

Ahora los contornos de la cosa juzgada son mucho más amplios y revisten un sustento más ético que legal: interesa a toda la sociedad la expedición de fallos de textura jurídica impecable y, especialmente, con una sólida base moral. Sin ésta, el edificio que se levante puede caer por falta de cimientos adecuados que sólo puede darnos la honradez y la probidad de la persona.

*José María E. Puccio.* El profesor Puccio formula diversas consideraciones relativas al proyecto exponiendo que “las reglas del juego sean claras, públicas, de acercamiento entre todos los protagonistas del drama judicial, con igualdad de posibilidades, donde se asegure la imparcialidad del juez y se equilibren el orden y la libertad y se llegue a una justicia con una cara más humana y donde justicia y eficacia sean una realidad y no una quimera”<sup>69</sup> insistiendo posteriormente en el principio de igualdad de las partes y en el respeto del derecho a la defensa en juicio, tal como lo dispone, en lo que se relaciona con la prueba, el artículo 182 del proyecto.

*Mariolga Quintero Tirado.* La profesora Quintero estima que el proyecto “está sustentado en un discurso jurídico orientado hacia el rigor terminológico, la profundidad sistemática y la sofisticación metodológica”,<sup>70</sup> haciendo referencia a la necesidad de que la legislación debe tener en cuenta la identidad procesal latinoamericana, como premisa para su vigencia y efectivización.

En su comunicación a las XII Jornadas de Mérida, la profesora Quintero trata sobre “La medida cautelar y la cooperación judicial internacional”, desarrollando la figura mencionada y concluyendo en que “El régimen de cooperación internacional demanda en esta materia una postura equilibrada que debe analizar y allanar la amenaza de un arbitrio imprudente y desmedido del juez de origen y los temores del juez del cumplimiento de que afecte la soberanía nacional”.<sup>71</sup> Asimismo analiza las normas que a este respecto contiene el proyecto relacionadas con la Convención Interamericana.

*Roberto O. Berizonce.* El profesor Berizonce aborda el estudio del proyecto trazando una visión clara de la realidad judicial de nuestros países, situando la reforma del proceso en América Latina entre el derecho común y el derecho uniforme y propugnando una sociedad democrática, plural, participativa, ética, solidaria como un modelo de Estado protector y en cuyo contexto la estructura del sistema de justicia debe descansar en ciertos principios, como la

<sup>69</sup> Véase nota 6, vol. II, p. 204.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 279.

<sup>71</sup> Véase nota 45, p. 401.

igualdad real de oportunidades, lo que implica el derecho a una sentencia intrínsecamente justa, pues “no hay ciudadanos de segunda”,<sup>72</sup> la organización del servicio en función de los litigantes-usuarios, esto es, los “consumidores de la justicia”; la participación popular en los diversos niveles de la producción jurídica y de la presentación jurisdiccional; y la publicación del proceso civil, esto es, la socialización y humanización de los procedimientos, líneas maestras comunes al pensamiento de la doctrina procesal actual y en las que confiamos para un futuro mejor.

En su comunicación a las XII Jornadas de Mérida, el profesor Berizonce formula algunas observaciones al proyecto de código modelo, basadas preferentemente en lo que se refiere a la apelación con efecto diferido relacionada con el ofrecimiento de los medios probatorios puede producir efectos contrarios cuando se revoque la denegación de tales medios.<sup>73</sup> Propone al efecto nueva redacción a determinadas disposiciones a saber:

- a) agregar un inciso, el cuarto, al artículo 223-2,
- b) agregar un segundo párrafo al artículo 227-5,
- c) modificar el segundo párrafo del artículo 247-3, estableciéndose que corresponde al tribunal de segunda instancia el diligenciamiento de prueba omitido y el posterior dictado de la sentencia que corresponde.

*Adolfo Gelsi Bidart.* El profesor Gelsi, uno de los autores del proyecto, también esboza su comentario y la reforma del proceso en América Latina, entre el derecho común o uniforme, expresando que no hay oposición entre las dos vías, la norma común y la norma uniforme y que la uniformización de los sistemas procesales está más al alcance del esfuerzo. Nos brinda una breve historia del proceso, insistiendo en la exigencia de cambio por la notoria ineficacia del proceso tal como se le concibe y funciona actualmente, proponiendo las bases para tal cambio a partir del enfoque más conveniente para el código tipo, cuyo proyecto procura ser algo más que un código de procedimiento civil.<sup>74</sup> Con acierto expresa que “lo que se hace se dirige a formar el expediente más que a hacer el proceso”,<sup>75</sup> pues hay una efectiva preferencia por lo que se representa más que por lo que se realiza. Es así en efecto conocida en la historia del proceso. Hasta fines del siglo pasado se consideraba el

<sup>72</sup> Véase nota 6, vol. II, p. 13.

<sup>73</sup> Véase nota 45, vol. II, pp. 1650-1651.

<sup>74</sup> Véase nota 6, vol. I, pp. 48-53.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 31.

derecho procesal como un apéndice del derecho civil, considerándolo como “derecho judicial”, “derecho de procedimientos”, sin autonomía como disciplina jurídica independiente y sin contenido científico. Sólo a partir de la aparición de los grandes procesalistas alemanes y posteriormente italianos, se fue delineando el derecho procesal como una verdadera ciencia con un contenido propio.

Una manifestación literaria de que como era considerado el proceso en otros tiempos la encontramos en un pasaje de la obra *El alcalde de Zalamea*, del dramaturgo español Pedro Calderón de la Barca, del siglo XVII, en el que, al preguntarle uno de los protagonistas Don Lope al personaje Crespo, ¿qué es proceso?, le responde:

Unos pliegos de papel  
Que voy juntando, en razón  
de hacer la averiguación  
de la causa.<sup>76</sup>

Preguntamos: ¿Estamos lejos hoy de esa concepción cuando aseveramos que *quod non est in actis non est de hoc mundo*?

Reconozcamos pues al proceso como un concepto procesal científico que subyace en todo expediente que es sólo su expresión material y mantengamos su validez y proyección. A ello tiende sin duda, entre otras cosas, el proyecto de código tipo que comentamos.

Separaremos conceptualmente y en la práctica, el proceso del expediente.

En sus comunicaciones a las XII Jornadas, el profesor Gelsi desarrolla el “sentido del avance de lo internacional en materia procesal”, incidiendo en la necesidad de la armonización normativa y comentando las soluciones del proyecto de código modelo para América Latina, que a su vez resume las normas generales en materia procesal iniciadas en los Tratados de Montevideo (1889 y 1939-1940) y las convenciones internacionales de derecho internacional privado.<sup>77</sup> Asimismo, trata sobre el “significado de la promoción del arbitraje”, enfatizando su naturaleza social con referencias al proyecto y al Código General del Proceso de Uruguay.<sup>78</sup>

*Enrique Véscovi*. El profesor Véscovi, también uno de los coautores del proyecto del código-tipo, nos ofrece un comentario sobre el

<sup>76</sup> Calderón de la Barca, Pedro, *El alcalde de Zalamea*, México, Editora Nacional, p. 102.

<sup>77</sup> Véase nota 45, vol. I, p. 245.

<sup>78</sup> *Ibid.*, pp. 689-696.

“proceso ejecutivo y estructura monitoria dentro del sistema del código modelo”, señalando desde el inicio que “el sistema adoptado por el código-tipo para el proceso ejecutivo responde a la filosofía general del anteproyecto”.<sup>79</sup> Incide en primer término en el litigante rebelde, la modificación de cuya concepción preconiza acertadamente, tanto más que en el proceso ejecutivo, por lo general, no puede hablarse de rebeldía, pues el ejecutado no recibe un traslado que absolver, sino un mandato de pago que cumplir. En el reciente Código Procesal Civil del Perú el rebelde puede incorporarse al proceso en cualquier momento, pero la declaración de rebeldía “causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos” (artículo 461), salvo en algunos casos específicos. Nos ofrece el profesor Véscovi un enfoque histórico-comparativo del proceso ejecutivo de España y Latinoamérica así como la solución para el proceso ejecutivo del sistema de estructura monitoria, proponiendo los principios bajo los cuales se organiza el proceso ejecutivo en el proyecto.

Como se sabe, el proyecto incluye el proceso de estructura monitoria dentro del proceso de conocimiento pero aplicable al proceso ejecutivo conforme aparece del artículo 311 y además los procesos de ejecución, comprendiendo la ejecución de sentencia, la de sumas de dinero y otras ejecuciones.

