

## ANÁLISIS DEL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL PARA EL ESTADO DE MORELOS

Juan MONTERO AROCA

Doctor Gonzalo Armienta Calderón  
Doctor Fernando Flores García

Mis queridos amigos:

Ha llegado un momento en el que no sé qué palabras emplear para expresar al Instituto Mexicano de Derecho Procesal el reconocimiento que le debo por las amabilidades que tiene conmigo y, más específicamente, no encuentro ya cómo agradecerlos a vosotros, que sois los representantes del instituto, el cúmulo de atenciones que habéis volcado en mi persona.

En 1982 tuvisteis la gentileza de invitarme por vez primera para colaborar en el IX Congreso, el celebrado en Mazatlán, Sinaloa, pronunciando una conferencia sobre “Cien años de la Ley de Enjuiciamiento Civil española”, y desde entonces me habéis prodigado algo no siempre fácil de hallar: una sincera amistad que alcanza a muchos miembros del instituto y con la que me honro. A estas alturas de los tiempos me voy convenciendo de que no invitáis ya al catedrático y magistrado español, sino más sencillamente a un amigo.

Es posible, con todo, que después de diez años de permanente relación no sean necesarias ya las palabras para expresar mi reconocimiento. Es posible —insisto— que debamos dejar hablar a los hechos, con su particular elocuencia, y deducir de ellos que existe entre nosotros algo mucho más importante que la relación académica normal entre estudiosos de una disciplina jurídica. Si esto es así —y yo estoy convencido de ello— bastará con decir una sola palabra: Gracias, y dejar que los hechos se expliquen por sí mismos.

Desde aquel 1982 he venido participando en todos vuestros congresos y lo he hecho con el mejor ánimo de colaboración. En ninguno de ellos ha faltado mi colaboración activa mediante la ponencia, la conferencia o, en último caso, la comunicación. En todas las publicaciones que habéis hecho de los frutos de un Congreso ha aparecido una aportación mía.

En este XIII Congreso me habéis encargado una conferencia y, consiguientemente, yo habría cumplido con mi función realizando una simple intervención oral. Sin embargo, no desearía que, una vez más, todo quedara en las palabras; deseo que sigan hablando los hechos y por eso, con la antelación suficiente, os remito esta aportación por escrito, que espero se publique con los demás materiales del congreso.

Cuando hace alrededor de un año —exactamente en junio de 1991— recibí vuestra invitación y en ella leí que tenía que hablar sobre el Proyecto de Código Procesal Civil para el Estado de Morelos, redactado por uno de vosotros, por el doctor Fernando Flores García, me sentí embargado por dos sentimientos contradictorios. Por un lado me dije que estabais arrojando sobre mí una tarea muy compleja, y aun llena de peligros científicos y personales, dado que se trataba nada menos que de condensar la opinión sobre todo un código en 45 minutos y de que ese código había sido redactado por un amigo, pero, por otro lado, concluí que debíais tener buena impresión de mis fuerzas cuando echabais sobre mis hombros semejante labor.

De este juego contradictorio de sentimientos cabe extraer las dos premisas con las que he afrontado el examen del proyecto:

1ª) Si debo hablar no más de 45 minutos, y consiguientemente ahora debo escribir no más páginas de las necesarias para hablar ese tiempo, debe quedar claro que he de centrarme en los aspectos esenciales del proyecto, sin posibilidad de descender a los detalles.

2ª) Si el vicepresidente del instituto y coordinador del congreso es, al mismo tiempo, el autor del proyecto y, a pesar de todo, ha colaborado en mi designación para que critique su obra es porque espera de mí una crítica leal, basada en la ciencia en cuanto al fondo y limada por la amistad en cuanto a la forma.

Es de todos los presentes sabido que me une una excelente amistad con el doctor Flores García, pero todos habrán de saber también que tanto él como yo creemos en la libre expresión de las ideas. La amistad en un evento científico no puede constituir un

impedimento, ni conducir a la excusa o a la recusación. Si el doctor Flores García ha demostrado su grandeza de espíritu al someter su proyecto a un congreso, y aun me ha buscado para que lo critique con libertad, se merece, como mínimo, que sea correspondido con esa misma grandeza. Su gesto no puede obtener como respuesta la villanía del mero halago; la adulación corrompe en la misma medida al que la hace y al que la recibe.

Y voy ya con el *análisis del Proyecto de Código Procesal Civil para el Estado de Morelos*, que efectuaré siguiendo este sumario:

1. Condicionamientos políticos y técnicos
2. Denominación del código
3. Plan general del proyecto
4. Su estructura
5. Terminología
6. El proceso de declaración
7. Los recursos
8. Los procesos especiales
9. El proceso de ejecución
10. El proceso cautelar

### 1. *Condicionamientos políticos y técnicos*

En la redacción de todo código han de influir dos tipos de condicionamientos muy diferentes.

#### a) El condicionante político

Un código —cualquier código— no es bueno o malo de modo absoluto sino relativamente, esto es, atendido el país y el momento en que debe aplicarse, lo que supone que tiene que atender a una serie de condicionantes sociales, económicos, de tradición jurídica, sin olvidar la situación de la magistratura y de la abogacía que han de aplicarlo. Estos condicionamientos no atienden a lo que podría-

mos considerar ciencia jurídica en sentido estricto pero, es obvio que son determinantes de su contenido, y ello hasta el extremo de que si el legislador los olvida, el fracaso de su obra está asegurado.

Existen ocasiones en que ha de tenerse en cuenta que lo mejor es incompatible con lo posible, con lo que será aceptado por quienes han de ser los actores en la vida de un código. En el proyecto que comentamos hay un ejemplo muy destacado de esta contradicción. La tradición procesal mexicana ha llevado a que en todos los códigos se destine un título o un capítulo a las acciones y a las excepciones, a pesar de que ello carece hoy de virtualidad científica. El doctor Flores García ha hecho un gran esfuerzo para adecuar ese contenido a los últimos avances procesales, pero soy consciente de que, aun siendo lo mejor su supresión, lo posible ha sido simplemente cambiar la terminología.

Estoy seguro de que el autor del proyecto ahora examinado habrá tenido en cuenta ese condicionamiento político y también de que quienes me oyen comprenderán que yo no puedo atender aquí al mismo. Me han dicho en alguna ocasión que me estoy ganando una cierta cuasi-nacionalidad mexicana, pero mis estancias en este país no llegan al extremo de permitirme opinar sobre determinadas materias que son exclusivas de los mexicanos.

## b) El componente técnico

Sentado lo anterior, y excluida así una parte de las materias del proyecto de este análisis, hay que reconocer inmediatamente después que el proceso es una creación artificial del ordenamiento jurídico de modo que, en muchas ocasiones, lo que importa realmente en él es su componente técnico. Frente al derecho material y al procesal, la ley opera de modos distintos; las normas no suelen crear las instituciones jurídico-materiales, sino que se limitan a recogerlas de la realidad para regularlas, mientras que la ley sí crea el proceso, pues éste no se origina de modo espontáneo en la realidad social.

