

## EL RECURSO DE NULIDAD CONTRA LOS LAUDOS ARBITRALES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA

Rafael HINOJOSA SEGOVIA

SUMARIO: I. *Introducción*; II. *Sistemas de impugnación de los laudos*; III. *Jurisdicción y competencia*; IV. *Motivos del recurso*; V. *Procedimiento*; VI. *Efectos*; VII. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

Queremos aprovechar la ocasión que nos brindan estas jornadas para poner de manifiesto la gran obra que, desde el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, se está llevando a cabo para unificar los distintos ordenamientos jurídicos del mundo iberoamericano en el campo del derecho procesal; eso sí, respetando las particularidades o singularidades de cada uno de los países que lo integran.

En esta línea se ha publicado en el año 1988 el Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, cuyo antecedente más próximo fue “El sistema de una ley procesal iberoamericana”, debido al insigne maestro Guasp.<sup>1</sup>

Como se dice en el prólogo, “no se trata de un anteproyecto definitivo, ni con pretensiones de regir, como tal, en ningún país. Es solamente un modelo, un código tipo para servir de base a las reformas que encaran todos los países de nuestra área”.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> *Actas del I Congreso Iberoamericano y filipino de derecho procesal*, Madrid, 14-19 noviembre de 1955.

<sup>2</sup> Según se recoge en la explicación de las disposiciones del anteproyecto “como se trata de normas que 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— la redacción de muchas disposiciones tienen un simple contenido programático (como lo es, en puridad, todo el anteproyecto)”. *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (historia, antecedentes, exposición de motivos), texto del anteproyecto*, Montevideo, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1988, p. 70, y *Códigos Procesal Civil y Procesal Penal, Modelos para Iberoamérica*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, p. 71.

Más recientemente se ha publicado un volumen con el título *Códigos Procesal Civil y Procesal Penal, Modelos para Iberoamérica*, por el Ministerio de Justicia español.<sup>3</sup> Como señala el profesor Almagro Nosete en la presentación:

no me incumbe glosar la importancia de estos proyectos. . . pero sí anticipar que son dos obras muy nuevas y modernas en concepción, estilo y factura. Recogen lo más granado de las grandes aportaciones doctrinales y legislativas, decantadas a lo largo de la evolución científica de la disciplina. Debo señalar —continúa el profesor español— que el valor de estos códigos trasciende al presente y se sitúa en el terreno de la elaboración de los métodos procesales que tendrán que venir como respuesta a viejas y caducas formulaciones que necesitan ser superadas.<sup>4</sup>

Con esta comunicación sólo pretendemos realizar unas pequeñas consideraciones sobre el sistema de impugnación de los laudos arbitrales en el Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

Resulta indiscutible la importancia que ha adquirido la institución del arbitraje en los distintos países en momentos en que la administración de justicia se ve desbordada por la saturación de los órganos jurisdiccionales ante la avalancha de asuntos y también, por qué no decirlo, por la escasez de medios, tanto humanos como materiales, con que se cuenta en la generalidad de los países para hacer frente a esa situación. De ahí que se potencie el arbitraje como sistema heterocompositivo para la resolución de conflictos.

Así, en la explicación de las disposiciones del anteproyecto al tratar del "Proceso arbitral" (expresión sobre la que volveremos más adelante) se dice que,

en materia de proceso arbitral se procura facilitar su adopción, reconociendo la importancia del mismo y del que procuran consagrar las Cámaras de Arbitraje. Con tal finalidad se disciplina con poco detalle y el máximo de sencillez, la cláusula compromisoria; el compromiso; la asistencia judicial; la actuación de los árbitros uni o pluripersonales; con o sin secretaría; el procedimiento, para el caso de no preverlo las partes; la conciliación obligatoria.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Vid., nota 2.

<sup>4</sup> *Op. cit.*, pp. 5 y 6.

<sup>5</sup> *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. . . , cit.*, p. 83 y *Códigos Procesal Civil y Procesal Penal. . . , cit.*, p. 83.

Pero nuestra aportación no se va a referir al arbitraje propiamente dicho, sino, como ya hemos adelantado, se circunscribe al medio de impugnación contra el laudo arbitral. Es nuestra intención sugerir algunas ideas sobre esta cuestión ante su previsible utilización abusiva, debido no sólo a la difusión de la institución arbitral, sino también ante la falta, en el Proyecto de Código Modelo, de un procedimiento de ejecución provisional de los laudos o, en su defecto, de un sistema de medidas cautelares para garantizar la eficacia del laudo o de la resolución del tribunal que recaiga como consecuencia de la correspondiente impugnación.

Al medio de impugnación se alude expresamente en las "Bases generales comunes para códigos latinoamericanos de procedimiento civil"; en concreto, en la número 8a., que dice: "debe auspiciarse el proceso arbitral en instancia única y reconocerse al laudo valor de sentencia judicial; pero su ejecución debe estar reservada al órgano judicial. Es conveniente que la ley consagre un recurso de anulación contra el laudo arbitral, por vicios de forma y por violación del principio de la congruencia".<sup>6</sup>

Debemos comenzar señalando que el recurso no es el único medio para impugnar un laudo, sino que se pueden establecer otras vías a las que nos vamos a referir a continuación.

## II. SISTEMAS DE IMPUGNACIÓN DE LOS LAUDOS

Se ha dicho que la concesión de instancias o recursos jurisdiccionales para impugnar las decisiones arbitrales incide, de modo decisivo, en la configuración que doctrinalmente se atribuya al arbitraje.<sup>7</sup> Nosotros creemos que el planteamiento debe ser el inverso; es decir, según cual sea la concepción que se adopte respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje, deberá admitirse un sistema u otro de impugnación. De otro modo, como ha señalado Carnacini,<sup>8</sup> bastaría cualquier reforma legislativa para tener que replantear el problema.

<sup>6</sup> *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica...*, cit., p. 32 y *Códigos Procesal Civil y Procesal Penal...*, cit., p. 36. Estas bases se deben a los prestigiosos profesores uruguayos Gelsi Bidart y Vécovi, los cuales propusieron sus propias bases, las cuales fueron sometidas a discusión y, finalmente, fueron aprobadas tras las oportunas correcciones, adiciones o supresiones, por la totalidad de los participantes en las jornadas de Bogotá y Cartagena de Indias, en 1970.

<sup>7</sup> Vázquez Sotelo, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinados por Valentín Cortés, Madrid, Tecnos, 1985, p. 949.

<sup>8</sup> En *Arbitraje* (trad. Sentís Melendo), Buenos Aires, EJEA, 1985, p. 949.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

No obstante siendo cierto lo anterior desde un planteamiento dogmático, los sistemas legislativos parecen obviar la conocida discusión sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, y prevén medios diferentes para la impugnación de los laudos, sin tener en cuenta, en ocasiones, que la opción por uno u otro sistema depende de la categoría que se asigne al arbitraje en el correspondiente ordenamiento.

En principio podrían establecerse dos sistemas, a saber: negar la impugnabilidad de los laudos, o admitirla con menores o mayores restricciones (estas últimas sobre todo respecto de los arbitrajes de equidad).

En efecto, hay quien entiende que las partes al someterse voluntariamente al arbitraje excluyen de modo absoluto la jurisdicción (judicial estatal), quedando obligadas a cumplir lo decidido por los árbitros sin que quepa contra su laudo ninguna impugnación.

Sin embargo, no puede negarse la falibilidad de los árbitros, en el proceder o en el decidir, y ello hace aconsejable el establecimiento de algún mecanismo para revisar sus decisiones.

Entre los posibles mecanismos de impugnación que cabe señalar, podemos distinguir, en primer lugar, aquellos que atribuyen la competencia para conocer la impugnación de los laudos a órganos de índole arbitral y, en segundo lugar, a órganos judiciales.

El primer supuesto se da, por ejemplo, en el arbitraje del Consulado de la Lonja de Valencia.<sup>9</sup> Este sistema excepcional tropieza con una importante objeción: ¿hasta qué punto puede privarse a las partes de acceder, en el legítimo ejercicio de su derecho constitucional, a los órganos judiciales?

Sentado lo anterior, resulta que, admitida la procedencia de revisión en vía jurisdiccional-judicial, no existe unanimidad a la hora de concretar el mecanismo más adecuado para garantizar los derechos de los comprometidos. Dentro de esta posición cabe señalar las siguientes variantes:

a) prever la impugnación a través del *proceso declarativo ordinario* que —en cada caso— corresponde. Esta solución resulta desaconsejable en cuanto es contraria a la celeridad perseguida por la solución heterocompositiva en que el arbitraje consiste;

b) establecer un *recurso* contra el laudo ante los órganos judiciales. Este sistema, usualmente admitido en diversos ordenamientos jurídicos —caso del español, por ejemplo— supone el reconocimien-

<sup>9</sup> Vid. Fairén Guillén, "El arbitraje del Consulado de la Lonja de Valencia", en *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, Tecnos, tomo II, 1969, pp. 1316 y 1317.

to de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, tesis que consideramos errónea;<sup>10</sup>

c) admitir, como única vía de impugnación, un *incidente de oposición* en la fase de ejecución del laudo. Este medio, mucho más débil que los arriba apuntados, suele fortalecerse facilitando la exigibilidad de la responsabilidad civil de los árbitros por los daños y perjuicios que hubiesen causado a las partes;<sup>11</sup>

d) disponer un *proceso especial* de instancia única, con base en motivos tasados. Esta es, en nuestra opinión, la solución que mejor permite cohonestar la naturaleza privada del arbitraje y el cumplimiento de sus fines, con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por ello entendemos poco acertada la vía elegida por el Proyecto de Código Procesal Modelo para Iberoamérica, aunque hay que reconocer la coherencia con la posición jurisdiccionalista que mantiene respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje, al ser calificado de "proceso"<sup>12</sup> y estar incluido en un "código procesal civil".<sup>13</sup>

Pasamos, a continuación, a examinar los principales aspectos del régimen jurídico del recurso de nulidad.<sup>14</sup> previsto tanto para arbitrajes de derecho como de equidad.

<sup>10</sup> Vid. Hinojosa Segovia, *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (estudio jurisprudencial)*, Madrid, Edersa, 1991.

<sup>11</sup> Este es un sistema admitido en el derecho comparado. Vid. Carreras Llanas, "Contribución al estudio del arbitraje, ensayo de derecho comparado", en *Estudios de derecho procesal*, con Fenech Navarro, Barcelona, Bosch, 1962, p. 451; y Ogayar Ayllon, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigido por Albaladejo García, Madrid, Edersa, tomo XXII, vol. 2º, 1983, p. 244.

<sup>12</sup> Durante la tramitación parlamentaria de la Ley de Arbitraje española de 1988 se modificó el término "proceso" que se empleaba en el proyecto por el de "procedimiento", entre otros motivos porque nuestra Constitución reserva a la jurisdicción, esto es, reserva a los jueces estatales la función jurisdiccional ("juzgar y hacer ejecutar lo juzgado") por medio del proceso. Calificar al arbitraje como "proceso" podría haber abierto una puerta para cuestionar su constitucionalidad.

<sup>13</sup> Vid. Libro II, "Desarrollo de los procesos", título VIII, "Proceso arbitral", artículos 363 a 371. La propia inclusión del arbitraje en un código procesal civil es más que discutible. Sólo desde una posición "jurisdiccionalista radicalizada" podría admitirse; pero así y todo, parece conveniente distinguir con claridad lo jurisdiccional-judicial de lo jurisdiccional-no judicial. Los códigos procesales lo que deben regular es la función procesal o jurisdiccional-judicial. El arbitraje, como la conciliación, la mediación, etcétera, deben regularse por separado, como medios extrajudiciales de solución de conflictos. Otra cosa es que los códigos procesales regulen los "efectos" que producen tales medios o su posible impugnación.

<sup>14</sup> Mientras los artículos 367.3 y 369.1 utilizan la expresión "recurso de nulidad", en la base 8a. de las "Bases generales comunes para códigos latinoamericanos de procedimiento civil", se emplea "recurso de anulación".

Consultor Jurídico Digital de Honduras  
 III. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

El Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica ha optado por establecer un sistema de impugnación judicial, según se infiere del artículo 367.3 al decir, “tanto la ejecución del laudo, como el recurso de nulidad contra el mismo, se tramitarán ante ‘el’ (el entrecomillado es nuestro) tribunal judicial”.

La competencia se atribuye al órgano “que hubiese sido competente de no haberse acudido al proceso arbitral”. Según este criterio, la competencia para conocer del recurso no sólo puede ser diferente de un Estado a otro, sino que dentro de uno mismo, el recurso puede ser resuelto por distintos órganos judiciales (por ejemplo, si se trata de una controversia cuantificable económicamente podría estar atribuida a órganos de la llamada justicia menor o de la justicia mayor). Con ello no se hace sino aumentar la dispersión de la jurisprudencia en una materia que aconseja además una vigilancia cualificada de la actuación de los árbitros a quienes se ha sometido la decisión de una controversia renunciando al ejercicio de un derecho fundamental.<sup>15</sup>

#### IV. MOTIVOS DEL RECURSO

Según el proyecto, el recurso sólo puede interponerse en los siguientes casos: 1º si el laudo se expidió fuera del plazo respectivo; 2º si se pronunció fuera o más allá de los puntos comprometidos; 3º si omitió pronunciarse sobre puntos comprometidos, y 4º si no se diligenció prueba esencial y determinante de la decisión, habiendo la parte afectada reclamado oportunamente por dicha omisión (artículo 369.3.I).

La lectura de este precepto nos lleva a la formulación de las siguientes observaciones:

<sup>15</sup> Entendemos que la competencia en esta materia debe atribuirse a los tribunales o cortes supremas. La posibilidad de tal renuncia no puede llegar al extremo de que los laudos arbitrales sean contrarios al orden, o excedan del ámbito configurado por la voluntad de las partes, etcétera. Igual que ocurre con las sentencias o laudos extranjeros su equivalente jurisdiccional con las sentencias de los jueces estatales, debe requerir, al menos para algunos efectos de la correspondiente homologación, y ésta, por lo general, debe estar encomendada a los tribunales o cortes supremas, como última garantía del correcto ejercicio de la declaración y ejecución de los derechos. Otra cosa es que en la “práctica” este desideratum no pueda en muchos casos ser realizado, pero la “tendencia” debe ser la que hemos expuesto.

1a. Se trata de un recurso extraordinario, en cuanto la causa del objeto es limitada.

2a. En este precepto se incluyen dos motivos de nulidad clásicos como son el de la extemporaneidad del laudo y el de la extralimitación de los árbitros.

En cuanto al primero de los motivos, su importancia viene dada porque al ser el arbitraje una figura excepcional por la que se renuncia al ejercicio de un derecho fundamental, cual es el acceso a los juzgados y tribunales, es necesario que la duración de las facultades arbitrales queden perfectamente concretadas, operando el plazo como límite de la potestad arbitral.

Este precepto viene a confirmar, como acabamos de señalar, la importancia del plazo en el arbitraje que opera como condición resolutoria.

En cuanto al segundo, la extralimitación arbitral, es decir, la llamada “incongruencia arbitral”, podemos afirmar que los árbitros deben pronunciarse en el laudo sobre todos y sólo los puntos sometidos a su decisión. Es decir, ha de existir una adecuación entre el laudo y el ámbito de la controversia que les ha sido propuesto.

No obstante, dicha afirmación no significa que la congruencia en el arbitraje tenga un contenido idéntico a la congruencia procesal. La intervención judicial en el arbitraje tiene por objeto únicamente corregir el exceso de poder de los árbitros en el ejercicio de su función.

En definitiva, la noción de incongruencia positiva es perfectamente adaptable al arbitraje y, además, podrá ser objeto de impugnación al amparo de este motivo (“más allá de los puntos comprometidos”). También la incongruencia mixta es denunciada al amparo de este artículo (“fuera. . . de los puntos comprometidos”).

3a. Se recoge un motivo extraño si se produce omisión sobre puntos comprometidos, a pesar de que los árbitros tienen la obligación de resolver todos los puntos que se les somete a su decisión. Sólo en el caso de que el punto no resuelto por los árbitros sea de tal importancia que constituya premisa o antecedente necesario para el pronunciamiento sobre los demás puntos, puede el órgano jurisdiccional anular el laudo, aunque con defectuosa técnica hay que acudir al segundo párrafo de este artículo cuando dice que la nulidad afecta “sólo a los puntos que requerían previa decisión de los aspectos no resueltos”.

4a. Se recogen los supuestos de violación en relación a la prueba del procedimiento arbitral. Se entiende que los árbitros han de resolver sobre la prueba por medio de resolución o acuerdo que deberá ser motivado cuando sea denegatorio. Como dice el propio precepto, la parte que se vea perjudicada deberá hacer constar la oportuna protesta, a falta de recursos contra las resoluciones interlocutorias. Esta protesta, por tanto, es requisito indispensable para la prosperabilidad del hipotético recurso de nulidad que pueda la parte interponer al amparo de este motivo.

De la dicción del precepto se desprende tanto el supuesto de que se denegara una prueba que fuera luego esencial y determinante de la decisión, como el supuesto de que admitida la prueba luego no se practicara, pero entendemos que por causas no imputables a la parte que la solicitó.

5a. Creemos que el laudo, en todos estos casos, es eficaz si no se impugna, o lo que es lo mismo, las partes, en aras del principio de la autonomía de la voluntad y teniendo en cuenta que no son estos requisitos de carácter público, pueden consentir o convalidar el laudo que adoleciera de estos defectos. Por tanto, estimamos que estos motivos operan como causa de anulabilidad y no de nulidad. Ello significa, además, que el órgano jurisdiccional no los puede apreciar de oficio, sino que han de ser alegados y probados por las partes.

6a. Se echan de menos ciertos motivos que la práctica ha demostrado suelen provocar la nulidad del laudo con cierta frecuencia. Sin ánimo de ser exhaustivos cabe señalar: *la nulidad del convenio* por defectos subjetivos (como la falta de aptitud de los compromitentes o los vicios del consentimiento), de carácter objetivo (inexistencia, ilicitud o indeterminación de la controversia); de carácter formal (por falta de los requisitos necesarios del contrato) o, finalmente, de carácter temporal (caducidad del convenio); los vicios relativos a los *árbitros* (respecto a su nombramiento, su número, su incompatibilidad subjetiva, en su notificación y aceptación, etcétera); en cuanto a la propia *actuación de los árbitros*, por quebrantamiento de los principios de audiencia, contradicción e igualdad; por quebrantamiento de las formalidades, tanto en el procedimiento como en la emisión del laudo; cuando el laudo fuera *contrario al orden público* y cuando tratándose de arbitraje de derecho se infringiera el *ordenamiento jurídico material*.

El hecho de no haber incluido tales causas de anulabilidad o nulidad del laudo, provoca que su impugnación quede diferida al pro-



Consultor Jurídico Digital de Honduras

ceso ordinario que correspondiera, lo cual no hace sino dilatar innecesariamente la solución de la controversia. (So pena de entender que el laudo sólo puede ser impugnado por los motivos que recoge el proyecto, excluyendo la vía de los procesos declarativos, lo que nos parece muy grave.)

## V. PROCEDIMIENTO

El procedimiento del recurso de nulidad se tramita según el artículo 369.1 “conforme con la vía incidental,<sup>16</sup> con efecto suspensivo”. En el número dos de este mismo artículo puede leerse que el plazo para la interposición es de “diez días hábiles” que se computan a partir de la notificación del laudo.