Al respecto cabe recordar la opinión emitida sobre este punto por el profesor Devis Echandía cuando conviene con la inclusión en el proyecto del proceso monitorio, “pero únicamente en los países que no tengan regulado el proceso ejecutivo”.<sup>80</sup>

*José Gabriel Sarmiento Núñez.* El profesor Sarmiento formula un comentario sobre el proceso concursal o concurso, al que define como “un proceso de ejecución universal cuyo objeto es distribuir el patrimonio de un deudor moroso entre sus diversos acreedores, en pago de sus acreencias”.<sup>81</sup> Trata sobre la naturaleza del concurso, sus tipos, la diferencia entre la suspensión de pagos y la cesación de pagos, el síndico y su naturaleza jurídica, el objeto del concurso, respecto del cual recuerda a Guasp cuando distingue el objeto jurídico del concurso (masa pasiva) del objeto material del conjunto (masa activa), el primero integrado por todas las pretensiones procesales que formulan los acreedores contra su deudor co-

<sup>79</sup> Véase nota 6, vol. I, p. 301.

<sup>80</sup> Véase nota 61.

<sup>81</sup> Véase nota 6, vol. I, p. 344.

mún y el segundo configurado por el conjunto de bienes del deudor común, agregando las consecuencias del concurso y la rehabilitación del deudor.

*Ángel Landoni Sosa.* El profesor Landoni desarrolla el tema “Eficacia internacional de las sentencias y laudos arbitrarios extranjeros”, incidiendo en la cooperación jurídica internacional y preguntándose “si nuestros países son partidarios de la existencia de una verdadera comunidad internacional basada en solidaridad, en la que sus integrantes estén en un efectivo pie de igualdad y en la que todos los habitantes del planeta pudieran considerarse como hermanos”.<sup>82</sup> Se refiere a los efectos de las sentencias extranjeras, los imperativos, los probatorios y su fuerza ejecutoria y sostiene que “la ejecutoriedad de la sentencia extranjera deriva de un principio que está por encima de la soberanía de los estados y que está dado por el bien común de una entidad superior: la sociedad internacional”.<sup>83</sup> Comenta los acuerdos de las convenciones internacionales sobre derecho internacional privado, recogidos en el texto del proyecto en su título IX “Normas Procesales Internacionales”, destacando sus logros principales y afirmando en la última de sus conclusiones, que “estamos en el camino correcto, es decir en la orientación o tendencia transnacional que procura superar las divisiones entre los pueblos”.<sup>84</sup>

El profesor Landoni enfatiza en las ideas expuestas en su comunicación a las XII Jornadas de Mérida, al tratar la cooperación jurídica internacional en el proyecto y en el nuevo código de Uruguay, refiriéndose al concepto de “proceso internacional” y analizar bajo este rubro las normas del título IX del proyecto y su correspondencia con el código general de proceso.<sup>85</sup>

*Guillermo Aguilar Álvarez.* El profesor Aguilar se refiere al régimen jurídico de la ejecución de laudos arbitrales en América Latina, sosteniendo que “la ejecución de laudos arbitrales extranjeros en los países latinoamericanos depende en gran parte, del reconocimiento que el derecho interno reserva al arbitraje comercial”,<sup>86</sup> calificando al arbitraje comercial “como el único mecanismo de solución de desavenencias capaz de aportar al contrato internacional un mínimo de seguridad jurídica”,<sup>87</sup> refiriéndose a diversas leyes expe-

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 370.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 378.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 393.

<sup>85</sup> Véase nota 45, vol. I, pp. 307 y ss.

<sup>86</sup> Véase nota 6, vol. I, p. 10.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 15.

didadas en distintos países, cuyo común denominador es la limitación del control judicial en materia de arbitraje comercial internacional, glosando los tratados más importantes acordados al respecto, entre ellos la convención sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (Nueva York, 1958) y la convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional (Panamá, 1975), ponderándolos y pronunciándose por la conveniencia de limitar la intervención judicial en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

En tanto que el proyecto de código tipo dedica su título VIII al proceso arbitral, el nuevo Código Procesal Civil de Perú trata extensamente el tema, confiriéndole al libro segundo en su integridad el rubro de “justicia arbitral”, comprendiendo los artículos 841 al 931 e incluyendo en ellos al arbitraje internacional, consagrando su utilidad y la gran importancia que se le reconoce en la actualidad.

*Carlos de Miguel y Alonso.* El profesor De Miguel enfatiza los aspectos constitucionales del proyecto-tipo, ofreciendo notas sobre la evolución del derecho procesal y el estado actual de la doctrina, sosteniendo que “la eficacia de la justicia depende de tres factores, la figura del juez, el tiempo de duración del proceso y el coste del mismo”.<sup>88</sup> Comenta que en la primera parte del texto del proyecto, esto es, en su título I, principios generales, se recogen las garantías del proceso, discrepando de su ordenación pero no de su contenido, glosando entre tales principios el derecho al debido proceso (artículo 14), la tutela efectiva de los derechos (artículo 11), el principio dispositivo armonizándolo con la necesidad del juez director del proceso (artículos 1º, 2º y 3º) el derecho del juez natural (artículos 18 y 11-1). A este último respecto, el párrafo 1, del inciso 20 del artículo 2º de la Constitución peruana, señala como derecho de toda persona, que “ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos, ni juzgada por tribunales de excepción o comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación”. Es decir, el juez natural clásico e histórico.

Incide también el profesor De Miguel en el desarrollo de los actos procesales en el proyecto el que se orienta hacia la oralidad y publicidad (artículos 7º y 8º), en el principio de igualdad de las partes

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 63.

(artículo 4º) y en la figura del juez, respecto de su independencia y responsabilidad (artículos 22, 31, 32 y 35), calificando a la administración de justicia como “la más importante empresa, el más importante servicio público del Estado”.<sup>89</sup>

En el nuevo Código Procesal Civil de Perú, su título preliminar (artículos I a X) recoge las garantías constitucionales del proceso, como también lo hacen algunos de los artículos de la sección primera, principios generales de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de Perú, en especial el artículo 6º que consagra los principios procesales y el artículo 7º que proclama el derecho de toda persona al acceso a la justicia y el derecho de defensa a través del debido proceso.

*José Rodríguez Urraca.* El profesor Rodríguez Urraca se refiere a las facultades probatorias del juez en el proyecto pronunciándose contrario a la tesis de las diligencias para mejor proveer y en favor de la facultad del juez para decretar pruebas de oficio, expresando que “la combinación de diligencias para mejor proveer pruebas de oficio, resulta completamente asistemática”.<sup>90</sup> No objeta las reglas generales adoptadas por el proyecto en materia probatoria, pero sí el orden de colocación de las normas, estimando que subvierte un tanto el desarrollo lógico, el cual debía cerrar con las normas relativas a la valoración de la prueba (artículos 131 y 130, en ese orden). Asimismo no lo satisface el aspecto de la carga de la prueba previsto en el artículo 129 pues no esclarece la materia conocida con el nombre de “carga objetiva de la prueba”, relativa a la apreciación de la prueba del contrario, concluyendo por la necesidad de acercar el derecho a la realidad, pues la vida es más importante que la ley y las sentencias.

El proyecto de código tipo acoge el sistema de prueba libre en el artículo 136-2, así como las facultades del juez en materia probatoria en los incisos 4, 5 y 6 del artículo 33, y el sistema de las diligencias para mejor proveer en el artículo 182, pero manteniendo la igualdad entre las partes.

El nuevo Código Procesal Civil peruano consagra también el sistema de la prueba libre a través de su artículo 191, que se expresa en los medios probatorios atípicos (artículo 193) así como la facultad del juez para disponer pruebas de oficio, prevista en el artículo 194.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 138.

*Francisco Ramos Méndez.* El profesor Ramos Méndez se refiere al proceso de ejecución en el proyecto. Expresa que “aplicar el rú-tulo de proceso de estructura monitoria (artículos 311 y siguientes) al procedimiento ejecutivo (artículo 313), puede suponer una conmoción respecto de dogmas comunes en la experiencia procesal hispánica”,<sup>91</sup> agregando que el proceso monitorio clásico se distingue claramente del proceso ejecutivo, pues éste empieza donde el otro acaba. Critica que tenga que esperarse el momento de la ejecución para verificar la eficacia del proceso proponiendo al respecto ciertos parámetros como un sistema adecuado de medidas cautelares, la reafirmación o introducción del procedimiento monitorio clásico como instrumento de creación rápida de títulos ejecutivos, la revisión de los títulos ejecutivos extrajurisdiccionales y la consideración de procedimientos verdaderamente abreviados. Al ofrecer notas sobre la situación actual de la ejecución y su ineficacia práctica, estima que podría ser útil la introducción en el proceso de ejecución de ayudas externas, como órganos *ad hoc* o la colaboración de particulares en temas puntuales, sin que ello signifique privatizar la ejecución ni abandonar el control judicial de la ejecución, sino liberar al juez de determinadas funciones “que la práctica ha demostrado le es difícil cumplir y en la que otras soluciones de iniciativa privada compiten abiertamente y con éxito”,<sup>92</sup> incidiendo finalmente en la evolución del concepto de “embargo” y en el tema del apremio y en las diferencias evidentes que existen entre la venta convencional (salas de subastas particulares) y la venta judicial (remate de bienes), estimando que la eficiencia y ventajas de aquella puedan también ser aplicables a ésta, aspecto éste que también ha comentado el profesor Just Franco Arias.