Esto supone que en todo Código Procesal existe una parte muy importante de mera técnica jurídica de carácter universal, y es sobre esa parte en la que centraré mi intervención, teniendo en cuenta además que sobre ella, y como he adelantado, me veo limitado por las posibilidades de tiempo y de espacio.

## 2. Denominación de código

Por fin en México alguien se atreve a dar un paso tan esperado como retrasado y, abandonando la vieja denominación de código de procedimientos civiles, asume la de código procesal civil. Este paso había sido recabado desde diversas instancias científicas, tanto corporativas como personales, pero por fin alguien se atreve a darlo a nivel legislativo.

El cambio de denominación no puede quedar en un mero juego de palabras, pues no responde sin más a un problema terminológico. El cambio supone la asunción en México, y en concreto en el estado de Morelos, de una nueva fase en la evolución de esta disciplina jurídica.

Conviene explicar brevemente la evolución de la ciencia procesal para que se comprenda la trascendencia del cambio de denominación, sin perjuicio de remitirme, para una exposición más extensa, a mi librito *Evolución y futuro del derecho procesal*, publicado en Bogotá en 1984, y a mi manual en colaboración *Derecho jurisdiccional* (tomo I, Parte general), editado en Barcelona en 1992 por tercera vez.

La primera etapa de la evolución es la de la “práctica forense” y alcanza hasta las décadas iniciales del siglo XIX, caracterizándose porque se trataba sólo de explicar la manera de actuar de los tribunales, el modo meramente formal de proceder de los mismos, sin que existiera un verdadero intento de hacer ciencia. En esa línea pueden verse las obras de Suárez de Paz, del conde de la Cañada o de Gómez Negro en España y en México el llamado *Febrero mejicano*, que se editó entre 1834 y 1835 por Anastasio de la Pascua y en nueve volúmenes.

La segunda fase, la del “procedimentalismo” o de los “procedimientos judiciales”, se inicia en España y en México a mediados del siglo XIX y responde básicamente a la idea de que los códigos a hacer deben regular el conjunto de formas que los ciudadanos deben seguir para obtener justicia y que los jueces deben observar para otorgarla. Lo determinante entonces seguía siendo la forma, pero ésta no es ya el estilo judicial, sino que la impone la ley. Con base en esta concepción se escribieron las obras de Vicente y Caravantes, de Gómez de la Serna y Montalbán y se promulgaron las leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881 en España, y en México se realizaron la Ley de Procedimientos de 1857, el Código

de Procedimientos Civiles de 1871 y, sobre todo, el Código de 15 de mayo de 1884 y, a partir de ahí, la sucesión de todos los códigos de los estados y del Distrito Federal.

En esa etapa han quedado los códigos mexicanos cuando siguen titulándose de “procedimientos civiles”, sin asumir que la evolución científica no se detuvo y que la fase tercera llevó, hace ya bastantes décadas, a que lo importante en esta ciencia no sea la mera forma, sino el proceso como concepto unitario, en torno al que se construyen todos los sistemas.

En México la tradición ha hecho que se mantenga una denominación superada, con lo que se ha asistido a una ruptura entre la doctrina, que habla de “derecho procesal” y así titula sus obras, y la legislación. Lo que el Proyecto de Código Procesal Civil para el Estado de Morelos hace, por mano de su autor, es reconciliar la ley con la ciencia. Nada más que eso, pero también nada menos.

### 3. *Plan general del proyecto*

Cualquier crítica que pueda hacerse del proyecto debe partir de reconocer dos grandes aciertos iniciales:

1º Dividir la obra en libros, lo que se hace frente al ejemplo coarruptor que dan otros muchos códigos mexicanos, empezando por el Código de Procedimientos Civiles del propio Distrito Federal. El mal ejemplo de éstos ha sido, finalmente, obviado.

2º Poner al frente de cada artículo una breve rúbrica identificadora de su contenido. De la utilidad de la misma y de su dificultad técnica en muchos casos hay que ser plenamente conscientes para destacar el trabajo hecho por el autor.

Reconocido el primer acierto, el de la división en libros, debo decir que no comparto ni el plan general del proyecto ni el número de libros que tiene. El proyecto divide el código en los diez libros siguientes:

- I. Del proceso en general
- II. Del proceso de conocimiento
- III. Del proceso impugnativo
- IV. De los equivalentes jurisdiccionales
- V. De los procedimientos especiales
- VI. De la vía de apremio

- VII. De los procedimientos sobre cuestiones familiares y estado y condición de las personas
- VIII. De los juicios universales
- IX. De los procedimientos paraprocesales
- X. De los procesos menores

Este esquema se explica desde la consideración de que el autor del proyecto se ha dejado, en buena medida, llevar por la tradición mexicana en general y por la morelense en particular, centradas las dos en los “procedimientos judiciales”. En mi opinión el plan general del código debería responder a dos criterios:

a) El más importante es de mera técnica y atiende al reconocimiento de las tres funciones que la jurisdicción cumple a través del proceso: declaración, ejecución y cautela (o aseguramiento), sin perjuicio de un libro primero dedicado a las disposiciones generales, con lo que resultaría que el esquema base debería ser:

- Libro Primero: Disposiciones generales
- Libro Segundo: Del proceso declarativo
- Libro Tercero: Del proceso de ejecución
- Libro Cuarto: Del proceso cautelar

b) El otro criterio es complementario y se refiere a que un código no se hace en el vacío, sino que ha de asumir una cierta tradición, guste o no guste a su autor. Esto puede llevar a que el número de libros aumente al tener que regularse en el código materias de muy diversa índole:

1) Algunas que no comportan, de modo evidente, ejercicio de la potestad jurisdiccional, aunque las asuma un juez, y consiguientemente que no se realizan por medio del proceso, como es el caso de la jurisdicción voluntaria, que en el proyecto se denomina “procedimientos paraprocesales” y a los que nos referiremos después.

2) Otras que suponen decisiones más generales y anteriores que predeterminan contenidos obligatorios para el código y que se imponen a su autor, como sucede con los concursos, los cuales son una consecuencia de la distinción entre quiebra y concurso, es decir, entre comerciantes y no comerciantes.

3) Otras que deberían integrarse en el articulado normal del código, pero que el peso de la tradición lleva a regular al final del mismo, que es el supuesto de los procesos menores que no son sino procesos ordinarios que se diferencian de los otros ordinarios principalmente por la cuantía.

Este segundo criterio, con sus variantes, puede hacer que el número de libro de un código aumente, pero siempre debería tenderse a que el plan general del mismo respondiera al primer criterio, que es el verdaderamente técnico. Es sabido, con todo, que la mayor parte de las veces se hace lo que se puede, no lo que se quiere.

