

EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA

Carlos Augusto PARODI REMÓN

SUMARIO: I. *Primeras palabras*; II. *Naturaleza de la ponencia*; III. *Comentarios al Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*; IV. *Reflexiones sobre el proyecto*; V. *Referencias de texto*; VI. *Palabras finales*.

I. PRIMERAS PALABRAS

La elaboración de la ponencia sobre el proyecto de Código Procesal Civil Modelo constituye un honroso encargo de estimulante realización. Bien sabemos la trascendencia del proyecto, reconocida internacionalmente y que ha originado tantos certámenes, debates y publicaciones. Baste recordar su gestación y materialización desde el acuerdo de la formulación de sus bases para uniformar la legislación procesal de los países americanos que se tomó en las IV Jornadas celebradas en Caracas y Valencia (Venezuela) en 1967, hasta la presentación de su relación final en las XI Jornadas llevadas a cabo en Río de Janeiro, Brasil, en mayo de 1988, pasando por su consideración, directa o indirectamente, en las jornadas intermedias entre unas y otras, V en Bogotá especialmente, en que las bases, tanto en el campo civil como en el penal, formaron parte del temario, VII en Guatemala y VIII en Quito, en las cuales se trató exclusivamente sobre ambos anteproyectos, IX en Madrid y X en Bogotá y más todavía en las XII Jornadas realizadas en Mérida, España, inmediatamente anteriores a las presentes, donde se expusieron amplios comentarios sobre los proyectos.

Simultáneamente con el fructífero proceso de su elaboración, se han efectuado diversas publicaciones que acreditaban progresivamente los avances en la definición de su texto, como las *Bases uniformes para la reforma de la legislación procesal civil de los países latinoamericanos*,¹ *Bases completas para orientar en Latinoamérica la*

¹ Gelsi Bidart, Adolfo, y Enrique Véscovi, Montevideo, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1974.

*uniformación legislativa en material procesal penal,*² *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*³ y *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*.⁴

Asimismo se han efectuado certámenes de gran importancia, además de las jornadas, en los que se han analizado y debatido el texto de los proyectos, destacando entre ellos el XI Congreso Mexicano de Derecho Procesal celebrado en la ciudad de Durango en mayo de 1986, cuyo punto II del temario fue “El proyecto de Código Procesal Civil Uniforme para América Latina”, publicándose sus aportes y ponencias⁵ y el Coloquio Internacional llevado a cabo en Roma, Italia, en septiembre de 1988, en el que se trató ampliamente el tema bajo el rubro de “Un Código Tipo de Proceso Civil para América Latina” y cuyos trabajos de prestigiosos procesalistas, incluidos los miembros del Instituto Iberoamericano, se plasmaron posteriormente en tomos alusivos a dicho evento.⁶ En igual forma se trató en la reunión de Roma, en septiembre de 1991, el proyecto de Código Tipo de Proceso Penal, por lo que ambos aspectos han sido debidamente analizados.

Su tratamiento pues, en estas XIII Jornadas, significa un hito en la cruzada de esfuerzo infatigable en el progreso de textos de tanto alcance, no sólo por su eficaz contribución a una mejor administración de justicia, honesta y eficiente, anhelo permanente en la vida de nuestros pueblos, sino por su evidente incidencia en su integración, prenda segura de un futuro mejor; 25 años de labor incansable sólo puede suscitar elogios y es con tal espíritu que proponemos a los dignos interlocutores de estos magnos eventos la presente ponencia.

II. NATURALEZA DE LA PONENCIA

¿Cómo bosquejar la ponencia en el contexto reseñado? Pensamos que la mejor manera de honrarla y de honrar a quienes han dedicado sus desvelos a estudiar el proyecto, es recordar y glosar sus comentarios, que muchos pueden estimar como observaciones o crí-

² Claria Olmedo, Jorge, Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, 1978.

³ Vescovi, Enrique, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1978.

⁴ Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Secretaría General, Montevideo, 1988.

⁵ *Ciencia Jurídica*, Órgano Informativo de Investigación, Universidad de Occidente, Departamento de Derecho, tomo II, núm. 9, año 5, julio-diciembre 1986.

⁶ “Un Códice Tipo Di Procedura Civile Per L’America Latina”, Congreso Internazionale, Roma, 26-28 settembre 1988, CEDAM-Padova, vols. I y II, 1990.

ticas, pero que en realidad enaltecen el esfuerzo de sus autores, tanto más que sus disposiciones si bien “no tienen la pretensión de regir efectivamente en ningún país salvo el día en que los países iberoamericanos o, al menos, latinoamericanos llegaran a constituir una Federación o Confederación de Estados”,⁷ constituyen un paso concreto hacia “la integración de nuestros pueblos”,⁸ cuya realidad ya se vislumbra en el horizonte. Analicemos pues la opinión de los comentaristas del proyecto y veamos, hasta donde sea posible, su adecuación a normatividades vigentes, proponiendo finalmente determinados textos modificatorios. La idea central es que conociendo y enfatizando en esos comentarios y en las propuestas modificatorias o ampliatorias, se posibilita la aceptación del texto del proyecto y su adaptación a las peculiaridades legales de cada país. Siguiendo a uno de los autores del proyecto, estamos lejos de pretender una vigencia inmediata y textual del proyecto. Pero sí esperamos, con fundada esperanza, que sus correctos planteamientos se admitan en cualquier reforma procesal en países que reclaman su integración, no sólo en el campo económico sino también jurídico. “En un mundo cada vez más de regiones que de países, tal integración constituye un imperativo histórico del mundo actual, casi una necesidad para la supervivencia”.⁹ Trabajemos pues en ello y no nos angustiemos por el transcurso del tiempo, pues los mejores frutos de nuestros esfuerzos aún no los vislumbramos, por su profundidad, permanencia y proyección y además por su significado en el programa de los pueblos hispanoamericanos.

III. COMENTARIOS AL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO

Partiendo del exhaustivo análisis que se hizo del proyecto en el Coloquio de Roma recordemos las opiniones de los estudiosos del proyecto.

Manuel Ortells Ramos. La observación principal de este profesor se relaciona con la adecuación del proyecto a la legislación de determinado país, expresando que,

⁷ *Op. cit.* en la nota 4, p. 70.

⁸ Parodi Remón, Carlos, “Medidas procesales para resolver controversias con elementos internacionales”, en texto mencionado en la nota 6, p. 443.

⁹ *Op. cit.* en la nota 4, p. 15.

Dada la naturaleza del código modelo es del todo evidente que si un país decide integrarlo en su ordenamiento, puede introducir en el mismo o en otro texto las modificaciones que considere convenientes [agregando que] es conveniente que las remisiones a otras leyes expresamente contenidas en el código modelo, se reservan para aquellas materias que, aunque sean diversamente reguladas, no puedan alterar la teleología global del código, su equilibrio interno o el régimen de las instituciones más importantes.¹⁰

Entre las normas que pueden considerarse incursas en esta observación y que son citadas por el objetante, encontramos el artículo 48 relativo a la asistencia letrada: “La ley establecerá las excepciones a este principio”. El artículo 88 que legisla sobre el carácter de los plazos procesales: “Salvo disposición en contrario”. El artículo 130 sobre valoración de la prueba: “salvo texto legal que establezca una regla de apreciación diversa”. El artículo 131, Regla de Experiencia: “A falta de reglas legales expresas”. El artículo 283, Consecuencia en el proceso (incidental): “El incidente, como regla, no suspende el trámite de lo principal, salvo si la ley. . .” El artículo 313.4, dentro del procedimiento ejecutivo en el proceso de estructura monitoria: “Solo podrán oponerse las excepciones taxativamente admitidas por las leyes”.

Esta observación de carácter genérico, de suyo interesante, nos lleva a estimar como conveniente la adecuación de la norma a la cual se remite para mantener la necesaria coherencia. Y es bueno que se haga esta observación porque, como hemos dicho anteriormente, facilita la deseada adaptación.

Se refiere asimismo el profesor Ortells a la igualdad real de las partes en el proceso¹¹ y a la antinomia existente entre dos disposiciones básicas en materia probatoria, el artículo 33-4 que faculta al tribunal a “ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos “y el artículo 34-2 que dispone el deber del tribunal para “la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes”.¹²

Respecto de lo primero es innegable la validez del comentario. La primera condición para que un proceso sea válido es que debe ser un instrumento igualitario. Y para ello ha de existir la igualdad de las partes. Tal fue la razón que primó en una de las primeras

¹⁰ Ortells Ramos, Manuel, en el mencionado en la nota 6, pp. 86-87.