El clamor que existe en la realidad judicial actual sobre la falta de eficacia que se advierte en el cumplimiento de los fallos judiciales, incluidos los procesos de ejecución, propicia la propuesta de diversos correctivos como los sugeridos por el profesor Ramos Méndez. En realidad, hemos visto que el cumplimiento oportuno y cabal de la sentencia es uno de los ingredientes del llamado “debido proceso”.

*Manuel Serra Domínguez.* El profesor Serra trata sobre los procesos concursales en el proyecto criticando desde el inicio de su comentario el carácter incompleto de la regulación contenida en los artículos 352 al 62, pues “por muy extensos que sean —algunos

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 297.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 300.

artículos tienen nada menos que nueve apartados— resulta imposible abarcar en solo once artículos la compleja problemática concursal”,<sup>93</sup> resaltando la interacción que existe, en lo que se refiere a los procesos concursales entre el derecho material y el derecho procesal, por lo que, desde este punto de vista, observa el proyecto estimando su regulación, como poco equilibrada e incompleta, pronunciándose por la conveniencia de una ley especial independiente que regula los procesos concursales y si así no fuera, reconocer que los preceptos contenidos en el proyecto, son meramente programáticos. Esta concepción del profesor Serra significaría que tales normas no son de inmediato cumplimiento sino que su aplicación se remitiría a otros supuestos, en este caso, a la necesidad de ajustarlas a las variables regulaciones positivas mercantil y penal de cada país en concreto.<sup>94</sup>

Expresa su conformidad el profesor Serra con determinadas notas positivas del proyecto, como la unificación de procedimientos (artículo 352-1), la homologación de acuerdos privados (artículo 353), la conservación del patrimonio del concursado (artículo 356), la simplificación de trámites (artículo 358, si bien le parece laudable pero excesiva), y la rehabilitación del concursado (artículo 362).

Al reflexionar sobre determinados aspectos concretos del proyecto, el profesor objetante estima que los presupuestos del concurso no aparecen suficientemente explícitos en el artículo 354, pareciéndole anómalo en lo que se refiere a la intervención del Ministerio Público (artículo 355-2) ya que no se puede considerar a éste como “tercer” respecto del proceso porque defiende un interés público y en tal condición no puede estar subordinado a alguna de las partes, formulando además serias objeciones teóricas y prácticas a la figura del síndico regulada en el artículo 365-3, pues en su opinión el síndico no puede ser considerado representante de los acreedores ya que no ha sido designado por éstos, debiendo en todo caso estimársele “representante de la masa del concurso como patrimonio diferenciado”,<sup>95</sup> rechazando también que sea aplicable al síndico la categoría de la sustitución procesal, pues ni actúa en interés propio ni ejerce derechos ajenos.

Asimismo comenta la regla contenida en el artículo 365-5 respecto de la junta de acreedores, estimándola insuficiente, añadiendo

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 339.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 340.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 345.

que la notificación del concurso a los acreedores plantea serios problemas prácticos y criticando el contenido de la sentencia y la apelación que cabe contra ella (artículo 358-8 y 9) en concordancia con el artículo 356-2, rechazando que proceda contra la sentencia la apelación con efectos suspensivos, pues cuando se resuelva el recurso posiblemente el patrimonio habrá desaparecido, resultando además inexplicable, en su opinión, que los acreedores no estén legitimados para recurrir en apelación, pues son precisamente ellos los más perjudicados por el concurso.

En vía de información cabe destacar que la Ley de Quiebras de Perú adopta la solución acordada por el proyecto de código-tipo en lo que se refiere a la naturaleza jurídica del síndico, como organismo auxiliar de los tribunales de justicia (artículo 120) y simultáneamente como representante de los intereses generales de los acreedores y también de los derechos del fallido en lo que se refiere a la masa, “sin perjuicio de las facultades de los acreedores y del fallido en los casos determinados por la ley” (artículo 131). Asimismo coincide con la solución que da el proyecto en su artículo 358-9, admitiendo la apelación en ambos efectos contra la sentencia de quiebra, normándose así en el artículo 119 de la Ley de Quiebras de Perú. En cambio, esta ley discrepa con el proyecto y se adhiere a las tesis del profesor Serra en lo que respecta a aquellos que están legitimados para recurrir en apelación, pues el mismo artículo 119 concede esta calidad a los acreedores únicamente, tal como el profesor mencionado sostiene, en tanto que el proyecto sólo legitima en este aspecto (según el artículo 358-9) al Ministerio Público, al síndico y al deudor, excluyendo a los acreedores, quienes son precisamente los más interesados en que el proceso de quiebra se realice con prontitud, eficacia y acierto.

Finalmente el profesor Serra Domínguez señala algunas lagunas del proyecto, entre ellas la referida al convenio (artículos 355-5 y 356-1) pues “no se encuentra precepto alguno ni sobre los presupuestos y garantías del convenio ni sobre la forma de producirse, homologarse o impugnarse”.<sup>96</sup> Asimismo estima que el reconocimiento y graduación de créditos no aparece claro, ni en cuanto a sus sujetos ni su procedimiento ni su decisión y recursos. Otro aspecto es el referido a los privilegios concursales, pues declarado el concurso deberían igualarse todos los créditos “con la excepción de los hipotecarios pignoratícios, créditos a favor del Estado y de los

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 347.

trabajadores”, solución prevista en la Ley de Quiebras peruana en sus artículos 110, 111 y 112 y modificatorias. También critica el profesor objetante lo relativo a la retroacción del concurso, pues —sostiene— la declaración del artículo 361-3 es incompleta e imperfecta. A este respecto la Ley de Quiebras de Perú señala los efectos retroactivos de la quiebra en los deudores comunes y en los comerciantes (artículos 71 y 74, en ese orden) obviamente con mucha más gravedad y trascendencia en el último de los casos, tomándose como referencia no la fecha en que se dictó el auto de quiebra, sino la referida a la casación de pagos, la cual también menciona el profesor comentarista. Otra omisión que el profesor Serra encuentra en el proyecto es la referente a la calificación del concurso, pues no se le menciona ni siquiera en forma indirecta, no bastando en absoluto la regla del artículo 358-6. Referente a este punto la Ley de Quiebras de Perú dedica su título sexto a la calificación de la quiebra, la misma que puede ser fortuita, culpable o fraudulenta, constituyendo delitos las dos últimas. Además, conviene enfatizar que el nuevo Código Penal de Perú varía significativamente el rubro genérico de los delitos de quiebra, al calificarlos como “Delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios”, incidiendo como debe ser en los aspectos incontrovertibles de la honestidad y de la ética.

Propugna el profesor citado el establecimiento de un procedimiento sumario para los concursos de menor importancia, sea por razones cualitativas o cauntitativas, incluyéndose la escasa importancia del pasivo o reducido número de acreedores, con lo cual se evitaría muchos inconvenientes. En efecto, esta posibilidad merece ser contemplada. Una de las comisiones constituidas en el Perú para modificar la actual Ley de Quiebras que data de 1932, previó tal alternativa, sugiriendo un procedimiento muy breve para el caso de las llamadas pequeñas quiebras.

La última omisión que advierte el mismo profesor en el proyecto es la relativa a la conclusión del concurso cuando se advierta la desproporción “entre el líquido conseguido a través del procedimiento y los gastos procesales causados”, que no ha sido considerada en su texto. A este respecto la Ley de Quiebras de Perú establece una doble solución, el sobreseimiento temporal, “cuando el activo no alcanza a cubrir los gastos necesarios para la prosecución de la quiebra” (artículo 166) y el sobreseimiento definitivo en los casos de desistimiento o remisión de los créditos por parte de todos los acreedores, consignación del importe parcial de los créditos y caución

del resto a satisfacción de los acreedores o cuando todos los créditos han sido cubiertos (artículo 171).

Debe atenderse que las omisiones que advierte el profesor Serra Domínguez se deben preferentemente a la complejidad que supone normar los procesos concursales, de naturaleza muy propia y específica, en un proyecto como el comentado, pues como se ha expresado reiteradamente, no se trata de un anteproyecto definitivo, ni con pretensiones de regir, como tal, en ningún país. Es solamente un modelo, código-tipo, para servir de base a las reformas que encaran todos los países de nuestra área, aserción que cobra mayor vigencia si se trata precisamente de los procesos concursales por su naturaleza, como se ha visto, compleja y especial.

