación de índole muy subjetiva”, que, como más adelante completa la E. de M., generaría inseguridad jurídica y riesgos de grave desconfianza y desacuerdo con las decisiones del TS.

“La presente Ley ha operado con tres elementos para determinar el ámbito de la casación. En primer lugar, el propósito de no excluir de ella ninguna materia civil o mercantil; en segundo término, la decisión, en absoluto gratuita, como se dirá, de dejar fuera de la casación las infracciones de leyes procesales; finalmente, la relevancia de la función de crear autorizada doctrina jurisprudencial. Porque ésta es, si se quiere, una función indirecta de la casación, pero está ligada al interés público inherente a ese instituto desde sus orígenes y que ha persistido hasta hoy.”

“En un sistema jurídico como el nuestro, en el que el precedente carece de fuerza vinculante –sólo atribuida a la ley y a las demás fuentes del Derecho objetivo–, no carece ni debe carecer de un relevante interés para todos la singularísima eficacia ejemplar de la doctrina ligada al precedente, no autoritario, pero sí dotado de singular autoridad jurídica.”

“De ahí que el interés casacional, es decir, el interés trascendente a las partes procesales que puede presentar la resolución de un recurso de casación, se objetive en esta Ley, no sólo mediante un parámetro de cuantía elevada, sino con la exigencia de que los asuntos sustanciados en razón de la materia aparezcan resueltos con infrac-

ción de la ley sustantiva, desde luego, pero, además, contra doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (...) o sobre asuntos o cuestiones en los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Se considera, asimismo, que concurre interés casacional cuando las normas cuya infracción se denuncie no lleven en vigor más tiempo del razonablemente previsible para que sobre su aplicación e interpretación haya podido formarse una autorizada doctrina jurisprudencial, con la excepción de que sí exista tal doctrina sobre normas anteriores de igual o similar contenido.”

Tras dedicar un párrafo a la supresión del requisito del depósito previo, la E. de M. continúa explicando y justificando el diseño de los recursos extraordinarios, con referencia a uno nuevo y distinto de la casación, el recurso extraordinario por infracción procesal, del que no se ocuparía ya el TS, sino las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia, órganos en que culmina la organización jurisdiccional del Estado en cada Comunidad Autónoma. Estos recursos implicarían muchas veces una mera jurisdicción negativa porque, de estimarse, la sentencia sería anulada con reposición de las actuaciones al estado en que se cometió la infracción (reenvío al tribunal inferior). En otros casos, esto es, al resolver sobre jurisdicción y competencia objetiva, el proceso podría iniciarse de nuevo o proseguir ante el tribunal competente, según lo que se hubiese denunciado y lo que se hubiese resuelto. Nunca, sin embargo, el resultado de una estimación de este otro recurso extraordinario sería una sentencia sobre el fondo de un Tribunal Superior de Justicia.

Pero la LEC 1/2000 contiene algo absolutamente novedoso y difícil de entender para los prácticos. Y es que, ante sentencias en segunda instancia de Audiencias Provinciales, fuerza a litigantes y abogados a optar por la casación o por el recurso extraordinario por infracción procesal. Si se opta por recurrir la sentencia en virtud de infracciones procesales *in procedendo* e incluso *in iudicando*, no se puede a la vez interponer el recurso de casación respecto del fondo ante el TS. Si se opta por recurrir en casación al TS, no se ha utilizado el recurso extraordinario por infracción procesal y, por tanto, no podrá acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional alegando infracciones procesales que supongan lesión de los bienes jurídico-procesales contemplados en el art. 24 CE.

En defensa de esa forzosa opción, la E. de M. afirma, entre otras cosas, lo siguiente:

“Si se está persuadido de que se ha producido una grave infracción procesal, que reclama reposición de las actuaciones al estado anterior

a esa infracción, no cabe ver imposición irracional en la norma que excluye pretender al mismo tiempo una nueva sentencia, en vez de tal reposición de las actuaciones. Si el 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, como en el régimen anterior a esta Ley.”

Tras esta defensa de la dualidad de recursos extraordinarios no acumulables, la E. de M. afronta una debilidad, podríamos decir, del nuevo sistema diseñado:

“El régimen de recursos extraordinarios establecido en la presente Ley quizá es, en el único punto de la opción entre casación y recurso extraordinario por infracción procesal, menos “generoso” que la casación anterior con los litigantes vencidos y con sus Procuradores y Abogados, pero no es menos “generoso” con el conjunto de los justiciables y, como se acaba de apuntar, la opción por una casación circunscrita a lo sustantivo se ha asumido teniendo en cuenta el conjunto de los institutos jurídicos de tutela previstos en nuestro Ordenamiento.”

“No puede desdeñarse, en efecto, la consideración de que, al amparo del artículo 24 de la Constitución, tienen cabida legal recursos de amparo –la gran mayoría de ellos– sobre muchas cuestiones procesales [ante el TC, una vez agotado el recorrido procesal por la jurisdicción ordinaria]. (...) Hay (...) según nuestra Norma Fundamental, una instancia única y suprema de interpretación normativa en muchas materias procesales. Para otras, como se verá, se remodela por completo el denominado recurso en interés de la ley.”

“Los recursos de amparo por invocación del art. 24 de la Constitución han podido alargar mucho, hasta ahora, el horizonte temporal de una sentencia irrevocable, ya excesivamente prolongado en la jurisdicción ordinaria según la Ley de 1881 y sus posteriores reformas. Pues bien: esos recursos de amparo fundados en violaciones del art. 24 de la Constitución dejan de ser procedentes si no se intentó en cada caso el recurso extraordinario por infracción procesal.” Así, de paso, se reducirían notablemente las ocasiones de fricción entre el TC y la Jurisdicción ordinaria y, en concreto, el TS.

Lo que hemos expuesto con palabras del mismo legislador, esto es, la opción de la Ley 1/2000 en cuanto a la casación civil y al Tribunal Supremo, se resume en los siguientes puntos:

1º) Son recurribles en casación todas las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales; sólo se excluyen

los poquísimos asuntos confiados en primera instancia a los Jueces de Paz, apelables ante los Juzgados de Primera Instancia.

2º) El único motivo de casación es la infracción de normas sustantivas. Lo procesal se excluye de la casación, porque a) es necesario reducir drásticamente su ámbito y es conforme al origen histórico de la casación limitarse a lo sustantivo y prescindir de lo procesal; y b) en innumerables cuestiones procesales de importancia, *Constitutione lata* será siempre el Tribunal Constitucional quien tenga la última palabra.

Con estos dos puntos, ninguna materia civil o mercantil estaría excluida *a priori* de la casación civil ante el Tribunal Supremo y no habría conjuntos normativos relativos a las materias propias de la jurisdicción civil sobre los que nunca tuviese el Alto Tribunal ocasión de pronunciarse.

3º) El filtro para evitar un aluvión de recursos de casación consiste en exigir que el recurso presente un interés especial (el llamado “interés casacional”). Este interés no lo aprecia el TS discrecionalmente, sino que lo fija la ley con varios criterios objetivos, antes mencionados, pero que confluyen en la necesidad de que el Tribunal Supremo dicte una sentencia que siente doctrina autorizada en asuntos y cuestiones sobre los que existen vacíos o disparidades indeseables.

4º) Se permiten expresamente, al margen de este esquema, aquellos recursos de casación contra sentencias de Audiencias Provinciales cuando el interés económico sea considerable, por exceder de 150.000 euros (unos 200.000 dólares) y cuando se trate de sentencias dictadas para la tutela de derechos fundamentales, distintos de los procesales que aparecen en el art. 24 CE.

Al aprobarse en el Congreso de los Diputados la Ley 1/2000, con estas normas, se aprobaba, sin duda la nueva configuración de la casación civil y el establecimiento de otro recurso extraordinario, fuera del ámbito del Tribunal Supremo. Por motivos completamente ajenos a la lógica, motivos de baja ralea partidista, ese mismo Congreso de los Diputados no aprobó una complementaria reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial para atribuir el recurso extraordinario por infracción procesal a los Tribunales Superiores de Justicia. De modo que, entre el Congreso y el Senado, hubo de inventarse una fórmula, la de la Disposición Final 16 de la LEC, por la que, transitoriamente, el Tribunal Supremo podría conocer de los dos tipos de recursos extraordinarios, que se podrían acumular, subordinan-

do la admisibilidad del recurso por infracción procesal a que fuese admisible el de casación y disponiendo, que, en su caso, primero se resolviese sobre las infracciones procesales.

Así, el ámbito de las funciones del TS venía a ser semejante a la situación anterior a la LEC 1/2000, aunque ahora con los motivos de los recursos mejor enunciados. Lo que se previó como transitorio hasta la aprobación de la reforma orgánica pendiente, lleva camino de perpetuarse. Los Magistrados del TS se encuentran en situación confortable y los Abogados –aquéllos a quienes aún alegra que un asunto sea recurrible ante el Tribunal Supremo– en absoluto ejercen la menor presión para hacer efectivo el diseño casacional de la LEC 2000, dejando sin efecto su Disposición Final 16.

Para que mi exposición sobre la experiencia española de la casación civil en estos últimos 50 años no sea muy incompleta, es indispensable transmitir a Vds. ciertos datos y criterios:

1º) Es de señalar, ante todo, que la resolución de los recursos de casación cuando son admisibles y admitidos no tiene ya la influencia de antaño, dado que la LEC 1/2000 se atrevió a permitir la ejecución provisional de las sentencias sin necesidad de que el ejecutante provisional deposite fianza. Por tanto, si el asunto litigioso cabe en la casación, la efectividad de la tutela no está absolutamente condicionada, como antes, a recorrer dos instancias y el posterior trayecto de la misma casación.

2º) Antes de aprobarse el “Estatuto” de los Magistrados del TS por la ya citada Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, en ese año 1997, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo estaba resolviendo recursos contra sentencias de 1993, es decir, retrasaba 4 años el definitivo desenlace de ciertos litigios civiles. En este año 2008, la Sala está resolviendo recursos contra sentencias del año 2001, de modo que se ha pasado de 4 a 7 años de “retraso”. Este dato contrasta con el hecho de que un pleito civil está resuelto en segunda instancia, según las estadísticas judiciales de 2007, en 13 meses desde que se interpuso la demanda. Se trata de un promedio nacional: con mayor realismo, podemos cifrar la duración de las dos instancias, según territorios, entre 12 meses y 2 años.

3º) Los asuntos pendientes ante la Sala de lo Civil del TS a fines de 1997 (casi todos recursos de casación) fueron 9340; a fines de 1998, 10759; en 1999, 12552; en 2000, 12523; en 2001, 15076; en 2002, 14472; en 2003, 14751, en 2004, 14152; en 2005, 12496; en 2006, en que ingresan más de 1000 asuntos menos, quedan pendien-

tes 10527; en 2007, en que se mantiene una importante disminución de asuntos entrantes, quedaron pendientes 7262 asuntos. No puede decirse, por tanto, que el nuevo “Estatuto” aprobado en 1997 incrementase la productividad de la Sala de lo Civil, pese a reincorporar a Magistrados jubilados como Magistrados Eméritos y repartir con ellos la carga de trabajo.

4º) Como en muchos otros ámbitos y en otros países, las sentencias (son muchos más los autos de inadmisión) de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (1219 en 1997, 1258 en 1998, 1106 en 1999, 1080 en 2000, 11238 en 2001, 1306 en 2002, 1269 en 2003, 1254 en 2004, 1032 en 2005, 1340 en 2006 y 1329 en 2007) son de diversa calidad. Sin embargo, no sé de ningún autor que haya llamado la atención de nadie sobre una mejoría general en la calidad del trabajo jurisdiccional de la Sala de lo Civil.

Ésta es, a mi parecer, nuestra experiencia, con notables claroscuros, como han podido comprobar. Déjenme terminar asegurándoles que no he aprovechado este evento académico en Chile para decir “verdades” silenciadas por mí en España. Aparte de cifras concretas, que hasta ahora no me habían interesado de verdad, lo sustancial de mis valoraciones, lamentablemente negativas, lo he dicho y publicado en mi país. Pero las deficiencias de la Justicia española –que, pese a todo, compite con las mejores de los países civilizados, tan escasos– no son algo que motive a los políticos a emprender reformas serias. Los políticos de uno y otro signo prefieren, más bien, desviar la atención de los ciudadanos sobre sus actos y sus omisiones, a los actos y omisiones de la Justicia. Me parece que los políticos profesionales consideran que las reformas de la Justicia son sumamente laboriosas y desproporcionadamente carentes de rentabilidad en términos electorales.

Empero, de vez en cuando, casi por milagro, alguien, como la Ministra Mariscal de Gante y Mirón, se atreve con una empresa de la envergadura de la LEC 1/2000, la más extensa ley nunca discutida parlamentariamente en España, y logra sacarla adelante en casi todos sus aspectos, sin disponer *a priori* de mayoría parlamentaria, sumando votos de grupos parlamentarios tan dispares como los del Partido Popular, los del Partido Nacionalista Vasco y los de Izquierda Unida. No veo que ese milagro se vaya a repetir en mi país durante mucho tiempo, pero me llena de gozo y de esperanza contemplar el serio esfuerzo chileno por una justicia civil más efectiva.

Nada más.

Muchas gracias por su atención.

ALGUNAS IDEAS PARA LA FORMULACIÓN DE UN MODELO DE CASACIÓN CIVIL*

Excelentísimas e ilustrísimas autoridades, distinguidos colegas, señoras y señores:

Si no me equivoco, pudieron escuchar Vds., hace pocos meses, a mi colega y entrañable amigo, el Prof. Michele Taruffo, que es, sin duda, una autoridad mundial en materia de casación y, más allá, de tareas asignadas y asignables a los tribunales situados en el vértice de la Jurisdicción. Me honra mucho que, pese a haber dispuesto de tan autorizadísimo criterio, Vds. hayan querido que, además de exponerles críticamente la experiencia española, les transmita mis ideas sobre modelos de casación. Quizá han pensado que al amplísimo y meditado estudio de Taruffo sobre la casación y las funciones de las Cortes Supremas, estudio que mira desde fuera hacia el vértice de la Justicia, podría yo añadir un enfoque caracterizado por haber intervenido no hace mucho en configurar ese vértice, letra a letra y artículo tras artículo.

En todo caso, lo primero que quiero decirles, porque es aquello de lo que estoy más convencido, es que tengo por seguro que sus ideas acerca de uno o varios modelos de casación convenientes para Chile son mejores que las mías. Cierto que nadie me ha llamado a competir con nadie y que, como indiqué ayer, vengo más predispuesto a aprender que a enseñar. Así, pues, tomen mis palabras como una exposición sin pretensión aleccionadora alguna, muy sincera, eso sí, que ojala pueda ser útil para el debate y el contraste de ideas entre Vds. a los fines del máximo acierto de su reforma legal.

No he recibido indicaciones acerca de los problemas que Vds. consideran principales en su casación civil ni sobre el rumbo de sus trabajos de reforma. Es imposible, por tanto, algo que siempre me

* Segunda conferencia pronunciada en el Seminario “Recurso de casación: presente y futuro”, el día 21 de octubre de 2008.

prohibiría a mí mismo, a saber: exponer mis ideas en oposición a las de alguno o algunos de Vds. y menos aún para disgustarles. Cabe que parte de lo que diga a continuación no sea considerado acertado, en general o para Chile, por muchos o por algunos de Vds. Esa posibilidad la he asumido desde el principio, porque, aunque he dedicado no poca reflexión, y reflexión contrastada, al tema que nos ocupa, parto de la subjetividad y falibilidad de mis ideas y sobre todo, de que un aceptable modelo de casación está condicionado, en cada país, por circunstancias muy diversas. No conozco a fondo las de Chile y no me corresponde emitir los juicios y adoptar las decisiones prudentiales propias y exclusivas de los legisladores de Chile, que harán muy bien, como todos los legisladores, en procurarse los mejores asesoramientos. Quienes asistieron a la conferencia que impartí ayer comprobarán que mis ideas sobre un buen modelo de casación responden en cierta medida a la experiencia y a la realidad de España, aunque he formado criterio a la luz de otras experiencias y realidades y de las reflexiones y consideraciones de un buen número de juristas que son personas inteligentes.