#### 4. *Su estructura*

La llamada, en la exposición de motivos del proyecto, “división topográfica” comprende, partiendo de la división inicial en libros, la subdivisión de éstos en títulos, capítulos y artículos. Estamos ahora haciendo referencia, pues, a la estructura del proyecto y sobre ella conviene detenerse en alguna sugerencia.

De entrada hay que precisar que las subdivisiones se justifican en tanto que materias afines, pero no idénticas, se regulan bajo una rúbrica común, lo que ha de llevar a dos conclusiones obvias:

a) si bajo una rúbrica sólo se regula una materia no cabe establecer subdivisiones, y

b) siempre que se proceda a subdividir las partes tienen que ser por lo menos dos, no siendo lógico que se haga una división en la que exista un único divisor.

Si desde estas conclusiones se pasa al examen del índice del proyecto se observan algunos defectos de estructura, por ejemplo:

1) En el Libro Primero la división en Títulos no es correlativa, pues existe un Título Preliminar y luego los títulos continúan con el Primero.

2) En el mismo Libro Primero el Título Preliminar (“Reglas generales del proceso civil”) tiene un único Capítulo (“Disposiciones comunes”), lo que es claramente contrario a la conclusión b), y lo mismo sucede con el Título Quinto (“El litigio”) y su Capítulo Único (“Composición del litigio”).



3) Más grave parece que el Libro Segundo (“Del proceso de conocimiento”) tenga un Título Único (“Del proceso ordinario”), y que esto se reitere en el Libro Tercero (“Del proceso impugnativo”) y su Título Único (“De los recursos”), en el Libro Cuarto (“De los equivalentes jurisdiccionales”) y su Título Único (“Reglas generales”), en el Libro Quinto (“De los procedimientos especiales”) y su Título Único (“De los juicios singulares”), en el Libro Séptimo (“De los procedimientos sobre cuestiones familiares y estado y condición de las personas”) y su Título Único (“De los juicios del orden familiar”), en el Libro Noveno (“De los procedimientos paraprocesales”) y su Título Único (“De los negocios no contenciosos”) y en el Libro Décimo (“De los procesos menores”) y su Título Único (“De los juzgados menores”). Resulta así que la mayor parte de los libros tienen un Título Único, con lo que en ellos la subdivisión en títulos es inútil.

4) En todos los casos de Libro con Título Único y de Título con Capítulo Único se asiste a la incoherencia de que las rúbricas, aun cambiando algo las palabras, vengan a decir lo mismo; en efecto, no hay diferencia entre reglas generales y disposiciones comunes o entre vía de apremio y ejecución forzosa, por poner algún ejemplo.

En conclusión, creo que la estructura está bien planteada, dado que es lógico dividir en libros, títulos y capítulos, pero no está luego ejecutada con precisión. Que este es un defecto que no se refiere al contenido es evidente, pero convendría ser cuidadoso con la apariencia.

## 5. Terminología

Si hay algo evidente en el proyecto ese algo es el esfuerzo realizado por su autor para dotarlo de una terminología acorde con las más modernas tendencias de la ciencia jurídica. Como se dice en la exposición de motivos se ha pretendido llegar al uso adecuado y preciso del contenido de varios conceptos que la fuerza de una inveterada y errónea costumbre había implantado y confundido.

En ese sentido hay que mostrarse de acuerdo con la distinción entre plazo, que es un periodo o lapso temporal durante el cual, y en cualquier momento del cual, puede o debe realizarse un acto procesal, y término, que es un momento en el tiempo en el cual puede o debe realizarse un acto procesal. La confusión mexicana

entre estas dos palabras proviene de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, y es ya hora de acabar con ella en los dos ordenamientos.

De la misma forma muestro mi conformidad a la distinción entre juzgado o tribunal de juez o magistrado. Las dos primeras palabras se refieren al órgano, mientras que las segundas designan personas, si bien a éstas yo no las calificaría de funcionarios, como hace el doctor Flores García.

Por el contrario, en el proyecto se sigue hablando de “apeo y deslinde” cuando, dado que las dos palabras tienen el mismo significado, debería hablarse de “apeo o deslinde” o, más sencillamente, de deslinde sólo. En la Ley de Enjuiciamiento Civil española se hace referencia al “deslinde y amojonamiento” que sí son actuaciones diferentes, pero no tiene sentido emplear las palabras apeo-deslinde unidas por la conjunción copulativa “y”. La incorrección se advierte también en el Código del Distrito Federal, pero en éste sí la rúbrica del Capítulo VI del Título XV es “apeos y deslindes” luego, en el artículo 932, dice: “El apeo o deslinde tiene lugar...”, y en los artículos siguientes se usan como sinónimas las dos palabras.

Lo anterior atiende, con todo, a problemas terminológicos menores. Pero hay en el proyecto por lo menos dos problemas terminológicos que pueden calificarse de graves y que requieren mayor atención.

a) Uno de ellos atiende a la sustitución de la tradicional expresión de “jurisdicción voluntaria” por la nueva de “procedimientos paraprocesales”. Hay que decir, de entrada, que el propio Marciano se sorprendería de que un modestísimo texto suyo haya dado lugar a esa expresión, “jurisdicción voluntaria”, que es incorrecta en cualquier sentido en que se la considere pues, como dijo Alcalá-Zamora, sus contenidos no son ni jurisdiccionales ni voluntarios. Reconocido que en los actos de jurisdicción voluntaria el juez no ejerce potestad jurisdiccional ni, por tanto, realiza un proceso, el cambio de denominación resulta necesario. Lo difícil es encontrar la expresión que sustituya y para ello es imprescindible precisar el exacto contenido de esos llamados “actos”.

Wach definía la jurisdicción voluntaria como actividad del poder estatal con finalidades constitutivas de creación, desenvolvimiento y modificación de relaciones o estados jurídicos, en la que se incluyen actos judiciales, notariales y registrales que pueden clasificarse en cuatro grandes categorías: formación de sujetos jurídicos, integración de la capacidad jurídica, formación, documentación y publici-

dad del estado de las personas y seguridad del comercio jurídico, y si esta definición y clasificación se admiten, como yo creo que debe hacerse, los actos encomendados a un juez deben denominarse procedimientos no jurisdiccionales, mejor que procedimientos paraprocesales como propone el autor del proyecto.

Si no estoy equivocado la preposición “para” unida a un sustantivo significa parecido a, equivalente a, o similar a, aunque al mismo tiempo suponga distanciamiento del sustantivo. Recuérdese, por ejemplo, lo que se entiende por “paramilitar”. Pues bien, procedimiento paraprocesal hace alusión a procedimiento parecido a o similar a procesal, aunque se está reconociendo que no es procesal, cuando lo que importa resaltar en el cambio de denominación es que el juez realiza con esa actividad un procedimiento en el que no ejercita su potestad jurisdiccional, siendo hoy pacífico que se trata de actividad administrativa.