¹¹ *Ibid.*, p. 92.

¹² *Ibid.*, p. 94.

modificaciones que se hizo en el texto primitivo del proyecto comentado y que en su artículo 4 de los principios generales establecía: “El tribunal deberá mantener, en lo posible, la igualdad de las partes en el proceso”. En las coordinaciones efectuadas al respecto se acordó la supresión de la expresión “en lo posible”, quedando la norma tal como se encuentra actualmente.

Y en lo que se relaciona con lo segundo, pensamos que dentro de la orientación que tiene el proyecto, manifestado en las reglas contenidas en los principios generales, a la manera de un título preliminar, la aparente antinomia entre los artículos 33-4 y 34-2 puede superarse en una interpretación acorde con los principios mencionados que sustentan la tendencia del proyecto a dotar al juez de los poderes necesarios para encontrar la verdad y hacer justicia. No de otro modo tienen explicación ciertas normas relacionadas con las mencionadas, como la contenida en el artículo 136-2.

Como pauta general creemos que en cualquier duda en la aplicación del proyecto debe primar lo que es unánime en la doctrina actual: considerar el proceso como un medio igualatorio en el que todos los intervinientes aúnan esfuerzos en búsqueda de la verdad para alcanzar la justicia y a través de ella mantener o reivindicar la paz social.

Adolfo Alvarado Valloso. Este autor al comentar el aspecto de la recusación se refiere al artículo 289-3, según el cual, “Cuando el juez estimare necesario su apartamiento del proceso, podrá declararse inhibido de oficio, indicando la causa que motivare su apartamiento”, criticando que tal posibilidad se trate como una simple facultad, cuando lo que es realmente es un deber. “No coincidimos con la mira del legislador, que apunta más bien a erradicar la recusación como instituto procesal que a perseverar un principio procesal de la misma entidad e importancia que el anteriormente tratado: la igualdad de los parciales”.¹³

Coincidimos con esta tesis por el sustento ético que conlleva. Un juez verdaderamente honesto no necesita norma expresa para cumplir con su deber moral. Si considera que debe inhibirse por alguna razón que no esté prevista taxativamente por la ley y que solo él conoce, como suele suceder en la mayoría de los casos, entonces debe inhibirse del conocimiento del caso. Por ello se sugiere la sustitución en este artículo 289-3, del término “podrá” por “deberá”.

¹³ *Ibid.*, p. 135.

También se refiere este autor a que el juez debe velar por “El mantenimiento del orden de competencias establecidas, aunque el Código Modelo no legisle expresamente acerca del tema”.¹⁴

Juan Montero Aroca. El profesor Montero observa que no obstante el texto de la segunda parte del primer párrafo del artículo 1 del proyecto, “no hemos encontrado norma alguna que autorice al juez a iniciar el proceso”,¹⁵ inclinándose por que exista norma especial para cada caso, no una norma general.

Asimismo dice que “respecto del objeto del proceso falta una norma clara que atribuya su determinación, en exclusiva, a las partes”,¹⁶ comentando el artículo 184-4 respecto de la sentencia que puede hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos. No hay duda que deben ser las partes quienes fijan el objeto del proceso y sobre el que debe recaer la sentencia. Jorge Fábrega define como objeto del proceso, “los temas que se encuentran sometidos a decisión del juez, en virtud de la relación que se produce entre el demandante y el demandado y sobre el cual ha de recaer el fallo”.¹⁷ Entiende el profesor comentarista que la solución es distinguir entre las cuatro clases de hechos, los impeditivos y extintivos, y los constitutivos y excluyentes, pudiendo los dos primeros ser tenidos en cuenta por el juez independientemente de la alegación de las partes, pero no los segundos, pues los constitutivos corresponden exclusivamente al demandante y los excluyentes al demandado; y por ello critica el mencionado artículo 184-4 que no hace tal distinción.

Igualmente el profesor objetante considera, respecto del principio de congruencia, que el artículo 184-3 es “demasiado simple”, sosteniendo que “si la sentencia puede basarse en argumentaciones legales no formuladas por los litigantes, puede incurrirse en una forma especial de indefensión”.¹⁸ Podría ser, decimos, en casos excepcionales si se tiene en cuenta que el objeto del proceso es el mismo y no varía, por más argumentación legal que ofrezca el juez.

También se refiere el citado profesor a la delimitación del ámbito del recurso que en vía de impugnación pueden formular las partes,

¹⁴ *Ibid.*, p. 137.

¹⁵ *Ibid.*, p. 157.

¹⁶ *Ibid.*, p. 157.

¹⁷ Fábrega, Jorge, *El principio de la inmutabilidad del proceso*, Panamá, Ediciones Fábrega, 1985, p. 13.

¹⁸ Véase nota 6, Vol. I, p. 159.

diciendo que está claro en los artículos 112 (legitimación para recurrir), 218 (apelación) y 242 (casación), pero “falta claridad respecto del ámbito del recurso al que el recurrente delimita la competencia del tribunal *ad quem* (salvo adhesión del recurrido)”.¹⁹

En la continuación de su comentario al proyecto, el profesor Montero manifiesta que no ve razón para regular el allanamiento sólo junto con la contestación a la demanda, pues con ello se rompe la unidad del conjunto de los medios extraordinarios de conclusión del proceso, “pues el allanamiento puede producirse en cualquier momento, no siendo exclusivo de la contestación de la demanda”.²⁰ Es así en efecto de acuerdo al artículo 124; pero debe tenerse en cuenta que tales medios extraordinarios (artículos 196 y siguientes del proyecto) importan que el proceso concluya sin sentencia, en tanto que con el allanamiento debe ser expedida indefectiblemente.

Objeta el autor citado que la conciliación y la transacción surtan el mismo efecto que la sentencia pasada por autoridad de cosa juzgada, agregando que “una cosa es que constituyan un título ejecutivo y otra muy distinta, que se iguallen a la sentencia con cosa juzgada”.²¹ Al respecto pensamos que no se trata de una igualación matemática por así decirlo, sino que tiene el mismo efecto, que es cosa distinta. Esta objeción impediría en la práctica la ejecución de la conciliación y transacción. El artículo 1312 del Código Civil Peruano vigente dice: “La transacción judicial se ejecuta de la misma manera que la sentencia y la extrajudicial, en la vía ejecutiva”. Y el 1302 de este mismo código establece en su último párrafo, que “La transacción tiene valor de cosa juzgada”, debiendo decir en nuestra opinión, que tiene valor de sentencia, no sólo para la concordancia precisa con el transcrito artículo 1312, sino porque la cosa juzgada, como se sabe, no es la sentencia, sino su validez, su proyección al grupo social que la acepta por ser expresión de la jurisdicción.

Agrega el autor que en el desistimiento se utiliza el término en forma multívoco, pues no es lo mismo desistir del proceso que desistir de la pretensión, en lo que estamos de acuerdo, y es por ello que el proyecto los trata distintamente en los artículos 199 y 200. Sin embargo en esta objeción se dice que convendría distinguir entre el desistimiento, la renuncia y el allanamiento.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibid.*, p. 160.

²¹ *Ibidem*.

En este mismo orden de cosas el profesor Montero estima que “el desistimiento de la pretensión, la renuncia, debe conducir a que el juez dicte sentencia absolviendo al demandado, de la misma manera que al allanamiento implica sentencia, condenándolo”.²² Si bien reconocemos la coherencia entre una y otra alternativa, pensamos que la sentencia ya no devendría imprescindible en el caso del desistimiento o renuncia de la pretensión, pues el proceso carecería de objeto, produciéndose una sustracción de materia”.²³

Dice también el objetante que “La caducidad o perención no tienen nada que ver con la disposición, aunque suele regularse junto con ella”.²⁴ Tal se legisla en el proyecto (artículos 204 y siguientes) como uno de los medios extraordinarios de conclusión del proceso.

En materia probatoria dice el mismo profesor que “no existe una declaración general de que el juez pueda acordar, de oficio, que se reciba el pleito a prueba”,²⁵ refiriéndose a este efecto a los artículos 33-4, 129 y 301 que regula el contenido de la audiencia preliminar. En efecto, no hay una regla taxativa en este sentido, pero la última parte del artículo 129 y los artículos 130 y 131 subsanan en cierto modo esa omisión, tanto más que el proceso propuesto por el proyecto es por audiencia y no tediosamente escrito, característica ésta que va desapareciendo poco a poco en nuestros ordenamientos legales.