Quiero señalar, asimismo, que, aunque conozco lo que en cada momento está más de moda y lo que es *políticamente correcto e incorrecto*, hace mucho tiempo que resolví no ceder ante ninguna censura ni permitirme más autocensura que la de evitar opinar sobre lo que desconozco o la de cerrarme a nuevos conocimientos. Carezco de afición a llevar la contraria a las posiciones mayoritarias o dominantes y no tengo vocación de Pepito Grillo sistemáticamente anti-sistema, pero, como persona que se sabe libre y a fuer de universitario, rechazo incluso la inclinación a condicionar o determinar mi criterio por la moda, por el halago de los poderes o por el aplauso de la mayoría. Así, pues, me explicaré, como siempre, con total libertad, que es, me parece, armonizable con el respeto a los demás y los buenos modales.

Obviamente, pensar en una nueva casación cuando no se trata de estrenar ese instituto difiere mucho de pensar en la casación cuando se desea implantarla por vez primera. Asimismo, la preexistencia de un Tribunal o Corte Suprema que ha tramitado y decidido muchos recursos de casación hace que la tarea de repensar la casación sea muy distinta que en los casos en que habría que establecer de nueva planta un tribunal casacional. Cuando ya tenemos recurso y tribunal de casación, es prudente, ante todo, no arrojar por la ventana la experiencia real del entero sistema procesal civil, con todos sus aspectos, sino valorar y aprovechar lo que tenga de bueno e identificar bien los aspectos negativos y, sobre todo, sus causas.

Durante las pasadas cuatro décadas, he pensado y escrito mucho acerca de numerosas reformas procesales concretas, pero también acerca de ese fenómeno tedioso y antipático, que no les deseo y que es la incesante prédica del tópico inane de “la reforma de la Justicia”, “la reforma del proceso civil”, “la reforma del proceso penal”, siempre con ese artículo determinado, siempre con acentos de totalidad y aires mesiánicos, siempre despreciando las modestas mejoras posibles. He visto y padecido muchas, incontables reformas que habían sido “la reforma” y que se quedaron en parches y retoques, con frecuencia “reformationes in peius”, no mejoras, sino “peoras”.

No es de extrañar que en la obrita de Juan RICO Y AMAT titulada “Diccionario de los políticos o verdadero sentido de las voces y frases más usuales entre los mismos”, Madrid, 1885, la voz “reforma” aparezca así definida: “Reforma: Bandera de los pronunciamientos todos, fantasmagoría para distraer y embaucar a los pueblos, anuncio de situaciones apuradas, cantilena de la Administración pública, el pan nuestro de cada día, rezado por todo Ministerio nuevo.”

“Cuando no saben cómo arreglar un problema, promueven una reforma legal.”, se ha dicho también. Con olvido de Sócrates, de Platón y de Aristóteles, no pocos piensan (o actúan como si pensarán) que a base de leyes se puede lograr la felicidad de las naciones y de los hombres todos. Grave, gravísimo error. ¡Pobre sociedad, pobre Nación aquélla en las que sus dirigentes están enfermos de incontinencia legislativa y en la que las leyes parecen aprobarse, no para ser cumplidas, sino para ser reformadas! ¡Pobre país aquél en que se aprueban nuevas leyes para anotarse “tantos” políticos; en que, a falta o en vez de inaugurar puertos o carreteras nuevas, se inauguran leyes nuevas, a veces, demasiadas veces, precipitadas y, por tanto, inefectivas y dañinas!¹

Todos los indicadores que conozco señalan, venturosamente, que no es ésa la mentalidad con que en Chile abordan importantes reformas legislativas en el ámbito de la Justicia. Me congratulo grandemente de ello. Quizá sirva este desahogo mío, fundado en conocimientos directos e intensas experiencias, desahogo salido de mis entrañas, para confirmarles y felicitarles por transitar el camino de la seriedad, de la racionalidad y de la prudencia. De la *prudentia iuris* y de la prudencia legislativa.

En razón de esa prudencia, y no de modelos foráneos con cierto atractivo ni de posibilidades meramente teóricas, ayer di por sen-

¹ V. mi viejo alegato “Respetar la Ley”, en *Rev. de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. I, 1974.

tado provisionalmente que la nueva casación civil (o como quiera llamarse al recurso extraordinario: de nulidad, p. ej., aunque nulidad comporta, si bien se mira, jurisdicción meramente negativa) di por sentado, repito, que lo que se plantea aquí, del mismo modo que nos lo planteamos en España, es un recurso extraordinario posterior a una doble instancia y, en especial, una nueva casación.

Este punto de partida no implica un modelo determinado de segunda instancia. Pero sí exige, a mi parecer, tener en cuenta que, como luego diré, el modelo de casación civil es el modelo del tejado del sistema procesal civil y depende extraordinariamente del diseño de lo que está debajo del tejado.

Si, por seguir con esta elemental imagen, en un país se ha venido impartiendo la justicia civil mediante dos instancias, podrán éstas modificarse y, en concreto, podrá mejorarse considerablemente la segunda instancia (como, por cierto, se ha hecho en España), pero el paso de la doble a la única instancia es un paso de aún mayor envergadura e importancia que el de una nueva casación y sería insensato dar ese paso a la ligera, sin meditar muy detenidamente la tradición jurídica del país, la actitud de justiciables y abogados, la existencia, quizá muy prolongada, de tribunales de segunda instancia y otros factores.

Piénsese, por lo demás, que la tutela judicial que cabe y que se debe razonablemente dispensar mediante la primera instancia bien diseñada más una buena segunda instancia será, en gran medida, tutela innecesaria en casación y que, a la inversa, una única instancia forzaría, en principio, a esperar mucho más de la casación y a configurarla con más amplias finalidades y funciones.

Cuentan de Eugenio D'Ors una anécdota que quizá conozcan, pero que no me resisto a referir. Como quiera que, por abrir torpemente una botella de champán, un camarero derramase buena parte de su contenido sobre la vestimenta de D. Eugenio, éste exclamo: "*jo-ven, los experimentos con gaseosa*" (agua de soda). A quien se propusiese implantar dos instancias en el sistema procesal civil de los USA, por ejemplo, yo no dudaría en procurar disuadirle. Dejémosles, diría, con su proceso civil en única instancia (y con jurado) más una apelación para vicios procesales. Es un estado de cosas que uno puede no considerar óptimo o satisfactorio para su país, pero parece que la población USA no clama por la doble instancia, sino que tiene asimilado su sistema ya casi bisecular. En cambio, experimentarí yo aún menos dudas en implorar reflexión y sensatez a quien propusiera pasar de una arraigada doble instancia a un nuevo modelo procesal civil de única instancia. *Los experimentos, con gaseosa*, me atrevería a decir.

Las exigencias de oralidad, inmediación y publicidad en la práctica de muchas pruebas no pueden ignorarse, desde luego, al configurar la segunda instancia. Pero suprimirla por razón de una imposible inmediación total sería una reacción demasiado drástica y hasta quizá una reacción teñida de cierta pereza y de alguna dosis de ignorancia. Porque existen diversos instrumentos para diseñar una segunda instancia útil, compatible con las exigencias referidas. Aunque no puedo detenerme en este punto, señalaré que la revisión en segunda instancia de los juicios sobre hechos puede ser limitada y, sin embargo, de suficiente amplitud para permitir enmendar gruesos errores. Pero la revisión de todos los juicios jurídicos de primera instancia confiere un gran interés a la segunda instancia.

No piensen Vds. que, con todas estas frases sobre la segunda instancia, me he desviado del asunto que nos convoca. No ha habido ninguna desviación, porque *una de mis más fuertes convicciones concernientes a la casación es que la efectividad de la justicia se juega en las instancias y, singularmente, en la primera instancia*. No sólo respecto de la justicia civil, pero también en ésta.

Hablando de justicia civil, no quiero ocultarles otra firme convicción personal. A los efectos de una reforma global de la justicia civil y, por tanto, de la casación civil, el punto de vista dominante ha de ser lo que interesa y es posible lograr para ofrecer a los litigantes buenas y efectivas respuestas jurisdiccionales en el ámbito propio de la jurisdicción civil, que presenta una fisonomía muy diferenciada respecto de lo que importa más tratándose de la Justicia penal.

En materia penal, los Tribunales, ya simplemente en cuanto a los hechos, se enfrentan a situaciones muy diferentes de aquéllas que son, con mucho, las habituales en los litigios típicos de la Jurisdicción civil. Parece propio de Pero Grullo, pero quizá no resulte superfluo recordar, que, como regla, en los procesos civiles, la Jurisdicción tiene que dar respuesta a lo que afecta exclusivamente a Ticio y a Cayo, ambos, de ordinario, muy próximos a los hechos de cada caso. En cambio, en materia penal, los hechos relevantes pueden ser muy lejanos a la parte acusadora, que es parte *meramente formal*, mientras que la acusada, parte *material*, única realmente concernida de modo directo por la eventual sentencia, suele tender a no facilitar la reconstrucción de la pequeña historia del proceso. Y, sobre todo, en el proceso penal no se trata de satisfacer jurídica y justamente a Ticio o a Cayo, sino de dar satisfacción al interés social en la represión jurídica de la criminalidad, si bien en un necesario y delicado equilibrio con el respeto a derechos elementales del imputado.

No se debería olvidar, complementariamente, que el terreno procesal penal es, tanto en la práctica como en la doctrina, menos firme que el del proceso civil. Esto ocurre por razones históricas (ya irreversibles) y, sobre todo, por motivos sociales permanentes, que provocan corrientes de opinión casi pendulares en cuanto a la Justicia penal, oscilaciones casi inexistentes, en cambio, en cuanto a la Justicia civil. Además, pese a los extraordinarios esfuerzos doctrinales de las últimas décadas, el Derecho Procesal penal no ha alcanzado la solidez del Derecho Procesal civil y se ve fuertemente influido por planteamientos extraños a la técnica jurídica y a unos principios jurídicos con altísimo grado de aceptación, como son los que rigen el proceso civil.

Quiero señalar, con todo esto, que no consideraría acertado estar trabajando en el diseño de una completa reforma procesal civil con la vista puesta en el proceso penal y ni siquiera mirándolo de reojo. Hay demasiadas diversidades entre lo civil-mercantil y lo penal y entre lo procesal civil y lo procesal penal, como para distraer o enturbiar el más preciso enfoque del trabajo reformador que necesita un nuevo modelo procesal civil.

Ciertamente, las distintas realidades procesales ofrecen materia para una Teoría general del proceso, pero mi experiencia me enseña con seguridad, en primer lugar, que ninguna teoría general debe condicionar o determinar las reformas del proceso civil (ni las del proceso penal o laboral) y, en segundo término, que una Teoría general del proceso bien fundamentada y verdaderamente valiosa no se hace eliminando diversidades justificadas por la naturaleza misma de las cosas, sino, por el contrario, la que se hace teniendo muy en cuenta esas diversidades. Sin este presupuesto o fundamento, la Teoría general resulta vana palabrería sin apenas utilidad y con propuestas sumamente endebles.

Dicho todo lo anterior, vuelvo directamente a la casación. Si se plantea lograr una nueva casación civil cuando ya existe es, sin duda, porque se tiene el convencimiento de que cabe establecer un instrumento casacional considerablemente mejor que el actual. Pues bien: ante todo, el empeño de cambio debe basarse, a mi entender, en la distinción entre *lo mal hecho* y *lo mal regulado*, muy elemental distinción, sin duda, pero no siempre atendida ni bien aplicada. En la vida pública y en la Justicia hay con frecuencia muchas cosas mal hechas y bastantes de ellas, sin embargo, no se deben en absoluto o no se deben principalmente a una mala regulación normativa. Ante esas cosas mal hechas, es indispensable la crítica, tan serena, razonada y clara como persistente. Y hay que pensar en otras acciones (de reforma

orgánica y de formación del elemento humano, p. ej.). Las raíces de lo mal hecho estarán muchas veces, además de en la siempre falible y claudicante condición humana, en fallos grandes en la enseñanza y en el aprendizaje del Derecho, o en simas históricas de carencia de valores o de auge de antivalores intelectuales y éticos.

Un ejemplo muy común aclarará hacia dónde apunto. Las épocas de alta criminalidad no se acaban sólo con reformas de las leyes penales ni con leyes procesales penales “del enemigo”. Si la denominada “violencia doméstica” se dispara en una sociedad, ¿la eliminaremos sólo con leyes que dispongan órdenes de alejamiento, dispositivos electrónicos de localización, penas más graves, presunciones de culpabilidad o casi, que afecten a los varones? ¿No habría que preguntarse cuántos actos de violencia doméstica son acompañados y estimulados por abuso del alcohol o de drogas o por la combinación de ambos factores? ¿No se debería actuar en serio respecto de esos factores criminógenos? Una sociedad está loca y ha caído en la indolencia suicida si quiere eliminar ciertos efectos sin actuar en absoluto sobre sus causas. En España, p. ej., seguimos incurriendo en la locura de considerar el estado de embriaguez o de intoxicación por drogas o sustancias psicotrópicas, no ya como atenuante, sino, desde 1991, incluso como eximente... mientras constituye delito el simple hecho de conducir un vehículo con cierto grado de intoxicación etílica o de drogas tóxicas, psicotrópicas o estupefacientes. Drogarse o emborracharse implica un *bonus* a efectos penales.

Ha sido ésta una nueva digresión que han de perdonarme. Volvamos a la casación. Volvemos a ella dando ya por aplicada la distinción entre lo *mal hecho* y lo *mal regulado*, convencidos de que en el plano de la reforma procesal hay que cambiar la regulación que, en sí misma, no sea buena en este momento o época o que favorezca lo mal hecho o que, cuando se aplica, conduzca ella misma al fracaso de un instituto procesal, en concreto, de la casación civil. Determínese bien, ante todo, qué es lo que se quiere cambiar y compruébese que el cambio tiene altas probabilidades de lograrse mediante normas nuevas, sin olvidar nunca que el factor humano de la Justicia, un factor decisivo, no cambia rápidamente y no cambia directamente por ley.

Permítanme un ejemplo real: si no hay intermediación judicial en la práctica de las pruebas, pese a que la ley la exige, no es cosa de reiterar con más vehemencia la exigencia legal de intermediación, sino de imaginar cómo puede la ley, con disposiciones nuevas, conducir a una situación en que resulte muy difícil o imposible falsificar un acto oral con intermediación, una situación en que la declaración de un tes-

tigo ante el juez no se convertirá en la respuesta escrita a preguntas escritas ante un funcionario auxiliar del Juzgado.

Asumo, insisto, que se quiere una casación nueva porque la actual no funciona o lo hace insatisfactoriamente. Si se quiere contar con un Tribunal casacional de pocos Magistrados y hoy esos pocos deben afrontar una excesiva carga de trabajo, con lo que se hace muy largo el trayecto desde la pretensión de tutela jurisdiccional hasta la respuesta última a la pretensión, pienso que no hay que dudar en disminuir drásticamente la carga de trabajo ni en acortar ese trayecto jurisdiccional total².

¿Que tendremos entonces una casación con menos funciones, sin alguna sumamente interesantes e importantes en sí mismas? Desde luego. Pero reformar la casación para dejarla con todas esas mismas (o parecidas) funciones tan importantes será incompatible con un trabajo casacional que de verdad se pueda llevar a cabo con la calidad y en el tiempo deseables. O casación amplia inútil y dañina, o casación de ámbito muy reducido. *Tertium non datur*.