Este último comentario ensambla coherentemente con la idea central del profesor Serra Domínguez en su crítica, al sostener que “sólo mediante la supresión del título VII y la preparación de una ley concursal modelo podrá obtenerse en materia concursal la finalidad de perfeccionamiento que ha inspirado la formación del código modelo”.<sup>97</sup> La propuesta de una ley especial para los procesos concursales se debe a la naturaleza de éstos, pero ello no obsta a que el proyecto, como lo hace, señale las pautas genéricas a este respecto.

*Jairo Parra Quijano.* El profesor Parra Quijano analiza el tema de la cooperación judicial en el área iberoamericana, formulando continuas referencias al proyecto de código modelo y en vía comparativa con las normas acordadas en las cuatro CIDIP. Incluye el tema de las medidas cautelares, los exhortos internacionales y la aplicación en general del derecho extranjero, pronunciándose decididamente en sus conclusiones en favor de la integración, reconociendo que hay países que han empezado en sus legislaciones a ser “generosos” en la cooperación jurídica internacional, como se demuestra con el Código de Uruguay “que es el código modelo de iberoamérica convertido en la ley de ese país”, cuya aplicación general requiere”.<sup>98</sup>

*José Luis Vásquez Sotelo.* El profesor Vásquez Sotelo incide en el mismo tema que el anterior, preguntándose sobre la ubicación de las normas que regulan la cooperación judicial internacional, en el derecho procesal o en el derecho internacional, citando incluso el derecho procesal internacional. Hace referencias al derecho positivo español y a los convenios de la conferencia de ministros de justicia

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 348.

<sup>98</sup> Véase nota 45, vol. I, p. 129.

de los países hispano-lusoamericanos y Filipinas, así como al proyecto de código modelo, proponiendo la elaboración de un convenio multilateral de cooperación judicial, en la cual recogerían “de modo ordenado y sistemático todas las manifestaciones de la cooperación jurídica y judicial interestatal”.<sup>99</sup>

*Víctor Fairén Guillén.* En su conferencia sobre la reforma del proceso civil, el profesor Fairén Guillén formula un extenso comentario sobre el proyecto de código modelo, proponiendo al respecto y desde el inicio, una nueva sistemática del mismo.<sup>100</sup> Objeta su artículo 114 relativo al cambio de la demanda, al que estima “escueto y desfasado”, sugiriendo menos rigidez y mayor elasticidad.<sup>101</sup> Incide asimismo en la audiencia preliminar analizando las soluciones restrictiva y admisiva, proponiendo nuevos textos a los aprobados en el proyecto en los artículos 300 a 303. Abunda en la figura del desistimiento prevista en el artículo 199 del proyecto, diciendo que el uso de esta expresión “para figuras como la renuncia y el allanamiento complica las cosas innecesariamente”.<sup>102</sup> Sugiere nuevos textos también en relación con los artículos 200 y 201 relativos al desistimiento de la pretensión y de la oposición. Al tratar sobre el allanamiento (artículo 124), lo relaciona con el desistimiento de la oposición legislado en el artículo 201, proponiendo un nuevo texto,<sup>103</sup> al igual que en los casos anteriores.

Finalmente desde el punto de vista venezolano, se proponen diversas sugerencias en relación con el texto del proyecto de código modelo, observándose los artículos 150-3, 151-5, 195, 201 y 299-3. Estimando la supresión de varios numerales, entre ellos los artículos 10, 20, 34-2, 42, 77, 82, 94, 107, último párrafo, 112-2 y 140-3, y recomendando la modificación de numerosas disposiciones, empezando por el artículo 1º, la unificación en uno solo de los artículos 2º y 3º; artículo 11 en sus tres incisos, eliminándose del inciso 3 la palabra “derecho” y otros numerales como los artículos 19-1, 36, 40 y muchos más.<sup>104</sup>

En relación con esta última opinión creemos advertir cierta contradicción en los comentarios que se hace al artículo 11-2, según el cual, “para proponer o controvertir útilmente las pretensiones es

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>100</sup> Véase nota 45, vol. I, p. 401.

<sup>101</sup> *Ibid.*, vol. II, p. 791.

<sup>102</sup> *Ibid.*, pp. 813-818.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 925.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 1034.

necesario *invocar* interés y legitimación en la causa”, sosteniéndose por la opinión venezolana que “debe sustituirse el término invocar por el de tener”,<sup>105</sup> pues no es suficiente que se “invoque” sino que se comprueben ambos requisitos; y el artículo 301-5, referido al pronunciamiento de la sentencia interlocutoria con el fin de sanear el proceso en la audiencia preliminar y en la que se deben resolver determinadas cuestiones “incluyendo la improponibilidad de la demanda y la legitimación en la causa, cuando ésta sea definible al comienzo del litigio”,<sup>106</sup> pues se afirma que: “la legitimación a la causa cuando es discutida, suscita un típico problema de mérito que no debe resolverse en la audiencia preliminar, ya que la brevedad y concentración de los actos procesales que esta institución significa, coartaría de manera evidente el derecho de defensa de las partes”.<sup>107</sup>

A este respecto nos pronunciamos por la conveniencia de la segunda solución en el sentido de que tanto la segunda legitimación en la causa como el interés, correspondientes a los demandantes, deben ser materia de apreciación en la sentencia, pues la posibilidad de que por una evaluación extremadamente subjetiva del juez al calificar la demanda se declare ésta improcedente o improponible *a priori*, puede ser causa de injusticia o discriminación, que incluso pueden rozar con el principio del “acceso de la justicia”, cuya existencia real todos debemos preservar.

#### IV. REFLEXIONES SOBRE EL PROYECTO

La extensión y brillantez con que los comentaristas del proyecto han producido sus opiniones nos lleva a formular planteamientos generales de acuerdo a determinados principios que consideramos esenciales y que sometemos a la apreciación de nuestros interlocutores. Su análisis podría conducir a modificaciones en su texto, pero más que ello, lo que realmente interesa y es permanente, es la coincidencia en ideas básicas, generalmente acordadas por la doctrina actual y de la que la norma es su expresión material. Estamos pues todos de acuerdo en la validez y trascendencia de un código modelo para América Latina, así como en sus principales fundamentos. De lo que se trata es de compartir la conveniencia de establecer premisas

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 1619.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 1620.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 1642.

genéricas que hagan posible el cumplimiento del rol histórico que todos hemos asignado al proyecto: que sea “la base de las reformas que encaran los países de nuestra área”, así como de la integración que “contribuye un imperativo histórico del mundo actual, casi una necesidad para la supervivencia”.<sup>108</sup>

Es pues en este contexto que invitamos a reflexionar sobre los temas siguientes.

### 1. *Derechos sustanciales y derechos procesales*

Desde el inicio de su texto, el artículo 1º del proyecto determina con propiedad la diferencia entre el derecho sustancial de las partes y el derecho procesal de las mismas. “El juez, que es neutral e imparcial, en cuanto a la relación de fondo planteada en el proceso, no lo es, en cambio, con respecto al proceso mismo y a la averiguación jurídica de la verdad o falsedad de los hechos alegados por las partes”.<sup>109</sup> Señalar con nitidez el ámbito de un derecho y otro resulta indispensable para definir un proceso justo o igualitario que permita la expedición de una sentencia con estas mismas características, sin la cual no puede pretenderse la reivindicación de la paz social a través de la cosa juzgada que aquélla produce. Este artículo 1º del proyecto deberá necesariamente apreciarse con el artículo 2º, según el cual la dirección del proceso está confiada a un tribunal. La visión comparativa de ambos numerales nos permite advertir la naturaleza diferente de unos y otros derechos, sustanciales y procesales, los primeros privados y los segundos públicos. Y es por ello que se justifica la facultad directriz del proceso por parte del juez como se proclama en el artículo 2º. En otras palabras, los derechos sustanciales o materiales de cualquier persona son privados. Pero si se reclama ante el juez, el medio para hacerlo —el proceso— es público, tiene que serlo porque se recurre ante una autoridad, en este caso la jurisdicción, para que dirima el conflicto y declare o reconozca el derecho. Si el proceso no fuera público, no podría ser dirigido ni impulsado directamente por el juez. El artículo 262 del Código Procesal del Brasil plasma con claridad el principio: “El proceso civil se inicia por iniciativa de parte, pero se desenvuelve por impulso oficial”.