En este mismo aspecto se aplaude que el proyecto acabe con la prueba legal en el proceso civil, pues las pruebas serán valoradas de acuerdo a la sana crítica, artículo 130, estimando también acertada la “puerta abierta” que deja dicho dispositivo al expresar, “salvo texto legal que establezca una regla de apreciación diversa”, pero aclarándose que dicha regla legal, “deberá referirse únicamente a los documentos públicos y a los privados reconocidos, no a cualquier medio de prueba”,²⁶ solución que es cuestión de punto de vista, pues aquéllos pueden ser tachados de nulos o falsos y éstos pueden no ser reconocidos, lo que obligaría al juez a merituarlos según las circunstancias, y que se resuelve precisamente en la llamada “sana crítica”.

En este mismo orden de cosas, el profesor Montero encuentra una contradicción en el texto del artículo 130, que faculta al juez

²² *Ibidem.*

²³ Fábrega, Jorge, *op. cit.*, p. 81.

²⁴ Véase nota 6, vol. I, p. 160.

²⁵ *Ibid.*, p. 166.

²⁶ *Ibid.*, p. 173.

a apreciar la prueba “en conjunto”, para luego, en el mismo artículo, agregar que debe indicar expresamente en cuáles de los medios de prueba funda su decisión. Pensamos que esta contradicción es más de texto que de contenido, pues se trata de una apreciación cuantitativa.

Refiriéndose al rechazo *in limine* de la demanda, el profesor Montero apunta “dos graves reparos” en los artículos 33-1 y 112-2, que dan al tribunal la facultad de rechazar la demanda, cuando ella fuera “manifiestamente improponible”, aduciendo que tal expresión es demasiado genérica y que convendría especificarlo, agregando que en lo que respecta a caducidad, es cierto que puede declararse de oficio,²⁷ pero que con la sola demanda no suelen tenerse elementos de juicio suficientes para hacerlo. Respecto del rechazo de plano de la demanda, nuestra idea es que esta facultad del juez debe ser ejercida con mucha prudencia, pues está de por medio el “acceso a la justicia”, derecho de todo ciudadano. Compartimos el pensamiento del profesor objetante cuando dice: “Creemos que en los casos de demandas absurdas, en las que está fuera toda duda que el interés alegado no está protegido por el ordenamiento, no ya en este caso concreto sino en general, el juez puede y debe no admitir la demanda. Pero afirmado esto hay que decir también que esa facultad debe usarse con exquisita cautela y que en caso de duda la admisión se impone siempre”.²⁸ Especialmente con esta última parte coincidimos. El acceso a la justicia es un derecho prevalente en caso de duda. Sin embargo una acotación más: la referencia al “ordenamiento” en el párrafo transcrito debe interpretarse extensiva y no restrictivamente, esto es, que alguien pida el reconocimiento de determinado derecho que no ensamble exactamente con determinada norma, pero en que se pueda invocar la jurisprudencia, la analogía o los principios generales del derecho. Como sabemos, la ley no agota el derecho y ello no debe impedir una petición que el solicitante estime procedente, obviamente sujeta a la determinación del juez, como por ejemplo en algunas de las demandas llamadas “declarativas”.

Finalmente, en lo que se refiere al profesor Montero, tres últimos comentarios comprendidos en las notas de su aporte al Colegio de Roma, pero que importan críticas al texto de proyecto. Considera equivocada la expresión “proceso voluntario”, pues: “Entendido

²⁷ El Código Civil del Perú vigente (de 1984) así lo dispone el artículo 2006.

²⁸ Véase nota 6, vol. I, p. 179.

como instrumento de la jurisdicción para el ejercicio de su función, el proceso implica enfrentamiento, aunque sea formal”,²⁹ es decir, se trataría de procedimientos pero no de procesos. Conocida es la discrepancia doctrinaria sobre la llamada “jurisdicción voluntaria”, sobre la que no vamos a profundizar, pero es conveniente resaltarla pues el proyecto se inclina por la denominación de “procesos voluntarios” en los artículos 333 y siguientes.

En relación con la responsabilidad del tribunal por no hacer uso de la facultad de que goza para la dirección del proceso y la averiguación de la verdad y a que se refiere la última parte del artículo 34-2, dice el profesor objetante que este artículo “en el fondo es inútil”³⁰ por varias razones, entre ellas porque no se dice qué tipo de responsabilidad origina. Complementando este comentario, pensamos, ya lo hemos expuesto en otras ocasiones, que la responsabilidad del juez en la práctica suele diluirse en memoranda, apercibimientos simples o llamadas de atención que en la práctica nada significan. Para nosotros la mayor responsabilidad que un juez debe afrontar en el ejercicio de sus funciones es ante el mejor juzgador: la colectividad, la sociedad, la opinión pública en suma, respecto de la cual, su respeto es el mejor galardón que un juez puede ostentar.

Una última referencia a un error material cual es la remisión que hace el artículo 60-3 a los artículos 219 y 292, y que según el profesor mencionado debe ser a los artículos 294 y 295, “y aún así sigue sin tener excesivo sentido”.³¹ Ello sin perjuicio, agregamos nosotros, que el mismo artículo 60 en sus dos primeros incisos trata sobre el procedimiento a seguirse en estos casos, todo ello respecto a la intervención de terceros.

Hernando Morales Molina. El profesor Morales incide preferentemente en el recurso de casación legislado en los artículos 238 y siguientes del proyecto. Comentando la casación por vicio de forma, lo que prevé el artículo 247-2, estima innecesaria la última frase, “sustanciándolo con arreglo de derecho”, por razones obvias. Analiza asimismo el primer párrafo del artículo 247-3, cuyo texto “consagra implícitamente la casación ecléctica”,³² expresando que no comparte la última frase “pues la valoración de la prueba es propia de la

²⁹ *Ibid.*, p. 188.

³⁰ *Ibid.*, p. 193.

³¹ *Ibid.*, p. 195.

³² *Ibid.*, p. 236.

instancia y por tanto ajena a casación”.³³ Finalmente objeta el segundo párrafo del mismo artículo 247-3, siempre en el caso de la casación por vicio de forma, diciendo que estatuye el reenvío por frase equívoca, “la no admisión de prueba admisible”, porque no se sabe si la admisibilidad se produjo al decretarla o al apreciarla, pero que en mi concepto debe entenderse en el primer sentido”, atento el agregado de la norma.³⁴ Se manifiesta de acuerdo con la regla contenida en el artículo 248 del proyecto, en el sentido de que el tribunal supremo sólo se pronunciará sobre el aspecto de fondo, en caso de estimar que no se ha cometido infracción formal que invalida el procedimiento.

La validez del recurso de casación mantiene su importancia y permanencia. Recordamos que al tratarse el punto en las VI Jornadas realizadas en 1978 en Valencia, Venezuela, se le analizó bajo el principio de que con la casación se pretendía “un mejor derecho”.

Jorge Fábrega Ponce y Adán Arnulfo Arjona López. Estos profesores comentan el proyecto con especial referencia a los procesos concursales, sin perjuicio del tratamiento de temas generales como los que a continuación se indican.

Sencillez en las formas. Reconociendo los profesores la validez de los artículos 9, 14, 74 y 104 entre otros, en procura de eliminar la rigidez formal de los procesos, con lo que podrá asimilarse la idea del proceso como medio para obtener efectiva justicia, creen que “podría consagrarse una disposición que establezca que cualquier error o defecto en la identificación o denominación del proceso, pretensión, excepción, incidente, recurso, acto o negocio, no es óbice para que el juez acceda a lo pedido si la intención de la parte es clara y tiene respaldo en los hechos invocados y la prueba practicada”,³⁵ además de implantar una norma que permita corregir con amplitud toda demanda, incidente o recurso, permitiéndose al actor, dentro de cierto términos de contestada la demanda, introducir nuevos sujetos procesales, variar, ampliar o reducir las pretensiones, etcétera.

Estas dos sugerencias se inscriben en la tendencia de dotar al juez de las facultades necesarias para efectivizar el proceso como el medio adecuado para hacer justicia, reivindicando la paz social, agregamos nosotros. La segunda de ellas incluso significa un paso avanzado en esta dirección, pues ha sido aceptada que la demanda, una

³³ *Ibidem.*

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ *Ibid.*, p. 329.

vez contestada, ya no puede variarse. No dudamos que en el futuro la tendencia doctrinaria sea en tal sentido, pero ello requiere de un cambio de la mentalidad en el abogado y en el juez, sin el cual poco se podrá hacer. A manera de información, el artículo VII del título preliminar del Código Civil de Perú de 1984, dice: “Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda”.