Al hilo del problema terminológico hay que referirse a que en el Libro Noveno no están regulados todos los “procedimientos paraprocesales” que contiene el proyecto, pues existen bastantes que quedan fuera de ese libro. Esto es lo que ocurre, sin duda, con la adopción, con la rectificación de actas del estado civil, con el nombramiento de tutores y curadores, con la enajenación de bienes de menores o incapacitados y la transacción acerca de sus derechos, con la habilitación de edad y la autorización a menores, con la declaración de ausencia y de presunción de muerte y con buena parte de lo regulado en las sucesiones, aunque en el proyecto se hagan esfuerzos para dar contenido jurisdiccional a todas estas actuaciones, pero téngase en cuenta, por ejemplo, que los artículos 1051 a 1057 permiten una amplia competencia notarial que no sería posible si se tratara de verdaderos procesos.

b) El segundo problema grave se refiere al uso que se hace de las palabras acción, pretensión, excepción, contrapretensión y defensa.

Estoy de acuerdo en que la palabra acción hace referencia a un fenómeno jurídico unitario, por lo que el emplearla en plural y multívocamente, como suele hacerse en los códigos mexicanos, carece de sentido científico. A partir de ahí yo no definiría la acción como una mera posibilidad jurídica, lo que se hace en el proyecto en el artículo 231, sino que la califico de verdadero derecho subjetivo público, sobre todo desde la base del artículo 17 de la Constitución General de la República.

El paso siguiente ha de referirse a la pretensión, que en el proyecto se utiliza en plural y que se concibe como uno de los elementos de la acción, como su contenido variable, definiéndose como las aspiraciones jurídicas del actor para, a continuación, entrar en sus clases que se sistematizan básicamente con referencia al contrato, acto o hecho al que se refieran.

Disiento aquí de la definición y de la clasificación de las pretensiones. Creo que puede darse un concepto único de pretensión, y lo doy: petición fundada que se dirige a un órgano jurisdiccional, frente a otra persona, sobre un bien de cualquier clase que fuere; y a partir de ese concepto llego a tres conclusiones:

1ª El derecho subjetivo de acción no puede ejercitarse en el vacío, sino que siempre ha de referirse a una pretensión concreta.

2ª Clasificar las pretensiones por el bien pedido, es decir, con relación al contrato, acto o hecho al que se refieran, carece de utilidad práctica por cuanto los bienes que pueden pedirse son tantos y tan diversos que nunca se comprenderán todos en la clasificación. Creo que cuando se hace referencia a las pretensiones reivindicatoria, negatoria, confesoria, etcétera, se está haciendo relación sólo de las pretensiones más comunes, pero en esa lista siempre faltarán muchas porque es imposible *a priori* clasificar los bienes, materiales e inmateriales, que una persona puede pedir frente a otra y ante un juez.

3ª En cambio, sí es posible clasificar las clases de tutela jurídica que una persona puede pedir a un juez, y de ahí que sea común en los manuales la distinción entre pretensiones declarativas, ejecutivas y cautelares.

En el proyecto, después, se define la excepción como la posibilidad jurídica única del demandado de provocar la actividad del órgano jurisdiccional para defenderse. En mi opinión se ha ido a elegir una de las palabras más peligrosas del lenguaje jurídico español, porque en él se usa con tantos sentidos que al final, por querer significarlo todo, no significa nada. Hubiera sido preferible dejar claro que la acción es un concepto unitario y, al mismo tiempo, bilateral, en el sentido de que no corresponde sólo al actor sino también al demandado, pues éste tiene el derecho subjetivo público a acceder a la jurisdicción.

Partiendo, pues, de que el demandado ejercita ante el juez el mismo derecho que el actor, el paso siguiente debe atender a distinguir

qué es lo que opone frente a la pretensión, y es entonces cuando debe aparecer la distinción fundamental entre:

1º Alegaciones que se refieren a los presupuestos y requisitos procesales, que persiguen que el juez no llegue a pronunciarse sobre el tema de fondo planteado en la pretensión, al no estar bien constituida la relación jurídico procesal, a las cuales podría darse el nombre de excepciones procesales.

2º Alegaciones que atienden al tema de fondo suscitado por el actor, es decir, a la existencia o inexistencia del derecho subjetivo material aducido por el mismo, y con las que el demandado persigue que el juez desestime la pretensión y, consiguientemente, que dicte una sentencia absolutoria, a las cuales podría denominarse excepciones materiales.

Las palabras tienen siempre un sentido convencional, pero no creo que debería admitirse la de contrapretensión. El único caso en que esta palabra sería admisible es el de la reconvencción; cuando el demandado, al contestar a la demanda, reconviene, está haciendo dos cosas muy distintas: primero alega sobre la pretensión del actor y, luego, interpone el mismo otra pretensión. A la primera actividad, la de mera contestación, no creo que deba llamársele contrapretensión, pero sí a la segunda.

Por último, debe tenerse en cuenta que la palabra defensa también es multívoca. En el derecho francés se distingue entre excepción, que se refiere al procedimiento, y defensa, que atiende a la existencia del derecho subjetivo material planteado en la demanda.

## 6. *El proceso de declaración*

El Libro Segundo lleva como rúbrica “Del proceso de conocimiento” y regula un único procedimiento en su Título también Único “Del procedimiento ordinario”. En el apartado 8 intentaré explicar el significado de “ordinario” en el contexto de los varios tipos de proceso de declaración, pero ahora me centraré en el examen de este libro distinguiendo entre *aspectos concretos* y *valoración de conjunto*.

### A) Aspectos concretos

a) Existe reiteración al regular los documentos que deben presentarse con la demanda y con la contestación, pues si en el Libro Primero se dedican los artículos 120 a 127 a “De la presentación de

documentos” luego, ya en el Libro Segundo, los artículos 371 y 372 hablan de los documentos anexos a la demanda y el artículo 383 de los documentos a acompañar a la contestación de la demanda.

Además, no se distingue claramente entre documentos procesales, los que acreditan la concurrencia de un presupuesto o requisito procesal, y documentos materiales, los que son medio de prueba. Con todo, se tiene el gran acierto, respecto de los documentos materiales, de distinguir entre los esenciales, cuyo momento de presentación precluye con la demanda y la contestación, y los no esenciales o complementarios, que pueden presentarse después.

b) No acabo de entender —y lo digo sin retórica— qué se entiende en el proyecto por “legitimación” cuando se dice en él, por ejemplo:

1) Con la demanda se acompañará: “I. El mandato que acredite la legitimación o representación del que comparece en nombre de otro” (artículo 371).

2) El juez examinará la demanda y documentos anexos y resolverá de oficio: “IV. Si de los documentos presentados se desprende que existe legitimación del actor. . .” (artículo 376).