Permítanme proponerles dos cuasi-axiomas (digo “cuasi” porque no resultan absolutamente inexorables) que me ha enseñado una prolongada experiencia propia y ajena. Son caricaturas, pero, como las buenas caricaturas, responden a la realidad:

Cuasi-axioma primero: cuanto mayor es la protección que ofrece teóricamente una ley poco prudente, menor es la protección que realmente se presta. Aplicado a nuestro asunto, el cuasi-axioma rezaría así: cuanto más generosa sea una imprudente regulación casacional, en cuanto a resoluciones recurribles y a motivos o “causales” del

² Tras mi regreso a España desde Chile, se celebró en Gandía (Valencia), entre los días 6-8 de noviembre de 2008, organizado por la Universidad de Valencia y bajo la dirección del Prof. Ortells Ramos, un Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, que ahora preside el Prof. Carpi, sobre el tópico “Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente”. Sin embargo, un segundo tema del Coloquio era “Los recursos ante Tribunales Supremos en Europa”. No me fue posible asistir a las sesiones correspondientes a este segundo tema, pero sí examinar el libro ya editado con las ponencias y comunicaciones: ORTELLS RAMOS (coord.), *Los recursos ante Tribunales Supremos en Europa*, ed. Difusión Jurídica, Madrid, 2008, 290 págs. Se trata de un volumen con información sumamente interesante y opiniones muy dignas de consideración, en su inmensa mayoría. No es éste el tiempo ni el lugar de analizarlas. Sí puedo afirmar que, por una parte, nada de lo leído me hace cambiar ninguna de las ideas aquí expuestas y, por otro lado, advierto una sustancial coincidencia de los diversos ponentes con la necesidad de esa drástica reducción de las funciones de la Corte o Tribunal Supremo y con la sustancia de lo que aquí propugno como papel esencial del vértice jurisdiccional.

recurso, menor será la protección efectiva del justiciable-recurrente. El trámite de admisión, con su jurisprudencia, se encargará de estrechar en realidad lo que en la letra parezca ancho.

Cuasi-axioma segundo: cuanto más trabajo tiene un tribunal, menos trabaja. La carga de trabajo tiende, no a excitar el celo del tribunal, sino a fomentar su pereza, que se pretende excusada por la sobrecarga de trabajo.

Expuestos los cuasi-axiomas, veamos la cuestión de la longitud y duración del entero trayecto jurisdiccional de los litigios civiles. He sido siempre y sigo siendo muy contrario a la tónica invocación, en las Exposiciones de Motivos o Preámbulos de las leyes, de los profundos cambios sociales (de una sociedad eminentemente rural y poco desarrollada a otra más urbana e industrializada, etc.). Pero todo eso no impide que esté persuadido de que el *tempo* de nuestras vidas en este siglo XXI dista mucho del ritmo vital subyacente a leyes del siglo XIX e incluso de comienzos del XX, que era un ritmo notablemente más lento.

Y hoy, además, ya no litigan unos pocos, en general ilustrados y económicamente desahogados. Ahora hay más litigios no sólo porque haya más personas físicas y jurídicas, o porque la sociedad se haya inficionado pandémicamente de una demencia querulante. Se litiga más, sobre todo, porque es muy superior el número de relaciones y situaciones jurídicas y porque hay una cultura de recurso a la Justicia distinta y mejor que la de épocas pasadas. Así las cosas, el modelo de Justicia civil entera, dentro del cual resulta imprescindible situar el modelo de casación, ha de proporcionar un horizonte temporal mucho más corto de respuesta efectiva a las pretensiones de tutela judicial.

Esto conduce a dos conclusiones, que sentaré provisionalmente: la primera, que, como ya he apuntado antes, la casación no se puede pensar al margen de lo que se piense sobre la primera instancia y la segunda. Hay que pensar la casación, si me permiten la imagen, no colocándose en el vértice y mirando alrededor, a los confines del vértice mismo, sino mirando también, y diría casi que antes, hacia abajo. Es posible que, obrando así, advirtamos que ciertos problemas o cuestiones deben ser bien resueltos en las instancias, de modo que carezca de sentido su acceso a la casación.

Un ejemplo real lo proporciona la casación española e incluso el recurso extraordinario por infracción procesal. De ellos han desaparecido justificadamente las cuestiones relativas a la competencia territorial y a la personalidad y representación de las partes. Son asuntos que deben quedar resueltos definitivamente en las instancias.

Porque no es razonable que se hayan recorrido dos instancias y su resultado esté aún condicionado por una cuestión de preferencia de conocimiento entre Jueces de la misma categoría, ambos con competencia objetiva o por una cuestión de capacidad o representación de las partes, que debe quedar zanjada en primera instancia, pues pocos fracasos del proceso son mayores que el de una sentencia definitiva que, por defectos procesales, deja imprejuizado el fondo.

La segunda conclusión es ésta: no es razonable ya, en nuestros tiempos, que el sistema de protección jurisdiccional civil de derechos y de exigencia de responsabilidades, pensado para satisfacer la necesidad de tutela jurídica efectiva de los sujetos jurídicos, comprenda en todos o en muchos casos tres grados distintos de enjuiciamiento o revisión de un mismo asunto. De aquí se deduce, a su vez, que no es temible una casación notablemente limitada en sus funciones y en sus casos de aplicación. Lo que resulta temible es lo contrario.

Si la primera instancia se construye de modo que los resultados sean satisfactorios, se alcanza el que debe ser objetivo primero y principal de una reforma procesal civil. Cuando la apelación y la consiguiente segunda instancia se diseñan de modo adecuado, no sólo se beneficia extraordinariamente a los justiciables, sino que queda muy libre y expedito el camino para una nueva casación, con funciones importantes, pero grandemente reducidas, funciones que pueda afrontar y cumplir realmente un tribunal no muy numeroso. Error gravísimo sería, insisto, elegir la casación como el momento clave de hacer Justicia. No puede ni debe serlo. Desgracia muy grande sería que, por deficiencias de la primera y de segunda instancia, la principal esperanza de los justiciables tuviese que depositarse en la casación.

Los justiciables deben saber que la casación no es, ni en la teoría ni en la práctica, un tercer grado, un grado más, de revisión jurisdiccional, ciertamente especial, pero, a fin de cuentas, un último trayecto para la tutela de sus derechos e intereses legítimos. Deben saber que disponen de dos instancias y que sólo en casos muy especiales, que raramente corresponderán con el suyo, podrán acudir a la casación.

Es éste un buen momento para unas consideraciones generales sobre la naturaleza de la casación y acerca de una clásica cuestión polémica: *ius constitutionis* o interés general *versus ius litigatoris* o intereses individuales o particulares.

A mi parecer, en el origen de la casación se encuentra presente y rotundamente predominante un interés político, general. Dejando a un lado los cuestionables empeños de emparentar la casación con

añejos institutos jurídicos propios, y reconociendo la *demande en casation* preexistente en Francia ante el *Conseil des Parties*, la genuina casación nace en Francia en 1790 con el ingenuo convencimiento revolucionario de la plenitud de la ley positiva y con el decidido propósito de impedir que los jueces inapliquen las leyes, las inventen o las modifiquen. Es, originariamente, un instrumento político, no jurisdiccional, de unos dogmas políticos, de entre los que destaca, además de la ya dicha plenitud y perfección de la ley, el papel legislativo exclusivo de la Asamblea Nacional como encarnación de la soberanía del pueblo.

Sobre este origen no debiera existir desacuerdo, pues se basa en datos históricos incontestables. Y tampoco debiera discutirse, porque se trata de un conjunto de hechos comprobables, que en la misma Francia tarda poco en fracasar el primitivo tribunal de casación revolucionario, con su función y jurisdicción meramente negativa y con el desenlace del *référé législatif* y de innumerables inactividades judiciales por el miedo de los magistrados a sobrepasar el papel de simples bocas o voces de la ley. De modo que en la misma Francia, menos de medio siglo después, en 1837, la primitiva casación política, a cargo de un órgano político, da paso a un instituto jurídico, a cargo de una Corte de casación ya integrada en y a la cabeza de la organización judicial. Enseguida, aquí y allá, la casación se plantea con la principal finalidad simultánea de corregir infracciones legales y de sentar interpretaciones especialmente autorizadas del contenido y sentido de las normas. En poco tiempo, se pasa de prohibir a los jueces desviarse un ápice de la letra de la ley a prohibirles abstenerse de fallar *so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley*.

Por encima de las posibles hibridaciones de la casación francesa con instituciones autóctonas de distintos países, resulta innegable que llegamos a este milenio con una institución, comúnmente denominada casación en esos países (*Revision* en Alemania), con ciertos rasgos asimismo comunes: no constituir una tercera instancia, estar confiada a la corte o tribunal supremo, revisar y corregir los juicios jurídicos de tribunales inferiores, producir doctrina de especial autoridad.

En cuanto a la polémica entre la mayor o menor influencia del *ius constitutionis* o del *ius litigatoris*, personalmente no me ofrece duda que un instituto denominado “recurso”, cuya efectividad concreta depende, dados los presupuestos y requisitos legales, de la voluntad de las partes de un proceso y, en concreto, de una parte con gravamen, es decir, perjudicada por la resolución recurrida, no me ofrece duda, digo, que ese instituto, la casación civil, mira al *ius litigatoris*.

Sin embargo, considero igualmente indudable que, desde su origen, en la institución que llamamos casación está presente con notable relevancia un interés público, general o político, único al principio, coexistente después con el *ius litigatoris*. Hoy, ese interés público, indisolublemente ligado al de la Corte o Tribunal Supremo, no es otro que el de la existencia de una doctrina aplicativa de las fuentes del Derecho emanada de un solo órgano con singular autoridad.

Así las cosas, al afrontar un nuevo modelo procesal civil al legislador se le abre la posibilidad (o incluso se podría decir que le compele el deber) de decidir prudencialmente la configuración del modelo. Si el modelo antiguo tenía dos instancias y, para ciertos casos, casación, el legislador actual puede mantener ese esquema, pero puede también cambiarlo, porque no pertenece al territorio de los derechos supralegales de los potenciales justiciables un derecho a la segunda instancia y menos aún un derecho a la casación. Convenirá sobremanera no desdeñar la tradición, el sentido histórico y las elaboraciones doctrinales, pero la prudencia del legislador le debe despegar de doctrinarismos que empañen el análisis racional de los problemas, ha de proporcionarle un sentido histórico no sólo a base del pasado, sino también sobre lo actual y lo futuro y tiene que procurarle una ilustrada libertad para cambiar los elementos del presente.

Dentro de esa libertad, bien puede el legislador condicionar el *ius litigatoris* en función del interés general o *ius constitutionis*. Por tanto, puede condicionar la casación a la presencia de un intenso interés general. En este punto, dos ideas: primera: no considero acertado como criterio único o principal sobre el interés general el de la elevada cuantía o alto interés económico ligado al recurso. No se trata sólo de que el criterio de la cuantía determine con frecuencia desigualdades de trato poco defendibles. Se trata de que, con ese criterio, puede haber materias y regulaciones enteras sobre las que nunca recaerán sentencias de la Corte o Tribunal Supremo. Segunda idea: esa nueva casación condicionada a un innegable interés general, mucho menos ligada al *ius litigatoris*, no dejará de ser casación siempre que a) estemos ante un recurso extraordinario (no ante una tercera instancia), b) el recurso se confía a la Corte Suprema o al Tribunal Supremo, c) la función del recurso sea revisar y, eventualmente, rectificar juicios jurídicos de tribunales inferiores y d) se pretenda establecer doctrina jurídica con especial autoridad.

Esta posibilidad de hacer pesar el interés general sobre el denominado *ius litigatoris*, que el buen sentido impone dejar abierta, se puede enunciar y se ha enunciado en España en términos consti-

tucionales: ha sido muy repetido por el TC español que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, del art. 24 CE, es un derecho de *configuración legal*, y, por tanto, no incluye un derecho absoluto a los recursos, sino sólo un derecho a los recursos legalmente previstos, de modo que sólo habrá violación de tal derecho fundamental si un recurso legalmente establecido es negado indebidamente.

Tras esta ya larga digresión, en absoluto impertinente, vuelvo al núcleo de esta intervención: ideas para un modelo de casación civil. Y retomemos la base de que si se plantea una casación civil nueva es porque se piensa que puede resultar notablemente mejor que la que ya se tiene. Más concretamente, porque se quieren eliminar los peores problemas, los peores resultados.

Con frecuencia, el peor problema de una casación existente es, como ya he apuntado, que determina el pésimo resultado de una tardanza excesiva en el total recorrido jurisdiccional de los asuntos que acceden al recurso casacional. También suele ocurrir, incluso coincidiendo con lo anterior, que la calidad de las sentencias o resoluciones de casación que ponen fin a ese recorrido no es la deseable. A veces, la abundancia del trabajo casacional es la *causa* de esa baja calidad; en ocasiones, es una simple y muy deplorable *excusa*. Desde el punto de vista de la reforma procesal da lo mismo, porque si de veras existe una carga de trabajo excesiva, ya vale la pena eliminar la excusa.

Supongamos estar en el trance de diseñar una nueva casación de modo que el número de recursos que se han de resolver sea muy inferior al actual. Yo diría que, por tratarse de la casación, no deberíamos poner a la Corte o Tribunal competente en el trance de revisar y eventualmente cambiar el juicio sobre los hechos. No lo hagamos, no tanto porque esa tarea sea poco propia de una casación clásica, sino porque debemos haber logrado en la primera instancia un buen sistema de fijación de los hechos, con certera aplicación de unas buenas reglas de carga de la prueba a los hechos relevantes que permanezcan dudosos. Es en la primera instancia donde hay que lograr que sólo se admitan las pruebas pertinentes y útiles (que se admitan todas ellas y que no se admitan las impertinentes), que se produzca una buena práctica de las pruebas, con inmediatez y contradicción y que se lleve a cabo una aceptable valoración, con respeto a parámetros legales en ciertos casos y conforme a la sana crítica, en la mayoría de ellos. Disponemos de una segunda instancia para corregir errores graves. Después de dos instancias, es poco razonable pensar que el tribunal de casación, más alejado en el tiempo y sin inmediatez alguna, alcanzará un juicio más acertado sobre los hechos.

Creo saber las dificultades que entraña mirar hacia la casación por quebrantamiento de forma y pensar, simplemente pensar, en suprimirla cuando ha existido durante un largo tiempo. En España, la necesidad de reducir el trabajo casacional del Tribunal Supremo mediante la exclusión de lo procesal se apoyaba y se apoya, como ayer expliqué, en ser el Tribunal Constitucional el último juez de lo procesal. Pero, aun sin ese elemento concreto, persistir en la inclusión de lo procesal dentro del ámbito de la casación es algo que merece la pena reconsiderar, sin tomar esa inclusión como un axioma incontestable.

Quizá extrañe que esto lo afirme un procesalista. Yo pienso todo lo contrario: los procesalistas, como todos los denominados “especialistas” (especie peligrosa, aunque sea necesaria: ya lo dijo Pío Baroja: “la especialidad produce la miopía espiritual”), los especialistas en Derecho procesal, digo, como otros especialistas, no debemos ser ni actuar como miembros de un gremio expansionista o conquistador.

Como procesalista, lo primero es reconocer la esencial instrumentalidad del Derecho Procesal. Es coherente con esa instrumentalidad esencial procurar que no falle el método procesal para decir el Derecho de cada caso concreto, pero la misma coherencia exige también procurar que lo instrumental no prevalezca sobre lo esencial, es decir, que lo procesal no se alce, en el seno del proceso mismo, como elemento obstaculizador de los pronunciamientos jurisdiccionales sobre el fondo y sobre la efectividad de esos pronunciamientos. Dos instancias, con sus recursos internos, muy bien pueden y hasta deben ser suficientes para la regularidad procesal. En todo caso, pienso que quien haya de elaborar una nueva ley procesal civil, debería volcar en las instancias su empeño y su esfuerzo por la buena aplicación de las normas procesales y por la corrección de los errores procesales.

No me atrevo a descartar que, en algún país, algunas infracciones procesales importantes, sean en la sentencia, sean también en el curso del proceso, puedan acceder a la casación sin determinar una carga de trabajo a todas luces excesiva para la Corte o Tribunal competente. En todo caso, sopeséese bien ese posible ámbito casacional. Y no se olvide la existencia de Cortes o Tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), como nosotros no debemos olvidar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y otras instituciones de la Unión Europea.

Sí me atrevo a aconsejar decididamente introducir en la casación, para su procedencia, un requisito semejante a lo que hemos llamado en España “interés casacional”, que es un interés general o público. Y

si se permite que accedan a casación infracciones de normas procesales, condicionese la casación a la concurrencia de ese interés, que no es un motivo o “causal” de la casación, sino un filtro preexistente para su procedencia.