Traslados sin providencia de trámite. Estiman los profesores comentaristas que “los traslados que se surten en el proceso, se realicen por ministerio de la ley”,³⁶ a fin de restringir el número de las providencias de trámite, recomendándose dicho mecanismo en relación con el traslado del recurso de apelación (artículo 223-1) y el del recurso de casación (artículo 244). Tal solución tiende sin duda al mismo fin, pero no hay que olvidar que en el desarrollo del proceso puede darse la conveniencia de disponer traslados que no estén expresamente previstos por la ley.

Desistimientos de la pretensión como excepción previa. Consideran asimismo, que debe incluirse entre las excepciones previas, precisadas en el artículo 123 del proyecto, “la extinción del derecho del actor por desistimiento de la pretensión”,³⁷ porque si no, “podría colocarse al demandado de la situación de tener que surtir todo el reclamo para que al final en la sentencia de mérito se reconozca tal excepción”.³⁸

El nuevo Código Procesal Civil de Perú acoge esta tesis, al comprender el “desistimiento de la pretensión” como una de las excepciones previas en el artículo 446-9, y señalar como su defecto el de “anular lo actuado archivándose definitivamente el expediente”, como es de verse en el artículo 451-5.

Allanamiento parcial del demandado. Se propone que en el caso de que el demandado ha reconocido o se ha allanado en forma parcial a alguna de las pretensiones, debe cumplir de inmediato con la obligación que ha reconocido sin esperar la tramitación del proceso, tal como sucede en el caso de la transacción (artículo 196).

Pruebas. En relación con la prueba trasladada prevista en el artículo 135, consideran los profesores que “sería interesante complementar la norma indicando que tendrán valor las pruebas practicadas en otro proceso, aun cuando éste haya sido afectado por un

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ *Ibid.*, p. 330.

³⁸ *Ibidem.*

motivo de nulidad, siempre que tal declaratoria no haya incidido respecto a dichas pruebas”.³⁹ Tal sería una expresión del artículo 109 del mismo proyecto sobre la extensión de la nulidad.

En lo que respecta, siempre dentro del sistema probatorio, a la declaración de parte, prevista en el artículo 138, los citados profesores se pronuncian por la bondad del interrogatorio abierto y cruzado y en contra de las llamadas “posiciones”, que pueden provocar indefensión en el caso de personas con poca instrucción y considerando que la declaración de parte debe ser valorada por el juez en concordancia con las demás pruebas allegadas al proceso, tesis con la cual coincidimos. Y al comentar la confesión ficta, artículos 120-2 y 139-4, “puede provocar que el proceso refleje circunstancias que no están acordes con la realidad”,⁴⁰ tesis que también compartimos,⁴¹ sin dejar de reconocer que la solución que ofrecen esos dispositivos respecto de la admisión de los hechos o presunción en contra del no confesante, pueden representar en la práctica una medida eficaz contra el litigante de mala fe.

Perención de la instancia. Opinan los profesores comentaristas sobre la conveniencia de “reconocer como supuesto provocador de la pretensión de la instancia, la falta de la notificación de la demanda en un plazo razonable, siempre que se haya decretado una medida cautelar”.⁴² Esta tesis puede ser admitida en el caso que la falta de la notificación de la demanda sea imputable a alguna actitud del demandante, como sería el caso de quien pide un embargo, lo traba y luego se desentiende del asunto con evidente perjuicio para el derecho del demandado. Pero no en el supuesto que la falta de notificación al demandado se deba a algún hecho no imputable al demandante.

Ejecución contra el Estado. Haría falta en el proyecto reglamentar la ejecución de sentencias condenatorias contra el Estado, las que casi siempre carecen de eficacia. A este respecto transcribimos el artículo 59 del nuevo Código Procesal Civil Peruano: “Cuando el Estado y sus dependencias o las empresas públicas y privadas con participación económica determinante de aquél, intervienen en un

³⁹ *Ibid.*, p. 331.

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ La jurisprudencia peruana decidió que la confesión ficta sólo surtía valor referencial probatorio y no pleno como quiere el código de 1912. Con el nuevo Código Procesal Civil esta distinción carece de importancia, pues a partir de su vigencia, la valoración será integral.

⁴² Véase nota 6, vol. I, p. 332.

proceso civil, cualquiera sea la calificación o ubicación procesal que se les asigne, se someterán al Poder Judicial sin más privilegios que los expresamente señalados en este Código” (el subrayado es nuestro).

Fraude y colusión en el proceso. Proponen los citados profesores que en el texto del artículo 64 del proyecto (llamamiento *ex officio* en caso de fraude o colusión en el capítulo de intervención de terceros), la frase “fraude o colusión en el proceso” se sustituya por la de “afectación de derechos de terceros”, que contribuirá a darse un mayor margen de operatividad a la norma.

Los profesores comentaristas sugieren asimismo a consideración la posibilidad de que se incorporen al texto del proyecto algunas instituciones propias del derecho procesal angloamericano, como la demanda contra la coparte, a efecto de mantener la unidad del proceso; la intervención de un comisionado especial para practicar pruebas en el extranjero, lo que flexibiliza y aligera tal supuesto; la introducción del *interpleader*, cuando el deudor es requerido en forma simultánea por varias personas para cumplir la prestación y recurre al juez para que sea éste quien decida sobre las pretensiones esgrimidas por los distintos acreedores; el procedimiento complementario a la ejecución, que es un mecanismo que se ofrece al demandante para evitar la autoinsolvencia provocada por el propio demandado para aludir el cumplimiento de sus obligaciones, debiendo el juez en tales casos adoptar las medidas pertinentes a evitar tal situación; y la *judicial notice* que consiste en la compatibilización que el juez puede hacer en relación con peticiones que se formulen en distintos procesos, todos los cuales giran ante su despacho.

La posible adaptación de estas figuras procesales al texto del proyecto pasa por la naturaleza de éste como un modelo que se propone y que a su vez debe adecuarse a las peculiaridades propias de cada país.

Finalmente y en lo que se refiere a los procesos concursales propiamente dichos, los profesores Fábrega y Arjona estiman, en relación con el artículo 355-3, que el síndico “no es más que un auxiliar de la administración de justicia y sus funciones las desempeña bajo el control del juez”⁴³ y ya no sería un representante de la mesa de acreedores ni sustituto procesal del deudor y además que sus funciones son indelegables. Respecto de lo primero, los artículos 120 y 131 de la Ley Procesal de Quiebras Peruana consagran la

⁴³ *Ibid.*, p. 338.

doble naturaleza de la sindicatura de quiebras; tal modificación presupone una nueva concepción del proceso de quiebra y en lo que respecta a la indelegabilidad de las funciones del juez, todos estamos de acuerdo, pero en la realidad de la práctica judicial es difícil eliminarla en su totalidad.

Se comenta igualmente el artículo 361-1, según el cual, “la iniciación del proceso concursal interrumpe el curso de los intereses de toda obligación sea cual fuere la garantía de que disponga”, estimándose que conviene aclarar que la interrupción de los intereses opera a favor de la masa y no en contra de ella. Decimos: no sólo eso sino que la interrupción de los intereses, una vez iniciado el proceso concursal, responde a la naturaleza del proceso de quiebra, como juicio especial y universal con sus características conocidas de indivisibilidad, acumulación y brevedad.

Comentándose el artículo 361-3, respecto de la nulidad de los actos realizados por el deudor a partir de la declaración judicial, se estima que debe también señalarse la nulidad de los actos de disposición que hubiere realizado el deudor con anterioridad a la declaración judicial. Resulta valedera esta opinión y la Ley de Quiebras de Perú admite esta nulidad en los artículos 71 y siguientes, dependiendo el tratamiento legal según se trata de gravámenes y enajenaciones o de actos o contratos a título gratuito.

Un último comentario, con el cual coincidimos, es el relativo a la posibilidad de que el concursado pueda accionar directamente “sin intervención del síndico en reclamaciones en las que se ejercitan derechos inherentes a su persona y asimismo permitir la gestión o intervención del concursado ante la inercia o negligencia del síndico, o también en situaciones donde hay conflicto de intereses de este último”.⁴⁴ De acuerdo. En primer lugar el concursado (o quebrado) no cae en interdicción civil por razón del concurso o la quiebra (artículo 70 de la Ley de Quiebra del Perú) y además tampoco pierde su personería para ejercer su defensa, incluyendo la solicitud de su propia quiebra (artículo 357-1 del proyecto y artículos 8 y 12 de la Ley de Quiebra peruana). Una palabra final: si se diera el caso del conflicto de intereses entre el concursado o el quebrado y el síndico resultaba obvia la excusa de este último y de no hacerlo *motu proprio*, se requeriría la intervención inmediata del juez.