3) Al regular la contestación de la demanda se dice en el artículo 380 que “de las contrapretensiones de falta de legitimación del actor. . . se dará vista al demandante para que rinda las pruebas que considere oportunas”.

4) Al escrito de contestación se agregarán, dice el artículo 383: “I. Los documentos que acrediten la legitimación, el mandato o la representación del que comparece en nombre de otro”.

5) En la audiencia de conciliación o de depuración, primero el juez “examinará las cuestiones relativas a la legitimación procesal y luego se procederá a procurar la conciliación. . .” (artículo 391).

En todos estos casos, y en otros que omito por razones de brevedad, se está usando la palabra “legitimación” en un sentido que no es el habitual en la doctrina común. Como dice Allorio, es necesario distinguir entre titularidad activa o pasiva de la relación jurídico-material que se deduce en el proceso, que se regula por normas de derecho sustantivo, y la legitimación procesal que es la titularidad de la posición habilitante para formular la pretensión (legitimación activa) y para que contra él se formule (legitimación pasiva), en condiciones de que sea examinada por el juez en su fondo y pueda procederse a la actuación del derecho objetivo material, las cuales

se atribuyen por normas procesales. Si este concepto se admite la legitimación tiene carácter procesal y, en algunas ocasiones, podrá discutirse de ella *in limine litis*, pero no entiendo cómo puede, en todo caso, discutirse sobre ella incluso antes de la conciliación, ni cómo se dice después, en el artículo 393, que puede ser subsanable su falta.

De las ocasiones en que se emplea la palabra “legitimación” en el proyecto parece que se está asimilándola a la representación, si bien no estoy seguro. Si es así, más que de asimilación debería hablarse de confusión.

c) A lo convenido por las partes en la audiencia de conciliación y depuración se le quiere atribuir fuerza de cosa juzgada, o así lo dice el artículo 391, cuando lo procedente sería decir que tendrá el valor de título ejecutivo para la ejecución forzosa. Por mucho que se pretenda, incluso legalmente, un contrato de transacción no podrá tener nunca los mismos efectos que los que se derivan de una sentencia firme, y también lo pretende el artículo 1816 del código civil español. No pueden ser iguales los efectos derivados de la aplicación jurisdiccional del derecho y los propios de un acuerdo entre las partes.

d) No creo que las partes estén “obligadas” a contestar las preguntas que les formule el juez, ni que éste pueda hacer uso de los medios de apremio para hacer cumplir esa “obligación”. En mi opinión, ante la negativa de la parte a responder una pregunta, la única “sanción” admisible es que el juez tenga por ciertas las alegaciones de la parte contraria, y ello sólo después de requerir formalmente con apercibimiento de las consecuencias de la negativa a responder. No se está aplicando aquí la noción de “carga” que en el proyecto se maneja correctamente, en otras partes.

e) Entre las pruebas en particular el proyecto regula una denominada “documental científica” (artículos 485 a 488) en la que se advierten, en mi opinión, algunas imprecisiones:

1ª) No se distingue claramente entre fuente y medio de prueba. La fuente es el elemento que existe en la realidad, preexistiendo al proceso y siendo independiente de él, mientras que el medio es la actividad que es preciso realizar para incorporar la fuente al proceso, por lo que pertenece a éste y no existe fuera de él. En este sentido fuente es, por ejemplo, la cinta cinematográfica y medio el cómo se aportará al proceso.



2ª) Si se tiene claro lo que es fuente se advertirá que en el proyecto se mezclan tres clases de ellas en esta “documental científica”:

1”) Verdaderos documentos, como son las copias fotostáticas, los escritos fraccionarios y las notas taquigráficas. En la regulación de la prueba documental se parte del presupuesto de que en ella la fuente es siempre una manifestación escrita del pensamiento o de la actividad del hombre, y en ese caso las copias fotostáticas han de considerarse documentos, sin perjuicio de añadir que no son originales ni copias auténticas. Para todos los documentos el medio de aportación al proceso debe ser el mismo.

2”) Medios mecánicos de reproducción del sonido o la imagen, como son las fotografías, cintas cinematográficas, discos “u otros medios de reproducción visuales o auditivas”. Estas fuentes no son documentos conforme al mismo proyecto porque no son escritos, y es evidente que su medio de aportación al proceso no puede ser el mismo que el de los documentos y tampoco podrá ser igual su recepción y práctica, pues un documento simplemente se lee por el juez mientras que una cinta cinematográfica se visiona para lo que hace falta una máquina. En mi opinión, la fuente que es la cinta cinematográfica, en cuanto es una cosa mueble, ha de aportarse físicamente a los autos, pero el medio de práctica de la prueba ha de ser el reconocimiento judicial que, como indica correctamente el artículo 497, puede recaer sobre bienes sin precisar si son muebles o inmuebles.

3”) Objetos de la prueba pericial, como son “otros experimentos o reconstrucciones” (artículo 485) o “pruebas o exámenes de laboratorio y demás elementos científicos o tecnológicos que produzcan convicción en el ánimo del juez” (artículo 486). Estamos aquí ante objetos, por ejemplo una huella dactilar, que no pueden ser apreciados por el juez por carecer de los conocimientos técnicos necesarios, siendo imprescindible acudir al perito. Debe, pues, distinguirse entre el objeto a examinar, que debe aportarse a los autos si es mueble, y la actividad del perito.

3ª) Si se parte de la distinción anterior, se advertirá cómo en algunos casos el juez puede examinar sin más la fuente de prueba, en otros precisará de una máquina y en otros de asesores técnicos, con lo que parece que hay que concluir que se están mezclando cosas diferentes.

4ª) Por último me limito a llamar la atención sobre que esa prueba “documental científica” no puede ser la suma de otras pruebas:



la documental y la pericial, como la propia denominación adoptada sugiere, sino que debería atender a regular cómo se aportan a los autos y cómo se practican unas fuentes-medios de prueba que no tienen encaje en la regulación de los demás medios.

f) Con relación al sistema de valoración de la prueba quiero mostrar expresamente mi conformidad con la sana crítica y, al mismo tiempo, resaltar el realismo del autor del proyecto al mantener el valor probatorio legal de los documentos públicos. En los últimos tiempos la campaña desatada a favor de la libre valoración de la prueba, que en la terminología hispana se denomina con acierto apreciación según la sana crítica, ha conducido, en aras de la teoría, a desconocer la seguridad jurídica que proporciona a las partes el documento público. La teoría abstracta se ha querido imponer a las enseñanzas de la realidad. El doctor Flores García, con buen criterio, no se ha dejado deslumbrar por ese espejismo.

g) Sólo la tradición, que no la técnica, explica que el proceso llamado menor se regule al final del proyecto y no a continuación del proceso que se llama ordinario, pero que es el “mayor”. Con todo, obsérvese el contrasentido que supone que la revisión, es decir, el recurso procedente contra las sentencias dictadas en los juicios menores, sí se regule junto a los demás recursos y en el Libro Tercero.