Respecto del procedimiento cabe, a nuestro juicio, destacar tres aspectos:

1º En cuanto al plazo de interposición se establece expresamente la habilidad de los días, lo cual, si ciertamente evita importantes problemas interpretativos derivados de la controvertida naturaleza jurídica del arbitraje, en este caso, innecesaria habida cuenta la inequívoca posición jurisdiccionalista adoptada por los redactores del Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

2º La elección de la vía incidental —aunque sin duda aquí no nos encontramos ante un “incidente”— como procedimiento aplicable parece obedecer, acertadamente, a un intento de acelerar la tramitación del recurso. No obstante, será necesario adecuar la tramitación a las peculiaridades del arbitraje, por ejemplo cuando el artículo 285.2, en relación con el artículo 111.1 establece los documentos que han de presentarse junto a la demanda, lo lógico es que entre tales se acompañen los documentos justificativos del laudo y las actuaciones arbitrales cuando de ellas hubieran de derivarse los defectos relativos al procedimiento.

3º La interposición del recurso tiene carácter suspensivo con base en el artículo 369.1. A pesar de haberse elegido la vía incidental como procedimiento a seguir, pensamos que, como ya lo apuntamos, ello es poco conveniente pues la previsión legal de la duración de los procedimientos no coincide con la duración real, lo cual va a hacer que la parte que se sienta perjudicada por el laudo in-

<sup>16</sup> *Vid.* artículo 285 y concordantes del Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

tente dilatar su ejecución mediante la utilización del correspondiente recurso.

Como mal menor, ya que no se prevé la posible ejecución provisional del laudo (mientras que el artículo 230 del propio Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica establece el sistema de ejecución provisional para las sentencias de condena recurridas), se podía haber arbitrado un sistema de medidas cautelares que garantizaran la efectividad del laudo o de la resolución judicial que recayera tras el recurso de nulidad.

## VI. EFECTOS

La estimación del recurso supone la declaración de nulidad pero no la rescisión del laudo. Respecto de la primera según el artículo 369.3.II, la nulidad afecta a todo el laudo en los casos: 1º extemporaneidad y, 4º defectos en el procedimiento arbitral respecto de la prueba; en el 2º incongruencia, sólo en cuanto a los puntos no comprometidos que se han resuelto; y en el 3º falta de exhaustividad, sólo a los puntos que requerían previa decisión de los aspectos no resueltos.

De la redacción de este precepto se desprenden dos tipos de nulidad: total y parcial. Entendemos que la nulidad parcial se justifica en la salvaguarda del laudo, si bien desde un punto de vista técnico ha de tenerse presente que si se intentara la declaración de nulidad del laudo conjuntamente con motivos que den lugar a la nulidad total y parcial, lógicamente, deberán ser examinados en primer lugar.

## VII. CONCLUSIONES

1a. De acuerdo con la posición contractualista que mantenemos acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje; entendemos que ni puede ser calificado de proceso ni debe estar incluido en un código procesal.

2a. Derivado de lo anterior y como medio de impugnación de los laudos creemos lo más adecuado el establecimiento de un proceso especial de instancia única por causas tasadas y, en cuanto sea posible, ante el órgano supremo —o al menos los superiores— de la jerarquía judicial.

3a. El recurso de nulidad previsto en el Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica adolece de algunos defectos en la delimitación de los motivos que pueden dar lugar al recurso, puesto que principalmente queda fuera de esta vía especial y privilegiada de impugnación, causas tan importantes como la nulidad del convenio, los defectos en el nombramiento de los árbitros, el quebrantamiento de los principios y formalidades del procedimiento y del laudo, el orden público, o la infracción del ordenamiento jurídico material en este último caso para los arbitrajes de derecho.

4a. En cuanto al procedimiento nos parece poco conveniente el carácter suspensivo de la interposición que puede dar al traste con el fin del arbitraje.

## EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA: NORMAS INTERNACIONALES

Gualberto LUCAS SOSA

*SUMARIO: I. Introducción; II. Ley aplicable; III. De la cooperación judicial internacional; IV. Reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras; V. Eficacia extraterritorial de las resoluciones en la jurisdicción voluntaria; VII. Colofón.*

### I. INTRODUCCIÓN

Bajo el cobijo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, aflora a través de la inteligente autoría de los juristas Adolfo Gelsi Bidart, Luis Torello y Enrique Vescovi, un modelo de código tipo para Iberoamérica, en la colosal empresa de la integración.

El mismo ha sido presentado en las XI Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, celebradas en Río de Janeiro, en mayo de 1988, y ha dado lugar a un Coloquio en Roma entre el 26 y 28 de septiembre del mismo año, suscitando un fecundo debate sobre las bondades que el mismo representa en la cooperación judicial latinoamericana.<sup>1</sup>

La envergadura que reviste tan monumental codificación, suscita la atención permanente de los especialistas europeos y latinoamericanos en el estudio de tal modelo. Ello explica que la convocatoria del XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal verse, entre

<sup>1</sup> En el Congreso Internacional celebrado en Roma, organizado por la II Università degli Studi de dicha ciudad, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA) y la Universidad de la República Oriental del Uruguay, se abordó el siguiente temario: a) "Código tipo" y reforma del proceso entre el derecho común y el derecho uniforme en América Latina; b) Poderes del juez y poderes de las partes; c) El sistema de los medios de impugnación; d) Proceso ejecutivo; e) Procesos concursales, y f) Medios procesales para resolver controversias con elementos internacionales (un "Códice Tipo di Procedura Civile per l'America Latina", a cura di Sandro Schipani-Romano Vaccarella, II Università di Roma, Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani, Consiglio Nazionale delle Ricerche, progetto Italia-América Latina).

otros temas, sobre el que atañe a la regulación de las instituciones adjetivas en el proyecto referido, en ese plausible afán de lograr la mejor justicia para los pueblos latinoamericanos.

Nuestro modesto cometido se limitará a formular algunas reflexiones sobre el título IX "Normas Internacionales", que integra el libro II del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.<sup>2</sup>

Y en ese propósito seguiremos la metodología observada en el mismo, que responde a la sistematización propia del derecho procesal internacional.

Es sabido que esta disciplina científica afín al derecho internacional privado, tiene por objeto el estudio de la vigencia de las leyes procesales en el espacio y la consecuente determinación de cuál es la jurisdicción internacional, así como la ley aplicable en el caso *iusprivatista* con elementos extranjeros. Hace asimismo a dicho objeto lo atingente al auxilio judicial internacional, y al reconocimiento y ejecución de las sentencias y laudos extranjeros, en miras a tutelar extraterritorialmente el valor justicia y la certeza y seguridad jurídica que el mismo comprende.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> En la citada reunión de Roma se enriqueció el tratamiento del título IX "Normas procesales internacionales" del Anteproyecto de Código Modelo, con las relaciones que brindaron Cipriano Gómez Lara —"Medios procesales para resolver controversias con elementos internacionales"—, Ángel Landoni Sosa —"Eficacia internacional de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros"—, Pedro J. Mantellini González —"La ejecución de los laudos arbitrales extranjeros en las normas del Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica"—, Carlos Parodi Remón —"Medidas procesales para resolver controversias con elementos internacionales"—, Giorgio Recchia —"Diritti fondamentali di integrazione sovranazionale. Riflessioni sul procedimento arbitrale"—, y Joe Verhoeven, "Unification de la procédure civile en Amérique Latine et jurisdiction supranationale". Las mismas resultaron complementadas por las comunicaciones que presentaron Guillermo Aguilar Alvarez —"El régimen jurídico de la ejecución de laudos arbitrales en América Latina"—, José Ovalle Favella —"Medidas procesales para resolver controversias con elementos internacionales"—, y Louis Pettiti —"La recepción de la Jurisprudence de la Cour Européenne en droit interne français"—, y desde luego por la discusión bajo la presidencia de Francesco Capotorti, quien expusiera su lúcido pensamiento en la apertura de la sesión.

<sup>3</sup> Entre las obras especializadas, la ya clásica de Gaetano Morelli nos puntualiza que las normas de derecho estatal externo que tienen por objeto el carácter de normas de derecho procesal civil, constituyen el derecho procesal civil internacional. Las mismas que forman parte del derecho interno de un determinado Estado delimitan la jurisdicción del Estado en orden a la jurisdicción de los estados extranjeros. A su vez, la necesidad de realizar actos procesales fuera del territorio del Estado, o la inversa de llevar a cabo en el propio territorio actos pertinentes al ejercicio de la actividad jurisdiccional de un Estado extranjero, origina que se

El código tipo no sienta normas sobre jurisdicción internacional, pues como se lee en la explicación de sus disposiciones, en cuanto a las normas internacionales se ha inspirado especialmente en las convenciones suscritas en el ámbito americano bajo la égida de la OEA a través de las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP I, Panamá, 1975; II, Montevideo, 1979 y III, La Paz, 1984).

Y he aquí que hasta ahora sólo se ha convenido en la materia, en la CIDIP III, la que versa sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras, en cuanto a las pretensiones personales de naturaleza patrimonial o de naturaleza real sobre bienes muebles corporales e inmuebles, las derivadas de contratos mercantiles sin abarcar de modo integral todas las materias. Basta pensar que no incluye lo atingente: a) al estado civil y capacidad de las personas físicas; b) divorcio, nulidad de matrimonio y régimen de los bienes en el matrimonio; c) pensiones alimenticias; d) sucesión testamentaria o intestada; e) quiebras, concursos, concordatos u otros procedimientos análogos; f) liquidación de sociedades; g) cuestiones laborales; h) seguridad social; i) ar-

provea mediante normas que pertenecen también al derecho procesal civil internacional. Por último, esta disciplina contempla la jurisdicción extranjera en el acto final a que tiende el proceso, y determina el valor para el ordenamiento del Estado de los actos procesales extranjeros, o sea, el de la sentencia de mérito foránea (*Derecho procesal civil internacional*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEJA, 1953, pp. 1 y ss.). En 1989 surgió en el ámbito rioplatense una lúcida obra del jurista Dante Barrios de Ángelis, donde se dice que un proceso es internacional si su objeto gnosológico comprende la aplicación o desaplicación del derecho extranjero o internacional. Los desarrollos subsiguientes, tras densas consideraciones de naturaleza preliminar, metodológicas, normológicas, sobre el objeto, sujetos, situaciones y actos del proceso internacional, abordan las funciones típicas en torno a la cooperación judicial, desde el triple punto de vista de: a) la comunicación por exhorto internacional y la recepción de prueba en el extranjero; b) las medidas cautelares internacionales, y c) la ejecución internacional. Ello se integra con las estructuras del proceso internacional y finalmente con el arbitraje comercial internacional. En cada una de las parcelas aflora un pensamiento creativo, y no obstante que implican una toma de posturas en lo conocido que obligan al lector jurídico a repensar los criterios en el mundo científico procesal, cabe convenir con el autor en torno a la tesis desarrollada acerca de "la validez de principio de los actos procesales extranjeros y la unidad estructural del proceso, por sobre las fronteras y las diferencias de legislación, de tribunales y de jurisdicciones" (*El proceso civil, comercial y penal de América Latina —Exhortos, Prueba, Embargos en el extranjero; Ejecución, Quiebra, Sucesión; Extradición; Arbitraje—*, Buenos Aires, Delpalma.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

bitraje; j) daños y perjuicios de naturaleza extracontractual, y k) cuestiones marítimas y aéreas (artículo 6º).<sup>4</sup>

Tampoco en la CIDIP IV, que sesionara en Montevideo en 1989, se abordó la codificación en materia de jurisdicción internacional.<sup>5</sup>

Como todo indica que ello debe hacerse gradualmente, cuando exista consenso sobre el particular, sin perjuicio de la conveniencia que se avance en torno a la cuestión apuntada, como no se ha llegado a una conclusión en ese ámbito, no es pasible de crítica que el código tipo no haya regulado ese aspecto que entra dentro de la órbita del derecho procesal internacional, y sobre el cual deben afinarse los criterios metodológicos a observar.

En cambio, disciplina en el capítulo I lo relacionado con la ley aplicable y su aplicación, así como sus límites, respecto de los cuales en líneas generales media consenso y es factible una codificación con proyección integracionista.

Lo mismo ocurre con lo relativo a la cooperación judicial internacional, donde existe una poderosa corriente en facilitar la misma justificándose la regulación específica en torno a ello, que contiene el capítulo II y se complementa en el III con lo relativo a la eficacia del proceso cautelar y las cuestiones que pueden sobrevenir.

Finalmente, el capítulo IV sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras corona el tratamiento incorporando re-

<sup>4</sup> En la CIDIP I en el ámbito del derecho procesal internacional se aprobaron las siguientes convenciones interamericanas sobre: a) exhortos y cartas rogatorias; b) régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero; c) recepción de pruebas en el extranjero; d) arbitraje internacionales. En la CIDIP II se adoptaron, siempre en el área del derecho procesal internacional, las convenciones sobre: a) eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos extranjeros; b) prueba e información acerca del derecho extranjero; c) cumplimiento de medidas cautelares, y d) protocolo adicional a la convención interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias. En la CIDIP III mencionamos dentro de la dimensión del derecho procesal internacional: a) el protocolo adicional a la convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero, y b) la convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras.

<sup>5</sup> En la CIDIP IV se aprobaron dos instrumentos internacionales que concurren entre el derecho internacional privado y el derecho procesal internacional, a saber: a) la restitución internacional de menores, y b) las obligaciones alimentarias (véase del autor "La CIDIP IV y el centenario de los Tratados de Montevideo de 1889", *Jurisprudencia Argentina*, 1990-I-637; "La convención interamericana sobre restitución internacional de menores" —CIDIP IV, Montevideo, 1989—, *Jurisprudencia Argentina*, 1990-I-779; "La convención interamericana sobre obligaciones alimentarias" —CIDIP IV, Montevideo, 1989—, *Jurisprudencia Argentina*, 1990-I-845).

glas uniformes que tienden a abastecer la certeza y seguridad jurídica a nivel internacional.

En consecuencia, con prescindencia de lo relativo a la jurisdicción, pasamos a exponer nuestro punto de vista sobre los restantes aspectos puntualizados de modo genérico.

## II. LEY APLICABLE

### 1. Principios generales

Obviamente las fuentes de derecho convencional prevalecen sobre las normas de derecho interno, bastando tener presente el principio que emana del artículo 37 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que confiere primacía a las normas de derecho internacional público que se hallan en grado jerárquico superior respecto de las legislaciones internas de los estados.

Por otra parte, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, de Montevideo de 1979, consagra un principio similar en el artículo 1º.

En función de ello el artículo 372 del anteproyecto de código modelo, bajo el rótulo "Normas aplicables", sienta que "en defecto de tratado o convención, los Tribunales del Estado deberán dar cumplimiento a las normas contenidas en el presente Título".

De ello se sigue que dichas normas son de aplicación subsidiaria, en tanto y en cuanto no exista un tratado sobre la materia.

El principio tradicional en materia de ley aplicable a los procesos está dado por la *lex fori*, o sea, por el derecho del tribunal exhortado. El mismo ha sido receptado como regla en el artículo 373 sobre "Regulación procesal", al establecer que "los procesos y sus incidentes, cualquiera que sea su naturaleza, se sujetarán a las leyes procesales del Estado".

Se transita así por el andarivel ya consagrado por el artículo 314 del Código de Derecho Internacional Privado de Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén,<sup>6</sup> en cuanto edicta que "la ley de cada Estado

<sup>6</sup> El mismo fue aprobado en la Sexta Conferencia Panamericana reunida en La Habana el 16 de enero de 1928, vinculando especialmente a los países de Centroamérica y a algunos sudamericanos. Mencionamos en tal sentido a Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Haití, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela.



contratante determina... las formas de enjuiciamiento”, o por el artículo 1º del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940,<sup>7</sup> que edicta que “los juicios y sus incidencias, cualquiera que sea su naturaleza, se tramitarán con arreglo a la ley de procedimiento del Estado en donde se promuevan”, de redacción similar al artículo 1º del tratado homónimo de 1889.<sup>8</sup>

Aquel principio encuentra una excepción en punto a la admisibilidad y eficacia de las pruebas, ya que prescindiendo de la *lex fori* se dispone en el Anteproyecto que abordamos, que las mismas “se admitirán y valorarán según la ley a que esté sujeta la relación jurídica objeto del proceso”, añadiendo que “se exceptúan aquellas pruebas que estén prohibidas por la legislación nacional” (373.2.).

También en punto a la admisibilidad y atendibilidad los antecedentes del Código de Bustamante (artículos 399 y 401), o del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, se sujetaron a la *lex causae*. Recordamos a propósito de ello que el artículo 2º de este último tratado determina que “las pruebas se admitirán y apreciarán según la ley a que esté sujeto el acto jurídico materia de proceso. Se exceptúan aquellas pruebas que por su naturaleza no estén autorizadas por la ley del lugar en donde se sigue el juicio”.

Ésta es, por otra parte, la doctrina que propiciara el Instituto de Derecho Internacional en la Reunión de Lausana, de 1947.

Puntualizamos que, incluso, el Anteproyecto de Código Modelo ha receptado la tendencia moderna de morigerar la aplicación de la *lex fori*. Cuadra puntualizar que en la dimensión universal de la Convención internacional sobre procedimiento civil, adoptada por la VII Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado del 1º de marzo de 1954, se establece que el órgano jurisdiccional exhortado debe “acceder al pedido de la autoridad requirente de proceder según una forma especial, siempre y cuando dicha forma no sea incompatible con la legislación del Estado requerido” (artículo 14, 2º apartado).

Reiterando esa posición la convención sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial, adoptada el 18 de marzo de 1970 por la Conferencia de La Haya de Derecho Interna-

<sup>7</sup> Fue suscrito en Montevideo, el 19 de marzo de 1940, y vincula a Argentina, Paraguay y Uruguay.

<sup>8</sup> Se celebró en Montevideo y data del 11 de enero de 1889, habiendo sido ratificado por Argentina, Bolivia, Perú, Paraguay y Uruguay.

cional Privado, determina que si bien en torno al procedimiento probatorio cabe aplicar la ley del país en que se ejecuta el exhorto, ello no excluye que ante la "solicitud de la autoridad requirente. . . se proceda de acuerdo a algún procedimiento especial. . . a menos que esto sea incompatible con la legislación del Estado requerido o que su aplicación no sea posible por no ajustarse a la práctica judicial interna del Estado requerido o por otras dificultades de orden práctico" (artículo 9º).

También de modo similar a nivel regional la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias adoptada por la I Conferencia de Derecho Internacional Privado (Panamá, 1975), que entrelaza a Argentina, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, sienta que "a solicitud del órgano jurisdiccional requirente podrá otorgarse al exhorto o carta rogatoria una tramitación especial, o aceptarse la observancia de formalidades adicionales en la práctica de la diligencia solicitada, siempre que ello no fuere contrario a la legislación del Estado requerido" (artículo 10, 2º apartado).<sup>9</sup>

Esa pauta de política codificadora se ha consagrado asimismo en la convención sobre recepción de pruebas en el extranjero, adoptada también por la primera conferencia preindividualizada que se proyecta sobre Argentina, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, desde que el artículo 6º prevé que "a solicitud del órgano jurisdiccional del Estado requirente podrá aceptarse la observancia de formalidades adicionales o de procedimientos especiales adicionales en la práctica de la diligencia solicitada a menos que sean incompatibles con la legislación del Estado requerido o de imposible cumplimiento por éste".<sup>10</sup>

La existencia de estos instrumentos transnacionales, provenientes de fuentes tan calificadas, y que constituyen obviamente un hito más

<sup>9</sup> Nos remitimos a los estudios realizados por los juristas Ricardo Abarca Landero ("Convenciones interamericanas en materia procesal, Panamá, 1975", en *Cooperación interamericana en los procedimientos civiles y mercantiles*, México, UNAM, 1982, p. 648); Tatiana B. de Maekel, (*Conferencia especializada de derecho internacional privado —CIDIP I—*, Análisis y significado de las Convenciones aprobadas en Panamá, Caracas 1975, Universidad Central de Venezuela, 1979) y Manuel A. Vieyra, E. González Lapeyre, y Didier Operti (*Convenciones de Panamá —1975—*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria).