Independientemente de lo expuesto, el profesor Fábrega en su ponencia a las XII Jornadas Iberoamericanas celebradas en Mérida,

⁴⁴ *Ibid.*, p. 339.

España, trata extensamente el tema (“El arbitraje en el área iberoamericana”), incidiendo en diversos numerales del Proyecto de Código Modelo, culminando con reflexiones finales e interrogantes sobre dicha figura, que tanto auge ha alcanzado en la actualidad.⁴⁵

Cipriano Gómez Lara. El profesor Gómez Lara desarrolla el tema relativo a los “Medios procesales para resolver controversias con elementos internacionales”, comentando en consecuencia el título IX del proyecto, “Normas procesales internacionales”. Se pronuncia por la inconveniencia de la posibilidad de que los exhortos o cartas rogatorias puedan ser transmitidos por las propias partes interesadas, como permite el artículo 375-1, pues el resultado de dichas diligencias —dice— no es siempre favorable al particular interesado, crítica que parece acertada, si bien debe tenerse en cuenta que se trata de la propia parte que solicita el trámite. Enfatiza sobre la necesidad de “proteger los intereses de otros acreedores locales que pudieran salir perjudicados o que pudieran tener también derechos preferenciales o créditos prioritarios en los que recaiga la ejecución”.⁴⁶

Pedro J. Mantellini González. Este profesor, al tratar el tema de la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, comenta el artículo 365-2 del proyecto, respecto del carácter obligatorio de la cláusula compromisoria y si la parte no cumpliera con sus obligaciones ellas serán ejecutadas por el tribunal, lo que es correcto pero agrega que “esta disposición no contempla ninguna sanción para la parte omisa”.⁴⁷ A este respecto, el artículo 1912 del Código Civil de Perú establece, en lo relativo al compromiso arbitral, que los contratantes pueden estipular la sanción a la parte que deje de cumplir cualquier acto indispensable para su ejecución, así como la facultad de los árbitros para fijar el pago de costas. Cabe destacar la validez de los comentarios relacionados con el arbitraje de gran auge actual que a todos consta.

Just Franco Arias. Refiriéndose a la eficacia de la justicia como uno de los problemas principales que afronta el mundo de hoy, el profesor Franco Arias analiza el aspecto de la ejecución de las resoluciones judiciales, señalando con precisión los puntos del proyecto que requieren especial comentario y eventualmente su modificación,

⁴⁵ “XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal”, Mérida, 5 al 11 de mayo de 1990, Madrid, vol. I, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1990, pp. 503 y ss., y pp. 603 y 605.

⁴⁶ Véase nota 6, vol. I, p. 439.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 502.

incidentes en la ejecución citada que ordena el pago de una cantidad de dinero, esto es, la vía de apremio. Tales comentarios son los siguientes:

Prelación de los bienes a embargar. Glosando el artículo 324-1 que indica el orden en que los diversos bienes deben ser embargados, el profesor Franco Arias estima que “no estaría demás que se desgajase de la categoría genérica de los bienes muebles, el dinero y los efectos susceptibles de ser negociados en bolsa”,⁴⁸ sugestión interesante para cuya aplicación no se requiere la modificación del texto, pues en todo caso depende del actor el señalamiento de los bienes a embargarse. En este mismo orden de cosas el profesor objetante estima que de aplicarse literalmente el artículo 324-1 y se tratara de embargar un establecimiento comercial o industrial, ello comportaría la desmembración de los bienes que lo componen, opinando en el sentido de que “lo que procede es embargar conjuntamente todos los bienes que compone la empresa, ya que así se evita su cierre y permite proceder a la venta de la empresa en funcionamiento”,⁴⁹ posibilidad esta a la que cabe el comentario anterior, pues si el mismo autor solicita el embargo de todo el establecimiento, obviamente primero como intervención, luego como administración y finalmente como depósito o secuestro para efectivizar el mandato judicial, el juez, de ser procedente el pedido, lo admitiría. Finalmente en relación con este artículo 324-1, el profesor citado objeta su rigidez, pues el orden de embargo puede carecer de justificación y en todo caso podría alterarse ese orden en el supuesto de que existiera acuerdo entre el ejecutante y el ejecutado, eventualidad esta última para la cual no vemos inconveniente legal, pues se trataría de derechos disponibles. Como dato referencial anotemos el artículo 339 del nuevo Código Procesal Civil del Perú que permite a las partes convenir en el modo de ejecutar la sentencia, sin que tal acto jurídico tenga la calidad de transacción, ni produzca los efectos de ésta.

Bienes inembargables. A continuación el profesor Franco Arias comenta el artículo 324-5 del proyecto que señala los bienes inembargables. Expresa en el caso del parágrafo 1, referente a los sueldos, jubilaciones y retiros, que si son elevados no se justifica su inembargabilidad, porque “únicamente debe quedar el margen de la ejecución aquella parte del salario o la pensión necesaria para

⁴⁸ *Ibid.*, p. 36.

⁴⁹ *Ibid.* p. 37.

que una persona viva dignamente”⁵⁰ y que el resto debe ser embargable como cualquier otro bien. Tal tesis trastoca la costumbre que al respecto siempre ha regido en el sentido de que los sueldos sólo son embargables por concepto de pensiones alimenticias. Asimismo critica la medida protectora que adopta el mismo artículo 324-5 en su cuarto inciso, según el cual son inembargables los artículos de consumo y subsistencia personal y familiar por un periodo de seis meses, sosteniendo que este plazo es excesivo y que debe reducirse como mínimo a la mitad y que esta regla tampoco se justifica si el ejecutado tiene otros medios de subsistencia.

Localización del objeto de embargo. Hace hincapié el profesor Franco Arias en las dificultades que existen para averiguar el verdadero patrimonio del ejecutado, pronunciándose por la conveniencia de agregar otro inciso al artículo 324, que sería en todo caso el número 7, en el que se estableciera la obligación del órgano jurisdiccional de investigar el patrimonio del ejecutado, facultándolo para exigir al deudor el juramento de manifestación de bienes, así como para dirigirse con este respecto a cualquier organismo público o entidad privada. Consideremos atinada esta medida si con ella se consigue la mala fe o deshonestidad del deudor que con malas artes pretende ocultar o disminuir su patrimonio para defraudar a su acreedor y burlar a la autoridad jurisdiccional.

Efectos extraprocesales del embargo. El objetante comenta el artículo 324-4 relativo a actos de disposición o de gravamen sobre el bien embargado, reafirmando el derecho del tercero de buena fe respecto de los embargos no inscritos, inclinándose por que “se reflexione detenidamente sobre la posibilidad de otorgar al embargo una eficacia mayor sobre los actos de disposición o gravamen anteriores”,⁵¹ tesis que requiere mayor estudio por su incidencia en los aspectos registrales.

Realización del objeto de embargo. Estima con acierto el profesor comentarista, que el artículo 325-1 debe comprender, además del supuesto que legisla, el caso de que las partes de común acuerdo hubieran fijado, con anterioridad al proceso, el valor del bien embargado, lo que suele suceder en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, tan frecuente en la actual época.

Ya en relación con la subasta, que legisla el artículo 326, estima, en relación con el inciso 5, que debe preverse una tercera, si es que

⁵⁰ *Ibid.*, p. 39.

⁵¹ *Ibid.*, p. 42.

en las dos subastas anteriores no ha podido rematarse el bien por falta de postores. Pide reflexión sobre si es conveniente mantener el sistema de las subastas sucesivas, que es el que adopta el Código Procesal Civil peruano en el artículo 742, o la realización de una sola subasta en la que se acepte cualquier oferta, pronunciándose por la intervención de un rematador profesional (artículo 326-2) así como por el anuncio conjunto de las dos posibles subastas, todo ello a propósito de las diferencias que se advierten entre las ventas judiciales y las extrajudiciales. Asimismo propone dos innovaciones que inducen a reflexión, la primera en el caso en que el rematista no doble el precio del bien, supuesto en el que “se aprobará el remate en favor de los que se sigan por el orden de sus respectivas posturas”⁵² (artículo 327-1); y la segunda, la posibilidad de que se excluya la intervención del notario prevista en el artículo 327-4, la que considera un acto superfluo que debería ser suprimido, bastando el control y la dirección del tribunal. Finalmente sugiere se considere a la administración como posible alternativa a la subasta, lo que sería conveniente por ejemplo en el caso de embargo a un establecimiento industrial o de un bien inmueble que sea susceptible de ser arrendado o de cualquier otra forma de explotación.