## B) Valoración de conjunto

En el análisis de un código —de cualquier código— la relación de opiniones contrarias que un crítico es capaz de hacer puede ser larguísima. Por mi parte podría terminar con el abecedario y echar en falta muchas letras. Pero lo que realmente importa no son las opiniones contrarias en aspectos concretos sino el contenido general, la manera de “organizar” el proceso, y en esto que es lo esencial el proyecto no merece críticas.

El proceso ordinario en la instancia lo regula el autor del proyecto de modo que en él se distingue:

1º) Fase expositiva: en los escritos de alegaciones resalta especialmente que en el segundo, en la contestación de la demanda, el demandado habrá de oponer todas las defensas o contrapretensiones, cualquiera que sea su naturaleza, sin poder reservarse ninguna para un momento posterior.

2º) Audiencia de conciliación y depuración: aparte de intentar la avenencia, en esta audiencia habrá de resolverse todo lo relativo a los presupuestos procesales.

3º) Fase probatoria: finalizada la primera audiencia el juez dictará auto mandando recibir el pleito a prueba y abriendo el plazo de ocho días para el ofrecimiento o proposición de medios concretos de prueba; en el ofrecimiento destaca el acierto de que cada medio de prueba ofrecido debe relacionarse con los puntos controvertidos y en caso contrario no se admitirá.

En el auto de admisión de las pruebas se citará a las partes para audiencia de pruebas y alegatos, en la que se practicarán todos los medios propuestos, aunque se deja un resquicio peligroso para la realización de otras audiencias de continuación de la prueba.

Acabada la práctica de la prueba el tribunal dispondrá que las partes aleguen, exigiéndose con toda claridad que los alegatos sean orales, prohibiéndose que se lean y que se dicten y limitando el tiempo en el uso de la palabra.

4º) Fase resolutoria: finalizados los alegatos se citará a las partes para sentencia. Se mantiene, pues, el acto aparentemente inútil de la "citación para sentencia", pero en el proyecto se pone de manifiesto claramente su utilidad: marcar el momento preclusivo final de actuación de las partes, quedando ya todo pendiente de que se dicte sentencia.

La sentencia se regula detalladamente, tanto en lo que se refiere a sus requisitos de contenido (claridad, precisión, exhaustividad y congruencia, en el artículo 113), como a los de forma, manteniendo la exigencia tradicional hispana de los resultandos y de los considerandos (artículo 114), con lo que si por un lado se quiere insistir en la fundamentación de la sentencia, por otro echa la pesada carga sobre los jueces y magistrados de escribir con el gerundio inicial.

El esquema del proceso en la primera instancia es modélico y no hay nada que objetar contra el mismo y sí mucho que aprobar. El inconveniente que se me ocurre es práctico y atiende a la posibilidad real de que este esquema procesal pueda cumplirse. Se trata de si la magistratura y la abogacía del estado de Morelos están o no preparadas para hacer frente al mismo.

Un código procesal no puede ser aprobado sin referencia a una ley orgánica del poder judicial y a una serie de medidas gubernativas, que empiezan por el número de jueces y magistrados y acaban

por la disposición de medios materiales. Esa ley y esas medidas son la condición previa para el éxito del código.

## 7. *Los recursos*

El Libro Tercero se encabeza con la rúbrica “Del proceso impugnativo” y, constatado esto, hay que manifestar inmediatamente el desacuerdo con esa expresión, que debe ser sustituida por “De los medios de impugnación”. El cambio sugerido guarda relación con la naturaleza jurídica que se atribuye al derecho a impugnar resoluciones judiciales.

Sobre todo por Calamandrei, y en España por Guasp, se ha sostenido que el derecho a impugnar comporta una nueva acción o pretensión (según la terminología que se use) de la clase de las constitutivas, tendente a eliminar los efectos jurídicos producidos por la sentencia de primera instancia, de modo tal que no se trata ya de la misma acción o pretensión iniciales del proceso. Es por esto por lo que Guasp hablaba de procesos especiales por razones jurídico procesales.

Por el contrario, la mayoría de la doctrina entiende que cuando la impugnación se dirige contra resoluciones no firmes no se interpone una pretensión distinta de la interpuesta en la demanda, ni una resistencia diferente de la articulada en la contestación de la demanda. En efecto:

1º Es indudable que cuando se impugna una resolución distinta de la sentencia no cabe hablar de acción o pretensión nuevas, pues en todo caso el derecho de acción inicial se sigue actuando al impugnar estas resoluciones ordinarias, no pudiendo hablarse de acción o pretensión nuevas.

2º Y lo mismo ocurre cuando se impugnan sentencias, pues también entonces la pretensión-resistencia iniciales se siguen persiguiendo en el recurso, de modo que se está simplemente ante una nueva fase o periodo del mismo proceso; los elementos identificadores de la pretensión (partes, hechos y petición) no cambian al interponerse un recurso.

Si el anterior es un problema terminológico, aunque afecta a la naturaleza jurídica de la impugnación misma, existen otros dos de muy profundo calado:

a) En la regulación de la apelación parece faltar un principio que hoy es clave para que la misma no se convierta en un instrumento meramente dilatorio en manos del litigante de mala fe; me refiero a lo que puede denominarse acumulación de las apelaciones contra autos a la apelación contra la sentencia. En el artículo 381 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española se dice: “Contra los autos resolutorios de los recursos de reposición (revocación en proyecto) sólo se dará el de apelación, en un solo efecto, que se resolverá conjuntamente con la apelación principal”. Esto supone que si durante la sustanciación del proceso en la primera instancia se interpone algún recurso de apelación, el juez lo tendrá por anunciado pero no le dará tramitación, procediéndose únicamente a la tramitación cuando y si se interpone apelación contra la sentencia por la misma parte.

b) En el proyecto se regula la “petición de embargo provisional” (artículo 577), que en realidad comprende ese embargo y otros medios provisionales para garantizar la ejecución. Se acude así a un camino directo de la ejecución provisional en los casos en que el recurso se admite con efecto suspensivo. Me limito a suscitar una muy grave cuestión.

Por último, en este apartado, quisiera que alguien me tranquilizara una curiosidad: ¿por qué en México se llama “toca” al conjunto de actuaciones practicadas en el recurso de apelación? En España hablamos de “rollo”, pero lo que me preocupa ahora es que no sé de dónde proceda la denominación mexicana.

## 8. *Los procesos especiales*

En ninguna otra materia como en la de los procesos especiales el código de un lugar puede ser distinto del código de otro país o Estado. Lo más determinante en esta materia no es la técnica procesal en sentido estricto, sino la tradición y aun las necesidades específicas, reales o aparentes, que esa es otra cuestión. Por ello nos detendremos en el examen de los libros Quinto y Séptimo sólo para hacer sugerencias de sistema, después de constatar que nos parece excesivo el número de procesos especiales.