Nos enfrentamos ahora a la cuestión relativa a la determinación de ese interés general. Como se desprende inequívocamente de mi anterior conferencia, no soy partidario, sino decidido adversario, de dejar en manos de la Corte o Tribunal, de forma directa o con fórmulas vagas, la determinación de los casos casacionalmente interesantes. Respeto el sistema norteamericano del *certiorari*, pero pienso que no debe ser trasplantado al seno de ordenamientos jurídicos como el chileno o el español, pertenecientes a otro sistema jurídico, el del *Civil Law* y no al *Common Law* ni a las tradiciones británicas transmutadas por el espíritu de los padres fundadores.

Ahora se habla mucho de acercamiento entre los dos sistemas e incluso de fusión, conmixtión o superación de la dualidad. A este tópico vamos a dedicar un congreso mundial de procesalistas en Toronto, en junio de 2009. A mi entender, estamos muy lejos de esa fusión, aunque se adviertan muchas convergencias y coincidencias, como no podía por menos de ocurrir, dada la identidad y la similitud de innumerables cuestiones jurídicas y la grandísima comunidad que se da, entre juristas, a la hora de resolver esas cuestiones, cuando los juristas de aquí o de allá tienen el mismo o muy semejante buen sentido de lo justo, lo equitativo y lo ordenado, es decir, cuando comparten gran cantidad de principios y criterios jurídicos.

Pero uno solo de los elementos diferenciadores –p. ej., el modo en que se reclutan los jueces y otros profesionales de la Justicia, como los fiscales– es ya, por sí mismo, suficiente para generar diversidades enormes entre las realidades jurídicas de países del *Civil* y las del *Common Law*, sin contar, por supuesto, las de países correspondientes al mismo sistema, bien entendido que medio planeta no encaja en ninguno de esos dos sistemas. Déjenme añadir, en cuanto a la convergencia de sistemas, que mientras cada vez hay más leyes, *Acts* o *Rules*, en los países del *Common Law*, en los países del *Civil Law* no se modifica ni se pretende seriamente por nadie serio modificar el papel de las sentencias, de su doctrina o, como suele decirse, de la jurisprudencia. Como enseguida explicaré, nosotros no sentimos ninguna necesidad de atribuir a la jurisprudencia, a los precedentes judiciales, fuerza verdaderamente normativa ni de legislar en tal sentido. Y cuando algunos elementos corporativistas han tenido la ocurrencia de proponer que la ley atribuya más fuerza vinculante a la doctrina jurisprudencial, que no saben definir, se han registrado

reacciones muy vigorosas y efectivas en sentido contrario³, que han vuelto a poner las cosas en su sitio.

También en esto conforme con mi entrañable amigo el Prof. TARUFFO, pienso que la convergencia de sistemas jurídicos viene a consistir en que el precedente autoritario (relativamente autoritario) del *Common Law* se sostiene y vale en la medida en que es un precedente dotado de autoridad intrínseca, basada en la calidad del análisis y en la racionalidad y buen sentido de la justicia y de la equidad de la respuesta judicial al problema jurídico de que se trate. Y, por supuesto, lo que se necesita en los países del *Civil Law* es exactamente lo mismo: que las Cortes o Tribunales Supremos produzcan sentencias de calidad, ejemplares por su autoridad intrínseca.

Nadie necesita de verdad petrificar las sentencias o ciertas frases de las sentencias y convertirlas en mini-leyes, en contra de la naturaleza de las sentencias y de las leyes. Menos aún es necesario revivir una muy vieja polémica acerca de la jurisprudencia y las fuentes del Derecho objetivo y zanjarla ahora situando a aquélla entre éstas. Si por “jurisprudencia” se entiende un conjunto de sentencias, ni una ni dos de ellas, ni todas en su conjunto, pueden, por su misma naturaleza de enjuiciamientos prudenciales sobre casos determinados, ser situadas en el mismo plano que la ley. Si por “jurisprudencia” se entiende la *doctrina* jurisprudencial, extraíble de sentencias sobre asuntos similares o prácticamente iguales, ésa será una doctrina de aplicación e interpretación de las verdaderas fuentes del Derecho, doctrina carente de fuerza jurídica vinculante por sí misma, pero que, si se trata de buena doctrina, surtirá efectos en razón de su “bondad”. Si es mala doctrina, si no se trata de doctrina que, por su calidad intrínseca, merezca ser tenida en cuenta para atenerse a ella, más vale no haberle otorgado valor vinculante en norma alguna. En todo caso, mejor es que esté siempre claramente abierto el camino para la matización o rectificación de la jurisprudencia y de su doctrina.⁴

³ A quien le interese una iniciativa en ese sentido en España, le aconsejo v. mi trabajo “Gobierno del poder judicial y valor de la jurisprudencia: un intento de dos cambios sustanciales”, en *Tribunales de Justicia*, núm. 10, octubre de 2002, págs. 1-18.

⁴ De la clásica polémica aludida y de la realidad y el valor de la jurisprudencia y de la doctrina jurisprudencial me he ocupado en varias ocasiones. V., para empezar, “La jurisprudencia en la Ley de Bases para un nuevo Título Preliminar”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. IV, 1973. Posteriormente, con algunos matices, “La Jurisprudencia en el nuevo Título Preliminar del Código Civil”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1975, págs. 437 y ss. La misma posición, con ampliaciones en ciertos aspectos, en *op. cit.* en nota anterior.

Que, en los EE.UU. de América, nueve Magistrados vitalicios, designados por el Presidente, decidan aquello que les va a ocupar y desechen lo que no les parezca de interés, me parece admisible y aceptable, aunque sólo sea porque así veo que les parece a la mayoría de los juristas estadounidenses. Pero esa pieza del complejo ordenamiento jurídico americano-estadounidense, ordenamiento al servicio de una muy singular y compleja sociedad, no conviene pretender introducirla en el engranaje de otros ordenamientos con piezas, tradiciones e inspiraciones diferentes, generados en sociedades muy distintas, para utilidad de los miembros de esas sociedades. Los que propugnan tales trasplantes, en una burla deplorable del genuino y serio Derecho comparado, no actúan movidos por un serio estudio de lo que conviene a sus países y a la generalidad de los habitantes de esos países. Actúan manipulando un ejemplo foráneo en razón de lo que a ellos, estrictamente a ellos (no necesariamente siquiera a sus inmediatos sucesores), les conviene o les viene bien.

Cuando se trata de atribuir a los jueces más o menos poderes y facultades, un legislador prudente, que no es el seguidor del “lobby” más poderoso o insistente, ni el trasnochado e impenitente doctrinario, tiene que considerar la mentalidad, los hábitos y la cualificación de los jueces del país de que se trate (y también, por supuesto, la calidad y cantidad de los “productos” de esos jueces). Porque esos elementos, de suma importancia, no cambian por mandato legal.

A los jueces españoles, por ejemplo y en general (puede haber algunas pocas excepciones), nunca les han gustado las normas que no guiaran con precisión y claridad el contenido de sus decisiones y han sido muy remisos en la utilización de facultades, cuya inexistencia les resultaría inconcebible quizá a los jueces de otros países. P. ej., los jueces españoles, durante muchas décadas, fueron muy reacios en apreciar, a efectos de condena en costas, temeridad en el demandante al pedir o en el demandado al oponerse. Han sido remisos también en pedir aclaraciones a las partes o a los testigos, al hilo de sus declaraciones: no lo hacían de ordinario, aunque la ley se lo permitiese u ordenase. Ahora, cuando la inmediación y la oralidad se les imponen por la estructura legal inescusable del proceso, sí piden esas aclaraciones. Pero también ahora mismo, cuando los jueces civiles pueden, conforme a la nueva LEC, apreciar mala fe al litigar e imponer sanciones, casi nunca lo hacen. Así las cosas, ¿sería razonable que importáramos en España el *contempt of court* norteamericano, cuando sólo lo ha reclamado algún autor sin experiencia en los tribunales?

De la misma manera, a la hora del acceso a la Corte o Tribunal Supremo, no tengo por prudente, sino por imprudente, abandonar el suelo firme de los requisitos y presupuestos legales de admisibilidad, para arrojarse de cabeza a un amplio arbitrio judicial. Nuestras sociedades, las del *Civil Law*, son *sociedades más de leyes que de jueces*, si me permiten la expresión. La seguridad jurídica es un valor apreciado sobresalientemente en nuestras sociedades del *Civil Law*, cabalmente por el muy prolongado arraigo social del valor de la ley y del consiguiente aprecio de la igualdad de todos ante la ley.

Considérese cuidadosa y detenidamente el mayor o menor afecto a la legalidad y la mayor o menor proclividad al puro arbitrio de quienes están (o pronto estarán) llamados a resolver recursos de casación. Si los Magistrados ejercientes de jueces supremos son proclives a sentirse *a legibus solutus* y no *a legibus alligatus*, si se les ve más inclinados a considerarse propietarios de las normas que servidores fieles de su razonable y equitativa aplicación, un legislador con autoridad y libertad hará bien, me parece, en establecer con criterios objetivos, precisos y claros el interés casacional y en legislar del mismo modo acerca de la admisibilidad del recurso de casación. Impedirá así el legislador que la casación dependa de un arbitrio conferido a quienes no es de esperar que hagan buen uso de él. Ese legislador asegurará así que un instrumento de nomofilaxis, de vigilancia sobre la legalidad mediante una interpretación con los buenos criterios legales de hermenéutica jurídica, está abierto conforme a la ley y no según el arbitrio judicial. Evitará que la casación sirva de vehículo al activismo judicial indeseable. Procurará seguridad jurídica a justiciables y Abogados.

Si los jueces de la casación son Magistrados de alta calidad humana y profesional, como en Chile, pienso que nada objetarán a este planteamiento, que les permitirá concentrarse en los casos comprendidos en un ámbito razonablemente trazado por la ley, sin asumir ante cada recurso el riesgo personal de ser criticados por su arbitrio. Nada objetarán a un modelo que les facilite dictar sentencias ejemplares por su autoridad intrínseca, sentencias convincentes por bien pensadas y deliberadas, bien estructuradas y bien escritas. Y si la Corte o el Tribunal Supremo atraviesan una mala temporada, más o menos prolongada y con dudosos horizontes de mejoría, un buen modelo restrictivo de la casación no empeorará las cosas (reducirá los daños, más bien) y servirá para los tiempos mejores, que habrá que procurar por otros medios distintos de los procesales.

Así, pues, con todas las salvedades iniciales, no dudo en recomendar que se establezcan en la ley, con la máxima objetividad posible,

los supuestos de especial interés para que un asunto acceda a la casación ante la Corte o Tribunal Supremo.

Llegamos así al penúltimo punto de esta exposición. ¿Cómo puede establecerse en la ley el especial interés casacional a base de criterios objetivos? Es indudable que esta cuestión presupone haber decidido qué se considera, a grandes rasgos, *interés casacional*, ese interés general o público justificativo de que, ante ciertas sentencias de instancia (de ordinario, sentencias de segunda instancia), pueda conocer y resolver la Corte o Tribunal Supremo.

Aunque ya he indicado varias veces mi parecer al respecto, lo explicitaré ahora con la máxima claridad que me sea posible. Pienso que es en sí mismo razonable y resulta acorde, además, con la común evolución de la casación civil, antes aludida, considerar que la función más innegable de una Corte o Tribunal Supremo es dictar sentencias que interpreten autorizadamente el contenido, los límites y el sentido de las normas sustantivas y de principios generales del Derecho de modo que esas sentencias, por su calidad, sirvan de ejemplos muy fiables al aplicar en las instancias esas mismas normas y principios. En términos más breves y usuales en nuestro lenguaje: el interés general de la actividad casacional de la Corte o Tribunal Supremo reside en producir jurisprudencia que deje sentada buena doctrina jurídica.

¿Cuándo cabe considerar que es de singular interés que el tribunal de casación dicte esas sentencias o sienta autorizada doctrina jurisprudencial? En España, como ayer dije, se ha establecido que el interés casacional es indiscutible cuando sobre el asunto y las normas de un caso haya jurisprudencia contradictoria de los tribunales inferiores y cuando, por la novedad absoluta de las normas, aún no exista una interpretación autorizada. Asimismo, bien puede entenderse presente un claro interés casacional si la infracción legal que se pretende cometida en la sentencia consiste o va acompañada de un apartamiento o contradicción con la doctrina jurisprudencial uniforme o predominante del Tribunal Supremo, siempre, claro está, exista esa doctrina. Me parece que es un modo concreto, claro y seguro de establecer, con criterios objetivos poco discutibles, cuándo existe interés casacional.

Tampoco resultaría del todo ilógico disponer que, adicionalmente de esos criterios y al margen de ellos, los asuntos de gran cuantía se consideren de interés casacional, dado que un alto interés económico suele llevar anejo un notable interés social o general. Por supuesto, a la prudencia del legislador cabe dejar que en determinadas materias concretas, que la ley debe perfilar con precisión (aunque

soy personalmente incapaz de imaginar ahora ninguna), las sentencias de instancia siempre tengan acceso a casación, por el interés general que comporten, de ordinario, esas materias en algún país.

Finalmente, unas palabras sobre dos puntos: la admisibilidad del recurso de casación y el denominado recurso en interés de la ley, regulado, tanto en 1881 como en la LEC 1/2000, junto a la casación.

En cuanto a la admisibilidad, soy decididamente partidario de que no haya otras causas de inadmisibilidad que la falta de concurrencia de los presupuestos y requisitos que previamente se hayan establecido legalmente con toda claridad: recurribilidad del tipo de sentencia; fundamentación del recurso en el motivo o motivos que la ley haya configurado; concurrencia del interés casacional, determinado del modo que tan repetidamente he aconsejado. Todo eso, más el cumplimiento de requisitos razonables de tiempo y forma, de aportación de documentos necesarios en su caso, etc. La regulación básica de todo acto de parte es regulación de un derecho subjetivo procesal. Por tanto, esa regulación respecto de la casación civil debe establecer los requisitos y presupuestos de un derecho subjetivo procesal a ese recurso. Recomiendo que no aparezca en sede de admisibilidad o inadmisibilidad algo distinto de lo que ya se ha regulado como requisito o presupuesto de un derecho subjetivo, como la *manifiesta falta de fundamento del recurso* o el *carecer de contenido que justifique el recurso*. Es una mala técnica (la padecemos y la padecemos en España) y produce la impresión de que el derecho subjetivo procesal, aun existiendo, claudica ante una causa de inadmisión que el legislador extrae al final de su chistera, desfigurando o prescindiendo del derecho al recurso, para eliminar trabajo a la Corte o Tribunal de Casación.

Es innegable que en el trámite de admisión, la Corte o Tribunal de Casación tendrá que realizar un trabajo nada rutinario al examinar la concurrencia del interés casacional, consistente, a la postre, en el interés de sentar doctrina autorizada. La Corte o Tribunal habrá de conocer a fondo el caso y la sentencia que se recurre y luego comprobar que, en efecto, existen sentencias con doctrina inarmónica o contradictoria al respecto, ausencia de doctrina jurisprudencial en el caso de sentencias aplicativas de normas nuevas o contradicción de la sentencia recurrida con doctrina jurisprudencial uniforme o predominante de la Corte o Tribunal Supremo. Sin embargo, este trabajo, si el recurso es admitido, será tiempo invertido útilmente para dictar la sentencia en su momento. Y si el recurso es inadmitido, redundará en una sólida fundamentación de la resolución de inadmisión, que es algo sumamente conveniente para el prestigio de la Corte o Tribunal.

Por razones de tiempo y por no tratarse de un elemento esencial, no me referí ayer al denominado “recurso en interés de la ley” dentro de la experiencia y la evolución de la casación civil española. Desde el principio hasta la derogación de la LEC de 1881 y su sustitución por la nueva LEC 1/2000, existió la posibilidad de que, en cualquier tiempo y aunque no hubiese sido parte, el Ministerio Fiscal recurriese en casación por infracción de ley sustantiva, a los solos efectos de “formar jurisprudencia”, las sentencias casacionalmente recurribles. La experiencia de este instituto resultó paupérrima, pues el Ministerio Fiscal no lo utilizó sino en contadísimas ocasiones.