La consideración de estas sugerencias formuladas por el profesor Franco Arias nos llevan al tema de la eficacia de la justicia, sobre el que recientemente se está enfatizando por la necesidad de su real existencia, al punto que se le podría estimar como un conformante del llamado debido proceso.

Pedro Juan Bertolino. Este profesor plantea el examen del interesante tema referido al rechazo *in limine* de la demanda, que según el artículo 33-1 debe disponer el tribunal, cuando fuese manifiestamente improponible, carezca de los requisitos formales exigidos por la ley o se ejercite una pretensión especialmente sujeta a término de caducidad y éste halla vencido. Tal facultad tiene que ver directamente con los poderes del tribunal en orden a la dirección del proceso, siendo una de sus expresiones y concuerda con la norma contenida en el artículo 112-2 (contralor de la demanda).

No siendo el momento de profundizar sobre este tema conviene fijarlo en sus contornos precisos que se reducen a encontrar el término medio, lo más exacto posible, entre garantizar el acceso a la justicia como derecho elemental del ser humano y el ejercicio por parte del juez de un mínimo de facultades que le permita el rechazo

⁵² *Ibid.*, p. 46.

a priori de una demanda que contenga pretensiones “manifiestamente” ilegales o imposibles de admitir. Como bien dice el profesor objetante, no sólo se trata de apreciar la admisibilidad sino también la fundabilidad, la que, tratándose de la simple presentación de una demanda, debe evaluarse con el mayor cuidado. Así se pone como ejemplo que se solicite un divorcio en un país que no lo admite o el cobro de una deuda de juego que sólo produce obligaciones naturales. En el primer caso, decimos, el asunto está claro, aunque no se ven las razones por las cuales un abogado patrocine una demanda de divorcio a sabiendas que no existe legalmente tal posibilidad. Y en el segundo, nos inclinamos por la negativa, pues nada impide que un demandado actuando caballerosamente y haciendo honor a su promesa, pague una deuda de juego, a pesar de que la ley no conceda tal pretensión legal a su acreedor. Es en el término “manifiestamente”, invocado en los artículos 33-1 y 112-2, donde se encuentra la clave de la cuestión. Y ello debe ser una manifestación del arbitrio discrecional del juez, al cual nos adherimos pues es una expresión del juez creador, contrapuesto al juez espectador o repetitivo. Sin embargo, ¿qué hacer en caso de duda? He aquí la respuesta: “Constituyendo el debido proceso un principio de contenido, con raigambre constitucional, en caso de duda se estará, entonces, por hacer lugar al trámite de la demanda; dicho de otra manera: en la duda, deberá estarse por la proponibilidad”,⁵³ con la cual coincidimos plenamente, pues está de por medio el respeto al ser humano (acceso a la justicia) a través del cual se reivindica la paz social, fin último y supremo del proceso. Este es nuestro punto de vista, ya expuesto al tratar el mismo tema en relación con las atingencias del profesor Montero Aroca.

Andrés de la Oliva Santos. En primera instancia el profesor De la Oliva se refiere a tres puntos concretos, como son la tendencia a aumentar las facultades de los jueces, la aversión a la escritura y al acortamiento de los plazos. Respecto de lo primero expresa que ello “es buena solución en una sociedad y en una época en la que haya buenos jueces y jueces en número suficiente”, respecto de lo segundo, que “estima de interés romper una lanza por la escritura o forma escrita” y en relación con lo tercero, “sucede que, por lo general, la lentitud excesiva de la justicia no se debe a plazos largos concedidos a las partes”⁵⁴ agregando una contundente reflexión que

⁵³ *Ibid.*, p. 63.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 98-103.

suscribimos: “Los procesos acabarían diseñados en función de los tribunales —de los jueces y magistrados y de las personas que los auxilian dentro del órgano jurisdiccional— y no en función de los derechos e intereses de los sujetos jurídicos”.⁵⁵ A este respecto refiriéndose a la responsabilidad de los jueces dice Cappelletti: “En otras palabras, la responsabilidad ya no será enfocada en función del prestigio e independencia del Poder Judicial ni del poder de un ente abstracto como es el Estado, ni de algo que se personifique en gobernantes, grupos o individuos determinados. Ella debe ser entendida en función de los usuarios de la justicia”.⁵⁶

A continuación el profesor De la Oliva formula varias observaciones concretas al texto del proyecto. Estima reconsiderar los temas de iniciativa en el proceso y el derecho al proceso, opinando en el sentido de que el título I del libro I debe iniciarse con el artículo 11 que subsumiría el contenido del actual artículo 1º y que “cualquiera” no tiene derecho a oponerse a la solución reclamada. Sugiere una nueva redacción del artículo 3º recusando la expresión “adelantar su trámite”, pues los trámites son objeto de regulación legal en la que no caben adelantos. Reclama la falta de enunciación de los “principios” a que se refiere la última parte del artículo 6º. Crítica la norma del artículo 10, según la cual, el acuerdo de las partes podría permitir abreviar los plazos, lo que no coincide con la indisponibilidad de las normas procesales, por lo que en todo caso habría que modificar también o adecuar el texto del artículo 16 que precisamente consagra ese principio, proponiendo nuevos textos en uno y otro caso. Nosotros pensamos que una solución genérica en este aspecto la legisla el código en el artículo 88 al permitir que las partes, de común acuerdo, pueden suspender el curso de los plazos. Una cosa es abreviar y otra es suspender, obviamente bajo la decisión y autoridad del juez.

Comenta asimismo el profesor objetante lo relacionado con el “interés” del demandante, previsto en el artículo 11-2, reclamando que “debería exigirse expresar el concreto interés que se tiene en obtener una sentencia”.⁵⁷ Por nuestra parte pensamos que el término “invocar” en el artículo 11-2 es acertado, pues no se trata de acreditar, lo que se hará en el curso del proceso, sino de invocar el interés de quien interpone una demanda. De no ser así, el excesivo celo o

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 102-103.

⁵⁶ Cappelletti, Mauro, *La responsabilidad de los jueces*, La Plata, JUS, 1988, p. 98.

⁵⁷ Véase nota 6, vol. II, p. 107.

subjetivismo de un juez podría llevarlo a considerar que un demandante carece de interés y desestimar la demanda antes de tramitarla, lo que podría importar una denegatoria de justicia, pues en todo caso en la sentencia podrá y deberá el juez evaluar ambas situaciones y resolver lo conveniente. En consecuencia, ni el interés ni la legitimación deben ser obstáculo para iniciar un proceso. Deben, eso sí, invocarse y el juez en la sentencia decidirá sobre ellos. Pero no *a priori*, pues está de por medio el acceso a la justicia.⁵⁸

Se sugiere, en relación al artículo 14 referente a la interpretación de las normas procesales, una nueva redacción, referida a la efectividad “de la tutela judicial”, siendo así que el texto actual señala “la efectividad de los derechos sustanciales”. Esta cuestión incide en el conocido debate doctrinario sobre el fin de proceso. A este respecto, como veremos más adelante, para nosotros el verdadero fin del proceso es la reivindicación de la paz social a través del reconocimiento de los derechos sustanciales, lo que se obtiene mediante la tutela judicial. Depende pues del enfoque con que se miren las cosas, pero cualquiera sea él, lo cierto es que quien demanda lo hace para que se le reconozca o declare un derecho que dice tener y una vez reconocido y declarado, al darse término al conflicto de intereses, restaurar el equilibrio social alterado por este conflicto.

Se trae también a colación el tema de la resolución anticipada contenida en el artículo 20 cuestionando su ubicación y calificándolo de peligroso. El énfasis en este tema nos llevaría a detallar el papel de la jurisprudencia, sobre si es o no conveniente su obligatoriedad. Es difícil definirse por una u otra tesis, pero pensamos que siempre debe mantenerse la independencia judicial al momento de resolver, incluso existiendo jurisprudencia contradictoria, obviamente con la debida fundamentación y con un sustento invariable de ética y de honradez.