Sin entrar, pues, en la consideración de qué procesos especiales son necesarios y cuáles no, sí hubiera sido conveniente partir de tener claras estas distinciones:

a) La relativa a proceso ordinario frente a proceso especial: el o los procesos ordinarios sirven para conocer por medio de ellos de cualquier objeto procesal sin limitación alguna, estableciéndose con carácter general, mientras que los procesos especiales son aquellos que se establecen para conocer de pretensiones que tienen objetos específicos y determinados, quedando su uso limitado al concreto objeto que marca la ley.

De estas definiciones se desprende, sin más, que los que el proyecto llama “juicio sumario” y “procesos menores” son procesos ordinarios, y que la rebeldía no puede dar nunca lugar a un proceso especial (y para comprobarlo basta tener en cuenta que el artículo 628 dice que “en toda clase de juicios cuando se constituya en rebeldía un litigante. .”).

b) La que se refiere a proceso plenario frente a proceso sumario: un proceso puede calificarse de plenario cuando no existe limitación en las alegaciones de las partes, que pueden someter al juez en toda su amplitud el conflicto que las separa, por lo que no hay limitación en el objeto de la prueba, que puede referirse a todas las alegaciones, ni de los medios de prueba que pueden usar las partes, conduciendo todo ello a que el juez no tenga su conocimiento limitado a un aspecto parcial del litigio, por lo que la sentencia que dicte desplegará todos los efectos propios de la cosa juzgada, no siendo posible otro proceso posterior entre las mismas partes y sobre el mismo objeto. Plenario es equivalente a juicio sin limitaciones.

Por el contrario, proceso sumario equivale a proceso con limitaciones en las alegaciones de las partes, en el objeto de la prueba, y en ocasiones incluso en los medios de prueba, y en el conocimiento judicial, por lo que al centrarse el juicio en un aspecto parcial del conflicto existente entre las partes sí cabe la posibilidad de acudir a un proceso plenario posterior en el que se plantee con toda amplitud el conflicto.

Desde esta segunda distinción —que fue explicada por Fairén hace ya más años de los que él quisiera y a mí me gustaría— habría que replantearse la naturaleza de los denominados en el proyecto “juicio sumario” y “juicio de desahucio”. El proyecto, al regular un juicio sumario, en los artículos 640 a 642, hace equivaler sumario a urgente o rápido, cuando juicio sumario es igual a juicio con limitaciones, como se descubre en la regulación del juicio de desahucio, limitado al caso de falta de pago de dos o más mensualidades de renta, en el que el arrendatario lo único que puede oponer es el

pago y, además, probarlo sólo con los recibos o comprobantes del mismo.

El hacer equivaler juicio sumario a juicio rápido es muy común pero no deja de ser un error. En él ha incurrido la constitución española de 1978, pero por muy alto que esté quien se equivoque el error sigue siendo un error.

c) La que atiende a proceso plenario ordinario frente a proceso plenario ordinario rápido: el concepto de proceso plenario ordinario se obtiene sumando los conceptos que antes hemos dado de plenario y de ordinario, pero además existe un tipo procesal que, sin dejar de ser plenario y ordinario, se caracteriza por la reducción de trámites y de plazos, por lo que a su denominación normal se añade la palabra rápido. En el proyecto éste sería el caso del, en mi opinión, incorrectamente llamado juicio sumario, pero también el del proceso menor.

d) Por último, la que debe efectuarse entre proceso dispositivo y proceso no dispositivo o inquisitivo: normalmente los procesos civiles son dispositivos, por cuanto los derechos subjetivos que en ellos se deducen son disponibles para las partes, predominando la autonomía de la voluntad. Con todo, no siempre sucede así, de modo que cuando el derecho subjetivo material deducido en el proceso no es disponible estamos ante un proceso inquisitivo. Este segundo es el caso de algunas cuestiones matrimoniales y de lo relativo a la capacidad de las personas.

Estas cuatro distinciones introducen claridad a la hora de clasificar los varios juicios que han de regularse en cualquier código. El proyecto se limita aquí a separar los procedimientos sobre cuestiones familiares y estado y condición de las personas de los demás que llama especiales, dedicando a los primeros el Libro Séptimo y a los segundos el Quinto, pero sin otra matización.

## 9. *El proceso de ejecución*

Cuando la Ley de Enjuiciamiento Civil cumplía un siglo de vigencia publiqué un librito titulado *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, en el que decía sobre la ejecución forzosa: “La ineficacia del proceso civil español se debe sí al proceso de declaración, pero aún más al de ejecución. El justiciable ni siquiera tiene el consuelo de que su pretensión de justicia se vea satisfecha, aunque sea después de una declaración lenta y

cara; por el contrario, en muchas ocasiones después de dedicar trabajo, tiempo y dinero se encuentra ante... la nada”.

Pues bien, al leer el Libro Sexto del proyecto no sé qué relación de ideas me ha llevado a recordar aquellas palabras y no sé bien por qué he sentido la necesidad de repetirlas aquí. Puede ser porque los artículos de este Libro me han “sonado” a algo conocido, más o menos como cuando se oye una música que el consciente ha olvidado pero que está indeleblemente grabada en el subconsciente.

Es un hecho notorio que la doctrina procesal ha mirado siempre el proceso de ejecución con cierto despego, considerando que en el mismo no existen problemas teóricos con los que “lucirse en la faena”. Cuando se lee a Wach o a Chioventa, por citar a dos estrellas de primera magnitud, el lector no avisado se encuentra con que sus manuales acaban con la sentencia de declaración, como si a partir de ella ya no hubiera nada que valiera la pena esforzarse por solucionar. Por citar un caso español, el último *Tratado* de Prieto-Castro consta de dos gruesos volúmenes con 908 y 996 páginas respectivamente (excluido el índice y la bibliografía) y, sin embargo, al proceso de ejecución se destinan sólo desde la página 643 a la 844 del segundo volumen; si los números no me fallan Prieto-Castro despacha el proceso de ejecución en el diez por ciento de las páginas de su obra.

Y sin embargo este proceso, si se presta menos a grandes construcciones teóricas, tiene más trascendencia práctica que el de declaración. Algo ha venido sucediendo a los procesalistas cuando les ha llamado más siempre la atención el oropel que la utilidad. Por si alguien se muestra suspicaz diré que en el manual de que soy autor en colaboración el proceso de ejecución cuenta con el veinticinco por ciento de las páginas dedicadas al proceso civil.