En el trance reformista que condujo a la LEC 1/2000, se pensó en ese mal llamado “recurso en interés de la ley” para la unidad de doctrina jurisprudencial cuando “las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales” y las sentencias “no hubiesen sido recurridas en amparo ante el Tribunal Constitucional”, pues, en tal caso, el TC tendría la última palabra.

Prescindiendo de la finalidad concreta de ese “recurso” en España, lo interesante ahora como sugerencia para un eventual “recurso en interés de la ley” reside en que la LEC 1/2000 no atribuye legitimación para recurrir sólo al Ministerio Fiscal, históricamente tan remiso a usar del instrumento, sino también al Defensor del Pueblo y, lo que considero de más importancia, a “las personas jurídicas de Derecho público que, por las actividades que desarrollen y las funciones que tengan atribuidas, en relación con las cuestiones procesales sobre las que verse el recurso, acrediten interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre esas cuestiones.” Se trata, como se ve, de una fórmula amplia, que apunta sobre todo a los Colegios de Abogados, pero sin cerrarse sólo a ellos. Aún no existe experiencia sobre este “recurso en interés de la ley”, pero me apoyo en el dato para sugerir que, en caso de establecerse, la legitimación promotora no se limite a un órgano público como el Ministerio Fiscal.

Éstas son, distinguidos colegas, señoras y señores, las ideas sobre un posible modelo de casación que, con mayor o menor acierto, he considerado que debía someter a su consideración. Ahora, en el turno de preguntas, podrán Vds. hacerme subsanar omisiones o aspectos que, pese a mi mejor intención, no les hayan resultado claros.

Muchas gracias.

UNA ORALIDAD RAZONABLE: LA REFORMA PROCESAL CIVIL ESPAÑOLA*

Como ya he dejado escrito en el prólogo al excepcional libro del Prof. Palomo Vélez, que acabamos de presentar, sobre la oralidad y la escritura en el proceso han corrido caudalosos ríos de tinta. A mi parecer, esos cursos fluviales poco o nada han fecundado ni la teoría ni la realidad procesales. Especialmente inútiles y tediosas consideraba y sigo considerando las apologías genéricas de la oralidad frente a la escritura, con tintes maniqueos y con presupuestos axiomáticos absolutos. Según ese maniqueísmo, la oralidad es el bien y la escritura, el mal. Y, bien mirados, los presupuestos aludidos han sido y son en muchos lugares la moda y la ideología, ambas desnudas de justificación, ambas presentes como quien, muy pagado de sí mismo, piensa que ha de ser protagonista exclusivo por méritos que considera notorios e indiscutibles... aunque, en el fondo, nadie conozca esos méritos ni haya tenido la oportunidad de discutirlos.

Dejemos a un lado la moda, con desencadenantes casi aleatorios y veamos la ideología. ¿Reviste una mínima seriedad calificar o entender la escritura como conservadora (en sentido político) y la oralidad como progresista? ¿Es la escritura cavernícola y la oralidad moderna? ¿No fue la escritura un progreso gigantesco de la humanidad? ¿No se trata, desde hace miles de años, de dos formas de expresión que cada persona elige, en cada momento, por causas y motivos muy diversos, pero en todo caso al margen de ideologías, concepciones o preferencias políticas?

Tanto por el discurso de la razón como por experiencia ajena y propia (la de abogado, por ejemplo), nunca he podido entender –y ahora pienso que no lo entiendo porque es ininteligible– cómo cabe

* Tercera conferencia pronunciada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca el día 23 de octubre de 2008.

Conferencia pronunciada en el marco de Proyecto Fondecyt regular N° 1085321 titulado “La oralidad en el marco de los cambios que requiere el sistema procesal civil. Sus efectos en la reforma a la Justicia civil chilena” que dirige el prof. Dr. Diego Palomo Vélez.

plantear seriamente un tratamiento en el proceso de la oralidad y de la escritura en régimen de alternativa excluyente. ¿Cómo negar las ventajas de la escritura para ciertos actos? ¿Cómo no reconocer, para otros actos, no ya las ventajas, sino la necesidad de la oralidad? ¿Por qué, por tanto, tanta terquedad en un proceso oral –un proceso entero oral–, totalmente oral? ¿Por qué negar para el proceso las características y posibilidades útiles que la escritura presenta en innumerables ámbitos de la vida? ¿Por qué no aprovechar lo que de interesante o necesario para actividades procesales es inherente a la expresión oral? ¿Es lo mismo acaso escuchar que leer un texto? ¿Es lo mismo leer que escuchar la mera descripción de una realidad compleja? Lo escrito permite un estudio (relectura, anotación, detenimiento personalizado en ciertos pasajes) imposible cuando se trata de escuchar, incluso si cabe escuchar algo registrado y avanzar y retroceder en el soporte de la grabación para volver a escuchar. ¿Por ventura preferimos leer el texto de una obra teatral a presenciar su escenificación? ¿Acaso no escogemos escribir cuando hemos de transmitir datos numerosos y precisos y consideraciones complejas, que exigen distinguir, matizar, separar y relacionar? Así, pues, los procesos han acoger actos escritos y actuaciones o actos orales. Más claro y directo: los procesos han de ser escritos y orales.¹ No orales o escritos.

Me asombra, con un asombro de desaliento, que a finales del segundo milenio y al comienzo del tercero, algunos procesalistas hayan seguido tratando la oralidad y la escritura en términos de enfrentamiento y propugnando un proceso completamente oral como panacea para sus sistemas procesales y para los sistemas procesales de otros: sistemas, bastantes de ellos, en gravísima crisis o ya clara y definitivamente

¹ En el ya referido coloquio celebrado en Gandía (Valencia), entre los días 6-8 de noviembre de 2008 (v. nota a la segunda conferencia aquí publicada), me correspondió presidir la sesión en la que era ponente el Prof. Dieter Leipold, eminente procesalista y civilista, hoy Prof. Emeritus de la Universidad de Freiburg. En su ponencia, LEIPOLD no afrontó oralidad y escritura en los términos que he criticado, sino como formas que habían de combinarse. He podido leer las ponencias de otros autores y observo con alegría que, como se desprende del mismo lema del Coloquio, todos vienen a coincidir en la necesidad de combinar actos escritos y otros orales. Especialmente expresivo considero que TARUFFO, M, reconozca que la oralidad ha venido considerándose un “positive myth according to wich orality is considered as a basic positive value” (...) and the ‘negative myth’ according to wich writing is bad in itself”, con lo que se muestra disforme mi querido amigo y colega de la Universidad de Pavía (v. FEDERICO CARPI, MANUEL ORTELLS, eds., *Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente*, vol. I, ed. por la Universidad de Valencia, Valencia, 2008, pág. 185).

te fracasados, sin que en la crisis o en el fracaso haya sido determinante la forma escrita o la oralidad. Esta insistencia me parecía y me sigue pareciendo –perdónese me la aparente brusquedad– una aberración polifacética, es decir, de varias caras: es contraria al análisis racional de lo oral y de lo escrito, se opone a reiteradas experiencias y se resiste a notables mejoras posibles. Todo eso por testarudez en no abandonar la moda o la ideología subyacente a sus posiciones.

Así, pues, oralidad y escritura, en vez de oralidad *contra* escritura. Con esta idea trabajé desde el principio en el proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española. A esta idea responde, finalmente, la misma LEC. En ella, la oralidad aumenta notablemente, por así decirlo, respecto de la LEC de 1881 con sus innumerables reformas, pero no aumenta por imperativos de la moda o pseudoideológicos, sino por consideraciones prudenciales ligadas a la funcionalidad, a lo más conveniente en cada etapa y en cada acto del proceso. Consideraciones de prudencia que incluyen adecuación a los principios y prudente valoración de la experiencia y de los factores humanos (la preparación e inclinación de jueces y magistrados, de abogados, etc.).

Dicho lo anterior, paso a dar cuenta a Vds. de la nueva LEC, L. 1/2000, de 7 de enero de 2000, que entró en vigor tras una *vacatio* de un año.

Con carácter muy general, y en cuanto a su contenido, hay que decir, en primer lugar, que la vigente LEC no se ocupa del Derecho concursal ni de la jurisdicción voluntaria, materias para las que se prevén leyes distintas. Aun con esta reducción de contenido respecto de la LEC de 1881, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, concebida como común y supletoria para todos los procesos no civiles, es de menor extensión que la decimonónica, aunque objetivamente más completa.

Tras el pórtico del breve Título Preliminar (arts. 1-4), la LEC de 2000 se estructura en cuatro Libros: el primero, de las disposiciones generales sobre los procesos civiles (arts. 5-247); el segundo, sobre los procesos de declaración (arts. 248-516); el tercero, acerca de la ejecución forzosa y de las medidas cautelares (arts. 517-747) y el cuarto, sobre los procesos especiales (arts. 748-827). Estos cuatro Libros se completan con la veintena de preceptos concretos de la Disposición derogatoria, a los que han de añadirse los de las primeras quince Disposiciones Finales.² En total, se modifican más de veinticinco

² Suprimen preceptos procesales hasta ahora contenidos en el Código Civil, en la Ley de Sociedades Anónimas, en la de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, en la denominada “Ley Azcárate”, sobre préstamos

leyes. Se trata, pues, de un verdadero Código, aunque el legislador posterior quizá recaiga en la malhadada costumbre de producir leyes extravagantes.

El Libro primero contiene unas disposiciones generales, más modernas y completas, sobre la actividad y los presupuestos procesales, cuestión ésta lamentablemente regulada o no regulada en la LEC de 1881. Pero si entre tantas materias del Libro Primero (partes, jurisdicción y competencia, prejudicialidad, acumulación de acciones y de procesos, abstención y recusación, actuaciones y resoluciones judiciales...), hubiese de destacar alguna, escogería las normas relativas a los actos de comunicación, porque con en ellas se pretendió evitar dilaciones y reducir sustancialmente los denominados “tiempos muertos”.

En el Libro Segundo, se regulan los procesos ordinarios, con inclusión, entre las extensas disposiciones comunes, de una disciplina completa sobre la prueba, que nada tiene que ver con la dispersión y la duplicidad (Código Civil y LEC 1881) de las normas anteriores, aquejadas de no pocas antinomias y, sobre todo, de extrema vejez. Tras la regulación de los dos procesos declarativos ordinarios, sigue un único régimen de apelación y una muy perfeccionada segunda instancia, para casi terminar el Libro Segundo con un sistema de recursos extraordinarios notablemente distinto del actual, al que me referí días atrás en Santiago de Chile y que aquí trataré sólo en lo más esencial e interesante.

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 simplifica y se abre expresamente la puerta a sistemas alter-

usurarios, en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de Vehículos a Motor, en las Leyes de Arrendamientos Urbanos y Rústicos, en las Leyes de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento y de Hipoteca Naval, en las Leyes Cambiaria y del Cheque, de Competencia Desleal, General de Publicidad, de Propiedad Intelectual, de Patentes, sobre Condiciones Generales de la Contratación, sobre Venta a Plazos de Bienes Muebles, el Decreto-Ley de 10 de octubre de 1969, sobre embargo de empresas, el Decreto de 1952 sobre normas procesales de la Justicia Municipal, la Ley 10/1968, sobre atribución de competencias en materia civil a las Audiencias Provinciales y algunos Decretos más. Las Disposiciones Finales modifican, además de bastantes de las Leyes que acabo de citar, las Leyes de Propiedad Horizontal, la Ley General de Cooperativas, la Ley de Arbitraje, la Ley Hipotecaria (LH), la Ley Cambiaria y del Cheque, las Leyes de Procedimiento Laboral, de Enjuiciamiento Criminal, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

nativos de realización de bienes. Es de destacar también, en el mismo ámbito, el cambio para acabar con lo que he llamado la abrumadora *soledad* actual del ejecutante en lo relativo a la localización y selección de bienes del ejecutado. Y sobresale, como innovación clave de la Ley, el nuevo régimen de la ejecución provisional.

El Libro Tercero se completa con un genuino sistema de medidas cautelares, amplio y abierto, en contraste con las escasas y dispersas normas de la LEC 1881, cuyas características eran casi todas negativas.

En el Libro Cuarto se regulan los procesos especiales. Se codifican los más especiales de los procesos civiles –aquéllos en que debe regir, de ordinario, el principio de oficialidad: los relativos a la capacidad y al estado civil–, se regulan dos procedimientos para la división judicial de patrimonios y se añaden dos procesos más: el cambiario y el monitorio.

Estos grandes rasgos acerca de la nueva Ley no pretenden ser un resumen general suficiente, imposible en esta intervención. Pero sirven para introducir una sucinta exposición de los criterios inspiradores de la Ley.

La Ley contiene una extensa Exposición de Motivos, de muy recomendable lectura. Ésa es la explicación oficial del *qué* y del *por qué* del cambio de la Justicia civil, desde el punto de vista procesal. Lo que seguidamente diré es la visión personal del *qué* y del *cómo* del trabajo de cambio. Dicho con otras palabras, declararé como testigo acerca de los criterios seguidos en ese trabajo desde el punto de vista de la política legislativa, más que desde el de la doctrina jurídico-procesal.

Como acabo de apuntar, esos criterios son, unos, materiales, y otros, metodológicos o formales o, como se me ocurrió llamarlos en su día, “ecológicos”, relativos al *medio ambiente* de esta reforma procesal. Me limitaré, esforzándome en la síntesis, a los que considero que han sido genuinos criterios *fundamentales*, que se engarzan y compenetran entre sí.

CRITERIOS BÁSICOS INSPIRADORES DE LA LEY

Como criterios inspiradores, de índole *material*, enunciaré los siguientes:

Primero. Y fundamental: la Ley se elaboró, de verdad, pensando en el justiciable:

“El proceso civil –dijo la Ministra de Justicia ante el Congreso de los Diputados al presentar el Proyecto de LEC– 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 civiles.”³

Segundo. La convicción de que se podía y se debía *acortar el horizonte temporal* de una respuesta *eficaz* a las demandas de tutela jurisdiccional. Pero acortamiento del horizonte no significaba sólo ni

³ V. discurso de la Ministra de Justicia ante el Congreso de los Diputados, *Diario de Sesiones del Congreso*. Año 1999, VI Legislatura, núm. 217, 11626 a 11630., pág. 11626. Interesan ahora las siguientes afirmaciones: “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 retardaría 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).

principalmente eliminar fuentes legales de dilaciones, sino rediseñar con ese propósito el sistema o “modelo” procesal civil.

En este criterio puede incardinarse la idea de que no resulta admisible un sistema o “modelo” procesal civil en el que las cuestiones procesales fácilmente se alcen como impedimentos de la sentencia sobre el fondo o en el que tales cuestiones puedan transitar por tres y hasta cuatro grados de revisión jurisdiccional.

Tercero. 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, con grave riesgo para el acierto y la justicia de la sentencia.

Cuarto. El firmísimo convencimiento, progresivamente madurado, de que no cabía una tutela jurisdiccional más *efectiva* que la actual, tomándose en serio el imperativo del art. 24.1 CE (el derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva), sin que, por así decirlo, la ley incrementase la confianza en la “justicia de primera instancia” y la responsabilidad de esa instancia.

He dicho “convencimiento progresivamente madurado”, porque no se trataba de un “a priori” teórico o doctrinal, sino del resultado de muchas deliberaciones sobre numerosos problemas reales y sobre la mejora *posible* de buen número de concretas instituciones de la Justicia civil.

Quinto. La decisión de proteger más eficazmente el crédito, especialmente con un proceso de ejecución que no constituyese, como el de la LEC de 1881, un auténtico “paraíso del deudor”.

Sexto. La honda persuasión de que la *doctrina jurisprudencial* debe volver a tener una seria fuerza directiva y ejemplar en la vida jurídica de un país civilizado, como Chile o España. Tenemos un sistema de fuentes del Derecho en sí mismo muy claro, aunque algunos se confundan.⁴ No estamos –ni tenemos por qué estar– en un sistema

⁴ Nuestro sistema de fuentes del Derecho objetivo no ofrece duda. El aptdo. 1 del art. 1 del Código Civil afirma que “las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”. Entre ellas, como se ve, no se cuenta la jurisprudencia, aunque el aptdo. 6 del mismo art. 1 CC dispone que “la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”. La doctrina jurisprudencial, por tanto, no carece de valor jurídico, pero no es fuente del Derecho objetivo. (Me he ocupado del tema muchas veces: primero, en “La jurisprudencia en la Ley de Bases para un nuevo Título

jurídico de *precedente judicial vinculante* o *autoritario*, pero sí en un sistema jurídico que –ahí está el art. 1.6 de nuestro Código Civil– atribuye valor al *precedente autorizado*, dotado de la autoridad inherente a la calidad. Se ha querido que el criterio determinante del régimen de los recursos extraordinarios sea la existencia de doctrina jurisprudencial autorizada.