<sup>10</sup> Véase autores citados en nota precedente.

en la evolución hacia la integración, gravitaron para que el segundo apartado del artículo 375.3 del Anteproyecto de Código Modelo receptaran el criterio que “los Tribunales, a solicitud del órgano jurisdiccional requirente, podrán observar en el diligenciamiento del exhorto o carta rogatoria, formalidades o procedimientos especiales, siempre que ello no fuere contrario a la legislación nacional”.

En consecuencia, el artículo 373 —373.1 y 373.2— debe interpretarse de consuno con el segundo apartado del artículo 375.3 con un criterio de amplitud acorde con los principios que informan a la cooperación judicial internacional.

Respecto de la excepción ya aludida prevista por el apartado final del artículo 373.2 del Código Modelo, sobre las pruebas que estén prohibidas por la legislación nacional, y en cuanto importa un retorno a la *lex fori*, a nuestro juicio, como excepción debe ser de interpretación restringida. Obviamente si aparecieran vulnerados de modo manifiesto los principios que hacen a la garantía de la defensa en juicio, como los que consagra la convención americana sobre derechos humanos, cabría descartar la aplicación de la ley foránea.

## 2. *Aplicación de oficio del derecho extranjero*

Siempre que el juez debe avocarse a la determinación de la ley aplicable, cuando está frente a un caso iusprivatista multinacional, debe actuar oficiosamente. Ello hace a las responsabilidades de juzgar e integra los atributos inherentes al ejercicio de la jurisdicción. Se trata de una labor metódica propia del órgano jurisdiccional en la selección del derecho aplicable, que debe apuntar a lo que satisfaga más adecuadamente la justicia del caso.

Ya así lo había previsto el Código de Bustamante al determinar que “los jueces y tribunales de cada Estado contratante aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás sin perjuicio de los medios probatorios a que este capítulo se refiere” (artículo 408).

El protocolo adicional a los Tratados de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1889 y de 1940, de modo similar establecieron que “las leyes de los estados contratantes serán aplicadas en los casos ocurrentes, ya sean nacionales o extranjeras las personas interesadas en la relación jurídica de que se trata” (artículo 1º) y añadieron que “su aplicación será hecha de oficio por el juez de la causa, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada” (artículo 2º).

Entre los instrumentos internacionales más recientes y que reciben las últimas evoluciones operadas en la materia, se destaca la Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado, aprobada en la CIDIP II (Montevideo 1979), que vincula a Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, y eleva a la categoría de deber jurídico la aplicación del derecho foráneo.<sup>11</sup>

Prescribe en torno a ello el artículo 2º que “los jueces y autoridades de los estados partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada”.

Ha perdido así virtualidad la cuestión que otrora se planteara sobre la aplicación del derecho extranjero a petición de parte, no ofreciendo hesitación que el mismo debe ser aplicado de oficio.

De allí que correctamente el artículo 373.3 del Anteproyecto de Código Modelo, respondiendo a la fuente precitada, dispone que “los tribunales deberán aplicar de oficio el derecho extranjero e interpretarlo tal como lo harían los tribunales del Estado a cuyo orden jurídico pertenezca la norma respectiva.

“Sin perjuicio de la aplicación de oficio, las partes podrán acreditar la existencia, vigencia y contenido de la ley extranjera.”

Ello merece por nuestra parte dos breves reflexiones, que pasamos a exponer.

### 3. Calidad del derecho extranjero

La primera reflexión que formulamos está dada por el recuerdo de las enseñanzas que nos legara el maestro Goldschmidt, de grata memoria, pues siempre preconizó que debía respetarse el elemento extranjero, lo cual supone conferirle el mismo tratamiento que se le brindaría en el país al que pertenece. La justicia en el derecho internacional privado —añadía— finca en aplicar ese derecho foráneo tal como lo haría el juez del país cuyo derecho foráneo tal como lo

<sup>11</sup> Véase a Parra Aranguren, Gonzalo, *Codificación del derecho internacional privado en América*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1982; y a Si-queiros, José Luis, “Resumen de los resultados obtenidos en la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado” —CIDIP II— celebrado en Montevideo, Uruguay, del 23 de abril al 8 de mayo de 1979.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

haría el juez del país cuyo derecho ha sido declarado aplicable, aludiendo a lo que calificara como la teoría del uso jurídico.<sup>12</sup>

Sin perjuicio que no compartimos la posición que el derecho extranjero es un hecho notorio, de la que se hace eco la referida teoría del uso jurídico, lo cierto es que llegamos a un resultado coincidente pues en nuestro sentir el derecho extranjero mantiene su naturaleza jurídica a través del espacio, y como tal debe aplicárselo con todas sus consecuencias, ajustándose a la praxis judicial elaborada en el país de origen. Es decir, consideramos que las soluciones normativas que anteceden receptan la teoría del derecho extranjero, pues le confieren lisa y llanamente la calidad de una norma jurídica eficaz y válida, que necesariamente debe ser integrada sobre la base de la interpretación actual que trazan los órganos jurisdiccionales del Estado cuyo derecho resulta aplicable.

#### 4. Prueba del derecho extranjero

La otra reflexión gira en torno a la prueba del derecho extranjero, pues a nuestro juicio existe una concurrencia de la actividad oficiosa del órgano jurisdiccional con la colaboración que las partes pueden brindar en torno al conocimiento de la legislación foránea.

Por de pronto, estimamos que se está ante un poder-deber inherente al juez autoridad que, como director del proceso, ha de ejercitar en cumplimiento de las responsabilidades que la judicatura impone para llegar al dictado de la sentencia más justa, en atención a las exigencias del caso concreto.

Ello ya fluye del Código de Bustamante, pues si bien el artículo 409 posibilita que “la parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado contratante en uno de los otros, o disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia y sentido, mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada”, y al margen de la existencia de medios más idóneos para acreditarlo, lo decisivo es que “a falta de prueba o si el juez o tribunal por cualquier razón la estimare insuficiente, podrá solicitar de oficio, antes de resolver, por la vía diplomática, que el Estado de cuya legislación se trate

<sup>12</sup> *Derecho internacional privado*, 6a. ed., Buenos Aires, Depalma, núms. 17, 142 y 145. Véase asimismo de este calificado autor “Gestación, quinta esencia y recepción de la teoría del uso jurídico extranjero”, en revista *La Ley*, 1985-E-716.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable" (artículo 410), lo cual es complementado por el artículo 411 del mismo ordenamiento en torno a la prueba de informes, que debe proceder del tribunal supremo o de cualquiera de sus salas o secciones, del ministerio fiscal, de la secretaría o del ministerio de justicia.

Y desde luego, en la evolución de las instituciones a través del tiempo, resulta imperativo a través de la regulación que establece la convención interamericana sobre prueba e información del derecho extranjero (CIDIP II, Montevideo, 1979), vigente entre Argentina, Colombia, Ecuador, España, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, brindarse la pertinente cooperación internacional entre los estados partes (artículos 1º y 2º).<sup>13</sup>

Por supuesto de modo concurrente con la actividad instructoria del órgano judicial, no queda excluido que en la actividad de cooperación las partes puedan aportar pruebas sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal del derecho extranjero, pues ello contribuirá a afianzar el ejercicio del derecho de defensa y la finalidad común de lograr la mejor justicia del caso.

Esa es la interpretación que hacemos del artículo 373.3. del Anteproyecto de Código Modelo, de consuno con los principios que informan a la convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero, como un modo efectivo de afianzar la uniformidad en la evolución hacia la integración.

## 5. Recursos

Ya en el protocolo adicional a los Tratados de Derecho Internacional Privado, de Montevideo de 1889, se sentó que "todos los recursos acordados por la ley de procedimientos del lugar del juicio para los casos resueltos según su propia legislación, serán igualmente admitidos para los que se decidan aplicando las leyes de cualesquiera de los otros estados" (artículo 3º), lo cual fue reiterado en lo esencial por el protocolo adicional al texto de 1940 (artículo 3º).

<sup>13</sup> Nos remitimos a los autores citados en nota 11. Mencionamos asimismo el convenio sobre aplicación e información de derecho extranjero, suscrito entre la Argentina y la República Oriental del Uruguay, del 20 de noviembre de 1980, así como el convenio sobre información jurídica respecto del derecho vigente y su aplicación, firmado entre Argentina y Brasil, el 22 de septiembre de 1972.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

El mismo criterio inspiró el artículo 412 del Código de Bustamante, en cuanto dispone, que “en todo Estado contratante donde exista el recurso de casación o la institución correspondiente, podrá interponerse por infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado contratante, en las mismas condiciones y casos que respecto del derecho nacional”.

A su vez en función del espíritu de la Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II), ya citada, respecto del deber de aplicación del derecho extranjero, se determina en el artículo 4º de la misma que “todos los recursos otorgados por la ley procesal del lugar del juicio serán igualmente admitidos para los casos de aplicación de la ley de cualquiera de los otros estados partes que haya resultado aplicable”.

Todo ello ha gravitado para que se reitere un principio similar en el Anteproyecto de Código Modelo, que reza en el artículo 373.4, que “todos los recursos previstos por la ley nacional serán admitidos en los casos en que proceda la aplicación del derecho extranjero”. Hay en ello una situación consecutaria con la teoría del derecho extranjero que posibilita correctamente el acceso a la jurisdicción no sólo en segunda instancia donde se abordan las cuestiones de hecho y las de naturaleza jurídica, sino básicamente a la instancia extraordinaria de la casación que se nutre, por vía de principio, exclusivamente de cuestiones jurídicas.

## 6. *Límites a la aplicación del derecho extranjero*

Finalmente en el capítulo I sobre los principios generales respecto de las normas aplicables, se sienta la excepción de orden público internacional.

De consuno con el estándar que sienta el artículo 5º de la Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado, en el sentido que “la ley declarada aplicable por una convención de derecho internacional privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público”, se dice en el artículo 373.5 del Anteproyecto de Código Modelo, que “los tribunales sólo podrán declarar inaplicables los preceptos de la ley extranjera, cuando éstos contrarían manifiestamente los principios esenciales del orden público internacional en los que el Estado asienta su individualidad jurídica”.

He aquí un límite a la aplicación del derecho extranjero, que no obstante la crítica formulada sobre este obstáculo a la extraterritorialidad, siempre subsiste a través del tiempo.

Cabe recordar simplemente que por ser de índole excepcional, es de interpretación restrictiva.<sup>14</sup> Y en ese quehacer entendemos que las pautas orientadoras se hallan en los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas o de la Carta de Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada en París el 10 de diciembre de 1948, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre aprobada en Bogotá el 2 de mayo de 1948, que junto con otros instrumentos internacionales a nivel universal o regional, revisten la categoría de *ius cogens*. Y desde luego, va de suyo, se encuentran en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), o en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo, que forman parte del derecho positivo de los estados.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Es de interés traer a colación que en la CIDIP I la delegación uruguaya se opuso a la inserción en las convenciones suscritas en Panamá, la excepción de orden público tal como había sido concebida, pues equivalía a hacer predominar el orden jurídico de cada Estado sobre el derecho internacional privado y, por ende, a su debilitamiento cuando no a su desaparición (véase Vieira, Manuel A., González Lapeyre, E. y Operti, Didier, *op. cit.*, en nota 9, p. 42). Asimismo resulta de utilidad tener presente la declaración elaborada por Didier Operti Badan, y que fuera expuesta por el presidente de la delegación uruguaya Manuel A. Vieira, al suscribir la CIDIP II, según la cual el orden público internacional constituye una "autorización excepcional", para que los estados "en forma no discrecional y fundada declaren no aplicables los preceptos de la ley extranjera cuando éstos ofenden en forma concreta, grave y manifiesta normas y principios esenciales" de las instituciones de linaje constitucional. Y donde se hiciera hincapié en que constituía condición que ese menoscabo fuera manifiesto, esto es de manera no dudosa y clara (citado por Tellechea Bergman, Eduardo, "Normas procesales internacionales. Una nueva regulación del derecho internacional privado procesal en el Uruguay", *Jurisprudencia Argentina*, 1990-IV-857).

<sup>15</sup> Nos remitimos a los desarrollos mejor logrados desde España por Antonio Lorca Navarrete, a propósito de la doctrina del tribunal constitucional en torno al orden público y las sentencias extranjeras ("La cláusula de orden público en la homologación de laudos arbitrales y sentencias extranjeras en España, según la doctrina del tribunal constitucional español", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 4, 1987, pp. 361-363. También en sentido concordante resulta de interés acudir a lo que expusiera el peruano Carlos Parodi Remón, en cuanto alude a que el orden público como presupuesto en punto al reconocimiento o ejecución de la sentencia extranjera debe limitarse "a la preservación de los principios del debido proceso como garantía constitucional. Esto es a los derechos fundamen-



Consultor Jurídico Digital de Honduras

Sólo cuando los principios que emanan de estos instrumentos internacionales resultan notoriamente vulnerados, cabe dejar de aplicar el derecho extranjero.

Sin perjuicio que la interpretación que dejamos expuesta se adecua al espíritu que informa a dicha norma, podría acentuarse ello de modo más explícito, efectuando la pertinente adecuación de la norma al criterio expuesto.

### III. DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

#### 1. *Exhortos o cartas rogatorias*

##### A. *Objeto: actos procesales de mero trámite y producción de pruebas*

Las fuentes convencionales tradicionales sobre exhortos o cartas rogatorias dirigidas por un órgano jurisdiccional a otro de la misma naturaleza con sede en el extranjero, están dadas en la Cuenca del Plata por los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 (artículos 9º, 11 y 12) y de 1940 (artículos 11, 13 y 15), y en el resto de América Latina por el Código de Bustamante (artículos 388 a 393), las que contienen sendas regulaciones en la materia.

Con ulterioridad surge la convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias y el protocolo adicional adoptados el 30 de enero de 1975 y el 8 de mayo de 1979 por la primera y segunda Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado, respectivamente.

Estos últimos han sido la fuente inmediata del Anteproyecto de Código Modelo, que en su artículo 374.1 prevé que

para la realización de actos procesales de mero trámite en el extranjero, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos, así como para la recepción y obtención de pruebas e informes, los tribunales librarán exhortos y cartas rogatorias.

Igual solución se observará respecto de los exhortos o cartas rogatorias provenientes de tribunales extranjeros.

tales del ser humano" ("Un 'Codice tipo' di Procedura Civile per l'America Latina", *cit.* en nota 1, p. 397).

Media una identidad con el contenido de la aludida convención interamericana no sólo porque las expresiones “exhortos” o “cartas rogatorias” son utilizadas como sinónimos, como lo hace esta última en el artículo 1º sobre el uso de expresiones, sino en razón que coincide con el objeto previsto en el artículo 2º de dicho instrumento internacional, en cuanto abastece lo relativo a la realización de actos procesales de mero trámite, así como lo atingente a la recepción y obtención de pruebas.

Dentro del concepto de actos procesales de mero trámite, cabe tener en cuenta a las resoluciones judiciales conocidas con el nombre de providencias de trámite, a las que alude el artículo 183 del Anteproyecto de Código Modelo, o sea las que no deciden una cuestión controvertida sino que a través de la mera tramitación tienden al impulso o desarrollo del proceso. Los ejemplos de las notificaciones, citaciones o emplazamientos ilustran a título enunciativo sobre el particular.

A su vez, se integra el objeto de los exhortos o cartas rogatorias con los actos procesales probatorios. Es viable, entonces, canalizar el auxilio judicial internacional para producir pruebas en otra jurisdicción, a través de los exhortos o cartas rogatorias.

Si bien el vocablo “prueba” resulta comprensivo de los informes a los fines de evitar una cuestión de calificaciones sobre la naturaleza jurídica de los mismos, se los ha incluido de modo específico en lo que hace al objeto.

Desde el ángulo de las formas se requiere simplemente que los exhortos redactados en un idioma distinto al del tribunal requerido, deberán contar con la pertinente traducción.

Dispone en torno a ello el artículo 375.4 del Anteproyecto de Código Modelo, en “los exhortos o cartas rogatorias y la documentación anexa deberán ser acompañados, en su caso, de la respectiva traducción”.

Se ha seguido así, el criterio tradicional de las fuentes convencionales, como el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940 (artículo 11) y del Código de Bustamante (artículo 392), y desde luego el de las convenciones interamericanas sobre exhortos o cartas rogatorias (artículo 5º, “b”), o sobre recepción de pruebas en el extranjero (artículo 10º, inciso 2º).

## B. *Facultades de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos*

Como no todas las legislaciones de derecho interno admiten que los funcionarios consulares o agentes diplomáticos puedan dar cumplimiento a las diligencias que hacen al objeto de los exhortos o cartas rogatorias, el anteproyecto de Código Modelo dejó reservada la solución a lo que establezcan las fuentes convencionales de los tratados o convenciones.

Establece en tal sentido el artículo 374.2., que “por intermedio de tratado o convención, podrá establecerse la facultad de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos para llevar a cabo las diligencias a que refiere el ordinal anterior”.

## C. *Transmisión*

De manera análoga a lo previsto en el artículo 4º de la convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias respecto de la transmisión de los mismos, se prevén cuatro andariaves, a saber: a) por las mismas partes; b) por la vía judicial; c) por los funcionarios consulares o agentes diplomáticos, y d) por la autoridad administrativa.

Prescribe en torno a ello el artículo 375.1, que “los exhortos o cartas rogatorias podrán ser transmitidas por las propias partes interesadas, por intermedio de los agentes consulares o diplomáticos o a través de la autoridad administrativa competente en la materia o, en su defecto, por vía judicial”.

Son distintas opciones que se ofrecen de modo alternativo para facilitar el acceso a la jurisdicción internacional, entendiendo que deviene aconsejable entre ellas acudir a la vía de la denominada autoridad administrativa que en las convenciones interamericanas sobre exhortos o cartas rogatorias o sobre recepción de pruebas en el extranjero (CIDIP I), reciben el nombre de autoridad central (artículos 4º y 11, respectivamente), no sólo porque la experiencia indica que satisface más adecuadamente el principio de celeridad, sin desmedro de la certeza y seguridad jurídica, desde que evita los innumerables traslados burocráticos, llevando a cabo la comunicación directa a los órganos jurisdiccionales pertinentes.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Cfr. Tellechea Bergman, Eduardo, “Normas procesales internacionales”, citado en nota 14.

En cuanto a esto último, debe repararse que cuando se utiliza este medio, y desde luego el andarivel de la vía consular o diplomática, resulta innecesaria la legalización. En efecto, siguiendo las fuentes de las convenciones interamericanas sobre exhortos o cartas rogatorias (artículo 6º), o sobre recepción de pruebas en el extranjero (artículo 13), que declaran innecesaria la legalización en estos supuestos, o lo que la convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero (CIDIP II), establece al excluir la legalización respecto de las solicitudes de la autoridad central (artículo 7º), el artículo 375.2 del Anteproyecto de Código Modelo edicta que “cuando los exhortos o cartas rogatorias se transmiten por vía consular o diplomática o a través de la autoridad administrativa, no será necesario el requisito de la legalización”.