Dentro del mismo orden de cosas, nos referimos al desistimiento como uno de los medios extraordinarios de conclusión del proceso

<sup>108</sup> Obra mencionada en la nota 4, pp. 6 y 15.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 41.

y previsto en los artículos 199 y siguientes del proyecto. La doctrina y también la legislación, por lo general, han diferenciado el desistimiento del proceso del de la pretensión. Este último no suscita ningún problema, es procedente por tratarse del derecho sustancial del demandante y una vez aprobado por el juez, la pretensión obviamente no podrá renovarse. Pero lo que sí es digno de análisis es el desistimiento del proceso, que requiere un profundo examen. En principio el desistimiento del proceso no debía ser posible por la sencilla razón de que aquél es de naturaleza pública y no pertenece a ninguna de las partes. Es cierto que histórica y doctrinariamente ha sido siempre admitida. Pero no puede negarse la pertinencia de la reflexión, atenta —repetimos— la naturaleza del proceso. Es por eso que convenimos con la solución que el propio proyecto nos ofrece en el segundo párrafo del artículo 199, pues si el demandado no da su conformidad e interpone oposición, “proseguirá el trámite de la causa”, quedando en consecuencia sin efecto el pretendido desistimiento del proceso.

De este modo se conjuga la posibilidad de que termine legalmente un proceso, lo que siempre es bienvenido, con el reconocimiento de su naturaleza pública, con las importantes connotaciones que ello trae consigo.

## 2. *Los fines del proceso*

Este es uno de los temas que más significación adquiere en el contexto socioeconómico e internacional en que el proyecto se ha formulado. De acuerdo al primer párrafo de su artículo 14, “para interpretar la norma procesal, el tribunal tendrá que tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales”. Norma similar la encontramos en el artículo 4º del título preliminar del Código de Colombia y en el inciso 2 del artículo 212 de la Constitución de Panamá. Respecto a esta última regla y comentando el ordenamiento procesal de Panamá, Jorge Fábrega nos cita el artículo 520 del código judicial que contiene idéntico principio, expresando que “el juez debe tener en cuenta que el fin del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la ley sustancial y con ese criterio debe interpretar las normas procesales”.<sup>110</sup> Por lo demás, tal es el criterio más o menos unánime de la doctrina. Sin embargo,

<sup>110</sup> Fábrega, Jorge, “El nuevo ordenamiento procesal civil en Panamá”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núms. 1-87 (sic), pp. 15-18.

si se le relaciona con las características del mundo en que vivimos, a cuya realidad nos debemos, parecería que es oportuno y conveniente, clarificar o recordar, según como se miren las cosas, que el verdadero y único fin del proceso es realizar la justicia que permita restaurar la paz social alterada por el conflicto de intereses, a la que tiende, es verdad, mediante el reconocimiento o la efectivización de los derechos sustanciales, pero sin perder de vista que tal reconocimiento o efectivización nos deben llevar indefectiblemente a alcanzar o por lo menos a tender si aquello no es posible, a la justicia que posibilita la paz social. Es posible que el tratamiento de este tema presuponga más tiempo y profundización, requiriéndose sin duda el aporte meditado e imprescindible de la doctrina, pero la ocasión es propicia para su mención, si se tiene en cuenta que el proyecto de código modelo, elemento valioso para la integración de nuestros pueblos, se encuentra en pleno comentario, debate y difusión, no sólo a nivel nacional sino inclusive internacional con la celebración de valiosos certámenes efectuados con tal motivo.

Asimismo, es posible que si se examina el tema con la visión de la tradición y de la historia, se diga que no resulta indispensable mencionar la paz social, resultante de la justicia, como el fin último del proceso, porque ello va invívito en la efectivización o el reconocimiento de los derechos sustanciales, con lo cual coincidimos. Pero que estimamos limitado o insuficiente para la realidad actual, con mayor razón si hemos convenido en exposiciones, congresos y reuniones que la administración de justicia debe exigir y operar en función del usuario de la justicia, verdadero destinatario de nuestros esfuerzos. “Apreciar el proceso y la responsabilidad del juez en función del ciudadano común que pide justicia, es uno de los mayores logros que puede alcanzarse en la ciencia procesal y también uno de los pocos fundamentos concretos de pretender un futuro mejor”.<sup>111</sup>

Dice Véscovi:

Fin o función del proceso. Las doctrinas que pretenden explicar el fin del proceso oscilan entre cuestiones diferentes: saber si se trata de resolver un conflicto material (sociológico) o de actuar el derecho (jurídico); si se persigue un fin individual, solucionar un conflicto

<sup>111</sup> Parodi Remón, Carlos, párrafo correspondiente a una obra en preparación sobre derecho procesal.

subjetivo, o un fin público, la actuación de la ley, del derecho y, en último término, los fines de éste: paz, justicia.<sup>112</sup>

### Expresa Alvarado Velloso:

Así, la tendencia privativa de la escuela clásica, de filiación civilista, que consideraba la litis como una cuestión de derecho privado y al proceso como un instrumento para la protección del derecho subjetivo, necesariamente entendía que a las partes correspondía, no sólo la iniciación de él, sino el impulso procesal y, por tanto, el juez era un mero espectador que al final de la contienda le otorga la razón al vencedor. Al contrario, al tendencia publicista considera la litis como un fenómeno social, cuya justa solución interesa a la colectividad para el restablecimiento del orden jurídico alterado, desde esta óptica, el proceso es, entonces, un instrumento para la actuación del derecho objetivo y, en orden a ello, deben aplicarse las facultades para la investigación de la verdad real frente a la verdad formal.<sup>113</sup>

En la primera opinión se cita expresamente la paz y la justicia. En la segunda se infiere, porque “la actuación del derecho objetivo” no puede tener otro propósito. Por consiguiente el ciudadano común y corriente, aquel no iniciado en el mundo del derecho y que no sabe, ni tiene por qué saber del intrincado tráfigo judicial; sí sabe, en cambio, que cuando interpone una demanda o en su caso deba contestar alguna, el juez deberá enrumbar sus esfuerzos en buscar y hacer la justicia sin la cual deviene ilusorio pretender la paz social.

Es cierto que como Armienta nos recuerda con propiedad, “El problema de una recta administración de justicia, se ha dicho por los más preclaros juristas, más que un problema de la ley es un problema del hombre”.<sup>114</sup> Pero la naturaleza del Código cuyo proyecto comentamos, por la dimensión internacional que conlleva, debe contener una norma que se refiera específicamente a la paz social como objetivo supremo del proceso, principio éste en el que todos coincidimos. Y Vécovi nos lo recuerda,<sup>115</sup> al referirse a la paz y la justicia como fines del proceso.

<sup>112</sup> Vécovi, Enrique, *Teoría general del proceso*, Bogotá, TEMIS, 1984, p. 105.

<sup>113</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, “Deberes y facultades de los jueces en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica”, en la obra mencionada en la nota 6, vol. I, p. 119.

<sup>114</sup> Armienta Calderón, Gonzalo, “El proceso como expresión de la democracia” (II), en *Revista Mexicana de Justicia*, núm. 14, vol. III, sept-oct., 1981, p. 95.

<sup>115</sup> Vécovi, Enrique, *op. cit.*, nota 112, p. 105.

En otras palabras estimamos de gran importancia para el futuro del proyecto en función a su adecuación a las realidades propias de cada país, que su texto contenga referencias muy concretas a principios en los que estamos todos de acuerdo, uno de los más trascendentes en relacionar el proceso con la paz social, anhelo este último común a todos, sin excepción.

Precisamente el artículo III del título preliminar del nuevo Código Procesal Civil de Perú, nos dice:

*Fines del proceso de integración de la norma procesal.* El juez deberá atender a que la finalidad abstracta del proceso es resolver un conflicto de intereses a través de una decisión justa que propicie la paz social y que su finalidad concreta es hacer efectivos los derechos sustanciales. En caso de vacío en las disposiciones de este código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondiente, en atención a las circunstancias del caso.

Es por ello que con cargo a la obvia profundización del tema sometemos a consideración, la inclusión del concepto de “paz social” en el primer párrafo del artículo 14 del proyecto de código modelo, manteniendo la preferencia a la “efectividad de los derechos sustanciales”, como lo quiere la doctrina y buena parte de la legislación, conforme a un texto que podría ser el siguiente:

“*Artículo 14.* Para interpretar la norma procesal el Tribunal deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la paz social a través de la efectividad de los derechos sustanciales. En caso de duda se deberá recurrir. . .”

### 3. *El acceso a la justicia*

Es preocupación unánime en la doctrina procesal establecer claramente el derecho absolutamente incondicionado del ciudadano a acceder a la justicia, tema que ha sido y es materia de numerosos trabajos, destacando el dirigido y elaborado por Mauro Cappelletti, al que glosa Roberto Berizonce como “una colosal investigación conocida como Proyecto Florentino sobre el acceso a la justicia”.<sup>116</sup> Este punto tiene que ver directamente con el postulado primordial de

<sup>116</sup> Cappelletti, Mauro y Bryant Gart, *El acceso a la justicia*, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, s/f.

toda reforma que merezca este nombre y que puede expresarse en los planteamientos siguientes:

- a) facilitar el acceso a la justicia, tanto del demandante como del demandado, a través del ejercicio de derecho de acción, cuya verdadera naturaleza es la de ser un derecho humano;
- b) acercar el derecho a la realidad;
- c) aproximar al juez con el litigante, con el ciudadano, con el ser humano en suma.