Finalmente el profesor De la Oliva sugiere nuevos textos a los incisos 1 y 4 del artículo 23 relativos a la competencia, el primero referido al criterio de la territorialidad y el segundo a la especialización de los tribunales, la que deberá procurarse a base de la naturaleza de la materia, su importancia práctica y el volumen de los asuntos que se tramiten. A este respecto, la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial del Perú aprobada mediante el Decreto Legislativo 767, de 4 de diciembre de 1991, introduce en la legislación judicial

⁵⁸ Así lo sostiene el profesor Francisco Ramos Méndez en su *Derecho procesal civil*, Barcelona, Bosch, 1980, pp. 240 y ss.

el criterio de la “especialidad”, a través del artículo 17 que la consagra entre los principios generales, el artículo 26 que comprende dentro de los órganos jurisdiccionales a los juzgados especializados y mixtos de las provincias respectivas y el artículo 193 que considera la especialidad como un derecho de los magistrados y que se determina por diversos factores, como la antigüedad en el ejercicio de la magistratura, el ejercicio de cátedra universitaria, las publicaciones sobre materia jurídica especializada, los grados académicos de la especialidad y los trabajos desempeñados en cargos afines.

Pensamos que la especialización de los magistrados es conveniente en la medida que contribuya al ejercicio de una judicatura sapiente, evolucionada y al día con la doctrina, obviamente con sustento ético; y siempre y cuando no implique una rutinización en la labor del magistrado ni un obstáculo en su superación doctrinaria y jurídica, pues no existe desacuerdo en que el juez actual debe ser intérprete eficaz de la norma y un creador del derecho, siempre atento al encuentro con la justicia, sin mayor premio que la veneración y el respeto de los ciudadanos.

Hernando Devis Echandía. El profesor Devis formula diversas críticas al proyecto empezando por los principios generales. Opina que en el membrete del artículo 1º debe decirse “iniciación” y no “iniciativa”, pues esta palabra se confunde con el principio del impulso procesal; es valedera esta objeción, pero en el texto del artículo 1º prevalece el concepto de “iniciación”. Agrega que en este principio, los contenidos en los artículos 2º, 3º, 4º y 9º referidos a la figura del juez como director del proceso, han debido complementarse con los principios de la facultad-deber del juez para decretar pruebas de oficio y para su libre valorización y aunque ellos están considerados en los artículos 129 y 130 del proyecto, estima que deben ser comprendidos entre los principios generales. Asimismo considera que falta el principio de la gratuidad del servicio de la justicia civil (previsto expresamente en el artículo VIII del título preliminar del nuevo Código Procesal Civil del Perú), así como el de la integración para llenar los vacíos que resulten en la práctica judicial el de la imperatividad de las normas del código por ser de orden público y el de la interpretación de tales normas, tres aspectos que el proyecto contempla en sus artículos 14, 15 y 16 respectivamente. Asimismo se pronuncia por la necesidad de incluir el principio de la oralidad como regla general, aun cuando lo desarrollan artículos posteriores; es cierto que falta una regla genérica que consagre la oralidad, pero otras normas la presuponen como las contenidas en los artículos 8º

y 10º, en especial el primero. Estima el profesor objetante que los textos de las normas comprendidas en el capítulo III del título III referido al estatuto de los agentes y con excepción del último artículo, el 32, “están completamente fuera de lugar en un código de procesamiento, por lo cual resulta un error haberlos incluido allí”.⁵⁹ En cuanto el artículo 32 trata sobre la responsabilidad judicial y según su texto, por más justificado que pueda parecer, hará difícil en la práctica concretar la responsabilidad de los jueces. En relación con este punto ya hemos dicho al comentar las objeciones del profesor Montero Aroca y en referencia al artículo 34-2 que el mejor juzgador de los jueces es la opinión pública a la cual se deben y que es la verdadera razón de su existencia.

En el mismo sentido el profesor Devis comenta el litis consorcio necesario regulado en los artículos 56 y 57, objetando la última parte del artículo 57 que no guarda concordancia con su primera parte, pues “la economía procesal exige que en vez de rechazar o no dar curso a la demanda se otorgue un término breve para que el demandante la corrija incluyendo a los litis consortes”.⁶⁰ Se manifiesta asimismo contrario a las excepciones al pago de costas que contiene el artículo 67, objetando además la regulación de las notificaciones personales, pareciéndole inadmisibles que la notificación al demandado cuando se ignora su domicilio se haga por edictos, como lo admite el artículo 116-2 en concordancia con el artículo 85. Al referirse a la formación de expedientes, regulada en los artículos 99 y siguientes, critica la omisión de no haberse previsto la utilización de las grabadoras mecánicas, así como la contradicción que encuentra, en lo relativo a las nulidades, entre los dos primeros párrafos del artículo 104, pronunciándose por la supresión del segundo pues permitiría interpretaciones diversas que podrían devenir en la prolongación excesiva de los trámites, al prever la posibilidad de la nulidad de un acto procesal “cuando carece de los requisitos indispensables para la obtención de su fin”. Considera peligrosa la norma contenida en su artículo 112-2 (en concordancia con el 33-1) relativa a la facultad del tribunal para rechazar la demanda cuando sea “manifiestamente improponible”, estimando que se deben determinar taxativamente los motivos para ese rechazo de plano, tesis con la cual coincidimos y ya lo hemos sustentado al comentar las objeciones del profesor Pedro Juan Bertolino y del profesor Montero Aroca.

⁵⁹ Véase nota 6, vol. II, p. 125.

⁶⁰ *Ibidem*.

Objeta, además, la regulación de la prueba contenida en el artículo 127, sugiriendo al respecto otro texto de carácter genérico y menos específico. Igual propone respecto de la carga de la prueba a que se refiere el artículo 129, criticando que su texto se basa en la naturaleza constitutiva, extintiva, impeditiva o modificativa de los hechos, que responde a una antigua concepción ya superada y que debe actualizarse. Objeción de idéntica naturaleza, esto es, por ser expresión de criterios muy antiguos, formula en relación con el artículo 140 respecto del interrogatorio de las partes, inclinándose por su realización oral sin que sea exigible el carácter asertivo de las preguntas.

Incide igualmente en el sistema recursivo, comentando la apelación a la que se refiere el artículo 222, proponiendo la inclusión de tres normas, la primera relativa a la posibilidad de que cuando el juez expida sentencia aún se encuentran pendientes apelaciones en los afectos diferido o devolutivo, las que se resolverán conjuntamente si hubiera apelación de la sentencia y en caso contrario, aquellas apelaciones quedarían desiertas; la segunda, que en el caso de apelaciones sucesivas en el efecto suspensivo se remitan al superior por una sola vez; y la tercera que solamente serán apelables las providencias interlocutorias que el código señale expresamente.

En lo que respecta al recurso de casación, cuya inclusión en el proyecto considera un acierto, formula varias objeciones que conviene destacar. Estima como error grave dar casación pronunciándose por la solución inversa, esto es, que se fijen los casos en que sí procede el recurso, debiéndose además señalar la cuantía, cuando sea el caso. Opina inadecuada la redacción del artículo 240 relativo a las causales de la casación, aunque pensamos debe mantenerse la referencia al “debido proceso” en su tercer párrafo, no sólo por su misma expresión, tan familiarmente bienvenida en lo que de garantías a las partes trae consigo, sino también por el significado de defensa que se le reconoce actualmente. Discrepa asimismo con el artículo 241 en la parte que exige la fundamentación del recurso de casación ante el tribunal de instancia, la que debe hacerse, ante la propia corte de casación. Más aún, critica el procedimiento ante el tribunal supremo previsto en el artículo 246, estimando que sobra la audiencia para alegaciones y que es innecesaria y sirve para mayores demoras la forzosa intervención del procurador general. Igualmente observa el mismo artículo 246 en su inciso 3, pues la inadmisibilidad que el tribunal supremo puede dictar debe hacerlo en su primer acto y no cuando vaya a dictar resolución. Finalmente, en

lo que se refiere al recurso de casación, el profesor Devis objeta el segundo párrafo del artículo 247-3, supuesto en el que no debe haber reenvío al tribunal de instancia cuando se trate de “la no admisión de prueba admisible afecta a la resolución sobre el mérito”, pues en todo caso el mismo tribunal o corte suprema puede ordenar la práctica de la prueba o mediante despacho comisorio.

El profesor Devis se refiere también a la audiencia para conciliación, estimando un acierto su inclusión en el proyecto de código tipo, pero criticando su duplicidad, esto es, la conciliación previa legislada en los artículos 263 a 267 y la que se realiza ya en el trámite de los procesos de conocimiento, artículos 300 y siguientes, opinando que es mejor dejar la segunda únicamente, pero ordenando al juez que presente fórmulas de arreglo y proponiendo ciertas sugerencias en relación con las excepciones previas y con la práctica de las pruebas a actuarse en la audiencia.