#### D. *Ley aplicable*

Una vez más se nota la influencia del artículo 10º de la convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, en cuanto a la ley aplicable, ya que luego de receptar el principio de la *lex fori*, también como ésta admite la posibilidad de ser complementada por las disposiciones específicas de la *lex causae*.

Sienta así que, “los exhortos o cartas rogatorias se tramitarán de acuerdo con las leyes procesales del Estado de su cumplimiento”, agregando en el segundo apartado que “los Tribunales, a solicitud del órgano jurisdiccional requirente, podrán observar en el diligenciamiento del exhorto o carta rogatoria, formalidades o procedimientos especiales, siempre que ello no fuere contrario a la legislación nacional”.

Nos remitimos a lo expuesto líneas atrás, acotando que, como en definitiva, las peticiones especiales tienden a que el órgano jurisdiccional requirente cuente con la satisfacción de ápices procesales conducentes para la decisión de la litis, o sea, susceptibles de vincularse con aspectos atinentes a la atendibilidad o eficacia del acto procesal objeto del exhorto, cabe hacer una interpretación razonablemente flexible, en miras a favorecer la cooperación judicial internacional.

#### E. *Jurisdicción internacional indirecta*

Otra tendencia que ha aflorado en el moderno derecho procesal internacional es que, en principio, no constituye un presupuesto de

Consultor Jurídico Digital de Honduras

la cooperación judicial internacional la jurisdicción internacional, cuyo contralor queda reservado para un *posterius* en el caso de que se solicitare el reconocimiento o ejecución de sentencia extranjera.

Es sabido que Etienne Bartin formuló la distinción entre jurisdicción internacional directa y jurisdicción internacional indirecta. Cuando el juez examina si tiene jurisdicción internacional para conocer en el caso *iusprivatista* con elementos extranjeros, se está frente a un caso de jurisdicción internacional directa. En cambio, cuando en virtud de una resolución judicial o sentencia pronunciada por un juez foráneo o un tribunal arbitral que actúa en el exterior se le solicita el auxilio o cooperación judicial en miras a que se realice un acto de mera tramitación, o que lleve a cabo una actividad probatoria, o ya que ejecute dicho fallo, se está ante un caso de jurisdicción internacional indirecta.<sup>17</sup>

Desde este último punto de vista, la convención sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial de La Haya, ya citada, establece que “no podrá denegarse la ejecución por el sólo hecho de que la legislación del Estado requerido reivindica competencia judicial exclusiva en la causa de que se trata o no reconoce derecho de acción para responder al objeto del pedido presentado ante la autoridad requirente” (artículo 12, 2º apartado), o sea que excluye como requisito del auxilio judicial internacional el examen de la jurisdicción internacional indirecta.

De allí que dentro de esa postura la convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, deja a salvo el derecho a examinar esa jurisdicción internacional indirecta para el caso que con ulterioridad se requiriere el reconocimiento o ejecución de la sentencia foránea. Precisa en torno a ello el artículo 9º que, “el cumplimiento de exhortos o cartas rogatorias no implicará en definitiva el reconocimiento de la competencia del órgano jurisdiccional requirente ni el compromiso de reconocer la validez o de proceder a la ejecución de la sentencia que dictare”. El mismo temperamento ha observado el artículo 8º de la convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero, pues ha reiterado idéntica regulación.

<sup>17</sup> Citado por Goldschmidt, Werner, “Jurisdicción internacional directa e indirecta”, en *Prudentia Iuris*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, agosto de 1980, núm. 1, pp. 9 y ss.; “Los tres supuestos de la jurisdicción internacional directa e indirecta”, *Der. t.* 93, p. 961; “Autonomía de la jurisdicción internacional indirecta”, *ED.*, t. 120, pp. 897 y ss.

Ello tuvo como corolario que bajo el rótulo efectos del cumplimiento, el artículo 376 del Anteproyecto de Código Modelo sentara que el diligenciamiento “en el Estado del exhorto o carta rogatoria proveniente de tribunales extranjeros no implicara el reconocimiento de la competencia internacional de éstos, ni la eficacia de la sentencia que dictaren, la que se regirá por las normas del capítulo IV de este título”, o sea, de las que regulan el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras.

De ello se sigue, a nuestro juicio, que en materia del auxilio judicial internacional, en principio, no puede ponerse obstáculos al mismo so pretexto que el órgano jurisdiccional exhortante carece de jurisdicción internacional, pues dicha colaboración no tiene efectos vinculantes para el caso del reconocimiento y ejecución de la sentencia de mérito.

Sólo frente a la situación extrema en que se estuviere manifiestamente ante una cuestión que vulnerare la jurisdicción exclusiva del tribunal exhortado, cedería el deber de prestar el auxilio requerido.

#### *F. Competencia: cuestiones comprendidas*

Como un modo práctico de evitar el planteamiento de cuestiones retardatarias, que menoscabando los principios de economía y celeridad procesal, solían conducir a que el juez exhortado se desprendiera de la tramitación de la rogatoria, por considerar que el incidente deducido escapaba a su competencia, y como consecuencia de ello remitía las actuaciones al órgano exhortante a los fines de su decisión, las convenciones interamericanas sobre exhortos o cartas rogatorias (artículo 11, 1er. apartado), y sobre recepción de pruebas en el extranjero (artículo 3º, 1er. apartado), consagran el principio que “el órgano jurisdiccional requerido tendrá competencia para conocer de las cuestiones que se susciten con motivo del cumplimiento de la diligencia solicitada”.

Coincidiendo con ese temperamento, el artículo 377 del Anteproyecto de Código Modelo, también establece que “los tribunales del Estado serán competentes para conocer de las cuestiones relativas al cumplimiento del exhorto o carta rogatoria que recibieren” (1er. apartado).

Desde otro punto de vista, en el caso que el juez exhortado resultare incompetente según el derecho interno, siéndolo en cambio otro par de ese Estado, el derecho procesal internacional moderno en

Consultor Jurídico Digital de Honduras

miras a abastecer los principios de economía y celeridad procesal consagra en los instrumentos internacionales que se remitirán de oficio las actuaciones al órgano competente de ese país.

Así, en la dimensión universal lo establece la convención internacional sobre procedimiento civil de La Haya, desde que prevé que “en caso de incompetencia de la autoridad requerida, el exhorto deberá ser enviado de oficio, a la autoridad judicial, competente de ese mismo Estado, según las normas establecidas por su legislación” (artículo 12). Y haciendo hincapié la convención sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial de La Haya, en que la transmisión será hecha “sin demora”, ratifica el mismo principio (artículo 6º).

Lo mismo ha ocurrido en el ámbito regional, pues las mencionadas convenciones interamericanas sobre exhortos o cartas rogatorias (11, 2º apartado), o sobre recepción de pruebas en el extranjero (3, 2º apartado), receptan esa plausible solución.

En virtud de la gravitación de esta obra codificadora de La Haya y de la OEA, en cuanto a la uniformidad, el segundo apartado del artículo 377 del Anteproyecto de Código Modelo prescribe que “si un tribunal se declarare incompetente, en el ámbito interno, para proceder al cumplimiento del exhorto o carta rogatoria, lo remitirá de oficio al tribunal competente, sin más trámite”.

## 2. Medidas cautelares

### A. Eficacia extraterritorial

La convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares, suscrito en Montevideo en 1979, que vincula a Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú y Uruguay, de manera orgánica se ocupa: *a)* del problema de las calificaciones; *b)* del alcance de la convención; *c)* de la ley aplicable; *d)* de la tramitación, y *e)* de las disposiciones generales.<sup>18</sup>

Salvo en cuanto a las cuestiones primera y última, que no fueran abordadas en el Anteproyecto de Código Modelo, por ser materias propias de una convención, en lo restante muestra una línea criteriológica semejante.

<sup>18</sup> Véase a los autores citados en nota 11.

Desde el ángulo del alcance de dicha convención, se prevé que “las autoridades jurisdiccionales de los estados partes en esta convención darán cumplimiento a las medidas cautelares que, decretadas por jueces o tribunales de otro Estado parte, competentes en la esfera internacional” (artículo 2º).

También el artículo 378.1 del Anteproyecto de Código Modelo sienta que “los tribunales nacionales darán cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por tribunales extranjeros internacionalmente competentes y proveerán lo que fuere pertinente a tal objeto, exceptuándose las medidas que estuvieren prohibidas por la legislación nacional o contraríen el orden público internacional”.

En primer lugar destacamos que de estas normas se desprende que correctamente se ha elevado a la categoría de deber en la comunidad jurídica el cumplimiento de una medida cautelar, decretada por un órgano jurisdiccional competente en la esfera internacional.

Si bien esta norma no define lo que debe entenderse por medidas cautelares, va de suyo que sirve como pauta interpretativa lo determinado por el artículo 2º de la convención interamericana precedentemente citada, en cuanto comprende lo que hace garantizar la seguridad de las personas, como custodia de incapaces o alimentos provisionales, por un lado, y lo que versa sobre la seguridad de los bienes, ya sea embargos, secuestros, anotación preventiva de litis, administración e intervención de empresas, por el otro. En suma, toda medida que tienda a cumplir la finalidad cautelar, como reza el artículo 279 del Anteproyecto del Código Modelo, es admisible.

En otro orden de cosas, la norma que comentamos trae colación como límite al cumplimiento de la medida cautelar el orden público internacional, a semejanza de lo previsto por el artículo 12 de la convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares.

Empero, a nuestro juicio, es más acertada la solución de fuente convencional, no sólo porque alude a medidas cautelares que “sean manifiestamente contrarias” al orden público internacional, sino porque no incluye como límite a las mismas una prohibición de carácter nacional.

Oponer como excepción además de lo que pudiere menoscabar el orden público nacional, lo que estuviere prohibido por la legislación nacional, en nuestro sentir, importa volver a una noción con contenido territorialista, que no se adecua a la evolución que se opera en un mundo que tiende a la integración.



Propiciamos así, que el Anteproyecto de Código Modelo se ajuste al temperamento de la fuente convencional precitada.

Se integra con esta norma lo que prescribe el artículo 383.4, en cuanto determina que “los tribunales del Estado, cuando procediere, podrán decretar medidas cautelares destinadas a cumplirse fuera del país”.

Es una lógica consecuencia de la cooperación judicial internacional, pues así como los órganos judiciales tienen el deber de cumplir, en principio, con una resolución que emana de un órgano foráneo, del mismo modo estos últimos han de efectivizar el idéntico deber que impone la comunidad jurídica universal.

## B. Competencia en la esfera internacional

### a) Punto de partida

Consideramos, a su vez, que si bien, por vía de principio, es exacto que las medidas cautelares deben ser decretadas por un tribunal competente en la esfera internacional, no puede dejarse de lado que en la materia lo que cuenta primordialmente es la cautela que se tiende a abastecer, y que siempre opera sobre el piso de marcha de la verosimilitud. En consecuencia, cuando concurren *prima facie* los presupuestos legales, como lo admite el Anteproyecto de Código Modelo en el artículo 277.1, 2º apartado, al regular el proceso cautelar, cabe efectuar una interpretación razonablemente flexible.

Ese es, por otro lado, el espíritu que insufla el artículo 383.1 en torno al decreto de medidas conservatorias o de urgencia, y además no cabe dejar de tener presente que el artículo 380 desde el punto de vista de la jurisdicción internacional indirecta, en definitiva, deja a salvo el examen de la misma para el momento del reconocimiento o ejecución de la sentencia extranjera.

En consecuencia, mientras no se esté frente a una hipótesis extrema, ha de cuidarse evitar la frustración de las finalidades de las medidas cautelares.

### b) Jurisdicción internacional indirecta

Debe repararse como lo hemos adelantado precedentemente, que el Anteproyecto de Código Modelo, reiterando lo normado en la solución receptada en el artículo 376 y coincidiendo con la regula-

ción de la convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares (artículo 6º), también aquí en esta parcela se subraya que “el cumplimiento de la medida cautelar no obliga a reconocer y ejecutar la sentencia extranjera que se dictare en el proceso en que tal medida se hubiere dispuesto” (artículo 380).

Se está —como hemos expuesto— sobre una alternativa que ofrece la jurisdicción internacional indirecta, ya que, en principio, viene a postergar en definitiva al contralor de la competencia en la esfera internacional del juez exhortante para la oportunidad en que se peticione el reconocimiento o ejecución de la sentencia foránea.

De allí que esta norma debe armonizarse con lo prescrito en el artículo 378.1 del mismo ordenamiento, a propósito de la competencia internacional, debiendo excluirse un criterio riguroso sobre la valoración de la competencia internacional en esa etapa.

Desde luego que frente a la situación verdaderamente anómala del menoscabo manifiesto o grosero de la jurisdicción internacional exclusiva, cabrá actuar en función de las circunstancias singulares del caso, no accediendo en el mismo a la cooperación judicial solicitada.

### c) La facultad cautelar con carácter estrictamente territorial

También debe tenerse presente que prescindiendo de la jurisdicción internacional, es viable decretar una medida cautelar con carácter estrictamente territorial, con la plausible finalidad de asegurar la tutela del bien jurídico, que así lo exige imperiosamente.

Es la solución que consagra el artículo 10 de la referida convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares, cuando prescribe que

las autoridades jurisdiccionales de los Estados partes... ordenarán y ejecutarán, a solicitud fundada de parte, todas las medidas conservatorias o de urgencia que tengan carácter territorial y cuya finalidad sea garantizar el resultado de un litigio pendiente o eventual. Esto se aplicará cualquiera sea la jurisdicción internacionalmente competente de alguno de los Estados partes para conocer el fondo del asunto, siempre que el bien o derecho objeto de dicha medida se encuentre dentro del territorio sujeto a la jurisdicción de la autoridad a la cual se la solicite. Si el proceso estuviese pendiente, el tribunal que decretó la medida deberá comunicarla de inmediato al juez o tribunal que conoce de lo principal.

Si el proceso no se hubiere iniciado, la autoridad jurisdiccional que ordenó la medida fijará un plazo dentro del cual deberá el peticionario hacer valer sus derechos en juicio, atendiéndose a lo que en definitiva resuelva sobre los mismos el juez internacionalmente competente de cualquiera de los Estados partes.

Y es el temperamento del cual también se nutre el Anteproyecto de Código Modelo, al sentar que “cualquiera sea la jurisdicción internacionalmente competente para conocer en el litigio y siempre que el objeto de la medida se encontrare en territorio nacional, los tribunales del Estado podrán ordenar y ejecutar, a solicitud fundada de parte, todas las medidas conservatorias o de urgencia que tengan carácter territorial y cuya finalidad sea garantizar el resultado de un litigio pendiente o eventual” (artículo 383.1).

Se añade que “si el proceso estuviere pendiente, el tribunal que decretó la medida deberá comunicarla de inmediato al tribunal extranjero que conoce en lo principal” (artículo 383.2).

Luego de ello, prevé que “si el proceso aún no se hubiere iniciado, el tribunal que ordenó la medida fijará un plazo, sujetándose a lo que en la materia dispone la ley nacional, dentro del cual el peticionario hará valer sus derechos so pena de caducidad de la medida” (artículo 274.2).

“Si en el plazo acordado se promoviere la demanda, se estará a lo que resuelva, en definitiva, el tribunal internacionalmente competente” (383.3).

Se está frente a una medida cautelar excepcional que encuentra sustento en la conexión de una mayor proximidad con el bien jurídico a tutelar y las poderosas razones de urgencia para impedir que se frustre el mismo.

Son soluciones plausibles que armonizan la virtualidad de las finalidades del proceso cautelar con el ápice de la extraterritorialidad dado por la jurisdicción internacional. Del equilibrio adecuado de los mismos es factible llegar a la justicia del caso de derecho internacional privado, lo cual nunca deben dejar de tener presente los operadores jurídicos.

Otra exteriorización donde se advierten los matices territorialistas, en cuanto respondan al interés primordial de la tutela de los incapaces, surge en la convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares, así como en el Anteproyecto de Código Modelo.

Sienta sobre el particular el artículo 9º de dicha convención, que “cuando la medida cautelar se refiera a custodia de menores, el juez o tribunal del Estado requerido podrá limitar, con alcance estrictamente territorial los efectos de la medida a la espera de lo que resuelva en definitiva el juez del proceso principal”.

En sentido similar receptando esa fuente el referido anteproyecto dispone, que “cuando la medida cautelar se refiere a custodia de menores o incapaces, los tribunales nacionales podrán limitar, con alcance estrictamente territorial, los efectos de aquélla, sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva por el tribunal del proceso principal”.

Obviamente sin perjuicio de la gravitación susceptible de tener en la dimensión universal el convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, adoptado el 25 de octubre por la XIV Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, o en el ámbito regional la convención interamericana sobre restitución internacional de menores (CIDIP IV, Montevideo, 1989), suelen plantearse en el tráfico judicial cuestiones sumamente delicadas respecto del traslado, retención, custodia o visita de menores o incapaces.

Y he aquí donde suele ser necesario excluir los graves perjuicios susceptibles de cernirse en la formación de menores o en la situación de incapaces mayores, que podrían derivarse de los traslados de los mismos a otra jurisdicción, decretados en procesos como los aludidos precedentemente.

Debe repararse que las ciencias sociales en la actividad interdisciplinaria con la estrictamente jurídica, alertan sobre lo que pueden significar en función de las circunstancias del caso las rupturas traumáticas en el entorno familiar, en desmedro de la persona a tutelar. De allí que como explica el jurista Tellechea Bergman, podría ser viable en supuestos de tal tenor limitar la cooperación judicial a someter a la persona al contralor del órgano exhortado, para evitar su ocultamiento o traslado, hasta tanto se dicte la sentencia de mérito.<sup>19</sup>

Insistimos una vez más que lo que cuenta es aquello que favorezca en la mayor medida los intereses de quienes tienen necesidad de protección. Ese es el estándar que debe guiar la interpretación de

<sup>19</sup> *Op. cit.* en nota 14.

estas normas en el quehacer de la difícil responsabilidad que incumbe al órgano judicial.

d) La conexidad derivada del cumplimiento de una sentencia foránea

La conexidad es factible de engendrar la competencia en la esfera internacional para decretar una medida cautelar, como en el supuesto de las peticiones enderezadas al reconocimiento o ejecución de una sentencia extranjera.

Ya el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, había previsto que “el juez a quien se solicite el cumplimiento de una sentencia extranjera, podrá, sin más trámite y a petición de parte y aun de oficio, tomar todas las medidas necesarias para asegurar la efectividad de aquel fallo, conforme a lo dispuesto por la ley del tribunal local, sobre secuestros, inhibiciones, embargos u otras medidas preventivas” (artículo 8º).

Ello ha sido reiterado con un sentido más restringido por la ya citada convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares, pues se atiende exclusivamente al principio dispositivo, prescindiendo de la actividad oficiosa. En efecto, dispone en torno a ello que “el órgano jurisdiccional a quien se solicitare el cumplimiento de una sentencia extranjera podrá sin más trámite y a petición de parte, tomar las medidas cautelares necesarias, conforme a lo dispuesto por su propia ley” (artículo 7º).

La gravitación de esta convención ha determinado que el Anteproyecto de Código Modelo también haya dispuesto bajo el rótulo de “Medidas previas a la ejecución”, que “el tribunal a quien se solicitare el cumplimiento de una sentencia extranjera podrá, a petición de parte y sin más trámite, tomar las medidas asegurativas necesarias conforme con las leyes del Estado” (artículo 381).