Manifestaciones sobresalientes de todos estos criterios, que, in-sisto, se armonizan y compenetran entre sí, son la *estructura del juicio ordinario*, sin la extremosidad de la oralidad absoluta y huyendo de un juicio no suficientemente preparado, pero, con mucha más concentración y oralidad y, en suma, con decidida ruptura del precedente “modelo” de proceso casi totalmente escrito y fragmentado en docenas de porciones separadas; el *reforzamiento de la seriedad de las pruebas*, con efectiva intermediación, oralidad y plena contradicción; la *reducción de los recursos ordinarios*; el nuevo régimen de la *ejecución provisional*; el nuevo *sistema de medidas cautelares*, incomparablemente más completo que el anterior, pero con mantenimiento de la esencial *instrumentalidad* de esas medidas; la *restauración de los títulos ejecutivos en la fuerza que nunca han debido perder*; la *simplificación del procedimiento de apremio*; el *proceso monitorio*; y finalmente, como he dicho, el nuevo *sistema de recursos extraordinarios*, con un mejorado recurso en interés de la ley.

Preliminar”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. IV, 1973, antes de que en 1974 se diese una redacción enteramente nueva al Título Preliminar. Después, con introducción de algunos matices, en “La Jurisprudencia en el nuevo Título Preliminar del Código Civil”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1975, págs. 437 y ss. Finalmente, en “Gobierno del poder judicial y valor de la jurisprudencia: un intento de dos cambios sustanciales”, en *Tribunales de Justicia*, núm. 10, octubre de 2002, págs. 1-18. Más en síntesis, mi posición sobre la jurisprudencia y la doctrina jurisprudencial (no sólo la del Tribunal Supremo, sino también la de los tribunales que digan la última palabra en materias y sobre normas que no acceden al Tribunal Supremo) puede encontrarse en el libro *Derecho Procesal. Introducción* (con DÍEZ-PICAZO y VEGAS TORRES), 3ª ed. Madrid, 2004, págs. 133-138).

Pese a la claridad y al singular apoyo legal de esta postura, 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 judicial autoritario –vinculante– como una suerte de unificación imperativa de la doctrina jurisprudencial, a golpe de decisiones asimismo vinculantes de determinados órganos jurisdiccionales. Lo peor es que en la polvareda de esta confusión parece haberse perdido el interés –y, en gran medida, la esperanza también– por poseer *sentencias de calidad*, con autoridad o *auctoritas*, al más alto nivel.

Desde el punto de vista metodológico o *ambiental*, la nueva LEC se elaboró con la idea clara –muy elemental pero olvidada con frecuencia–, de que las reformas legales no pueden barrer de la superficie de la tierra lo mal hecho, sino eliminar lo mal regulado y sustituirlo por una buena regulación, que no favorezca los comportamientos defectuosos.⁵

⁵ Durante décadas, se reclamaron nuevas Leyes procesales y se *demonizaron*—como ahora es moda decir— a las leyes procesales vigentes junto a la de 1881, culpándolas de todos los males de la Justicia. De esta tesis me parece haber sido, si no el único, desde luego el principal discrepante contra corriente. V mi trabajo “Acerca de la reforma procesal”, en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1995, Nº I, págs. 141-142 y 147-152. Ante el Proyecto e incluso todavía ante la LEC, algunos, en un sospechoso cambio radical de criterio, dieron en 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 mantenían frente a la nueva LEC el criterio de la inutilidad de las reformas procesales, 1) no se habían distinguido precisamente por ninguna preocupación especial ante la desorganización judicial ni por la falta de medios materiales; algunos, desde luego, no exhibieron tal preocupación cuando recibieron encargos oficiales de reforma procesal; 2) tampoco se habían distinguido por su actividad ante los defectos de aplicación de las leyes procesales; 3) no se atrevían a sostener que la situación de ese momento fuese, 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 (era, sin duda, una situación mejor); 4) no explicaron cómo sería 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. De nuevo, *cuando pitos, flautas; cuando flautas, pitos*.

Pero el colmo del sofisma consistía en sostener la inutilidad de normas razonables sobre concentración y oralidad, puesto que en el pasado se habían infringido ciertas normas sobre oralidad (p. ej., dijeron, en la comparecencia previa del antiguo “juicio de menor cuantía”) y, a la vez, afirmar que el hecho de que la ley se aplicase o no, o se aplicase mejor o peor, era cosa que variaba, no ya 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 dependía de los concretos integrantes de los órganos jurisdiccionales. Ciertamente, así era y será y personalmente lo venía sosteniendo desde muchos años atrás. Pero, entonces, ¿qué habría 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 habría que esperar a que todos sean buenos Jueces y Magistrados, buenos Secretarios, amables y trabajadores servidores de la Justicia? Se dijo, en concreto: “el proceso monitorio, sí, está bien, pero hay que tener en cuenta que las «oficinas judiciales» de nuestros Juzgados no son las alemanas.” Es muy cierto: no estamos en Alemania. ¿Qué se proponía, entonces? ¿Esperar

La ley procesal no debía desconocer la naturaleza humana ni podía pretender, al noble pero ingenuo modo de la Constitución española de 1812,⁶ que todos o una inmensa mayoría de los protagonistas de la Justicia poseyesen eximias virtudes de ciencia y laboriosidad. Pero no era razonable condicionar las reformas legales necesarias a esa situación ideal, que quizá no se diese nunca y que no se daría, con seguridad, a base de que, en definitiva, algo cambiara para que todo siguiese igual.

Con el fundamento de estas elementales ideas, los criterios “metodológicos” principales fueron, a mi entender, los siguientes:

Primero. El fomento de una participación seria y máxima en la elaboración del Proyecto de Ley y la atención, real y esforzada, a todos los informes, críticas y propuestas y a cuanto se iba publicando, que era mucho, desde el Borrador hasta el Proyecto de Ley.⁷

a que todos fuésemos alemanes? Pero, ¿quién decidiría cuándo nos habíamos *alemanizado* suficientemente, cuándo estábamos ya en condiciones de tener leyes mejores, porque ya eran mejores los Jueces y Magistrados, los Secretarios y los Oficiales, Auxiliares y Agentes? Además, ¿acaso es seriamente admisible 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? ¿Dejar que esos Decanos determinasen cuándo *los demás* habían mejorado suficientemente y que un comité de Jueces, Magistrados, Secretarios, etc. determinase cuándo los Abogados habían mejorado de modo parejo?

⁶ Aludo al art. 6 de la Constitución de 6 de marzo de 1812, artículo en el que se establece, entre “las principales obligaciones de todos los españoles”, la de “ser justos y benéficos”.

⁷ Una virulenta reacción del Consejo General de la Abogacía (CGA), contraria a la reforma procesal civil, se produjo a cuarenta y ocho horas del acuerdo del Gobierno aprobando el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil y remitiéndolo a las Cortes, es decir, cuando los miembros del citado Consejo General apenas habían podido leer el Proyecto y, en cambio, habían dispuesto de sucesivas versiones de la legislación proyectada, sin aprovechar las correspondientes oportunidades. Porque primero se entregó a la Abogacía (hablemos así, para simplificar) el Borrador de abril de 1997, que fue *informado favorablemente* por el Consejo General y por varios Colegios, entre los cuales, los de Madrid y los de Cataluña. Vino después el Anteproyecto de diciembre del mismo 1997, remitido de nuevo al CGA y a los Colegios de Abogados, que ya nada dijeron ni nos dijeron. Y hubo aún un nuevo Anteproyecto, a finales de 1998, que Jueces y Magistrados, Notarios y Registradores, Procuradores, Profesores universitarios, Secretarios Judiciales, pudieron conocer y conocieron, emitiendo nuevos

Diversas intervenciones de notables parlamentarios, que recogen los Diarios de Sesiones de las dos Cámaras legislativas, atestiguan que

informes y observaciones, tomadas en consideración para el Proyecto propiamente dicho. También este texto hubiera podido ser informado por el CGA y por los Colegios. Por motivos difíciles de conocer, uno y otros se mantuvieron oficialmente en silencio.

Sin embargo, los dirigentes corporativos no desconocían los propósitos de reforma procesal civil patrocinados por el Gobierno. Según se recoge en una notable publicación de Price-Waterhouse, el día 19 de junio de 1998, en la clausura de unas Jornadas sobre el Anteproyecto de LEC y la protección del crédito, el Presidente del Consejo General de la Abogacía afirmaba que “la valoración que hizo el Consejo General de la Abogacía al proyecto, que tuvo la *amabilidad de someter a consulta el Ministerio de Justicia, fue positiva*. Naturalmente, *se hicieron observaciones que no le corresponde valorar a la Abogacía, sino al legislador...*”. Dicho esto un 19 de junio de 1998, extraña que la misma persona pueda sostener, el día 16 de diciembre de 1999, tras una serie de afirmaciones muy discutibles, en gran parte determinadas por enmiendas introducidas en el Senado en noviembre de 1999, que “la abogacía española lleva expresando *estas* opiniones desde *octubre de 1997* sin que el Ministerio le haya dedicado la menor atención”. La única diferencia entre el texto que había merecido el parecer favorable de la Abogacía y los textos del Proyecto de Ley y de la Ley era el incremento del límite de cuantía del nuevo proceso monitorio, de tres a cinco millones.

Repitamos que en este nuevo proceso, configurado con arreglo a observaciones de notables Abogados y Profesores de Barcelona, no se exige la asistencia de Abogado *para la solicitud inicial* del nuevo “proceso monitorio” formulada por el acreedor, aunque si hay oposición del deudor y se entabla el correspondiente proceso declarativo, se exige ya la intervención letrada, con el límite general de cuantía (que en el Proyecto era de 300.000 pesetas y en la Ley ha quedado establecido en las 150.000 pesetas). Así las cosas, que la muy airada y aireada reacción del CGA y de bastantes Colegios de Abogados consistiese en clamar contra la vulneración del derecho de defensa y afirmar falsamente de que se eliminaba la obligatoria asistencia letrada por debajo de los cinco millones de cuantía, provocó ya una primera imagen de corporativismo *metalizado*. Y no es que fuese falso que los Abogados respondieran a ese “cliché” lamentable. Es que la inmensa mayoría no merecía esa imagen.

Algo detectable sin dificultad para quien siguiese atentamente la gestación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil fue que el núcleo de la oposición inicial se localiza en Barcelona, por motivos, llamémosles así, “de escuela”; que, meses después, la dialéctica de oposición entre “escuelas” se desvanecía: así se entiende que “cosa raramente vista” más de un centenar de Profesores de Derecho Procesal, de muy distintas escuelas –y no pocos de ellos, por cierto, Abogados– firmasen un contundente manifiesto favorable. Pero la oposición en Barcelona persistía y coincidió con el cambio de postura de Convergencia i Unió (CiU): de apoyar por escrito la iniciativa del Gobierno, a condicionar ese apoyo a la desaparición de los Cuerpos Nacionales de Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia. Una condición que el Gobierno no aceptó.

esta misma actitud se mantuvo en dichas Cámaras, respecto de las enmiendas. No dudo de que ése fue un elemento clave de la aprobación de la Ley.

Segundo. La ausencia de prejuicios doctrinarios y la determinación de no convertir una ley en ocasión para dirimir controversias jurídicas doctrinales o teóricas, ni siquiera las que se manifiestan en diversidad terminológica. Vuelvo a evocar cómo, en Bolonia,⁸ algunos de los varios prestigiosos Catedráticos italianos, constituidos en una especie de “tribunal” del Borrador y del primer Anteproyecto, lo consideraron “poco doctrinario”. Ellos lo dijeron en tono más bien de censura. A mí me pareció un elogio y así lo manifesté. Puedo decir que hoy, en Italia, son reconocidos el éxito y la calidad de la nueva LEC.

Tercero. La cuidadosa comprobación de que a ninguno de los grupos profesionales afectados les exigiría la nueva Ley cambios en exceso onerosos, sino a todos cambios de pareja entidad.⁹

Cuarto. El equilibrio entre dos puntos: por un lado, el convencimiento de que una Ley nueva no hace nuevos a sus múltiples destinatarios ni está dirigida a una Administración de Justicia, una Carrera Judicial, un Secretariado Judicial o una Abogacía situados en la Ínsula Utopía, sino a las mismas personas que, con la Ley de 1881 y todos sus “complementos”, habían sido y eran protagonistas de la Justicia

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). Asistían, como Ponentes españoles, los Profs. Díez-Picazo y Giménez (Ignacio), Moreno Catena, Ortells Ramos y yo mismo.

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.” V. MARISCAL DE GANTE Y MIRÓN, 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, N^o 1825, 15 de julio de 1998, págs. 6 y 7.

civil. Por otro lado, la confianza en que esos protagonistas serían capaces de cambiar modos de actuar, porque no se debía presumir su negativa a cambios razonables, sino todo lo contrario. Esta confianza se ha revelado justificada.

CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE ALGUNOS ASUNTOS

Me detendré ahora en tres asuntos, que guardan una muy estrecha relación los criterios inspiradores de la Ley: los procesos ordinarios, la ejecución provisional y algunas ideas generales sobre los recursos extraordinarios, asunto del que me ocupé hace pocas fechas en Santiago.

A) LOS PROCESOS ORDINARIOS

En los procesos ordinarios influyen decisivamente nuestras ideas sobre oralidad y escritura. En la pugna entre oralidad y escritura, la Ley no se entregó a la “moda” de la oralidad a ultranza, aunque esa “moda” no se hubiese superado aún en todos los ambientes jurídicos españoles. Las ventajas de las actuaciones escritas no se desecharon y se tuvieron tenido en cuenta los hábitos y las preferencias de muchos profesionales del Derecho, en la medida en que esas preferencias eran más razonables y fundadas que una moda más bien doctrinaria, fracasada en la realidad.

Sin embargo, la Ley se atiene seriamente al aptdo. 2 del art. 120 CE, que impera la oralidad. Por de pronto, se reconoce la consustancialidad de la oralidad respecto de la inmediación (*stricto* o *lato sensu*) y, concretando, se establece la práctica de la prueba en una única audiencia, lo que conviene, a la vez, a la inmediación real, imposible de falsear, y a la seriedad de las pruebas.

Se opta también por preparar adecuadamente el juicio mediante un nuevo trámite, que en ningún momento del proceso legislativo fue igual a la comparecencia previa del antiguo juicio de menor cuantía (arts. 691-693 LEC 1881), de oralidad sistemáticamente falseada. Es un acto público y oral con más contenido, de mayor interés para las partes y para el buen fin del proceso y, por consiguiente, también prácticamente imposible de falsear. Así, el proceso ordinario ha quedado configurado conforme al siguiente esquema general:¹⁰

¹⁰ Algunos adujeron que, en realidad, dentro de la regulación de los procesos ordinarios están, *disfrazados*, los mismos “procesos especiales” de los que “disfrutamos” bajo la vigencia de la LEC de 1881. No es así, en absoluto. Es cier-

1º) Demanda por escrito;

2º) Contestación escrita a la demanda (antes, eventualmente, declinatoria); eventualmente, reconvencción y contestación escritas a la reconvencción.

3º) Audiencia previa al juicio (oral) (intentos de acuerdo, depuración de problemas procesales, fijación del objeto de la controversia, proposición y admisión de la prueba).

to, 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 se 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 se pretendía y lo que, a mi entender, se logró: un único cauce procedimental y reunión de las especialidades que se han considerado justificadas en muy pocos 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 había suprimido el proceso del art. 41 LH (y que se encuentra en los arts. 250.2, 7º; 439.2; 440.3; 441.3; 444.2 y 447.3 LEC), merecía, como respuesta, la siguiente pregunta: ¿es que alguien había defendido o defiende ahora que debía o debe desaparecer lo que ese proceso entraña? Nunca se consideró que ni ese proceso del art. 41 LH ni el del art. 131 de la misma Ley hipotecaria común debían ser eliminados. Lo que procedía hacer y se hizo—no sin dificultades, por cierto— es traerlos a una Ley procesal civil y confeccionar ésta de modo que recogiera todas las especialidades procesales razonables y estuviese 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” extravagantes.