Después de esta introducción especial a la ejecución no cabe extrañarse de que:

1º No esté de acuerdo con la rúbrica del Libro Sexto que es “De la vía de apremio”. Ya sé que esa expresión es la tradicional española, pero una vez más el que el error sea español no empece para que siga siendo un error. La denominación adecuada es la de proceso de ejecución;

2º Estime que 84 artículos, es decir, del 734 al 818, incluyendo la ejecución de sentencias foráneas, sean muy pocos para regular este proceso;



3º Considere que el Libro Sexto carece de sistemática, por cuanto no regula los temas de modo ordenado. En mi opinión la sistemática adecuada sería la siguiente:

## Libro Sexto: Del proceso de ejecución

Título Primero: Disposiciones generales

Título Segundo: La ejecución provisional

Título Tercero: Ejecución por obligaciones no dinerarias

Capítulo I: De las obligaciones de hacer

Capítulo II: De las obligaciones de no hacer

Capítulo III: De las obligaciones de dar cosa específica

Capítulo IV: De las obligaciones de dar cosa genérica

Título Cuarto: Ejecución por obligaciones dinerarias

Capítulo I: De la liquidación de títulos ilíquidos

Capítulo II: Del embargo

Capítulo III: De la realización forzosa de los bienes

Capítulo IV: Del pago al acreedor

Título Quinto: Oposición a la ejecución

Capítulo I: A la ejecución misma

Capítulo II: A concretos actos ejecutivos

Título Sexto: Ejecución de títulos foráneos

Dentro de esta sistemática habría que prestar especial atención a algunos aspectos concretos, a aquellos que suelen regularse más defectuosamente en los códigos, sobre todo en aquellos que se derivan de la legislación española, como por ejemplo:

1º Distinguir entre ejecución provisional y ejecución definitiva, pues la primera suele regularse en lugares inadecuados de los códigos, aclarando expresamente que, a la postre, no es más que un tipo de ejecución.

2º Atender a la regulación de la demanda ejecutiva y del auto despachando la ejecución, que suelen quedar olvidados.



3º En la ejecución de las obligaciones de hacer, no hacer y dar cosas distintas del dinero hay que procurar que al final se logre la ejecución específica, no consintiendo su transformación en obligaciones dinerarias más que en casos extremos, para lo que debería estudiarse la inclusión de astringencias y constricciones.

4º Hay que alabar en el proyecto la introducción de la manifestación de bienes por el deudor, en el artículo 764, si bien no se especifican suficientemente las consecuencias de que la declaración no se realice ni de que se realice con falsedad.

5º Es preciso distinguir entre depositario y administrador judicial, con regímenes jurídicos distintos; el primero es un mero conservador del bien embargado, mientras que el segundo tiene que realizar todos los actos necesarios y convenientes para que el bien siga produciendo sus frutos y rentas normales.

6º Si la ejecución no acaba siempre en la venta y remate judicial hay que, primero, impedir que la subasta se convierta en un medio para malvender los bienes y, luego, hacer que la adjudicación y la administración forzosas sean sistemas útiles para la realización de los bienes.

7º La tradición española ha llevado a olvidar o a regular defectuosamente la oposición a la ejecución del deudor y, aunque el proyecto atiende a ella en el artículo 760, sería conveniente distinguir entre la oposición a la ejecución misma y la oposición a concretos actos ejecutivos.

En el proyecto se ha efectuado un esfuerzo importante para mejorar aspectos parciales de la ejecución, pero sería conveniente replantearse tanto su sistema como los medios para lograr utilidad. Y aquí sí que es determinante la experiencia en la práctica judicial del estado de Morelos, experiencia que obviamente no tengo.

## 10. *El proceso cautelar*

En los últimos años se ha evidenciado que las dos funciones tradicionales del Poder Judicial: declaración y ejecución del derecho, son por sí mismas insuficientes para lograr una verdadera justicia en los casos concretos. De ahí que cada vez con más fuerza aparezca una tercera función, la cautelar o aseguradora, que va dando lugar a otro tipo de proceso. Posiblemente lo más novedoso del derecho procesal en la actualidad sea la lucha por la justicia cautelar.

El proyecto es en esta materia conservador y a la materia propia de la justicia cautelar dedica solamente los Capítulos VI a X del Título Sexto del Libro Primero, aparte de algunos artículos sueltos y dispersos. Ese conservadurismo se manifiesta incluso en la terminología, pues se sigue hablando en él de “providencias precautorias”.

En mi opinión debería dedicarse un libro completo, con la rúbrica “Del proceso cautelar”, en el que se regularan:

a) Las disposiciones generales, con especial atención a los presupuestos, es decir, a la apariencia de buen derecho, al peligro en el retardo y a la fianza del solicitante, sin perjuicio de otros aspectos como el órgano judicial competente.

b) Debería luego establecerse cuáles son las medidas cautelares concretas: arraigo, embargo precautorio, anotación preventiva de la demanda, intervención y administración judicial de bienes litigiosos, depósito de cosa mueble, concesión provisional de alimentos, suspensión provisional de obra nueva, etcétera, es decir, todas aquellas que atienden a casos determinados.

c) Al final debería regularse la concesión de medidas cautelares indeterminadas, con el fin de cubrir los supuestos que quedan sin tutela cautelar específica. Y es aquí donde debería resolverse, con la mayor claridad posible, la distinción entre medidas que se limitan a asegurar la posibilidad de ejecución de la sentencia que en su día se dicte y medidas que anticipan provisionalmente algunos efectos de la sentencia futura.

\* \* \*

Naturalmente un proyecto de código procesal civil que consta de 1106 artículos me suscita otros muchos comentarios y sugerencias, pero creo que con lo que antecede he cumplido la misión encomendada, por lo menos dentro de la medida de mis fuerzas.

No quisiera terminar, con todo, sin hacer algunas consideraciones finales:

1<sup>a</sup> No debe buscarse en mis palabras pretensión alguna de estar en posesión de la verdad, ni con mayúscula ni con minúscula; me he limitado a exponer *mi* verdad, sea cual fuere su valor.

2<sup>a</sup> Si alguno de los que oyen, o de los que me lean después, tiene la sensación de que he sido excesivamente crítico con el proyecto,

debe atribuir esa sensación a su inexperiencia como legislador y como crítico. Un proyecto de código es un compendio de todo el ordenamiento procesal civil y es imposible que dos personas estén de acuerdo en todas y cada una de las innumerables cuestiones que en él deben tratarse.

3ª El proyecto del doctor Flores García debe incardinarse en un contexto determinado: México, Morelos y el año de gracia del Señor de 1992, y desde ese contexto es posible o, mejor, es casi seguro, que muchas de mis críticas estén acertadas en lo general pero sean inadecuadas. Hay que recordar, otra vez, que lo mejor puede ser enemigo de lo bueno.

4ª Examinado el proyecto en su conjunto nadie podrá negar que representa un gran paso adelante. Si se tiene en cuenta de dónde se partía, es evidente que el trabajo del doctor Flores García representa un avance muy estimable para llevar a Morelos a lo más avanzado de la legislación procesal civil mexicana.

Os ruego amigos que hagáis llegar a los miembros del Instituto Mexicano de Derecho Procesal mi consideración y aprecio, y para vosotros un abrazo con la amistad de Fernando Juan Montero Aroca.