El criterio es acertado, pues obviamente la conexidad constituye un elemento determinante de la competencia, que está respaldado por poderosas razones de economía y celeridad procesal.

### C. Transmisión

En la obra codificadora de la CIDIP, como ya tuviéramos ocasión de señalarlo, constituye un común denominador que la transmisión de los exhortos o cartas rogatorias ofrece distintas alternativas, a opción de la parte interesada.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

Y así, el artículo 13 de la convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares, dispone que “el cumplimiento de las medidas cautelares. . . se hará mediante exhortos o cartas rogatorias que podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por la vía judicial, por intermedio de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos o por la autoridad central del Estado requirente o requerido, según el caso”.

De manera análoga, el Anteproyecto de Código Modelo y coincidentemente con el contenido impreso al artículo 375.1 en cuanto a la transmisión de los exhortos o cartas rogatorias, establece que “las comunicaciones referentes a las medidas cautelares, se harán por las propias partes interesadas, por intermedio de los agentes consulares o diplomáticos o a través de la autoridad administrativa competente en la materia o, en su defecto, por vía judicial”.

Volvemos a reiterar que dentro de esas opciones la que satisface más adecuadamente los principios de economía, celeridad procesal y certeza jurídica, es el andarivel de la vía administrativa o autoridad central, según la denominación divulgada por las conferencias interamericanas ya aludidas.

#### D. *Ley aplicable*

En torno a la ley aplicable cronológicamente, el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940 de modo específico determinó en el artículo 13 que “si se tratare de embargos, la procedencia de la medida se regirá y determinará por las leyes y jueces del lugar del proceso”.

Y añadió en su segundo apartado: “la traba del embargo, su forma y la inembargabilidad de los bienes denunciados a ese efecto, se regirán por las leyes y se ordenarán por los jueces del lugar en donde dichos bienes estuvieran situados”.

Asimismo se precisó que “para ejecutar la sentencia dictada en el juicio en que se haya ordenado la traba del embargo sobre bienes ubicados en otro territorio, se seguirá el procedimiento establecido en los artículos 7º y 8º de [dicho] Tratado”.

Luego, la convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares vino a establecer en el artículo 3º, que “la procedencia de la medida cautelar se decretará conforme a las leyes y por los jueces del lugar del proceso. Pero la ejecución de la misma, así como la contracautela o garantía, serán resueltas por los jueces del

Consultor Jurídico Digital de Honduras

lugar donde se solicita su cumplimiento, conforme a las leyes de este último lugar”.

De modo similar a esas fuentes, el artículo 378.2 del Anteproyecto de Código Modelo, prescribe que “la procedencia de la medida cautelar rogada se regulará de acuerdo con las leyes y por los tribunales del lugar del proceso extranjero. La ejecución de la medida, así como la contracautela serán resueltas por los tribunales del Estado conforme con su legislación”.

Es decir, cabe distinguir entre: *a)* la procedencia de la medida cautelar, y *b)* la ejecución de la misma y la contracautela.

En torno a la primera, media una unidad de criterio entre la ley aplicable y la jurisdicción internacional, las que se rigen en este aspecto por la *lex causae*, o sea, por la ley del Estado donde tramita el proceso principal.

En cambio, en el segundo de los supuestos cabe estarse a las disposiciones de la *lex fori* de los jueces del lugar de cumplimiento, es decir, del derecho del país exhortado.

### E. *Tercerías y oposiciones*

El Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, previó en su artículo 14 que,

trabado el embargo, la persona afectada por esta medida podrá deducir, ante el juez ante quien se libró el exhorto, la tercería pertinente, con el único objeto de que sea comunicada al juez de origen. Noticiado éste de la interposición de la tercería, suspenderá el trámite del juicio principal por un término no mayor de sesenta días, con el objeto de que el tercerista haga valer sus derechos. La tercería se substanciará por el juez de lo principal conforme a sus leyes. El tercerista que comparezca después de fenecido ese término, tomará la causa en el estado en que se encuentre.

Si la tercería interpuesta fuese de dominio o de derechos reales sobre el bien embargado, se resolverá por los jueces y de acuerdo con las leyes del país del lugar de la situación de dicho bien.

A su vez, de manera coincidente el artículo 5º de la convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares, dispone:

cuando se hubiere trabado embargo o cualquier otra medida cautelar en materia de bienes, la persona afectada por esa medida podrá de-

Consultor Jurídico Digital de Honduras

ducir ante el juez al cual se libró el exhorto o carta rogatoria, la tercería u oposición pertinente con el único objeto de que sea comunicada al juez de origen al devolverse el exhorto. Informado el juez requirente de la interposición de la tercería o alegación de derechos, suspenderá el trámite del proceso principal por un término no mayor de sesenta días con el objeto de que el afectado haga valer sus derechos.

La oposición se sustanciará por el juez de lo principal, conforme a sus leyes. El opositor que compareciere vencido el plazo indicado, tomará la causa en el estado en que se encuentre.

Si la tercería interpuesta fuese excluyente de dominio o de derechos reales sobre el bien embargado o la oposición se fundamentare en la posesión o dominio del bien embargado, se resolverá por los jueces y de acuerdo con las leyes del lugar de la situación de dicho bien.

Estos antecedentes explican la razón de ser del artículo 379 del Anteproyecto de Código Modelo, sobre tercerías y oposiciones, que textualmente dice: “379.1. Cuando se hubiere trabado embargo o efectuado cualquier otra medida cautelar sobre bienes, la persona afectada podrá deducir, ante los tribunales nacionales, la tercería u oposición pertinentes, con el exclusivo objeto de su comunicación al tribunal de origen, al devolverse el exhorto o carta rogatoria.”

Es decir, que se regula la situación que puede derivarse de la traba de una medida cautelar con eficacia extraterritorial sobre los bienes y la eventual promoción de una tercería por parte de terceros afectados. Cabe así la posibilidad que se deduzca ante el juez exhortado la oposición pertinente con la única finalidad de que fuere comunicada al juez exhortante en ocasión de la devolución de la carta rogatoria.

Luego se expresa en el artículo 379.2 que “la oposición o tercería se sustanciará por el Tribunal de lo principal conforme con sus leyes. El opositor o tercerista que compareciere luego de devuelto el exhorto o carta rogatoria, tomará el proceso en el estado en que se hallare”.

Queda así establecido que la tercería u oposición deberá promoverse ante el tribunal exhortante, y que tramitará según las leyes de dicho órgano.

Y si la misma se hubiese deducido con posterioridad a la devolución del exhorto, habrá que estarse a la situación procesal existente en ese momento, sin que quepa retrogradar el procedimiento.

Continúa prescribiendo una excepción al principio general de la aplicación de la ley precedentemente mencionada, ya que el artículo 379.3 edicta que “si se tratare de tercería de dominio u otros dere-



chos reales sobre el bien embargado o se fundara en su posesión, se resolverá por los Tribunales del Estado y de conformidad con sus leyes”.

En este caso, cuando está en juego lo relativo al dominio o a los derechos reales, se da primacía a la *lex rei sitae*, tanto para la determinación de la competencia en la esfera internacional, como en lo relativo a la aplicación del derecho, quedando marginada la *lex causae*.

#### IV. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS

##### 1. Reglas generales

Entre los antecedentes de fuentes convencionales tradicionales, cabe traer a colación a los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 (artículos 5° a 7°) y de 1940 (artículos 5° a 9°), por un lado, y al Código de Bustamante (artículos 423 a 433), por el otro.

Ya bajo la égida de la OEA deben mencionarse la convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (CIDIP II, Montevideo, 1979), ratificada por Argentina, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela y la convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional (CIDIP I, Panamá, 1975), ratificada por Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

De todas ellas, una vez más la labor codificadora de la OEA, a través de la fecunda actividad cumplida en Montevideo en 1979, ha sido la que más ha gravitado en el Anteproyecto de Código Modelo, según se patentiza a través de un estudio comparativo.

Desde el punto de vista de su ámbito de aplicación comprende cuatro grandes sectores del derecho, a saber: a) civil; b) comercial; c) laboral y d) contencioso administrativo, y aspectos conexos a los mismos.

Establece sobre el particular el artículo 385.1 que

el presente capítulo se aplicará a las sentencias dictadas en país extranjero en materia civil, comercial, de familia, laboral y contencioso

administrativo; también comprenderá las sentencias dictadas en tales materias por Tribunales Internacionales cuando éstas se refieran a personas o intereses privados.

Asimismo incluirá a las sentencias recaídas en materia penal en cuanto a sus efectos civiles.

Esta norma nos merece una primera reflexión, en cuanto se confiere la calidad de una categoría autónoma al derecho de familia, coincidiendo con una tendencia que se difunde en el derecho comparado, y en cuanto lo desbroza del derecho civil. Se adelanta así a una eventual aceptación mayoritaria del nuevo criterio para que esa disciplina no quede excluida del objeto de esta regulación.

En segundo lugar, cabe observar que con miras a contemplar el más amplio horizonte, abarca también a los pronunciamientos emanados del fuero laboral, no previsto en las fuentes convencionales tradicionales de los Tratados de Montevideo (artículo 5º) o en el Código de Bustamante (artículo 423), y que receptara la convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (artículo 1º).

Incluye asimismo a las sentencias contencioso-administrativas, como lo previera el Código de Bustamante (artículo 423), y de modo implícito el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, en el título II sobre las legalizaciones (artículo 3º).

A su vez, como lo hace el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940 (artículo 5º, último apartado), se proyecta sobre las sentencias emitidas por tribunales internacionales en cuanto versen sobre personas y cuestiones de derecho privado.

Finalmente advirtiéndose el sello de la citada convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (artículo 1º, *in fine*), y el antecedente que brinda el artículo 437 del Código de Bustamante, también comprende a las sentencias penales en cuanto se refieran a la indemnización de perjuicios derivados del delito.

A continuación aborda sendos problemas de calificaciones en torno a la naturaleza jurisdiccional de la sentencia extranjera, así como respecto a la materia sobre que versare el pronunciamiento foráneo, ateniéndose a la *lex causae*. Es decir, que el tribunal requerido a los fines de definir lo que debe entenderse por sentencia, o bien en punto a lo que es objeto del reconocimiento y ejecución, debe atenerse a la ley del órgano judicial que dictara la sentencia de mérito foránea.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

Correctamente establece en tal sentido, que “la naturaleza jurisdiccional de la sentencia extranjera y la materia sobre lo que hubiere recaído, serán calificadas por los Tribunales del Estado de origen del fallo y según su propia ley”.

## 2. Efectos de las sentencias

En la doctrina se suele distinguir entre: a) la eficacia normativa de las sentencias; b) la eficacia probatoria del decisorio o laudo extranjero; c) la eficacia imperativa o cosa juzgada de los mismos, y d) su fuerza ejecutoria.<sup>20</sup>

De esos aspectos, prescindiendo del primero de ellos porque se dan en supuestos muy específicos, como suele ocurrir con las sentencias de las cortes constitucionales, o en el *common law* con la *ratio decidendi* o *holding*, donde llegan a ser fuente formal del derecho,<sup>21</sup> el Anteproyecto de Código Modelo, se ocupa de los tres

<sup>20</sup> Alsina, Hugo y Videla Aranguren, José María, “Ejecución de sentencias extranjeras”, Buenos Aires, *Revista de Derecho Procesal*, año I, 1943, 2a. parte, p. 341; Calamandrei, Piero, “La sentenza civile como mezzo di prova”, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1938, v. I, p. 294, núm. 185; Cappelletti, Mauro, “Las sentencias extranjeras en el proceso civil”, Buenos Aires, EJEA, p. 9; Colombo, Carlos J., *Código procesal civil y comercial de la nación*, 1969, v. III, pp. 822-823; Couture, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 294, núm. 185; Gelsi Bidart, Adolfo, “Planteamiento procesal del tema de la sentencia extranjera”, en *Revista de Derecho Procesal*, publicación iberoamericana-filipina, 1959, núm. 1, p. 9; Goldschmidt, Werner, “Problemas de derecho internacional procesal hispano-lusoamericano”, en *Revista de Derecho Procesal*, publicación iberoamericana-filipina, 1956, núm. 3, p. 788; Gowland, Norberto, “Ejecución de sentencias extranjeras”, en *Revista de Derecho Procesal*, publicación iberoamericana-filipina, 1956, núm. 3, p. 839; Loreto, Luis, “La sentencia extranjera en el sistema venezolano de exequatur”, en *Estudios jurídicos en memoria de Couture*, Montevideo, 1957; MacLean, Roberto, “Introducción al estudio de la extraterritorialidad de las sentencias”, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, 1963, v. 16, pp. 346-347 y “La eficacia de las sentencias extranjeras”, *Ibid.*, año XVIII, núm. 52, p. 3; Morelli, Gaetano, *Derecho procesal civil internacional*, trad. Sentís Melendo; Moreti, Raúl, “La sentencia extranjera”, en *La Ley*, t. 15, sec. doc. p. 94; Sánchez Apellániz, “Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en derecho hispanoamericano”, en *Revista de Derecho Procesal*, publicación iberoamericana-filipina, 1956, núm. 2, pp. 365 y ss.; Sánchez de Bustamante y Sirven, Antonio, *Derecho internacional privado*, Habana, 1931, t. III, p. 354, núm. 1909; Sentís Melendo, Santiago, *La sentencia extranjera (exequatur)*, Buenos Aires, EJEA, 1958. Finalmente nos remitimos a nuestro estudio “Eficacia de la sentencia extranjera” (“Problemática actual de derecho procesal”), en *Libro homenaje a Amilcar A. Mercader*, Platense, 1971, pp. 591 y ss.

<sup>21</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, *loc. cit.*  
Uso educativo

aspectos restantes, por ser las situaciones que con mayor frecuencia se dan en el tráfico litigioso.

Prevé así en el artículo 386.1 que “las sentencias extranjeras tendrán en el Estado efectos imperativos, probatorios y fuerza ejecutoria, con arreglo a las disposiciones del presente capítulo”.

Desde el punto de vista de los efectos probatorios puntualizamos que debe tenerse presente que las sentencias como instrumentos representativos de la decisión del juez extranjero, constituyen una prueba documental acerca del acto jurisdiccional como tal. Y por aplicación de la regla *locus regit actum*, que gobierna la forma de los documentos, cabe entender que si según la ley del lugar en que se dictó revestía el carácter de instrumento público, hace plena fe de los hechos que han pasado por ante el juez o tribunal que la pronunció.<sup>22</sup>

Adelantamos que desde ese ángulo no requiere que se observe el trámite del *exequatur*, quedando sujeta simplemente a la apreciación del juez ante el cual se la hace valer como prueba, según las reglas de la sana crítica.

A su vez, tratándose de los efectos declarativos o constitutivos de las sentencias o laudos extranjeros, puede afirmarse la eficacia automática de la cosa juzgada susceptible de derivar de los mismos. Allí aflora el efecto imperativo. Tampoco en este aspecto resulta necesario transitar por la vía del *exequatur*, debiendo simplemente el juez ante el cual se pretende el reconocimiento de dicho efecto realizar la pertinente valoración en ocasión de emitir la sentencia de mérito.

Ahora bien, el Anteproyecto de Código Modelo se ocupa de los efectos imperativos y probatorios en el artículo 388, y a su turno de la fuerza ejecutoria en el artículo 387, en correlación con el artículo 389 a propósito de la ejecución.

### 3. Reconocimiento y ejecución: calificaciones

Como correlato de lo que venimos señalando, cuadra subrayar que en las últimas evoluciones científicas se ha impuesto la distinción entre reconocimiento y ejecución.<sup>23</sup>

El primero de ellos abarca la fuerza probatoria y la eficacia imperativa derivada de la cosa juzgada, reiterando que en tales casos no se requiere observar el trámite previo del *exequatur*.

<sup>22</sup> Cfr. Sánchez de Bustamante y Sirven, Antonio, *op. cit.* en nota 20, *loc. cit.*

<sup>23</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, p. 78. <sup>Uso educativo</sup>

En cambio, la ejecución exige, según un criterio mayoritario que no compartimos, transitar por el proceso especial del *exequatur*.<sup>24</sup>

Mencionamos en el sentido prevaleciente la fórmula difundida en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal, celebrado en Madrid, en 1955, donde se aprobó la conclusión de que “el reconocimiento de las sentencias extranjeras que reúnan las indispensables condiciones de fondo y de forma, no tendrán que ser pedido en juicio especial de *exequatur*”. Por el contrario, la ejecución de la misma queda sometida al juicio de *exequatur*, para el que se recomienda una reglamentación que ofrezca las mayores posibilidades.

El Anteproyecto de Código Modelo no ha sido ajeno a los principios que recordamos, puntualizando que en esa tesitura —distinguiendo entre reconocimiento y ejecución, con el objeto de abastecer los principios de certeza jurídica—, comienza por calificar a dichos términos suministrando las pertinentes definiciones.

En punto al reconocimiento dice que “es el acto o secuela de actos procesales, cumplidos al simple efecto de establecer si la sentencia extranjera reúne los requisitos indispensables, de acuerdo con las disposiciones del [capítulo IV]” (artículo 386.3).

Son cuestiones que hacen a los efectos probatorios e imperativos de la sentencia extranjera, los cuales son regulados en el artículo 388 del Anteproyecto de Código Modelo.

Prescribe sobre el particular dicha norma que

cuando sólo se tratare de hacer valer los efectos imperativo y probatorio de una sentencia extranjera, deberá presentarse la misma ante el Tribunal pertinente, acompañando la documentación referida en el artículo 387.2.

En este caso, el Tribunal se pronunciará sobre el mérito de la sentencia extranjera, en relación al efecto pretendido, en la sentencia que dictare, previa comprobación, con audiencia del Ministerio Público, de que se han cumplido las condiciones indicadas en el artículo 387.1.

<sup>24</sup> Nosotros hemos emitido opinión favorable a la posición que propicia el reconocimiento de la eficacia automática de la sentencia extranjera, en cuanto responda a un mínimo de condiciones susceptibles de verificarse en el proceso de ejecución de sentencias, estructurado según el lineamiento de las leyes de enjuiciamiento hispánicas. En efecto, consideramos que es viable, a través de un trámite simple, que la parte ejecutada oponga defensas de naturaleza procesal como la relacionada con la competencia en la esfera internacional, o con el debido proceso legal o de naturaleza sustancial, como es lo atinente al orden público internacional o el fraude a la ley (“Eficacia de la sentencia extranjera”, citado en nota 20).

Insistiendo en lo ya expuesto, si se ofreciere como prueba documental una sentencia extranjera, o se invocare la misma como basamento de la defensa de cosa juzgada, será menester que se acompañen las copias auténticas: a) de la sentencia foránea; b) de las piezas necesarias para demostrar que la contraria fue notificada o emplazada en legal forma, de acuerdo con las normas del Estado donde se pronunciara el fallo, y c) de las que resulte que se aseguró la debida defensa.

De las mismas se dará la pertinente sustanciación con la contraparte, y producidas las pruebas se conferirá vista al Ministerio Público debiendo resolverse estas cuestiones en ocasión de dictar la sentencia de mérito, en función de los presupuestos previstos por el artículo 387.1, y de conformidad con las constancias que resulten de autos.

En suma, se está frente a un incidente que a nuestro juicio se resuelve en ocasión de emitir la sentencia de mérito.

Ahora bien, respecto de la ejecución, la define como “el acto o secuela de actos procesales dirigidos a obtener el cumplimiento de las sentencias extranjeras de condena” (artículo 386.4).