Parecida a la “crítica” por la subsistencia de especialidades procesales, pero aún más notable y asombrosa, fue la consistente en afirmar que, aunque la estructura de los procesos ordinarios es sencilla, cabían numerosas “complicaciones”, como se podía “descubrir” mediante la lectura del Libro Primero de la Ley (“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, pero resulta asombroso que, sin esa crítica, se viniese 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. De no existir esas previsiones, ¿qué críticas no hubieran podido formularse, ésas sí, con todo fundamento?

4º) Juicio (acto oral) (resolución de cuestiones pendientes, práctica de todas las pruebas, conclusiones sobre éstas y, si las partes quieren, informes finales sobre aspectos jurídicos).

5º) Sentencia.¹¹

¹¹ Se suprimieron las polémicas “diligencias para mejor proveer”, sustituyéndolas, para casos muy justificados, por unas diligencias finales, sin posibilidades dilatorias. En la E. de M., aptdo. XII, se dice al respecto lo siguiente: “la Ley suprime las denominadas “diligencias para mejor proveer”, sustituyéndolas por unas diligencias finales, con presupuestos distintos de los de aquéllas. La razón principal para este cambio es la coherencia con la ya referida inspiración fundamental que, como regla, debe presidir el inicio, desarrollo y desenlace de los procesos civiles. Además, es conveniente cuanto refuerce la importancia del acto del juicio, restringiendo la actividad previa a la sentencia a aquello que sea estrictamente necesario. Por tanto, como diligencias finales sólo serán admisibles las diligencias de pruebas, debidamente propuestas y admitidas, que no se hubieren podido practicar por causas ajenas a la parte que las hubiera interesado.”

Me parece de interés transcribir aquí los párrafos, del apartado VI de la E. de M., en que se expresa la “inspiración fundamental”. Son éstos: “La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no sólo en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos.”

“De ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos. Según el principio procesal citado, no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho. Tampoco se grava al tribunal con el deber y la responsabilidad de decidir qué tutela, de entre todas las posibles, puede ser la que corresponde al caso. Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela. Justamente para afrontar esas cargas sin indefensión y con las debidas garantías, se impone a las partes, excepto en casos de singular simplicidad, estar asistidas de Abogado.”

“Esta inspiración fundamental del proceso –excepto en los casos en que predomina un interés público que exige satisfacción– no constituye, en absoluto, un obstáculo para que, como se hace en esta Ley, el tribunal aplique el Derecho que conoce dentro de los límites marcados por la faceta jurídica de la causa de pedir. Y menos aún constituye el repetido principio ningún incon-

Se mantiene, aunque con interesantes perfeccionamientos, un juicio verbal similar al de la Ley de 1881, con sólo una demanda escrita (ordinaria o sucinta) como acto inicial. A partir de esa demanda se cita a ambas partes para una vista o juicio, tras el cual se dicta sentencia. Al cabo de siete años de experiencia, ocurre algo singular: son muy numerosos los trabajos que se ocupan de serios problemas que pueden surgir y surgen en el juicio verbal, mientras que son inexistentes o tienen fácil solución en el juicio ordinario. La excesiva simplicidad del juicio verbal seguramente desemboca en sentencias rápidas, pero genera importantes inconvenientes en cuanto a las razonables garantías previas a la sentencia.

B) LA EJECUCIÓN PROVISIONAL SIN PREVIA CAUCIÓN

Respecto de la ejecución provisional, la Ley opera un cambio radical: la no exigencia de caución aseguratoria de daños y perjuicios en caso de revocación para pedir y lograr la ejecución provisional de pronunciamientos de condena. De este modo –lo diré parafraseando la Exposición de Motivos– la nueva LEC dice “no” a las sentencias de primera instancia en principio inmediatamente inefectivas, en principio meramente platónicas, porque casi siempre gravitaba sobre ellas, neutralizándolas, la apelación y la segunda instancia que se daban 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 notable liquidez monetaria. Aunque, desde luego, articulación de la posibilidad de oponerse a la ejecución provisional, según las condenas sean o no dinerarias, de suerte que, mediante esa oposición quepa evitar lo que pudiera ser irreversible y no compensable económicamente de modo equitativo.

Se entiende que el nuevo régimen de ejecución provisional cause cierto temor. Se trataba, como he dicho, de una innovación de gran calado, que requería, 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 de haber

veniente para que la Ley refuerce notablemente las facultades coercitivas de los tribunales respecto del cumplimiento de sus resoluciones o para sancionar comportamientos procesales manifiestamente contrarios al logro de una tutela efectiva. Se trata, por el contrario, de disposiciones armónicas con el papel que se confía a las partes, a las que resulta exigible asumir con seriedad las cargas y responsabilidades inherentes al proceso, sin perjudicar a los demás sujetos de éste y al funcionamiento de la Administración de Justicia.”

vencido la mentalidad que, con el mayor respeto y comprensión, me parecía “antigua” y 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 no me limitaré a manifestar su más que probable efecto desalentador sobre recursos interpuestos con fines exclusivamente dilatorios, sino que quiero reiterar una consideración comparativa entre medidas cautelares y ejecución provisional.

¿Era coherente con el *temor* ante una facilitada ejecución provisional el *clamor* (artificial, pero efectivo) por medidas cautelares contundentes, incluso antes de iniciarse el proceso, e incluso de las denominadas “anticipatorias”? Se imponía la respuesta negativa porque 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 garantías¹², tantas, al menos, como el más escrupuloso expediente o procedimiento administrativo previo a actos y resoluciones inmediatamente ejecutivos.

La incoherencia entre el *clamor* por las medidas cautelares y el *temor* ante la ejecución provisional se agudiza cuando, como sucede con frecuencia, se pretende que las medidas cautelares sean entendidas como fin en sí mismas. Aunque esto sea explicable desde el

¹² 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*».”

punto de vista de los interesados en obtenerlas, me parece digno de 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.¹³

Cabía y cabe, desde luego, una posición contraria, tanto al cambio relativo a la ejecución provisional, como al nuevo régimen de medidas cautelares. Pero esa posición era y es, objetivamente, la opción por no innovar, por dejar las cosas sustancialmente como en la LEC de 1881, por una Ley de Enjuiciamiento Civil quizá *remozada*, pero no *nueva*¹⁴ ni *moderna*.

C) SOBRE EL NUEVO RÉGIMEN DE RECURSOS EXTRAORDINARIOS

La nueva LEC 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.

La casación resultante de la LEC de 1881 y de sus innumerables reformas era una casación con recursos en un número excesivamente elevado, pero sobre un número de materias excesivamente restringi-

¹³ La contradicción entre esta extendida devoción fervorosa por las medidas cautelares y las reservas y recelos ante la facilitada ejecución provisional de la LEC alcanza ya proporciones máximas cuando se defiende –y ha existido tal defensa, muy activa y pugnaz– que las medidas cautelares –incluso las más enérgicas: las “anticipatorias”– debían, *de iure*, dejar de ser instrumentales de un proceso principal y configurarse como plenamente autónomas. En este planteamiento –que entraña la suposición fanática de que el solicitante de las medidas siempre tiene razón–, no puedo dejar de ver 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.

¹⁴ Entiéndase que la real novedad de la Ley no responde a un “apriori” de *ruptura* con la LEC de 1881, sino al convencimiento de que entre los cambios que se consideran necesarios los hay sustanciales y radicales. Vid. MARISCAL DE GANTE Y MIRÓN, “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.”

do. Se consideró necesario redefinir el ámbito de la casación civil y aclarar lo que de ese instituto cabe pretender.¹⁵

Acertaba TARUFFO, en 1991, al afirmar que “es menester que la Casación *trabaje menos* para poder *trabajar mejor*.”¹⁶ Pero “trabajar menos”, a mi entender, no para hacer algo mejor o mucho mejor el mismo tipo de trabajo que se venía haciendo, sino para *hacer mejor un trabajo en sí mismo mejor*, en el sentido de más útil *para todos*. Es decir, sentencias que sean, por su calidad, ejemplares para el trabajo judicial futuro y –no se olvide este efecto– realmente influyentes en el tráfico jurídico mismo. El citado procesalista italiano certeramente señala como aconsejable tender a que el trabajo de las Cortes o Tribunales supremos mire más hacia el *futuro* que hacia el *pasado*.

La LEC nueva supuso repensar en esa línea la casación, sin sacralizar la versión de 1881, con todos sus retoques.¹⁷ Por eso, nada tiene que ver con las reformas parciales y urgentes de 1984 y 1992, limitadas a reducir *de inmediato* el número de asuntos. Se prefirió algo más profundo y de más proyección, aunque, desde luego, más arriesgado desde el punto de vista de la aceptación de la novedad

¹⁵ Vuelvo a repetir que desde hace bastante tiempo, poco ha habido en España, sobre la casación y el papel del Tribunal Supremo, distinto de estas tres cosas: 1^a) 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); 2^a) Estudios, algunos serios y valiosos, sobre aspectos concretos del quehacer casacional; 3^a) 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*. Reitero, asimismo, que no se puede considerar ningún *modelo* la rutina acrítica, que era y sigue siendo, a la postre, un coloide a base de retórica sobre la nomofilaxis y la “unificación” (!) de la doctrina jurisprudencial y, sobre todo, de la praxis de la denominada “justicia del caso concreto”.

¹⁶ V. Michele TARUFFO, *Il vertice ambiguo, Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991, pág. 173. 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 (la cursiva y la traducción son mías).

¹⁷ Con toda razón señala TARUFFO, *op. cit.*, pág. 7, 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 evidente”.

por los diversos protagonistas de la Justicia civil (con excepción de los justiciables).

Sé que, en materia de recursos extraordinarios, la LEC contiene dos sistemas, uno de ellos calificable, por así decirlo, de provisional. Permítanme que, por su interés singular, me refiera sólo al que se aprobó como definitivo, aunque después, incoherentemente, no se llevase a término y sea el sistema provisional el que lleve camino de consolidarse como permanente.

No me referiré ahora al recurso extraordinario por infracciones de normas procesales, sino a la casación. La LEC determina el ámbito 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, establecer la primacía del interés público sobre el interés de las partes, sobre el denominado “*ius litigatoris*”, considerando que el principal interés público es la existencia –la posible existencia– de autorizada doctrina jurisprudencial.

Para que un recurso extraordinario pueda recibir el nombre de casación ha de perseguir casar, romper las sentencias contrarias a Derecho y sustituirlas por sentencias conformes a Derecho, lo que interesa, desde luego, al litigante gravado por esa sentencia. El recurso de casación de la nueva LEC tiene esa finalidad y por eso es un genuino recurso de casación. Pero no se debe olvidar que, superado su origen político, la existencia de autorizada doctrina jurisprudencial ha sido siempre función de la casación, una función si se quiere indirecta, pero no por indirecta de segundo orden. Y esta función está íntimamente ligada al *interés público* o general, que, recordémoslo también, ha sido *consustancial* a la casación desde sus orígenes.

El nuevo recurso de casación no podía ser un recurso de casación a la italiana, procedente contra toda sentencia de segunda instancia. No podía seguir cerrado a amplias parcelas del Derecho civil y Mercantil, con un régimen de asuntos recurribles muy poco satisfactorio. Pero tampoco parecía conveniente y aceptable la única opción selectiva de asuntos puesta en circulación, apenas defendida por escrito pero propugnada por no pocos Magistrados del Tribunal Supremo, que era la de atribuir la selección a la discrecionalidad del mismo Tribunal¹⁸.

¹⁸ Vid. TARUFFO, *op. cit.*, pág. 181: “Pure difficilmente proponibili, per essere troppo lontane della nostra esperienza, sono tecniche di selezione presenti negli ordenamenti di *common law*, como il potere discrezionale, che è prerogativa

La nueva LEC optó por considerar que el principal interés casacional es la unidad de doctrina jurisprudencial autorizada sobre cualquier materia del Derecho civil y del Derecho mercantil. Éste es un interés público o general, más allá del llamado “ius litigatoris”, del interés de los litigantes concretos. El modelo se apoya, como ya he apuntado, en la consideración de que, tras dos instancias, un recurso extraordinario debe serlo de verdad.

Así, fijándose en la existencia de jurisprudencia no concorde o en la inexistencia de doctrina jurisprudencial (art. 477.3 LEC), se determina *con objetividad* el marco de la casación, rechazando, tanto el dato exclusivo de la cuantía, como una subjetiva determinación casuística de asuntos interesantes, método ajeno a nuestro sistema y a nuestra tradición y experiencia jurídicas.

D) 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 notablemente distinto del imperante bajo la vigencia de la LEC de 1881.

Con la LEC de 1881 y tras todas sus reformas, el modelo de Justicia civil se caracterizaba porque, en principio, nada valía lo que se resolviese tras la primera instancia, que era, sin embargo, lo que la LEC de 1881 regulaba con el máximo detalle: lo que valía era la sentencia de la segunda instancia, malamente regulada, desde todos los puntos de vista¹⁹. Pero, en no pocos casos, tampoco valía la segun-

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 delle due Corti Supreme a poche centinaia di casi all’anno, ma che sono strettamente legate alle peculiarità di quei sistemi, sia dal punto di vista storico sia da quello della disciplina complessiva delle impugnazioni.”

¹⁹ 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 inmediación, donde se extreman las garantías. En cambio, admitíamos una *revisio prioris instantia* respecto de los hechos y del Derecho, en condiciones altamente insatisfactorias. Y la paradoja era singularmente dura en el ámbito procesal civil: no vale, en principio, lo que “produzca” la primera instancia. Vale lo que resulta de la segunda.

da instancia, porque había 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 denunciaba “quebrantamiento de las formas esenciales del juicio” y era estimado, se producía una segunda sentencia de segunda instancia, nuevamente susceptible de casación. Y aún cabía plantearse, con frecuencia, acudir al Tribunal Constitucional.

La LEC mantiene un modelo procesal civil de doble instancia, pero con una primera instancia eficaz mediante la facilitada ejecución provisional de la sentencia correspondiente, con amplias medidas cautelares, no timoratas y tampoco temerarias, y con un recurso de casación abierto sólo en casos de claro interés general, con una sola “concesión” al “ius litigatoris” (art. 477.2, 2º LEC) relativa a asuntos de notable cuantía.²⁰

El modelo de 1881 que –increíblemente, si bien se mira– llegó hasta el año 2000, respondía a una época de muy inferior litigiosidad y, sobre todo, de un *tempo*, de un ritmo vital extraordinariamente más lento. Era, en teoría,²¹ un modelo que primaba la seguridad, que se supone ligada a los dos o tres sucesivos juicios jurisdiccionales. Abogados, Procuradores y litigantes destinatarios de una sentencia desfavorable –y Jueces y Magistrados también, porque dictaban sentencias en principio ineficaces si se recurrían y esa ineficacia reducía la responsabilidad– estaban “en la gloria”, por decirlo castizamente. Con ese “modelo”, los pleitos duraban mucho y, mientras duraban, aún se podían ganar (y, desde luego, se van devengando honorarios y derechos).

Para el justiciable, sin embargo, no era razonable en estos tiempos un trayecto tan prolongado hasta la respuesta jurisdiccional eficaz. Ese trayecto no respondía a las necesidades que hoy ha de satisfacer la Justicia civil ni era conforme al paradigma constitucional de la tutela judicial efectiva.

²⁰ Personalmente, hubiera preferido que no existiese esta apertura del recurso en casos de cuantía superior a quince millones de pesetas. El Gobierno atendió aquí el parecer de algunos órganos consultivos.

²¹ 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 por escrito y públicamente desde hace años.