Finalmente, el profesor objetante se refiere a la inclusión del proceso monitorio en el proyecto manifestando su conformidad, “pero únicamente en los países que no tengan regulado el proceso ejecutivo en forma de que a él pueda recurrirse no solamente cuando se tiene título de origen judicial, sino también cuando éste sea de origen contractual o unilateral que contenga una obligación en favor del ejecutante y a cargo del ejecutado que aparezca clara, expresa, líquida o liquidable por simple operación aritmética”.⁶¹

Marta Jardí Abella. La profesora Jardí analiza el sistema de medios impugnativos en el proyecto de código modelo legislado en el capítulo VII del libro I, artículos 211 y siguientes, estimando que “logra un acertado equilibrio entre las garantías procesales y la celeridad del proceso sin menoscabo del valor justicia”.⁶² En su comunicación a las XII Jornadas, la doctora Jardí comenta el tema de la cooperación judicial iberoamericana, incidiendo en las cuatro convenciones internacionales de derecho internacional privado realizadas hasta el momento y en el proyecto, concordando sus normas con las contenidas en el código general del proceso de Uruguay.⁶³

Augusto Mario Morello. Trata el mismo tema bajo el rubro de “Los medios de impugnación ordinarios en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica”. Expresa el profesor Morello que “es obvio que la iniciativa no ha considerado ni pretende la modifica-

⁶¹ *Ibid.*, p. 138.

⁶² *Ibid.*, p. 212.

⁶³ Véase nota 45, pp. 251 y ss.

ción de los recursos constitucionales que están previstos en nuestros países”,⁶⁴ recordando que “no se ha estimado conveniente incorporar el denominado recurso indiferente o indeterminado, que al despojarse del rigor técnico en cuanto a la exacta denominación con que el agraviado ha pretendido proponer su queja, se lo ha de reputar, sin embargo, si no obstante ese déficit técnico, los presupuestos generales están reunidos”.⁶⁵ Concluye en el sentido de que el proyecto alcanza la simplificación del sistema de los recursos y se inserta en el modelo del acceso a la justicia y al respetar las experiencias e idiosincracia iberoamericana se constituye en un aporte valioso que representa un hito en la integración de nuestros países por el derecho y un significativo avance en la modernización de los ordenamientos del debate judicial.

José Ovalle Favela. El profesor Ovalle trata sobre las “Medidas procesales para resolver controversias con elementos internacionales”, tema que es abordado por el proyecto en el título IX del libro II, y cuyo texto recoge, en lo general, las reglas adoptadas en las convenciones internacionales de derecho internacional privado de Panamá, Montevideo y La Paz, I, II y III respectivamente.

Al comentar el mencionado profesor el inciso 1 del artículo 373 que consagra el principio de territorialidad de las leyes procesales, no encuentra justificación para excluir de esta regla a las normas sobre la admisión y valoración de las pruebas, excepción que señala el inciso 2 del artículo citado al establecer que estas últimas, las pruebas, se regirán por la ley a que esté sujeta la relación jurídica objeto del proceso, pues —sostiene el objetante— ya no existe duda sobre el carácter procesal y no sustantivo de las normas relativas a la admisión y valoración de las pruebas.

También estima el mencionado profesor que el orden público internacional, señalado en los artículos 373-5 y 378-1 respecto de la inaplicabilidad del derecho extranjero y del cumplimiento de las medidas cautelares en vía de cooperación internacional, respectivamente, debe restringirse únicamente al orden público del Estado, es decir el interno, no siendo pertinente referirse al orden público internacional.

Al comentar la mencionada cooperación internacional legislada en el capítulo II del título IX advierte cierta confusión en las expresiones exhortos y cartas rogatorias, tratados en el texto como

⁶⁴ Véase nota 6, vol. II, p. 225.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 231-232.

si fueran dos medios de comunicación procesal distintos, cuando en realidad son sinónimos, por lo que convendría su aclaratoria. Se refiere asimismo al artículo 375, cuyo inciso 1 permite que tales exhortos o cartas rogatorias puedan ser transmitidos por las propias partes interesadas, lo que —recordemos— ha sido observado por el profesor Cipriano Gómez Lara.

Critica por excesivo el rubro del capítulo III, “De la cooperación judicial internacional en materia cautelar”, así como la regulación doble prevista en el artículo 378-2, según el cual, la procedencia de la medida cautelar rogada se regulará de acuerdo con las leyes del proceso extranjero, en tanto que la ejecución de la medida y la contracautela lo hará por los tribunales del Estado de acuerdo a su legislación, resultando quizás más conveniente, dice el profesor Ovalle, que para dar trámite a la medida, se encuentre también prevista en la legislación del Estado requerido.

En lo que se refiere a las tercerías y oposiciones reguladas en el artículo 379, dice el profesor objetante que no resulta justo ni conveniente que el opositor o tercerista tenga que comparecer ante el tribunal extranjero a hacer valer sus derechos, pues si bien es cierto que en la tercería excluyente de dominio u otros derechos reales su resolución corresponderá al tribunal nacional, “no existe ninguna razón para que en las demás tercerías, como por ejemplo en las excluyentes de preferencia, se imponga al tercerista la carga de tener que comparecer ante el tribunal extranjero”.⁶⁶

Inciendiando ya en el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras, tema tratado en el capítulo IV del mismo título IX, el profesor Ovalle objeta que el artículo 385-1 incluya entre las sentencias susceptibles de tales actos, las referidas a lo contencioso-administrativo, pues no existe la posibilidad real de que una sentencia dictada en esta materia tenga eficacia extraterritorial.

Otra objeción que formula es la referente a la expresión “fuerza ejecutoria”, comprendida en el artículo 386-1, respecto de los efectos de las sentencias, calificando como ambiguo el término “ejecutoria”, por lo que resultaría más adecuado aludir a la “fuerza ejecutiva” de la sentencia.

Estima asimismo que en el inciso d) del numeral 1 del artículo 387 referido a la eficacia de las sentencias, debe sustituirse la palabra “jurisdicción” por “competencia”, por ser la idónea y además admitida por la III Convención Internacional de Derecho Interna-

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 257-258.

cional Privado celebrada en La Paz, al aprobar la “Competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras”. Insiste en la inconveniencia del término “orden público internacional”, comprendido en el inciso h) del mismo numeral y artículo, tal como lo hizo respecto de los artículos 373-5 y 378-1, por considerarlo inadecuado.

Finalmente, el profesor Ovalle estima innecesaria la aclaración contenida en el artículo 389-1, según el cual únicamente serán susceptibles de ejecución las sentencias extranjeras de condena, pues la misma regla rige para las sentencias nacionales y en todo caso se trata de un principio elemental que regula la ejecución procesal de la sentencia.

Un último comentario respecto de esta observación final: siendo correcta en principio la regla de que sólo son susceptibles de ejecución las sentencias de condena, debe llamarse la atención sobre los alcances del término “ejecución”, pues idéntica inquietud se nos presentó al analizar el artículo 178 del nuevo Código Procesal Civil de Perú, el que al referirse a la nulidad de la sentencia en los casos de dolo, fraude o colusión (eventualidad considerable históricamente como el llamado recurso de revisión), dicen en su primera parte: “Hasta dentro de seis meses de ejecución *o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada si no fuera ejecutable*, puede demandarse a través de un proceso de conocimiento la nulidad de una sentencia” (el subrayado es nuestro).

A este respecto pensamos que no hay sentencia que no pueda ser ejecutada (obviamente consentida o ejecutoriada y firme). Es inherente a la esencia misma de toda sentencia su ejecutabilidad. Lo que sucede es que no toda ejecución es física o material. Pero sí toda sentencia produce cosa juzgada y ésta es consecuencia directa de aquélla, sea o no ejecutable físicamente. Aun en las sentencias meramente declarativas e incluso en las constitutivas que no impone el dar, hacer u omitir algo,⁶⁷ existe el ingrediente de la ejecutabilidad y más que ello el efecto de la cosa juzgada. La sentencia que declara la falsedad de un documento la inexistencia de una obligación,⁶⁸ probablemente no requieren ejecución ulterior alguna, pero la cosa juzgada que provoca es innegable. La evolución doctrinaria de este importantísimo concepto procesal lo sitúa, no ya en los diminutos e insuficientes límites de demandante y demandado.

⁶⁷ Couture, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1958, p. 438.

⁶⁸ Couture, *op. cit.*, p. 316.