Aquí se está frente al supuesto de la fuerza ejecutoria, o sea, del trámite del *exequatur*, que aparece contemplado en los artículos 387 y 388 del citado Anteproyecto de Código Modelo, pasando a ocuparnos de la misma.

#### 4. Fuerza ejecutoria

Tratándose de la fuerza ejecutoria de la sentencia extranjera, señalamos que el fundamento jurídico de la comunidad de los estados que se basa, por un lado, en la relación de interdependencia y solidaridad que debe existir entre los mismos y, por el otro, en los derechos adquiridos por el hombre como sujeto de derecho en el universo, impone la ejecución de las sentencias extranjeras.<sup>25</sup>

Empero no se han logrado superar las discrepancias en torno a la manera como hacer efectivo ese principio inconcuso. Y en tal or-

<sup>25</sup> Recordamos sobre el particular los estudios realizados, entre otros autores, de Barbosa Moreira, José Carlos, “Tendencias contemporáneas del derecho procesal civil”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 3, 1983, p. 247; Parodi Remón, Carlos, *op. cit.* en nota 2; Zepeda, “Homologación de sentencias extranjeras. Aporte al V Encuentro Panamericano de Derecho Procesal celebrado en Medellín, Colombia”, en *Derecho procesal moderno*, Medellín, 1988.

den de cosas puede indicarse que mientras por un lado un sector de la doctrina propicia que debe reconocerse eficacia extraterritorial de modo amplio, siempre que responda a un mínimo de condiciones —postulación a la que nos adherimos—, por el otro se sostiene que es menester una resolución del órgano jurisdiccional nacional que debe hallarse precedida por la comprobación de ciertos requisitos, para que tenga eficacia la sentencia externa. Este es el criterio predominante que se canaliza por medio del *exequatur*.

Sin perjuicio que los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940, sentaron reglas sobre la fuerza ejecutoria de las sentencias extranjeras (artículos 5º y 6º), así como en cuanto a las formalidades externas (artículos 3º y 4º) y respecto de la traducción (artículo 11, tratado de 1940), y que de modo similar en el Código de Bustamante se fijaron los pertinentes presupuestos en el artículo 423, que fueron complementados por otras reglas (artículos 424 a 433), lo cierto es que una vez más la convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, a través del artículo 2º, es la que ha contribuido a darle el sello especial al Anteproyecto de Código Modelo.

Es así como en el artículo 387 de este último, coincidiendo con la norma citada en primer término, regula los presupuestos que debe reunir la sentencia extranjera a los fines de declarar admisible su fuerza ejecutoria.

Los mismos apuntan a resguardar en los tres primeros incisos la observancia de las formalidades, por un lado, y a verificar los requisitos de ejecutoriedad propiamente dichos, en los restantes incisos.

Urge a su vez resaltar que respecto del examen de estos requisitos debe excluirse de modo absoluto la revisión de la sentencia foránea. De modo ponderable reza el artículo 386.2 del Anteproyecto de Código Modelo, que “las sentencias extranjeras deberán ser reconocidas y ejecutadas en el Estado, si correspondiere, sin que proceda su revisión sobre el fondo del asunto objeto del proceso en que se hubieren dictado”.

Es la solución que se difunde en el moderno derecho procesal internacional, recordando que en esa paulatina evolución contribuyó como hito trascendente el celeberrimo caso “Munzer vs. Sra. Munzer”, pronunciado por la Corte de Casación francesa, con fecha

7 de enero de 1964, desde que suprimió la posibilidad de la *revision au fond*.<sup>26</sup>

Sentado ello puntualizamos que el referido artículo 387 edicta que “las sentencias extranjeras tendrán eficacia en el Estado, si reunieren las siguientes condiciones:

“a) Que vengan revestidas de las formalidades externas necesarias para ser consideradas auténticas en el Estado de origen.”

(Este presupuesto formal de la autenticidad ha de evaluarse en función de la ley del lugar donde el tribunal emitiera el fallo, de conformidad con el principio de que las formas y solemnidades de los actos, se rigen por las leyes y usos del lugar en que se realizaren *locus regit actum*.)

“b) Que la sentencia y la documentación anexa que fuere necesaria estén debidamente legalizadas de acuerdo con la legislación del Estado, excepto que la sentencia fuere remitida por vía diplomática o consular o por intermedio de las autoridades administrativas.”

(Este segundo requisito formal versa a su vez sobre la legalización de la sentencia y la documentación que debe acompañarse, la que debe ajustarse a la ley del Estado en donde debe surtir efectos. La exigencia de la legalización no es necesaria cuando se acude a la vía diplomática o consular, o bien se ha canalizado la petición a través de la autoridad administrativa.)

“c) Que se presenten debidamente traducidas, si provienen de países de idiomas diferentes.”

(Resulta lógico que frente a la diversidad de lenguas, se prevé este recaudo formal relativo a la traducción al idioma oficial del Estado, donde se pretende hacer valer la fuerza ejecutoria de la sentencia extranjera.)

“d) Que el tribunal sentenciante tenga jurisdicción en la esfera internacional para conocer en el asunto, de acuerdo con su derecho, excepto que la materia fuere de jurisdicción exclusiva de los tribunales patrios.”

Constituye un presupuesto esencial de naturaleza procesal de honda raigambre en materia de *exequatur*, verificar la jurisdicción internacional indirecta, es decir, si la sentencia extranjera emana de un órgano que tenga competencia en la esfera internacional.

<sup>26</sup> *Revue Critique de Droit International Privé*, 1964, v. LIII, pp. 344 y ss., con nota de H. Batifol, citado por Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, p. 83.



Aquí, a diferencia de lo que señalamos en torno a los exhortos que requieren el auxilio judicial en materia de diligencias de mero trámite, o en la actividad probatoria, o ya en materia cautelar en que, en principio, no cabía ser riguroso en dicho examen, debe realizarse inexorablemente en esta ocasión el pertinente contralor. Precisamente este es el momento oportuno para verificar si el órgano que emitió la sentencia extranjera tiene jurisdicción frente a los efectos ejecutorios que se pretende.

El Anteproyecto de Código Modelo, apartándose de la solución territorialista de la *lex fori* consagrada por el inciso *d)* del artículo 2º de la convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, adopta como temperamento más favorable a la extraterritorialidad el criterio de la *lex causae*, a los fines de comprobar la jurisdicción internacional. Se atiene así a las disposiciones de la ley del país de origen del fallo.<sup>27</sup>

En función de ello, el Anteproyecto de Código Modelo ha mantenido como reserva el resguardo de la jurisdicción exclusiva, pues en tal hipótesis si la misma resultare vulnerada, se enerva la jurisdicción que tuviere el órgano judicial extranjero, según su propia ley.

Cabe correlacionar en atención a las fuentes de origen convencional las reglas que contiene la convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras, de La Paz (1984), en cuanto pudiere ser aplicable.

Le suceden luego otros dos incisos que también hacen a los recaudos procesales, y que versan sobre la garantía de la defensa en juicio.

El principio genérico está sentado en el inciso *f)* y en cuanto exige “que se haya asegurado la debida defensa de las partes”.

Obviamente ello supone no sólo que haya sido notificado en legal forma, sino que se le haya posibilitado razonablemente el derecho de hacer valer sus derechos y de probar con la finalidad de obtener un pronunciamiento constitucionalmente válido. O sea, en suma, que se hubiera observado el debido proceso legal.

Se refiere a su vez el inciso *e)* al requisito de la notificación, requiriendo específicamente “que el demandado haya sido notificado

<sup>27</sup> Cfr. Landoni Sosa, Ángel, *op. cit.* en nota 2, p. 447; Tellechea Bergman, Eduardo, *op. cit.* en nota 14.

o emplazado en legal forma de acuerdo con las normas del Estado de donde provenga el fallo”.

Entendemos que este presupuesto está absorbido por el primera-mente mencionado, que por su generalidad lo comprende, pensando que por razones metódicas correspondería estar ubicado después, como una regulación específica.

Y desde este punto de vista se acude a la calificación de la *lex causae*, pues el derecho del Estado de donde proviene el fallo es el que debe guiar la labor del órgano jurisdiccional controlante.

El inciso g) gira en torno a otro presupuesto procesal de la ejecutoriedad, estableciendo “que tengan autoridad de cosa juzgada en el Estado de origen”.

Se ha seguido el criterio tradicional de los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940 (inciso 5º, inciso b) y del Código de Bustamante (artículo 423, inciso 4º), que ha sido recreado por la convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (artículo 2º, inciso g).

Nuevamente la *lex causae* gravita a los fines de calificar lo relacionado con este recaudo de la cosa juzgada.

Finalmente el inciso h) impone un requisito de naturaleza sustancial, como es el límite del orden público internacional. Prescribe desde esa óptica “que no contraríen manifiestamente los principios de orden público internacional del Estado”.

Nos remitimos a lo ya señalado sobre el carácter excepcional y de interpretación restrictiva de este recaudo, reiterando que para que actúe dicho límite a la eficacia de una sentencia extranjera, es menester que de modo palmario se vulnere los principios básicos de los instrumentos internacionales.

Insistimos en que el respeto hacia el acto jurisdiccional externo, que se deriva de la relación de interdependencia de los estados, impone facilitar su reconocimiento o ejecución, no resultando ocioso reiterar que ha quedado excluida la posibilidad de revisión sobre su contenido. Únicamente cuando surge de manera evidente o notoria la absoluta violación de las instituciones esenciales que hacen a los derechos del hombre, habrá que descartarla.

### 5. *Procedimiento: exequatur. Ejecución*

El artículo 389 del Anteproyecto de Código Modelo regula el procedimiento de contralor de la sentencia extranjera, en miras a lograr su ulterior ejecución.

En la materia del principio general, parte de la ejecución forzada, en cuanto sólo las sentencias de condena constituyen el piso de marcha de tal proceso compulsorio.

Prescribe al respecto el artículo 389.1 que “únicamente serán susceptibles de ejecución las sentencias extranjeras de condena”.

Desde luego, ello no excluye que tratándose de las sentencias declarativas o constitutivas haya que realizar alguna actividad ejecutoria, como puede ser la inscripción en un registro de las sentencias de tal carácter a los fines de lograr su virtualidad.

He aquí una circunstancia que habrá de ponderarse razonablemente para evitar la frustración del auxilio judicial internacional.

Obviamente, como ya ha quedado señalado, tratándose del reconocimiento de una sentencia extranjera no ha de observarse la tramitación inherente a la ejecución.

Importa destacar que con una concordancia con los precedentes de los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 (artículo 6º) y de 1940 (artículo 6º) y básicamente de la convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (artículo 3º), el Anteproyecto de Código Modelo establece la carga procesal que la petición de ejecución debe ir acompañada de la pertinente prueba documental que justifique los presupuestos objeto de verificación en este proceso especial.

Prescribe así el artículo 387.2:

los comprobantes indispensables para solicitar el cumplimiento de la sentencia extranjera, son:

- a) copia auténtica de la sentencia;
- b) copia auténtica de las piezas necesarias para acreditar que se ha dado cumplimiento a los literales “e” y “f” del ordinal precedente;
- c) copia auténtica con certificación de que la sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada.

Es decir, que deben incorporarse las pertinentes copias debidamente autenticadas no sólo de la sentencia, sino de la documentación

que permita justificar la notificación en legal forma, que será integrada con la que hace a la garantía de la defensa en juicio, y al presupuesto de que el decisorio se encuentra consentido o ejecutoriado.

Luego, el artículo 389.2 sienta que “la ejecución se pedirá ante el tribunal supremo, salvo que otra cosa se disponga por la ley orgánica”.

En principio, el derecho constitucional es el que determina la competencia de los tribunales constitucionales. En consecuencia, en la materia debe estarse a los pertinentes preceptos de ese linaje.

Con esa salvedad, si la constitución no atribuyó dicha competencia al tribunal supremo, entendemos que razones de economía y celeridad procesal aconsejan adjudicarla a la instancia ordinaria, sin dejar de advertir que en el derecho comparado se suelen ofrecer ejemplos en que la tramitación se encomienda a los tribunales superiores.

Continúa señalando el segundo apartado de esta norma que “formulada la petición dispondrá el emplazamiento de la parte contra quien se pida, según lo dispuesto en la sección II, capítulo II, título VI del libro I, a la que se conferirá traslado por veinte días”.

Media aquí una remisión a las reglas sobre el emplazamiento (artículos 116 a 119, del anteproyecto), que hace al traslado y sus efectos, lo cual apunta hacia la solución ideal de alcanzar la mayor simplicidad en la tramitación.

Luego de ello, el tercer apartado prescribe que “se oirá seguidamente al procurador del Estado y se dictará resolución, contra la que no cabrá recurso alguno”.

Obviamente si se ubicó la competencia en la instancia extraordinaria, la vista que se confiere al Ministerio Público debe hacerse en la persona del procurador del Estado.

Desde luego que un dictamen a nivel de la más alta jerarquía constituye la máxima seguridad, mas siempre queda en pie la reflexión acerca de cuál es el tiempo que puede consumir una tramitación de tal naturaleza, donde lo más expeditivo puede resultar más beneficioso para obtener un buen resultado.

Concluye el trámite del *exequatur* con el dictado de la pertinente resolución, la que obviamente si se tramitó ante el superior tribunal no tolera la recurribilidad.

Si recayere una sentencia confirmando el *exequatur* a la sentencia externa, se dispone que se girarán las actuaciones al órgano competente a los fines de la ejecución forzada.

Prescribe en cuanto a ello el artículo 389.5 que “si se hiciera lugar a la ejecución, se remitirá la sentencia al tribunal competente para ello, a efectos de que proceda conforme con los trámites que correspondan a la naturaleza de la sentencia (título V, libro II).

Una vez agotado el control de regularidad de la sentencia foránea, si el mismo es favorable media una remisión a los trámites previstos para los procesos de ejecución (artículos 317 a 332).

## V. LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS

A través de una norma de remisión se extienden las reglas fijadas en torno al reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras, a la eficacia extraterritorial de los laudos arbitrales externos, en lo que fueren aplicables.

Dispone en tal sentido el artículo 391 del Anteproyecto de Código Modelo, que “lo dispuesto en este capítulo será aplicable a los laudos, dictados por tribunales arbitrales extranjeros en todo lo que fuere pertinente”.

Recordamos que en la dimensión de la OEA surgió en la I Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, la convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975, que vincula a Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, que cabe correlacionar con la ya citada convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, que fuera aprobada en la CIDIP II, en Montevideo, el 8 de mayo de 1979.

En la materia, resulta de consulta obligada la relación que se hiciera en el mencionado Congreso Internacional de Roma por Pedro Mantellini González, así como la comunicación de Guillermo Aguilar Álvarez, quienes abordaron el tema específico de los laudos arbitrales en correlación con el Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> La relación mencionada en primer término puede verse en un “Codice tipo di Procedura Civile per l'America Latina”, *op. cit.*, nota 1, p. 407.

## VI. EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LAS RESOLUCIONES EN LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

También las resoluciones judiciales emitidas en la jurisdicción extracontenciosa foránea —inventarios, aperturas de testamentos, tasaciones u otros semejantes— son susceptibles de lograr efectos extraterritoriales, en cuanto se adecuren a los principios básicos que hacen a la extraterritorialidad de las sentencias extranjeras.

Así lo establecieron los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 (artículo 8º) y de 1940 (artículo 10º).

El mismo criterio fue observado en el capítulo II (artículos 434 y 435) del título X, del libro IV del Código de Bustamante.

Y coincidiendo con esas fuentes internacionales tradicionales dispone en tal sentido el Anteproyecto de Código Tipo, en el artículo 390 que “los actos de jurisdicción voluntaria extranjeros, surtirán efectos en el Estado siempre que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 387, en lo que fuere pertinente”.

Surge así el reconocimiento de su eficacia extraterritorial, en cuanto satisfagan, por vía de principio, los presupuestos contemplados en el artículo 387, en lo que resultare pertinente a los actos procesales de tal naturaleza.

## VII. COLOFÓN

En el mundo actual de la integración, el derecho procesal internacional contribuye a afianzarla a través de las regulaciones que, como el Anteproyecto de Código Modelo elaborado en el seno del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, llevan a la consagración de la cooperación judicial internacional en miras a dar virtualidad a tal postulado básico.

Las reglas sobre uniformidad que sienta el Anteproyecto de Código Modelo, y que se inspiran en la obra codificadora de la OEA, armonizan adecuadamente, a nivel del derecho interno, con el contenido impreso por las conferencias especializadas de derecho internacional privado.

Se impone en miras a acelerar la empresa reformadora, remplazar las leyes de enjuiciamiento que no abastecen idóneamente las finalidades que hacen a la eficacia de la función jurisdiccional, y que

urge adaptar con un razonable criterio de homogeneidad para todos los pueblos de Iberoamérica.

Ello hace a un deber de los estados, que tienen que asegurar dentro del cuadro de las instituciones democráticas un régimen de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre, tal y como se proclama en el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Desde luego, las personas como destinatarios de esos derechos son los que deben ser tutelados en un mismo pie de igualdad ante la ley, la cual no puede tener diferencias sustanciales en razón de las fronteras. Ello impone que en América, crisol de razas, todos bajo el cobijo de la integración inspirada en la idea de solidaridad, estemos amparados por estructuras procesales concebidas al estilo del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

Incumbe a los operadores jurídicos llevar a cabo la misión de lograr el cumplimiento de las finalidades perseguidas en la gran empresa, y de perfeccionarla para alcanzar incluso una eficaz justicia transnacional. Esa es la mejor contribución que podemos hacer al hombre, en ocasión del 500 aniversario del descubrimiento de América.

## EL PROCEDIMIENTO MONITORIO EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA \*

Óscar José MARTÍNEZ

SUMARIO: I. *Antecedentes del procedimiento monitorio*; II. *El Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*.

### I. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO

#### 1. *El procedimiento monitorio. Concepto*

Los procesos sumarios, incluido el juicio ejecutivo de raíz hispana, los procesos plenarios abreviados y el instituto de la rebeldía permiten, de una u otra forma, acercarse con mayor prontitud al momento decisorio y eventual nacimiento de un título ejecutorio.

Pero nunca el grado de economía y celeridad que se logren en virtud de una estructura procesal dada, serán suficientes para satisfacer las expectativas de quien, siendo legítimo titular de un derecho, vio injustamente resistidas o insatisfechas las prestaciones que le eran debidas y hubo de acudir a la jurisdicción. Para ese sujeto, por más abreviada que fuere la faz cognoscitiva, y menor el tiempo transcurrido o el esfuerzo desplegado a través de un proceso hasta que obtuvo una sentencia de mérito habilitante del proceso de ejecución forzada, no dejará de ser un tiempo y un esfuerzo perdido, en aras claro está de los principios que gobiernan al Estado de derecho, como los del *debido proceso*, *defensa en juicio*, etcétera.

Comprobamos aquí que una forma diferente, si se quiere novedosa, de lograr una rápida conquista de una decisión judicial decla-

\* La presente exposición tiene como base nuestra participación en la investigación practicada conjuntamente con el profesor uruguayo Luis A. Viera, titulada "El proceso monitorio. Bases para su legislación uniforme en Iberoamérica", publicada en Buenos Aires en 1990 en la revista jurídica *JUS*, órgano de la Fundación Jus de La Plata, Argentina.