Todo lo cual resulta perentorio en la hora actual como premisa ineludible para alcanzar la paz social.

La legislación así lo ha comprendido, como en los dos primeros párrafos del artículo 17 de la Constitución mexicana, el punto 1 del artículo 24 de la Constitución española, el artículo 11-1 del proyecto del código modelo y el segundo párrafo del artículo 7º de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial del Perú, entre otros. Pero ninguna norma más clara que la contenida en el artículo 32 de la Constitución Imperial del Japón de 3 de noviembre de 1946: “A nadie se le podrá negar el derecho de acceso a los tribunales de justicia”. Por su parte, el nuevo Código Procesal Civil del Perú absuelve el punto en los artículos I y VIII de su título preliminar y en sus artículos 2º y 3º.

La visión panorámica pues a este respecto es clara. Y por ello nos preocupa la situación que se plantea al relacionar el artículo 11 del proyecto con los artículos 33-1 y 112-2 del mismo; el primero que faculta al tribunal a “rechazar *in limine* la demanda, cuando ella fuere manifiestamente improponible, cuando carezca de los requisitos formales exigidos por la ley y cuando se ejercite la pretensión especialmente sujeta al término de caducidad y éste haya vencido”; y el segundo estableciendo que “si el tribunal determinare que la demanda es manifiestamente improponible la rechazará de plano, expresando los fundamentos de su decisión”.

En pocas palabras, de lo que se trata es de ensamblar de tal forma el artículo 11 del proyecto con los artículos 33-1 y 112-2, que la aplicación liberal o extremadamente subjetiva de estos últimos no atente contra el principio de “acceso a la justicia”, el que sólo puede ser viable mediante el ejercicio del derecho de “acción”, el mismo que como ha dicho Fix-Zamudio al comentar el artículo 17 de la Constitución de México, “debe considerársele no sólo como un derecho subjetivo público a la prestación jurisdiccional, es decir, como un derecho puramente formal, sino como un verdadero derecho a

la justicia, que implica un acceso real de los justiciables a la propia jurisdicción”.<sup>117</sup>

La preocupación que comentamos ha sido ya advertida, como se ha visto anteriormente, por diferentes analistas del proyecto, como el profesor Montero Aroca, quien expresa que la demanda “manifiestamente improponible” a que se refieren los artículos 33-1 y 112-2, debe apreciarse con prudencia y exquisita cautela; el profesor Pedro Bertolino, quien afirma que no sólo se trata de admisibilidad sino también de la fundabilidad; y el profesor Devis Echandía, quien estima que los casos de rechazo a la demanda deben ser señalados taxativamente.

Resaltemos que esta tesis ha sido ya acordada por el propio proyecto al establecer en el artículo 11-2 que “para proponer o controvertir útilmente las pretensiones, es necesario invocar interés y legitimación de la causa”, y en el artículo 11-3, que “el interés del demandante puede constituir en la simple declaración de la existencia o inexistencia de un derecho.

Es decir que ni la legitimación de la causa ni el interés pueden ser condicionantes del ejercicio del derecho de “acción”; lo son sí, en cambio, para pretender tener éxito en el proceso y es por ello que el texto se refiere a proponer o controvertir *útilmente las pretensiones*; si el demandante acredita su legitimación y su interés, su pretensión es declarada fundada, pero al finalizar el proceso, cuando ya se ejerció la acción. Pero no puede pretenderse que si un juez con la simple lectura de la demanda considera que el demandante no tiene ni la legitimación en la causa ni el interés, rechace *in limine* la demanda con una evidente lesión al acceso de la justicia.

La doctrina coincide en que tanto uno como otro concepto, la legitimación para obrar y el interés, son propios de la sentencia y no de la simple demanda. Ramos Méndez reflexiona al respecto:

En mi opinión, la teoría de la legitimación representa hoy un esfuerzo superfluo y vano para tratar de asegurar la presencia en el proceso desde su iniciación, del verdadero titular del derecho discutido en el juicio. Dicho propósito es estéril porque, como veremos, admitido el principio de la libertad de acción, no puede condicionarse la admisibilidad del proceso a que el litigante justifique *in limine litis*, la titularidad de su derecho. La existencia o no de dicha titularidad sólo resultará del juicio, de la sentencia definitiva. Lo que bastará para la

<sup>117</sup> Fix-Zamudio, Héctor, obra mencionada en la nota 5, p. 16.

conducción del proceso es sencillamente que dicha persona sea uno de los litigantes. [Y abunda:] el hecho de que la persona sea o no propietaria o acreedora, es algo que sólo resulta de la sentencia que pone término al proceso, pero que no se sabe inicialmente. Así la sentencia crea el Derecho entre las partes.<sup>118</sup>

En el mismo sentido, Fábrega y Arjona afirman que “la legitimación en la causa es un presupuesto de la pretensión necesario para proferir sentencia de fondo sobre una relación jurídica y no se vincula con la calidad para ser parte en un proceso, ya que puede serlo cualquier persona, tenga o no legitimación en la causa”.<sup>119</sup>

Y por claras razones: la legitimación en la causa y el interés (concepto este último que para los fines analizados sigue la misma suerte que aquélla), son propios de la relación jurídica sustantiva; en cambio, por ejemplo, la capacidad procesal, se refiere específicamente a la relación jurídica procesal (legitimación en el proceso).

Las razones expuestas nos llevan a proponer que el rechazo de la demanda cuando sea “manifiestamente improponible”, como lo disponen los artículos 33-1 y 112-2, sea aplicado con un sentido claramente restrictivo y en casos excepcionales en que se planteen demandas absurdas carentes de toda razón, sin perjuicio de la posibilidad que prevé el segundo párrafo del artículo 112-2 y del concesorio de la apelación con efecto suspensivo contra la resolución que rechaza de plano la demanda.

Consecuentemente con lo expuesto, la misma solución cabe para el artículo 123-9 del proyecto, que incluye como excepción previa contra la demanda, “la falta de legitimación o interés, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda”, regla que sin duda ha de interpretarse restrictivamente, pues queda sujeta a los mismos riesgos, que en materia del acceso a la justicia, plantean los artículos 33-1 y 112-2.

A este respecto expone claramente Véscovi:

La legitimación, entonces, es un presupuesto de la sentencia de mérito. La falta de legitimación, que a veces se dice falta de cualidad o falta de acción, no funciona, en la mayoría de los regímenes procesales, como una cuestión previa (como una cuestión dilatoria) que hay que resolver liminarmente, antes de continuar el proceso, sino en el mo-

<sup>118</sup> Méndez, Ramos, *op. cit.*, nota 58, pp. 241-242.

<sup>119</sup> Fábrega, Jorge y Adán Arnulfo Arjona, *Estudios procesales*, Panamá, Editora Jurídica Panameña, 1989, t. I, pp. 247 y ss.

mento de la sentencia final (de mérito), pero antes de entrar al fondo. Por excepción en algunos países (Venezuela, Brasil, Francia) funciona como cuestión previa.<sup>120</sup>

Opinión valiosa que confirma el planteamiento expuesto.

#### 4. Responsabilidad del juez

El extremo de la responsabilidad de los jueces tratado en el artículo 32 del proyecto, ha sido, es y será motivo de debate doctrinario. Sin embargo, pensamos que la evolución en el tratamiento de dicho concepto nos lleva a horizontes distintos de los que hasta ahora se ha aceptado.

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 del servicio de justicia, de ahí que combina la imparcialidad y la objetividad de los jueces con un adecuado porcentaje de responsabilidad social, requerido tanto a la sociedad como a quienes forman parte de ella y que son los auténticos destinatarios de dicho servicio.<sup>121</sup>

Esta tesis no es sino el reflejo de lo que actualmente se necesita con perentoriedad y ya hemos dicho: acercar el derecho al pueblo, a la realidad. En tal contexto proponemos, mediante un inciso más al artículo 32, una referencia genérica a la opinión pública, como tránsito a una concepción más general, siempre en aras de la justicia y en función del justiciable.

Abunda en favor de esta propuesta, la acertada exclusión del aspecto "moral" en el texto del artículo 30-2, en la calificación del juez para su designación como tal y que sólo se trata referencialmente en el inciso 1 del mismo artículo 30, pues dicho aspecto, el moral, incide en un estado de vida, una concepción de ésta, imposible de cuantificarse.

Tal agregado podría ser el siguiente:

"Artículo 32-4. Los supuestos anteriores se entienden independientemente de la responsabilidad moral que asumen los jueces ante la opinión pública."

<sup>120</sup> Vescovi, Enrique, *op. cit.*, pp. 196-197.

<sup>121</sup> Cappelletti, *op. cit.*, nota 56, pp. 98-99.