EPÍLOGO

Cuando el desenlace del esfuerzo reformista se acercaba incierto, con críticas que arreciaban, recordé muchas veces la denominada “Instrucción del Marqués de Gerona”, de 1853 y cómo una iniciativa unánimemente juzgada en la historia como positiva, según el testimonio de VICENTE Y CARAVANTES, “cayó en breve al peso de la reprobación pública, hábil y enérgicamente expuesta en un *notable informe* por el Colegio de Abogados de la Corte”²². También recordaba y me recordaban –sobre todo desde Italia– algunas páginas de “Troppi avvocatti” de CALAMANDREI.²³

Junto a la aprobación de la nueva LEC se asumieron –y se cumplieron– compromisos relativos a los medios materiales y a los llamados “recursos humanos”. La experiencia de Juzgados y Secciones que funcionan satisfactoriamente, contiguos a Juzgados y Secciones de resultados muy insatisfactorios, por el tiempo y por la calidad, me lleva a considerar que el problema principal de la Justicia civil no es de medios materiales. Esa cantilena de “los medios” es la coartada para la actitud más conservadora, que, de ordinario, combina las protestas verbales con el más descarado conformismo, cuando no pacta con lo mal hecho.

Frente a la nueva LEC estaban la acrítica inercia con que entienden muchos el papel del Tribunal Supremo y la función de la

²² Vid. PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. I, 2ª, Madrid, 1985, págs. 119-120, y con alguna mayor extensión y expresividad, el tomo I de la obra de este mismo autor, titulada *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1952, pág. 185. En el mismo sentido, GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Madrid, 1969, págs. 35 y 36. GUASP DELGADO, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo primero, Madrid, 1943, pág. 50, coincide también en que la “Instrucción” de 1853 era de “acertada orientación”. Ni se me ocurre comparar la “Instrucción” con la LEC nueva. Para tal comparación me faltan los innumerables datos relativos a la “Instrucción” misma, a sus precedentes normativos y a la situación de la Justicia civil en la época. La referencia a la obra del Marqués de Gerona viene al caso por la unanimidad del juicio histórico: favorable a tal obra y muy desfavorable respecto de quienes provocaron su fracaso.

²³ “Troppi avvocatti” se publicó en 1920. La autoridad de CALAMANDREI era tal, incluso fuera de las fronteras italianas, que el ensayo fue traducido al castellano y publicado en 1926, con el título “Demasiados abogados”, por la editorial “Librería General de Victoriano Suárez”, Madrid. Lo que he releído en especial es lo que, en la traducción que acabo de citar, corresponde a las páginas 112 a la 123, ambas incluidas. La España de 1998 y 1999 no es, desde luego, un calco de la Italia de 1920, aunque, en algunos puntos, los cambios, en Italia y en España, no son sustanciales, como cabe demostrar documentalmente.

casación; la desorientación de quienes quieren ser “jueces de lo procesal”, no siendo Jueces y la soberbia de quienes parecen creer en jueces infalibles capaces de afrontar casos *instantáneamente solubles*, en los que “lo procesal” es un estorbo; estaban intereses corporativos –de *clase*, “Cuerpo”, “Carrera” o profesión– mal entendidos y mal defendidos.²⁴ Eran asimismo preocupantes los intereses ligados a las coyunturas electorales, que no guardaban ninguna relación con la mejora de la Justicia civil. Y lo peor de todo: las visceralidades de personalismos racionalmente incomprensibles, pero tan reales como el vicio nacional de la envidia, especialmente letal entre los afines.

Pese a todo esto, a base de un tenaz y serio diálogo con quienes lo querían, salió adelante una LEC nueva. Por una vez, la mayoría de los parlamentarios fueron capaces de sobrevolar intereses pequeños y actuar con sentido del Estado. Fue motivo de gran alegría comprobar que, pese a tantos pesares, aún era posible, en España, elaborar *parlamentariamente*, artículo tras artículo, una ley como la Ley de Enjuiciamiento Civil.

²⁴ MONTERO AROCA ha recordado algunas frases del famoso “notable informe” del Colegio de Abogados “de la Corte” contra la Instrucción del Marqués de Gerona: “Espíritus superficiales, talentos tan limitados como audaces han declamado contras las formas solemnes, lentas y complicadas de los juicios... (vemos) esa ritualidad solemne de los juicios, esas dilaciones, que consideradas por algunos el tormento de los litigantes, vienen a ser la principal garantía de la justicia... La seguridad del juicio exige muchas solemnidades, y estas solemnidades, cuanto más se multiplican, requieren más dilaciones; por el contrario, cuanto más se apresura el juicio, cuanto más se limitan los plazos, reduciéndolos a los que se reputan en hipótesis general, hipótesis muy falible, como estrictamente necesarios para el ataque y la defensa, más pierde el juicio en su seguridad, más se merman sus garantías.” (v. MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO y BARONA VILAR, *El nuevo proceso civil*, Valencia, 2000, pág. 45). A la vista de estas afirmaciones de los Abogados –no enteramente falsas, porque es verdad que la rapidez no es el supremo bien del proceso– se aprecia que al menos el Colegio de Abogados de Madrid no disimuló, a mediados del siglo XIX, los motivos de su oposición a la modernización de la legislación procesal.

EPÍLOGO

Cerrar esta obra, la primera que, como autor único, publica en Chile el Prof. Dr. Andrés de la Oliva Santos, es para mí motivo de profundo orgullo y satisfacción: en ella se recogen las tres conferencias que el maestro de la Universidad Complutense de Madrid pronunció en Chile hace muy poco, dando cabal cumplimiento a un exigente programa académico que le esperaba a su llegada a Santiago.

No es sencilla la misión de comentar una obra. Pero en este caso, enténdaseme, la admiración y la amistad que profeso al autor, paradójicamente, complican esta tarea aún más. Añadidamente, el comentario o valoración que por mi parte pueda hacer de una obra de un jurista de la trascendencia como la de Andrés de la Oliva poco puede aportar realmente pero sí tiene el riesgo no menor de terminar perjudicándola.

Entonces, lo digo de entrada, asumo el desafío en el entendido de que el lector tendrá sabiduría y podrá distinguir entre la riqueza de lo sostenido por el maestro y lo que a continuación se expone por este simple discípulo, con las mejores intenciones, pero seguramente con unos ripios inexistentes en el impecable discurso del autor de estas conferencias.

En el afán de buscar el mejor término que resumiera estas conferencias, y tras tratar de recordar lo que fueron las intensas jornadas vividas entre el 20 y el 23 del recién pasado mes de octubre, llegué a la convicción de que la palabra *contundencia* es la que más se acerca a calificar con cierta justicia lo que en Santiago y en Talca aconteció. Tuve el inmenso privilegio de escucharlas y ahora que, además, he tenido la oportunidad de leerlas detenidamente, no puedo sino que ratificar este juicio.

“Bendito” octubre para el Derecho procesal. Es que el mes de octubre de 2008 no se olvidará fácilmente para nosotros los que nos

dedicamos al Derecho procesal. En primer lugar, sólo algunos días antes a estas conferencias, un chileno, el más importante y conocido procesalista chileno, el Prof. Raúl Tavolari Oliveros, era nombrado Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en el marco de las XXI Jornadas Iberoamericanas realizadas en Lima. El procesalismo chileno se encuentra muy complacido por el reconocimiento efectuado a quien constituye su principal representante. Es de esperar que este reconocimiento irradie positivamente al procesalismo nacional, fortaleciéndolo y brindándole más visibilidad internacional.

A esta gran noticia se agrega otra, vinculada, tan grande como la que antecede: se ha decidido que las próximas Jornadas, por vez primera, sean realizadas en nuestro país el año 2010, todo ello en el contexto de las celebraciones del Bicentenario. Aunque en principio pueda parecer exagerado (que no lo es, ya que a diferencia de otros países del entorno no tenemos en Chile ni la experiencia ni la tradición en Congresos tan masivos dedicados exclusivamente a nuestra disciplina), ya hemos sido convocados por Tavolari a trabajar en el diseño y organización y, desde luego, a su disposición nos hemos puesto.

Pues bien, otra maravillosa noticia que octubre de 2008 nos tenía reservada a los procesalistas fue la presencia de Andrés de la Oliva en Chile. Quien ya le conozca, o al menos tenga noticia de su obra, podrá comprender la razón por la cual su visita significó tan gran acontecimiento. A diferencia de otras visitas de procesalistas extranjeros, algunos de ellos asimismo connotados en el plano internacional, la estadía del profesor español en nuestro país no sólo causó verdadero revuelo en el mundo académico, sino que también concitó el interés de distintas instituciones (Corte Suprema, Tribunal Constitucional, Ministerio de Justicia, Colegio de Abogados) que no quisieron perder la oportunidad de reunirse con él a fin de poder recoger un poco de aquello que de la Oliva Santos siempre trae consigo: sensatez, prudencia y lucidez.

Enemigo de las improvisaciones y conocido en su afán de cuidar cada detalle de sus presentaciones, de la Oliva dio cuenta de la enorme calidad que le caracteriza. Creo que se debe agradecer la seriedad de su trabajo, la contundencia de sus planteamientos, su generosidad intelectual, y su evidente distancia con lo que personalmente llamo la *pirotecnia* procesal, que de tiempo en tiempo entusiasma a algunos, pero que por carecer de sustancia nos abandona con angustiosa rapidez sin dejarnos nada o muy poco.

Pues bien, los tres trabajos que en esta obra se recogen reflejan en buena medida el peso intelectual de quién estamos hablando, y se

ponen a disposición del lector nacional para que a partir de ellos se pueda seguir aportando en la (no fácil) tarea que desde hace algún tiempo convoca nuestros esfuerzos y voluntades: la reforma procesal civil.

Dos de estos trabajos apuntan una con una profundidad y claridad dignas de nota al tema fundamental de la reforma que debe pensarse a propósito del recurso de casación y el rol que la Corte Suprema debe (y puede, siempre con realismo) cumplir y recoger sendas conferencias pronunciadas en la Pontificia Universidad Católica de Chile bajo la encomiable coordinación de mi buen amigo, el Prof. José Pedro Silva, que desde hace algún tiempo viene contribuyendo con un renovado espíritu inclusivo y cooperativo al desarrollo del Derecho procesal criollo. Justo y necesario es que agradezca públicamente su generosidad y compromiso con esta tarea.

El tercer trabajo, que cierra esta obra, constituye un excelente e ilustrativo repaso que el autor realiza a las ideas e institutos fundamentales que cruzan la reforma realizada a través de la LEC 1/2000, convertida entre nosotros (pero no sólo entre nosotros) en un verdadero paradigma de lo que debe ser el proceso de modernización de la legislación procesal civil. Este repaso lo realiza a partir de la referencia a la razonable asunción de la oralidad en la Justicia civil, tema cuya importancia queda todavía más en evidencia si se tiene a la vista que durante este mes de noviembre concentrará el interés de los procesalistas en Gandía (España) en el marco del Coloquio Internacional *Oralidad y Escritura en un proceso civil eficiente* (6, 7 y 8 de noviembre) patrocinado por la Asociación internacional de Derecho Procesal y organizado por el Prof. Manuel Ortells.

Pues bien, este último trabajo recoge la conferencia que, con algunas modificaciones impuestas por la modificación de la agenda de su visita, el Prof. de la Oliva realizó en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, en dónde además tuvimos la inmejorable oportunidad de presentar la obra que nos permitió hace algunos años trabar una relación de amistad y trabajo: *La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español*.

Para mí, visitas tan destacadas como las del Prof. Andrés de la Oliva constituyen oportunidades privilegiadas que no se pueden desaprovechar, menos aún si se piensa en lo escasamente desarrollada que aún se encuentra la disciplina procesal en el país. Derechamente, creo que se debe valorar especialmente la publicación de esta obra (y de otras que se han publicado en el último tiempo) para una informada y responsable toma de decisiones relativas a la configuración del nuevo modelo procesal civil.

No se puede pretender ignorar la realidad de lo que han sido nuestras experiencias reformadoras. Desde el año 2000 vienen aprobándose en nuestro país una serie de reformas procesales que, buscando cambiarle la cara a nuestra Justicia, han obtenido muy dispar resultado. En efecto, de la experiencia que significó el tránsito desde el antiguo modelo procesal penal al actual, a la problemática (y hasta caótica) implementación de la nueva Justicia de familia existen, se concordará conmigo, bastantes diferencias que inciden tanto en el diseño propiamente procesal como en la reforma orgánica involucrada en ambos casos. Huelgan mayores explicaciones y detalles al respecto para el lector medianamente informado; basta tener a la vista el proceso de contrarreforma por el que se pretende corregir los errores iniciales. A su turno, y tras la suspensión de la fecha de entrada en vigencia original, la concreta suerte de la reforma procesal laboral es aún un misterio (ya que en algunos días más entrará en vigencia recién la segunda etapa de su implementación progresiva), por lo que pareciera que el tema de la reforma procesal civil debe necesariamente ser abordado con mucho mayor cuidado.

No es la primera vez que lo señalo, pero creo que tras estas notables conferencias que el Prof. de la Oliva ha decidido compartir con todos nosotros éste es un lugar privilegiado para formular nuevamente un llamado: si se quiere tener éxito en la tarea que implica la reforma procesal civil, se requiere dejar de lado los personalismos, los egos institucionales, la lógica excluyente, y tomar en serio el proceso reformador abordándolo como un desafío que contemple sumar los esfuerzos de los distintos sectores involucrados. En definitiva, no podemos darnos el lujo de arriesgar el buen resultado de una reforma que por su enorme calado se alza, sin lugar a dudas, como la más importante reforma procesal que deberemos afrontar en muchos años.

Hay muchos puntos y temas, varios de ellos decisivos, que a medida que se va discutiendo en torno al Anteproyecto van originando un debate cuya mejor resolución requiere del concurso de al menos todos quienes nos dedicamos al Derecho procesal en Chile (que tampoco somos demasiados, más bien al contrario). Recordó el autor de estos trabajos que en el caso de los primeros pasos de la reforma procesal civil peninsular, tras elaborarse el denominado Borrador de nueva LEC por un grupo muy reducido de profesores, se procedió a remitir un ejemplar de éste (en papel) a todos los profesores de la disciplina al objeto de nutrirse en verdad de observaciones y críticas. En otras palabras, se aseguraron de que todos pudieran dar su opinión respecto al producto que se había elaborado y de que esa opinión fuese tenida efectivamente en cuenta.

El hecho que exista un Anteproyecto no puede convertirse en un tope a razonables cambios y mejoras. Este texto no puede entenderse como un producto final ni mucho menos. Sostener esto sería ir contra la naturaleza de las cosas y, además, evidenciaría una falta de estudio del texto que a poco avanzar en su lectura muestra una serie de problemas y contradicciones, reflejo claro de que aún queda importante tarea por realizar. Ese texto pre-legislativo sólo constituye un punto de partida, la primera piedra (ni la última ni la única) de la cual debiera surgir la mejor articulación de una reforma que ha de saber introducir los cambios necesarios en la dirección de recuperar la confianza en el buen hacer de nuestros jueces y tribunales en materia civil.

Tenemos la preciosa oportunidad de hacer las cosas bien, de lograr (como ha dicho el Prof. de la Oliva) un nuevo y *mejor* proceso civil. A tal objetivo están confluyendo una serie de factores que he intentado plasmar en las líneas que anteceden. A tal objetivo contribuyen, qué duda cabe, obras como las que el Prof. de la Oliva pone a nuestra disposición.

DIEGO IVÁN PALOMO VÉLEZ
Profesor Asociado de Derecho Procesal.
Director Departamento de Derecho Público
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Talca.

Talca, 2 de noviembre de 2008

ÍNDICE

<i>Prólogo</i>	7
<i>Introducción</i>	15
La experiencia española de la Casación Civil	19
Algunas ideas para la formulación de un modelo de Casación Civil	41
Una oralidad razonable: la Reforma Procesal Civil española	63
<i>Epílogo</i>	87

TÍTULOS PUBLICADOS EN LA COLECCIÓN
DE “ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL”

1. RAÚL NÚÑEZ OJEDA, *Negociación, mediación y conciliación. Como métodos alternativos de solución de controversias*, 2009.
2. ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, *Casación, oralidad y nuevo proceso civil. Tres conferencias chilenas*, 2009.
3. CONSTAZA TORO JUSTINIANO, *El debido proceso penal. Un estudio desde el prisma de la dogmática procesal penal y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2009.