Consultor Jurídico Digital de Honduras

rativa o de un título que habilita la ejecución —equiparable a la sentencia de mérito que se dicta en un proceso de conocimiento, o en uno sumario o ejecutivo— es precisamente el procedimiento monitorio también denominado de “inyucción”, por derivación de la *ingiunzione* del derecho italiano.<sup>1</sup>

En este caso, la abreviación o la celeridad se logran dejando al deudor la iniciativa del contradictorio. Dicho de otro modo, produciendo una inversión en el principio del contradictorio.

El acreedor,

mediante petición acude al juez, el cual emite sin previo contradictorio una orden de pago dirigida al demandado, señalándole al mismo tiempo un término dentro del cual éste puede, si le interesa, provocar el contradictorio mediante oposición, con la consecuencia de que, a falta de oposición formulada en tiempo, la orden de pago adquiere, con el transcurso del término, eficacia de título ejecutivo.<sup>2</sup>

## 2. *El principio de contradicción*

Pero para comprender y analizar mejor estas características que hacen a la esencia del instituto, discurremos brevemente sobre el llamado “principio de contradicción”. Éste, también aludido a veces como principio de *bilateralidad*, expresado en la fórmula *auditur et altera pars* (óigase a la otra parte), tiene raíz constitucional. Se trata del derecho de defensa.

Tratándose del demandado supone que se le acuerde una razonable y suficiente oportunidad de ser oído y, en su caso, de producir las pruebas que le convengan.<sup>3</sup> Pero para juzgar sobre la necesidad de tal oportunidad, nadie mejor que ese propio demandado. Él sabe si tiene algo que decir, si se ha de oponer o no a la pretensión de su contrario, si alegará su improcedencia, si producirá pruebas de descargo, etcétera. O también si el reclamo es justo y si debe satisfa-

<sup>1</sup> Calamandrei, P., *El procedimiento monitorio*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1946. Sobre el significado de las voces “monitorio”, *ingiunzione* e “inyucción”, véase la advertencia de Sentís Melendo como traductor de la obra citada en la nota 15.

<sup>2</sup> Calamandrei, *op. cit.*, nota 15, p. 24.

<sup>3</sup> Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial*, 2a. ed., Buenos Aires, 1972, t. I, p. 35. Nos dice el profesor de Bogotá: “Basta recordar la importancia extraordinaria que la prueba tiene no sólo en el proceso, sino en el campo general del derecho, para comprender que se trata de un indispensable complemento de los derechos materiales consagrados en la ley y el derecho de defensa”.

cerlo. Nada mejor entonces que dejarle la iniciativa del contradictorio.

He aquí la idea base del procedimiento monitorio que debe ser complementada con otros datos concretos de la realidad tribunalicia.

### 3. *El ejercicio de la defensa*

En efecto, son numerosos los procesos de conocimiento en los que no se contesta la demanda o no se controvierten los hechos y el derecho, ocurriendo también que se producen reconocimientos fictos, por ejemplo, como consecuencia del silencio, agregándose a veces la insatisfacción de otras cargas procesales, como la de ofrecer pruebas.

La mayoría de las sentencias dictadas en los llamados procesos sumarios, que por su grado de conocimiento limitado y restricciones en orden al material litigioso y a las pruebas examinables, suponen como contrapartida la posibilidad de un proceso de conocimiento amplio posterior, en rigor de verdad pasan a ser títulos inmovibles, como si hubieran tenido *ad initio* la autoridad de la cosa juzgada material, por la no utilización en el debido tiempo de esa vía de revisión.

Asimismo, en los procesos ejecutivos, que también tienen sólo cierto grado de “conocimiento” y que por tal motivo son igualmente “sumarios”, la deducción de las llamadas excepciones constituye un acontecimiento que se verifica en contadas ocasiones; y más difícil resulta todavía que las opuestas sean admisibles, o finalmente procedentes.

Es por tales razones que se piensa que ese desplazamiento de la iniciativa del contradictorio representa una considerable economía de trámites —cuando se trata de un demandado que, conforme resulta de la experiencia, es probable que no se defienda— con el consiguiente alivio de tareas de los órganos jurisdiccionales, descongestión de papeles, etcétera.

### 4. *Aplicaciones de la estructura monitoria*

Es cierto que el monitorio sirve preferentemente para lograr del modo más acelerado posible un título para la ejecución forzada de una prestación cierta y exigible de dar cantidades de dinero u otros bienes fungibles. Pero esa preferencia en su origen no implica, em-

pero, que su técnica no puede ser usada para cualquier otro fin, como la ejecución de prestaciones de dar un bien mueble o inmueble, de hacer o no hacer; para la mera declaración de certeza de una situación o para la constitución de una nueva.

Aunque es indudable que este procedimiento sólo tiene valor en casos en que se presume que no habrá oposición del demandado, o para favorecer ciertas situaciones sobre la base de que, aunque medie oposición, ésta se resuelve de modo más breve que por la vía ordinaria.

### 5. *Antecedentes remotos del monitorio*

Los orígenes de esta peculiar estructura del proceso aparecen con el desarrollo comercial de las ciudades italianas en la baja edad media, y nace conjuntamente con los denominados procesos sumarios determinados e indeterminados, con el proceso cambiario y con el proceso ejecutivo.<sup>4</sup>

No se requería, como en estos últimos, justificación alguna del crédito y ante la sola afirmación del actor el juez emitía un *mandatum de solvendo*, pero con cláusula iustificativa, la que implicaba una invitación al deudor a oponerse.

Tal forma del monitorio, llamada pura, es seguida después por la documental, donde sí es menester la justificación del crédito con documentos y, como correlato, la oposición del deudor de la misma manera.

### 6. *El monitorio en Italia*

Esta última es la regulada en el actual Código del Proceso Civil italiano donde el procedimiento de inyucción se contempla en los artículos 633 a 656. Sirve para el cobro de sumas de dinero, cosas fungibles o entrega de cosas muebles determinadas.

La petición debe fundarse en prueba escrita, y si se trata de ciertos instrumentos en especial, como letras de cambio o pagarés, se puede proponer, además, la ejecución provisional.

El juez, entendiendo justificada la demanda, dicta una orden de cumplimiento y si éste no sucede, ni media oposición dentro del plazo de veinte días, aquella orden se convierte en ejecutiva.

<sup>4</sup> Segni, A., "El procedimiento informatorio en Italia", en *Revista de Derecho Privado*, año XVI, núm. 168, p. 32.

La oposición sola no basta a diferencia del monitorio puro debiéndose la fundar en prueba escrita; además de promover el deudor la citación al acreedor a juicio de conocimiento cuyo objeto es resolver sobre la procedencia de la oposición, por lo que la carga de la prueba queda en cabeza del deudor.<sup>5</sup>

### 7. La ZPO (*Zivilprozessordnung*) alemana

En Alemania, al procedimiento monitorio se lo legisla en los artículos 678 a 703 de la ZPO y se lo distingue del ejecutivo, del cambiario y del documental, siendo utilizado para prestaciones dinerarias.

No hay necesidad de acompañar *ab initio* documento alguno. El tribunal, ante el requerimiento del acreedor, libra una orden de pago que se notifica al deudor, indicándosele el plazo en que debe oponer excepciones, si las tuviere. En defecto de éstas la orden de pago se torna ejecutable y equivalente a una sentencia en rebeldía. Pero la oposición, y consiguiente rechazo de la vía, tampoco está sujeta a formalidades ni necesita de fundamentos por parte del deudor, tratándose entonces de un típico monitorio puro.

### 8. Derechos austriaco y francés

En Austria, en cambio, junto a un modelo idéntico al alemán ya descrito, aparece otro tipo de monitorio donde la pretensión debe justificarse por documento público o privado auténtico, siguiendo a ello que la oposición debe estar fundada, y que no cae la orden de pago sino que queda en suspenso hasta que en juicio oral se resuelva sobre su mérito.

A su vez, el nuevo Código Procesal francés regula en sus artículos 1405 a 1425 un proceso monitorio para ciertos créditos dinerarios. La demanda debe basarse en documentos que la justifiquen y si el juez la encuentra fundada dicta una orden de pago. El deudor debe formular oposición en determinado plazo. Si así ocurre se llama a audiencia para juzgar sobre el mérito de ésta y la demanda. Si no hay oposición se inserta en la orden una fórmula ejecutiva.

<sup>5</sup> Redenti, E., *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1957, t. II, núm. 188, p. 220.  
Uso educativo

## 9. *El monitorio en la República Oriental del Uruguay*

### a) Antecedentes

Las primeras expresiones de estructuras con caracteres propios del monitorio las encontramos en el Código de Procedimiento Civil uruguayo que rigió en ese país desde el 18 de abril de 1878 y, con alguna periódica modificación hasta la reciente entrada en vigencia del nuevo código de la materia, sancionado por la ley 15.982.

Detengámonos un poco en el examen de sus disposiciones por tratarse del más directo antecedente latinoamericano.

En aquel ordenamiento ahora derogado se legislaba, en su parte segunda, precisamente en el título III, sobre los juicios sumarios especiales, entre los cuales se comprendía a la “entrega de la cosa” y también a la “entrega efectiva de la herencia”; tratándose de *procesos con estructura monitoria* desde que aparecía con toda claridad la inversión del principio del contradictorio.

El nuevo código vigente (ley 15.982 citada), reglamenta en su libro II, junto a los procesos de ejecución, cautelares, voluntarios, etcétera, a los “Procesos de conocimiento” (título IV). Y entre estos últimos se incluyen el proceso ordinario, el extraordinario y, específicamente en el capítulo IV, a los *procesos de estructura monitoria* que, a su vez abarcan, en primer lugar, al “Proceso ejecutivo” (sección II), tendente al cobro de suma de dinero y para el cual se prevé un *procedimiento monitorio*.

### b) Ejecución por monitorio

Este se encuentra reglamentado de la siguiente forma: Cuando se pida ejecución en cualquiera de los casos que la aparejan, el tribunal decretará inmediatamente el embargo y mandará llevar adelante la ejecución hasta hacerse efectiva la cantidad reclamada, los intereses, costas y costos (artículo 354-1). Si no considerase bastante el documento declarará que no hay lugar a la ejecución. Una y otra cosa sin noticia del deudor (artículo 354-2).

Por el mismo auto que decreta el embargo, se citará de excepciones al ejecutado (artículo 354-3) y si se opone alguna, se sustanciará con la ejecutante (354.4). En caso contrario, se irá primeramente a la vía de apremio, salvo cuando se trate de embargo general de derechos y acciones en el cual debe esperarse la denuncia de bienes concretos de parte del ejecutante.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

La aludida citación se practica en la forma establecida para el emplazamiento para contestar la demanda disponiendo el ejecutado de un plazo de diez días para oponer cualquier excepción que tuviere contra la demanda, debiendo deducirlas todas conjuntamente en un mismo escrito, acompañar toda la probanza documental de que disponga y mencionar todos los medios de prueba concretos de que intente valerse.

Una vez contestadas o vencido el plazo para hacerlo, el tribunal convocará a audiencia que se realizará conforme con lo previsto para la audiencia preliminar y, en su caso, la complementaria de la prueba (artículo 357.3).

Concluida esta última, se dictará sentencia (artículo 384-1) que se pronunciará sobre todas las excepciones deducidas aunque si entre ellas se hallare la de incompetencia, sólo se pronunciará sobre las restantes en caso de haberla rechazado.

Uteriormente se legisla sobre las distintas alternativas derivadas del planteo de incompetencia, para luego disponerse que en el proceso ejecutivo sólo será apelable la sentencia que ponga fin al proceso, aunque el acreedor podrá, si lo desea, pedir el cumplimiento provisional de la sentencia. También serán apelables la sentencia que acoja la excepción de incompetencia; la providencia que hace lugar a la ejecución; la que levanta una medida cautelar; la que no hace lugar al diligenciamiento de prueba y la que recaiga en las tercerías.

Contra las demás resoluciones sólo cabrá el recurso de reposición. Pero su denegatoria no impedirá que el tribunal de segunda instancia pueda modificar lo resuelto por el tribunal anterior y decidir lo que corresponda al estado de la causa.

Lo resuelto en el proceso ejecutivo podrá ser modificado en proceso ordinario posterior (artículo 361.1) en el que conocerá, cualquiera sea la naturaleza de la demanda que se interponga, el mismo tribunal que hubiera entendido en la primera instancia del proceso ejecutivo (361.2). El derecho de obtener la revisión de lo resuelto en el proceso ejecutivo caducará a los seis meses de ejecutoriada la sentencia pronunciada en éste (361.3).

### c) Otras aplicaciones del monitorio

En segundo lugar, se legisla en la ley uruguaya que venimos comentando sobre los denominados "Otros procesos monitorios", a los

Consultor Jurídico Digital de Honduras

que también resultan aplicables los trámites del *procedimiento monitorio* ya mencionado.

Entre esos otros procesos monitorios se regulan en el nuevo Código los que versan sobre las siguientes cuestiones:

1) *Entrega de la cosa*. Referida a cosas “que no sean dinero y que se deban por virtud de la ley, el testamento, el contrato, el acto administrativo o la declaración unilateral de la voluntad. . . siempre que el actor justifique la obligación de entrega y, en su caso, el cumplimiento por su parte de la obligación correspondiente, mediante documento público o privado reconocido ante el público (artículo 364, inciso 1).

2) *Entrega efectiva de la herencia*. Actúa cuando un tercero obsta a que el heredero entre en la posesión de bienes hereditarios, sin invocar ningún derecho sobre ellos (artículo 365).

3) *Pacto comisorio*. Se trata del supuesto en que “se demanda la resolución de un contrato en cumplimiento del pacto comisorio”, con la peculiaridad de que, en la providencia inicial, se dispone la resolución si se justifica por el actor la caída en mora del demandado y las demás exigencias de hecho y de derecho requeridas al efecto (artículo 366).

4) *Escritura forzada*. Es el proceso en que se demanda el cumplimiento de la obligación de escriturar establecida en las promesas de enajenación de inmuebles a plazos o equivalentes, o de casas de comercio, inscritas en los registros respectivos y que proceda disponer si se justifican por el actor las exigencias de hecho y de derecho también requeridas al efecto. Igualmente, para el otorgamiento de reglamentos de copropiedad en el régimen de la propiedad horizontal (artículo 367).

5) *Resolución del contrato de promesa*. Por esta vía “se demanda la resolución por falta de pago de promesas de enajenación de inmuebles a plazos o casas de comercio inscritas en los registros respectivos. Procede disponer tal resolución. . . luego de incurso en mora el demandado, previa la intimación de pago. . . y justificadas las demás exigencias de hecho y de derecho requeridas al efecto” (artículo 368).

6) *Separación de cuerpos y divorcio*. En los casos de las causales previstas en el artículo 148, números 2 y 7, y 185 del Código Civil uruguayo, procede disponer la separación o divorcio cuando el actor justifique las exigencias y requisitos de los artículos 153, 167 y 185 de dicho código (artículo 369).

Consultor Jurídico Digital de Honduras

7) *Cesación de condominio de origen contractual*. Procede por vía monitoria cuando cualquiera de los copropietarios, acreditando el dominio con la prueba requerida por derecho y afirmando la imposibilidad de división cómoda y sin menoscabo, exige la venta y el reparto del precio que se obtenga (artículo 370).

8) En cuanto a los *procesos de desalojo en general*, tanto urbanos como rurales, incluyéndose entre éstos los supuestos de pastoreo con entrega de la tenencia del predio, de contrato por una sola entrega de la tenencia del predio o de contrato por una sola cosecha, las normas procesales que rigen son las de los artículos 345 a 360 de la ley 15.982- que hemos examinado, manteniendo así la vía del monitorio, que antes contemplaban los decretos leyes 14.219/74 y 14.384/75, y que era tradicionalmente admitida.

El artículo 546 del nuevo Código uruguayo dispone también que “tramitarán por el proceso de estructura monitoria, las pretensiones de rebaja o aumento del alquiler de los inmuebles arrendados con destino urbano” (apartado 4).

## II. EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA

### 1. *Orígenes del proyecto*

Las primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, realizadas en Montevideo en 1957, dieron lugar a la creación del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. En las cuartas jornadas, celebradas en marzo de 1967 en Venezuela, se concretó la idea de formular las bases para uniformar la legislación procesal de los países latinoamericanos, la cual constituyó después uno de los temas centrales de las quintas jornadas que se desarrollaron en Colombia en 1970.

En 1981, en las VI jornadas realizadas en Guatemala, se analizó el Anteproyecto de Código Modelo Procesal Civil preparado por los profesores uruguayos Adolfo Gelsi Bidart, Enrique Véscovi y Luis Torello; ocurriendo lo propio en las VII jornadas de Ecuador, en 1982.

En marzo de 1988 ese anteproyecto, con sus antecedentes y exposición de motivos, se publicó en Montevideo y su texto fue nuevamente considerado en mayo del mismo año en las XI jornadas celebradas en Río de Janeiro.



## 2. *La técnica legislativa*

Una de las novedades del cuerpo legislativo que venimos refiriendo está constituida —precisamente— por la adopción del proceso monitorio o lo que se ha dado en llamar “estructura monitoria”.

El anteproyecto se divide en dos libros, uno destinado a disposiciones de carácter general y otro al desarrollo de los procesos en particular. Así, en el libro II, se trata, en ocho títulos, de los siguientes procesos: preliminares, cautelar, incidentales, de conocimiento, de ejecución, voluntarios, consulares y arbitral.

Entre los “Procesos de conocimiento” —como en la ley uruguaya 15.982— se incluyen normas destinadas a reglamentar al “Proceso de estructura monitoria” (capítulo IV, artículos 311 y 316).

Cabe advertir, por otra parte, que el procedimiento ejecutivo a base de “documento del cual surja la obligación de pagar cantidad líquida y exigible” (artículo 313.2 sobre el “título ejecutivo”) se encuentra inserto entre los de estructura monitoria, mientras que el título destinado a los “Procesos de ejecución” sólo abarca reglas relativas a la ejecución de sentencias y a la etapa de apremio o pura ejecución, desarrollándose en esta última el tema de la subasta judicial.

Subsumido el proceso monitorio en un cuerpo normativo general o completo de toda la materia procesal civil, va de suyo que las cuestiones en torno a la competencia, notificación del demandado, etcétera, deben resolverse por las reglas generales que para cada uno de esos subtemas contiene el anteproyecto.

## 3. *El contenido normativo*

### a) *Ámbito de aplicación*

El proceso de estructura monitoria viene propuesto en el modelo no sólo para títulos extrajudiciales, sino incluso para la ejecución de títulos judiciales, en tanto se lo aplica también “en caso de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que condene a pagar cantidad líquida, siempre que haya transcurrido un año de haber quedado ejecutoriada” (artículo 312.2, segunda parte).

El monitorio opera asimismo en los siguientes procesos: “1) ejecutivos, 2) desahucio o desalojos, 3) entrega de la cosa, 4) entrega efectiva de la herencia, 5) resolución por falta de pago o escritura-

Consultor Jurídico Digital de Honduras  
ción judicial de promesas inscritas en los respectivos registros (compraventa de inmueble o de establecimiento o de empresa comercial o de unidad de propiedad horizontal)” (artículo 311).

Es de toda evidencia que los casos contemplados por el anteproyecto se apegan estrictamente a la casuística de la legislación uruguaya existente hasta la sanción de la ley 15.982 y en la actual.

Debe igualmente destacarse que la regulación propiamente dicha de los trámites que conforman esta estructura monitoria, el anteproyecto la concreta solamente en relación al procedimiento ejecutivo (artículos 313 a 315), como en el actual código uruguayo, pero haciéndose aplicables los respectivos preceptos también a lo demás procesos comprendidos en el artículo 311 (desahucio, entrega de la cosa o de la herencia, resolución o escrituración, etcétera).