## 5. *Ministerio Público*

Parecería justo que en el supuesto previsto en el artículo 39-1, que el Ministerio Público pudiendo haber intervenido como parte en un proceso, no lo hubiere hecho sin causa justificada, se establezca algún tipo de sanción, pues se trata de procesos “que pueden afectar los intereses generales de la sociedad” (artículo 36).

## 6. *Partes procesales*

El título V del libro I dedicado a las partes, se inicia con el artículo 43, que las define con nitidez considerando como tales al demandado y los terceros previstos por el código. Esta regla sugiere ciertos comentarios. Bien sabido es como el concepto de “parte” ha originado en la doctrina numerosos planteamientos y enfoques, inclinándose paulatinamente por la conveniencia de que la norma brinda una saludable apertura en tal sentido, posibilitando la incorporación al proceso de quienes se consideren con derecho de ello, tesis esta última que, por lo demás, está prevista genéricamente en el artículo 11-1. No se trata desde luego de que se permita que cualquiera, sin mayor razón, pretenda ingresar al proceso. Ya lo dijo Amílcar Mercader: “Los pleitos no son como pilas de agua bendita que en los atrios de las iglesias se ofrecen, sin limitación alguna, a los que quieren persignarse”.<sup>122</sup> Independientemente del amplio debate doctrinario suscitado con motivo del concepto de “parte”, lo fundamental es la preservación del derecho de acción y la conveniencia teórica y práctica, más ésta que aquélla, de cautelar la unidad del proceso y de que una sola sentencia resuelva todos los derechos controvertidos. En este contexto la regla contenida en el artículo 43, puede resultar más útil que alguna otra; como ejemplo: “Son partes todos los sujetos de la relación jurídica procesal”, en la medida de una adecuada normatividad relativa al “tercero”, como la prevista en los artículos 58 y siguientes. Por lo demás, es claro que el “tercero” solamente lo es en tanto no ingrese al proceso, ya que en este caso, de manera automática deviene en parte, calidad que en consecuencia siempre tuvo, pero que adquiere la debida formalidad cuando el juez lo declare así.

<sup>122</sup> Citado por Eduardo Lucio Vallejo en “Intervención de terceros en el proceso civil, penal y laboral”, ponencia general nacional al XII Congreso Argentino de Derecho Procesal celebrado en Rosario, Argentina, en mayo de 1983 y publicado en *Ponencias generales, informes y comunicaciones*, p. 208.

La unidad del proceso está consagrada en diversos numerales del proyecto, entre ellos los artículos 55, tercer párrafo, y 96-1, infiriéndose de otros, como del artículo 109.

Es por ello que nos inclinamos en este aspecto del proyecto, más por la amplitud que por la restricción.

## 7. Pruebas

La norma contenida en el artículo 141-4, respecto a la declaración de parte, innova la costumbre legislativa que por lo general viene rigiendo, en el sentido de que tratándose de una persona jurídica, es su representante legal quien la obliga mediante aquella declaración; al establecerse que sea la misma persona jurídica la que designe a la persona física que comparezca a la diligencia, relevando a su representante legal o estatutario a la calidad de testigo, guarda relación con la tendencia doctrinaria y también en muchos casos legislativa, a la facultad del juez de apreciar las pruebas en conjunto a través de las reglas de la sana crítica, que es justamente la solución del proyecto en su artículo 130 y también del nuevo Código Procesal Civil peruano en el artículo 197.

Siempre en el tema de la prueba, la disposición imperativa señalada en el artículo 151-5 parece excesiva, pues el testigo no es parte. Podría considerarse esta posibilidad como excepción y no como regla general, esto es, que en los casos en que el juez estima necesaria la presencia del testigo, así lo disponga. Coincide con esta tesis una de las opiniones vertidas en las XII Jornadas Iberoamericanas celebradas en Mérida, España.<sup>123</sup>

En tal sentido, la redacción sería lo siguiente:

*“Artículo 151-5.* En los casos en que el juez lo considere necesario, dispondrá de que el testigo sólo podrá ausentarse de la sede del tribunal si se le autoriza para ello, lo que regirá hasta la expedición de la sentencia.”

## 8. Eficacia de las resoluciones judiciales

En lo que se refiere a este importante tema, en especial la eficacia de la sentencia frente a terceros, tratada en el artículo 192, puede

<sup>123</sup> Véase nota 45, vol. II, pp. 16-35.

resultar conveniente y útil agregar un inciso, el 4, por razones de técnica al final del texto actual, que contenga una norma genérica referida a la posibilidad de la ampliación en los alcances de la cosa juzgada, tesis ésta reflejada en la doctrina y que se inscribe en la renovación de la validez de los conceptos fundamentales procesales, entre ellos la cosa juzgada, guardándose así la coherencia con la dimensión que hoy se concede al derecho de acción, al derecho de tercero, a la legitimación en la causa, entre otros. Es decir, que en términos concretos, el A contra B para que decida C ha sido superado en sus breves límites, pues hoy, en la época actual, a la sociedad en pleno le interesa el funcionamiento eficaz y honesto del Poder Judicial y paulatinamente se han ido ampliando los contornos de la cosa juzgada. Baste citar a este efecto el caso de los intereses difusos, acertadamente incluido en el artículo 194 del proyecto, en el que la sentencia tendrá eficacia *erga omnes*, salvo que fuere absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso podrá volver a plantearse la cuestión.

El artículo 82 del nuevo Código Procesal Civil del Perú contempla el supuesto de los intereses difusos, determinando el aspecto de la legitimación para promover o intervenir en el proceso y disponiendo su último párrafo, que “la sentencia definitiva que declare fundada la pretensión demandada, será obligatoria incluso para quienes no hayan participado del proceso”.

El texto a agregarse pues, podría ser el siguiente:

“*Artículo 192-4.* Sin perjuicio de lo expuesto, cualquier persona que acredite que le alcanza la cosa juzgada, podrá valer en la forma prescrita por la ley.”

## 9. Medios de impugnación de las resoluciones judiciales

En vía de comentario del capítulo VII del título VI del libro I, debe entenderse que la última frase del artículo 211-1, opera sin perjuicio del principio de la doble instancia, que en el Perú es una garantía de la administración de justicia conforme al artículo 233-18 de la Constitución política. Lo mismo puede decirse de la renuncia al derecho de recurrir contemplada en el artículo 211-2. La referencia al proceso arbitral (artículo 16) que aquella norma incluye, nos convence de lo expuesto, pues en tal proceso impera la voluntad de las partes, tratándose obviamente de derechos disponibles.

El artículo 212 en forma genérica, el 218 en el recurso de apelación y el 242 en el recurso de casación, confirman la condición

del agravio para la procedencia de la impugnación de las resoluciones, entendiéndose que tal agravio puede producirse no sólo en la parte resolutive sino también en la considerativa, atentada la unidad de la resolución como acto jurídico procesal. Igual en el artículo 366 del Código de Perú.

El carácter subsidiario de la apelación que no es reconocido por la jurisprudencia peruana, se señala en los artículos 217 y 220-2 del proyecto, encontrándose su fundamento en la necesaria celeridad procesal. Igual comentario puede formularse acerca de la inclusión de la nulidad en la apelación, artículos 107, segundo párrafo, y 219, figuras ambas perfectamente diferenciadas en la legislación del Perú.

El artículo 223-1 exige la fundamentación del recurso de apelación, así como el de adhesión al mismo, estableciéndose que en el caso de no fundársele, se rechazarán de plano, teniéndose por no deducido el recurso. Similar regla rige tratándose del recurso de casación, conforme a los artículos 241, 243 y 244 del proyecto. Este aspecto de la obligatoriedad de la fundamentación sugiere interesante proyección en orden no sólo a la conveniencia de que el recurrente sustente su punto de vista a efecto de que el juzgador disponga de los elementos de juicio necesarios para emitir su fallo y a que la contraparte, a su vez, esté en condiciones de neutralizarlos o re debatirlos, sino por elemental sujeción a las normas procesales, cuyo propósito, como se sabe, es reivindicar la paz social a través de una sentencia justa y certera, para lo cual el esfuerzo de partes y de jueces se estima común en orden a tal objetivo y no contradictorio ni disperso.

Sin embargo, y no obstante las bondades de la exigencia para fundamentar los recursos, pensamos que ella debe entenderse sin perjuicio de la doble instancia, aun considerando el recurso de queja por denegatoria (artículos 232 y siguientes), pues un exceso de celo o subjetivismo del juez con respecto a la poca solidez o insuficiencia de la fundamentación, podría devenir en una denegatoria con detrimento de aquella garantía, lo que parece inconveniente. En tal sentido pensamos que la calificación del recurso por el juez, en cuanto a su fundamentación se refiere, debe hacerse con criterio extensivo y no restrictivo, en aras precisamente de la vigencia y utilidad de aquel principio procesal.

Al establecer el artículo 228 que contra lo resuelto en apelación sólo caben los recursos de aclaración y ampliación (formales) y de casación y revisión (extraordinarios), guarda la debida coherencia

con el artículo 23-3, según el cual, salvo los asuntos que por ley se tramiten en instancia única, habrá dos instancias en todo proceso, entendiéndose que el primer supuesto de esta última regla es la excepción, limitada a casos muy específicos. El artículo X del título preliminar del nuevo Código de Perú dispone que “El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta”.

Encontramos plenamente justificada la regla contenida en el tercer párrafo del artículo 240, al restringir como infracción a las normas de procedimiento, “aquellas que sean esenciales para la garantía del debido proceso y siempre que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente”, ratificando la validez del “debido proceso”, invocado genéricamente en el segundo párrafo del artículo 14. La importancia de tal concepto —que ha cobrado en los últimos tiempos auge inusitado por su trascendencia en orden a la preservación de las garantías inherentes a la propia calidad del ser humano, entre ellas el derecho de defensa, a la igualdad, a la equidad y en el último término a la justicia— no puede estar ausente en los cuerpos normativos de hoy. El nuevo Código de Perú lo cita expresamente en el artículo I de su título preliminar, así como el proyecto comentado, además del citado segundo párrafo de su artículo 14, en los artículos 310-4 y 365-1, o en sus elementos principales como en el artículo 387-1, en sus incisos *d*), *e*) y *f*).

## 10. *Proceso cautelar*

En el desarrollo de este punto en el título II del libro II, los artículos 274 y siguientes consagran los lineamientos de la doctrina actual, permitiéndolos en cualquier proceso y en cualquier estado de la causa incluso facultando al juez para “adoptar las medidas provisionales y anticipativas que juzgue adecuadas”, como dice el artículo 280, expresión de la regla general contenida al respecto en el artículo 265. Con la denominación de “medida anticipada”, el código peruano en su artículo 618 contiene norma similar. La visión del tema nos muestra su tratamiento intenso.<sup>124</sup>

<sup>124</sup> Recordemos que uno de los temas de las XI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal celebradas en Río de Janeiro, Brasil, fue el referido a las “Medidas Cautelares Innominadas”, cuyos ponentes fueron los juristas Arístides Rengel Romberg y E. U. Moniz de Aragao, venezolano y brasileño respectivamente.

## 11. Audiencia preliminar

El establecimiento obligatorio de la audiencia preliminar en los procesos de conocimiento y a que se refieren especialmente los artículos 298-3, 300, 301, 302 y 303, consagra la unanimidad que al respecto existe en la doctrina, no sólo por su evidente utilidad práctica sino incluso por la tentativa de conciliación que ella presupone (artículo 301-3), alternativa tan necesaria y tan oportuna en el mundo de hoy, tanto más si se ha incluido la conciliación previa, la cual, una vez convenida, tiene la validez de la transacción (artículos 263 y 267-1). Sobre la importancia de este instituto no cabe insistir, recordándose que su incorporación en el juicio ordinario declarativo en la Ley de Enjuiciamiento Civil a través de la reforma acordada en la ley 34/1984, está considerada como uno de los temas más trascendentes que merecen un juicio favorable.<sup>125</sup>

La mención del principio *rebus sic stantibus* en el segundo párrafo del artículo 307 referente a los procesos extraordinarios nos recuerda la importancia del principio y la forma como se le trata actualmente, expresión de la necesidad del juez creador del derecho, en vía de una interpretación honesta y adecuada de la norma, tratando de alcanzar la paz social a través de la justicia que administra. No otro es el sentido de las normas innovadoras en la legislación peruana mediante los artículos 1234, 1235 y 1440 del Código Civil de 1984 y cuyo texto nos exime de mayor comentario.

*Artículo 1234.* El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado.

*Artículo 1235.* No obstante lo establecido en el artículo 1234, las partes pueden acordar que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o a mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante. El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día del vencimiento de la obligación. Si el deudor retarda el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia al día de vencimiento de la obligación o al día en que se efectúe el pago.

<sup>125</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil, Tecnos, 1985, p. 31. El otro tema se refiere a la casación.

*Artículo 1440.* En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.<sup>126</sup>

En lo que se refiere al nuevo Código Procesal Civil del Perú, el proceso establece por audiencias, la primera denominada “audiencia conciliatoria o de fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio” (en los artículos 468 y siguientes), y la segunda, llamada la “audiencia de pruebas”, que precisamente se actúa cuando no hay conciliación (artículos 202 y siguientes). Si la hay, equivale a una sentencia con autoridad de cosa juzgada (artículo 470) y si no la hay, luego de la audiencia de pruebas, queda la causa expedita para sentencia, luego de un alegato de cinco días (artículo 212).

Hemos opinado en relación con el código peruano que el éxito de su aplicación depende en lo fundamental de mentalizar al hombre de derecho, sea juez, abogado, litigante o auxiliar y crear así las condiciones que lo hagan posible para alcanzar los fines que todos pretendemos.

## 12. *Procesos voluntarios*

Sin perjuicio del debate doctrinario aun no resuelto sobre la llamada “jurisdicción voluntaria”, el proyecto mantiene estos procesos con la denominación de voluntarios en el título VI del libro II.

La norma contenida en el artículo 336-4 podría ser referida a un plazo determinado, salvo en determinados casos como la acción petitoria de herencia, si se tiene en cuenta la acertada regla del artículo 336-2.

La unificación de todas las acciones que se relacionen con un proceso sucesorio ante un juez determinado y a que se contrae el artículo 340, refleja una acertada doctrina que la legislación peruana

<sup>126</sup> Este tema fue tratado en el XI Congreso Mexicano celebrado en Durango, con el rubro de “Problemas procesales derivados de la crisis económica de los países latinoamericanos”, publicándose las ponencias en la obra mencionada en la nota 5.

na acoge a través del artículo 663 del Código Civil de 1984 que dispone una regla similar.

### 13. *Procesos concursales*

A este respecto es conveniente la intervención de un síndico por cada concurso, tal como lo prescribe el artículo 355-3, lo que no concuerda con la Ley de Quiebras del Perú de 1932 (actualmente en proceso de sustitución), en la que se considera la designación por parte de la corte superior de cada distrito judicial, del llamado síndico departamental de quiebras por un periodo de cuatro años, durante los cuales debe atender todos los procesos de quiebra que se inicien judicialmente, si bien debe aclararse que dicha ley comprende tanto a los quebrados comerciantes como a los que no lo son.

Asimismo, en relación con el artículo 355-5, la Ley de Quiebras peruana dispone que quien preside la junta de acreedores es el juez y no el síndico, y en comentario del artículo 358-9, la misma ley establece que la sentencia de quiebra se limita a establecer el orden en que los acreedores deben ser pagados y que puede ser apelada únicamente por dichos acreedores.

## V. REFERENCIAS DE TEXTO

No obstante que los comentarios y sugerencias al proyecto deben prescribir en principio de referencias a aspectos de léxico o gramaticales, pueden formularse algunas citas relativas al propio texto a manera de propiciar su aclaración o precisión.

Por ejemplo, en el artículo 30-4, comprendido en el estatuto de los agentes, podría considerarse la sustitución del término “introducción” por el de “incorporación”, no obstante que pueden ser estimados como sinónimos.

En el mismo sentido y en relación con el segundo párrafo del artículo 102 relativo al archivo de expedientes, podría sustituirse el término “de mandato judicial” por “mediante mandato judicial” o “por mandato judicial”.

Finalmente se advierte un error simplemente material o de impresión en la parte final del artículo 209-2, pues debe ser “auto” en vez de “autor”.

## VI. PALABRAS FINALES

Como decíamos en las primeras palabras, la elaboración de esta ponencia representa un señalado honor por la trascendencia, significación y proyección del proyecto del código modelo, que es el fruto de más de 25 años de esfuerzo tenaz y labor infatigable. Así las cosas, cualesquier sugerencia u observación que se formule al proyecto, no hacen sino resaltar la obra brillante de sus autores, a la que le damos continuidad y permanencia en hitos permanentes de reflexiones, análisis y debates académicos.

El hermano país de México, anfitrión una vez más en estos certámenes, con su generosidad y bonhomía cada vez más expresivas y más profundas, en esta ocasión bajo una doble égida, pues celebramos conjuntamente el XIII Congreso y las XIII Jornadas, nos permite poner el presente hito en esta historia de americanismo y de fraternidad.

La mejor manera pues de responder a esta nueva esplendidez de los hermanos mexicanos, es reiterar la promesa de continuar indamayadamente en esta cruzada de superación jurídica, fortaleciendo los elementos de unión como el proyecto de código modelo, cuyo objetivo es un sentimiento permanente y común: la integración de nuestros pueblos.