#### b) Presupuestos

Se está en presencia, en definitiva, de un “monitorio documental” por lo cual: “En todos los casos se requerirá documento auténtico o autenticado judicialmente en la etapa preliminar respectiva”. Salvo que se trate del “caso de entrega de la cosa, derivada de contrato del que resulte la obligación de dar, si se trata de contrato que no requiere documentación. En este caso y en etapa preliminar, que se seguirá por la vía incidental, podrá establecerse la prueba de existencia del contrato y su cumplimiento por parte del actor” (artículo 312.1/312.2).

La excepción contenida en la segunda parte de la disposición transcrita confirma que el monitorio que nos ocupa no se pone en marcha por las meras afirmaciones del actor, como ocurre en la inyucción pura.

También constituye un presupuesto liminar la previa intimación judicial del deudor, “en el caso de resolución o en el de desahucio por falta de pago” (artículo 312.3).

#### c) Requisitos de la demanda

La demanda se fundará y ajustará su contenido a las normas generales propias de tal acto procesal. Además, debe estar acompañada del título ejecutivo calificado como tal por la respectiva ley especial, o del documento auténtico que corresponda, o de las constancias resultantes de medida preliminar, o del testimonio de la sen-

tencia que condene a pagar cantidad líquida, con constancia de la cual resulte que ha transcurrido un año desde que quedó ejecutoria (artículos 312.1, 312.2, 312.3 y 313.2, primera parte).

#### d) Proveído inicial

El tribunal realizará un examen preliminar de la admisibilidad y fundabilidad de la demanda, así como de la documentación con ella presentada, y de concluir que se han cumplido los presupuestos exigibles, *inaudita altera pars* dictará sentencia. En ella “decretará el embargo, dispondrá llevar adelante la ejecución para hacer efectiva la cantidad reclamada, intereses y costas y citará de excepciones al deudor” (artículo 313.3, primera parte). O, según el tipo de pretensión de que se trate, ordenará el desalojo en el plazo de treinta días para el mal pagador, o de un año en supuesto contrario, con apercibimiento de lanzamiento; o dispondrá la entrega de la cosa o de la herencia en treinta días; o decretará el otorgamiento de la escritura debida, en el plazo de sesenta días (artículo 316.2).

#### e) Oposición del demandado

Notificado de esa sentencia dictada *ab initio* el deudor puede oponer excepciones admisibles en el plazo de diez días (artículo 313.4), siendo necesario poner en relieve que el anteproyecto no contiene una enumeración de las excepciones admisibles, ni aún con referencia al procedimiento ejecutivo, limitándose a determinar que: “Sólo podrán oponerse las excepciones taxativamente admitidas por las leyes, rechazándose de plano, sin sustanciación, las inadmisibles” (artículo 313.4, segundo apartado).

Conjuntamente con la oposición deberá el demandado ofrecer las pruebas de las que intente valerse (artículo 313.4, citado).

#### f) Conciliación, instrucción y sentencia

Sustanciadas las excepciones, o aun en el supuesto que no hayan sido opuestas en el plazo establecido, el juez deberá convocar a una audiencia; la cual, en el último de los casos predichos, tendrá como única finalidad conciliar a las partes sobre el modo más eficaz de cumplir la sentencia, antes de pasar a la etapa de apremio (artículo 316.6, inciso 1º).

Consultor Jurídico Digital de Honduras

Para el supuesto que se hayan deducido excepciones, la audiencia en cuestión tiene, primordialmente, la función de constituirse en el acto de recepción de las pruebas ofrecidas por el deudor al excepcionarse, o por el demandado al contestar al pertinente traslado (artículo 313.5), es decir que en ella se absolverán las posiciones que se pongan las partes y se oirá a los testigos o peritos, sin perjuicios de otros menesteres no menos importantes, como la propia conciliación o el saneamiento del proceso (artículos 138, 300, 301, 303 y subsecuentes, anteproyecto citado).

La sentencia que se dicte deberá pronunciarse sobre todas las excepciones, salvo que se decida acoger la de incompetencia (artículo 313.7). Por ella se decidirá mantener el mandato de ejecución o revocarlo.

### g) Recursos. Juicio ordinario posterior

El anteproyecto reduce los recursos ante la segunda instancia a supuestos taxativamente enumerados: así, en su artículo 314, estatuye:

En el proceso ejecutivo sólo serán apelables: 1º) la sentencia inicial que no haga lugar al mismo; 2º) la definitiva que recaiga acerca de las excepciones; 3º) la que admita la excepción de incompetencia; 4º) la que disponga la ampliación del embargo o la que le deja sin efecto; 5º) la que rechace el diligenciamiento de prueba; 6º) la que recaiga sobre las tercerías deducidas. Salvo en los casos de los numerales 1º, 2º y 6º, en los restantes se otorgará sin efecto suspensivo.

Las demás resoluciones serán susceptibles del recurso de reposición.

Si bien se suscitaron discusiones y opiniones diversas sobre el tema,<sup>6</sup> en el modelo de código uniforme que nos ocupa se ha optado por contemplar la posibilidad del juicio ordinario posterior para la revisión de lo decidido en el proceso ejecutivo de estructura monitoria. Puede ser promovido “dentro de los seis meses de cumplida o ejecutada totalmente la sentencia [y tramitado] ante el mismo tribunal que entendió en la primera instancia del referido proceso” (artículo 315).

<sup>6</sup> Exposición de motivos del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, Montevideo, 1988, pp. 80 y 81.

## 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*,<sup>1</sup> *Bases completas para orientar en Latinoamérica la*

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

Consultor Jurídico Digital de Honduras  
*uniformación legislativa en material procesal penal*,<sup>2</sup> *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*<sup>3</sup> y *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*.<sup>4</sup>

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 ponencias<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> 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-

<sup>2</sup> Claria Olmedo, Jorge, Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, 1978.

<sup>3</sup> Vescovi, Enrique, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1978.

<sup>4</sup> Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Secretaría General, Montevideo, 1988.

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

<sup>6</sup> "Un Codice Tipo Di Procedura Civile Per L'America Latina", Congreso Internazionale, Roma, 26-28 settembre 1988, CEDAM-Padova, vols. I y II, 1990.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

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”,<sup>7</sup> constituyen un paso concreto hacia “la integración de nuestros pueblos”,<sup>8</sup> 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”.<sup>9</sup> 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,

<sup>7</sup> *Op. cit.* en la nota 4, p. 70.

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

<sup>9</sup> *Op. cit.* en la nota 4, p. 15.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

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.<sup>10</sup>

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 proceso<sup>11</sup> 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”.<sup>12</sup>

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

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

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 94.



Consultor Jurídico Digital de Honduras

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”.<sup>13</sup>

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”.

<sup>13</sup> *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".<sup>14</sup>

*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",<sup>15</sup> 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",<sup>16</sup> 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".<sup>17</sup> 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".<sup>18</sup> 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,

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 157.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 157.

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

<sup>18</sup> Véase nota 6, Vol. I, p. 159.

Consultor Jurídico Digital de Honduras  
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)”.<sup>19</sup>

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”.<sup>20</sup> 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 igualen a la sentencia con cosa juzgada”.<sup>21</sup> 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.

<sup>19</sup> *Ibidem.*

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 160.

<sup>21</sup> *Ibidem.*

Consultor Jurídico Digital de Honduras

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”.<sup>22</sup> 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”.<sup>23</sup>

Dice también el objetante que “La caducidad o perención no tienen nada que ver con la disposición, aunque suela regularse junto con ella”.<sup>24</sup> 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”,<sup>25</sup> 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”,<sup>26</sup> 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

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> Fábrega, Jorge, *op. cit.*, p. 81.

<sup>24</sup> Véase nota 6, vol. I, p. 160.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 166.

<sup>26</sup> *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,<sup>27</sup> 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”.<sup>28</sup> 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

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

<sup>28</sup> 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”,<sup>29</sup> 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”<sup>30</sup> 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”.<sup>31</sup> 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”,<sup>32</sup> expresando que no comparte la última frase “pues la valoración de la prueba es propia de la

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 188.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 193.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 195.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 236.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

instancia y por tanto ajena a casación”.<sup>33</sup> 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.<sup>34</sup> 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”,<sup>35</sup> 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

<sup>33</sup> *Ibidem.*

<sup>34</sup> *Ibidem.*

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 329.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

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",<sup>36</sup> 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",<sup>37</sup> 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".<sup>38</sup>

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

<sup>36</sup> *Ibidem.*

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 330.

<sup>38</sup> *Ibidem.*



motivo de nulidad, siempre que tal declaratoria no haya incidido respecto a dichas pruebas”.<sup>39</sup> 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”,<sup>40</sup> tesis que también compartimos,<sup>41</sup> 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”.<sup>42</sup> 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

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 331.

<sup>40</sup> *Ibidem.*

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> Véase nota 6, vol. I, p. 332.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

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”<sup>43</sup> 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

<sup>43</sup> *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 estos 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".<sup>44</sup> 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,

<sup>44</sup> *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.<sup>45</sup>

*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".<sup>46</sup>

*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".<sup>47</sup> 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,

<sup>45</sup> "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.

<sup>46</sup> Véase nota 6, vol. I, p. 439.

<sup>47</sup> *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”,<sup>48</sup> 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”,<sup>49</sup> 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

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>49</sup> *Ibid.* p. 37.

que una persona viva dignamente 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”,<sup>51</sup> 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

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 42.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

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”<sup>52</sup> (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

<sup>52</sup> *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”,<sup>53</sup> 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”<sup>54</sup> agregando una contundente reflexión que

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>54</sup> *Ibid.*, pp. 98-103.



Consultor Jurídico Digital de Honduras

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”.<sup>55</sup> 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”.<sup>56</sup>

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”.<sup>57</sup> 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

<sup>55</sup> *Ibid.*, pp. 102-103.

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

<sup>57</sup> Véase nota 6, vol. II, p. 107.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

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.<sup>58</sup>

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

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

Consultor Jurídico Digital de Honduras

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

Consultor Jurídico Digital de Honduras  
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”.<sup>59</sup> 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”.<sup>60</sup> 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.

<sup>59</sup> Véase nota 6, vol. II, p. 125.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

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

Consultor Jurídico Digital de Honduras

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".<sup>61</sup>

*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".<sup>62</sup> 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.<sup>63</sup>

*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-

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 212.

<sup>63</sup> Véase nota 45, pp. 251 y ss.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

ción de los recursos constitucionales que están previstos en nuestros países”,<sup>64</sup> 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”.<sup>65</sup> 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 idiosincrasia 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

<sup>64</sup> Véase nota 6, vol. II, p. 225.

<sup>65</sup> *Ibid.*, pp. 231-232.

Consultor Jurídico Digital de Honduras  
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”.<sup>66</sup>

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-

<sup>66</sup> *Ibid.*, pp. 257-258.



Consultor Jurídico Digital de Honduras

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,<sup>67</sup> 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,<sup>68</sup> 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.

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

<sup>68</sup> Couture, *op. cit.*, p. 316.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

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.

Separemos 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.



Consultor Jurídico Digital de Honduras

*Francisco Ramos Méndez.* El profesor Ramos Méndez se refiere al proceso de ejecución en el proyecto. Expresa que “aplicar el rólulo 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 pignoraticios, 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. 120<sup>60</sup> educativo

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>

*Victor 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.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

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.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

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*, núm. 18 (1979), 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 Vécovi:

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.

Consultor Jurídico Digital de Honduras  
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 San Salvador/f.

Consultor Jurídico Digital de Honduras  
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

Consultor Jurídico Digital de Honduras

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.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

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.

Consultor Jurídico Digital de Honduras  
 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, imponible 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.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

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.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

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 reeditarlos, 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 Aristides Rengel Romberg y E. U. Moniz de Aragão, brasileño y brasileño respectivamente.

11. Audiencia preliminar Consultor Jurídico Digital de Honduras

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.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

*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.

## LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA \*

Roberto Omar BERIZONCE

SUMARIO: I. *Los mecanismos de saneamiento inicial del proceso*; II. *Las tendencias que se reflejan en la legislación comparada*; III. *La regulación de la audiencia preliminar en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*; IV. *Perspectivas de la audiencia preliminar en los ordenamientos latinoamericanos.*

### I. LOS MECANISMOS DE SANEAMIENTO INICIAL DEL PROCESO.

La necesaria estructuración de todos los modelos procesales para su desarrollo en fases ordenadas y sucesivas, así como la conveniencia de acelerar el trámite de la causa concentrando ciertas actividades del órgano y de las partes y acentuando la búsqueda de la rápida definición de la admisibilidad de las pretensiones y oposiciones, ha conducido a idear una serie de mecanismos encaminados a la obtención de esos objetivos primarios y de otros conexos, que resultan complementarios.<sup>1</sup> Desde fines del siglo anterior, intentos diversos en ese

\* Trabajo originariamente destinado a *Studi in onore di Vittorio Denti*.

<sup>1</sup> La bibliografía iberoamericana sobre estas cuestiones es extraordinariamente nutrida. A sólo título indicativo, y porque resumen la mayoría de los antecedentes, remitimos a Buzaid A., *O despacho saneador*, Rev. Direito Processual, São Paulo, 1960, p. 45. Fairén Guillén, V., *Sugerencias prácticas sobre el contenido de la audiencia preliminar*, comunicación al Congreso Internacional "Un Códice 'Tipo' di Procedura Civile per l'America Latina", Roma, 1988. Gelsi Bidart, A., Torello, L., Vescovi, E., *Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Exposición de motivos*, en *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, Montevideo, 1988, pp. 53 y ss. Barbosa Moreira, J. C., *Saneamiento del proceso y la audiencia preliminar*, comunicación a las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Madrid, 1985, *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1986, pp. 11 y ss. Barrios de Ángelis, D., *La audiencia preliminar*, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1975, núm. 1, p. 11; *id.*, *Audiencia preliminar; sistema y método*. La Ley, Buenos Aires, 1988, p. 1067. Vescovi, E., "La audiencia preliminar en el nuevo proceso civil iberoamericano", en *Problemas actuales de la justicia (homenaje al profesor Gutiérrez Alvis y Armario)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1988, p. 641.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

sentido revelan a través de su experiencia práctica una tendencia constante hacia su perfeccionamiento y evolución. Claro que semejantes estructuras imaginadas generalmente para actuar en esquemas de oralidad en procesos por audiencias, resisten —al menos en su forma prístina— cualquier inserción en sistemas opuestos, como son aquellos en que prevalece la forma escrituraria. Lo cual explica muchos de sus fracasos— en la experiencia latinoamericana.

De entre ellos resulta imprescindible aludir a los más conocidos, que son los originados en la legislación austriaca de 1895, la *audiencia preliminar*;<sup>2</sup> y el de inspiración lusobrasileña, el *despacho saneador*.<sup>3</sup> Modelos que, a despecho de significativas transformaciones, tanto en los ordenamientos de origen como en otros en que se adoptaran, siguen siendo el punto de referencia obligado cada vez que se genera un nuevo intento de instauración para un régimen determinado.

Conviene estar en guardia, por lo anterior, respecto de la identificación entre los modelos puros originarios y otros —mayoritarios en la legislación actual— que constituyen mecanismos casi siempre omnicomprendidos, muchas veces híbridos por agregación de funciones.

El objeto esencial que prístinamente se persigue reside en eliminar la litis, *concentradamente* —por oposición al sistema tradicional difuso, en que la actividad se desperdiga—<sup>4</sup> y en una etapa inicial, todos los obstáculos que entorpezcan, suspendan o interrumpan el debate sobre la fundabilidad de lo pretendido. Esa genuina función de “pugnar” precozmente el proceso, desembarazándolo de impedimentos procedimentales, para facilitar el rápido y ordenado pasaje a la etapa de juzgamiento en el mérito, constituye una fina-

<sup>2</sup> Fairén Guillén, V., *Estudios de derecho procesal*, Madrid, 1955, p. 223 y ss.; *id.*, *op. cit.*, en nota 1, pp. 6 y ss., y las remisiones a la obra de Klein y otros juristas austriacos. Como es sabido, por la novela de 1983, la audiencia preliminar se tornó facultativa, suprimiéndose en los casos en que hubiere quedado vacía de contenido específico (autor y *op. cit.*, en nota 1, p. 47). Asimismo, Barrios de Ángelis, D., *Audiencia preliminar; sistema y método*, *cit.* en nota 1.

<sup>3</sup> Sobre su origen y evolución en el derecho portugués, a partir de la ley de 1907; y su recepción en la legislación brasileña, a través de las “providencias preliminares” para el saneamiento del proceso: Buzaid, A., *op. cit.* en nota 1. Barbosa Moreira, J. C., *op. cit.* en nota 1, pp. 11 y ss.; *id.*, *O novo processo civil brasileiro*, Río de Janeiro, Forense, 1984, 6a. ed., p. 70. Arruda, Alvin, *Manual de direito processual civil*, ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1986, 3a. ed., v. II, pp. 248, 262.

<sup>4</sup> Barbosa Moreira, J. C., *op. cit.*, en nota 1, pp. 11 y ss. Fairén Guillén, V., *op. cit.*, en nota 1, p. 6.

lidad abierta susceptible de ser alcanzada por variados caminos. Precisamente, las dificultades afloran en su articulación práctica por la búsqueda del imprescindible equilibrio y dosificación entre el *contenido* de las actividades que tienen lugar en esa instancia preliminar, *versus* la necesidad de no generar un instrumento desmesurado que, a la postre, venga a bloquear y entorpecer la más rápida arribada a la etapa decisoria. He aquí el arduo desafío que debe enfrentar el legislador.

La finalidad primordial de *abreviar* los desarrollos litigiosos mediante la concentración de actividades diversas<sup>5</sup> pero susceptibles de ser agrupados en un momento inicial inserto a continuación de la traba de la relación procesal,<sup>6</sup> se desbroza en otras tantas funciones entre las que se destacan, principalmente, las que apuntan hacia: a) la *conclusión del proceso* por conducto de la conciliación de las posiciones de la partes y la obtención de un acuerdo solutorio; b) el *saneamiento anticipado*,<sup>7</sup> a través de la decisión y eventual superación de los impedimentos procesales que obstan a la decisión de mérito, o si fueren éstos insubsanables, el sobreseimiento de las actuaciones; c) la *simplificación y abreviación* del objeto del proceso y de la prueba; d) la ordenación de los desarrollos inmediatos, para la más provechosa y efectiva recepción de las medidas probatorias. Todo un programa de vastos alcances que sirve a la *ordenación* de la causa y a su *aceleración* y que la doctrina iberolusoamericana<sup>8</sup> viene encareciendo como uno de los instrumentos más perfeccionados del proceso moderno, en torno al cual se acrecienta permanentemente el interés de los estudiosos.<sup>9</sup> Es que se trata de mecanismos

<sup>5</sup> Gelsi Bidart, A., "Sentido de la audiencia preliminar en el proceso", comunicación a las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Madrid, 1985.

<sup>6</sup> Fairén Gillén, V., *op. cit.*, en nota 1, pp. 7-8.

<sup>7</sup> Como sostiene Buzaid, si los presupuestos procesales y las condiciones de la acción pueden reunirse bajo la categoría de *requisitos de admisibilidad del juzgamiento de mérito*, y tales cuestiones pueden ser examinadas por el juez *ex officio*, una regla elemental de política legislativa aconseja que la verificación de tales elementos no sea diferida hasta el momento de emitir la sentencia definitiva. Habría apenas una *absolutio ab instantia*. Tales cuestiones, por su naturaleza, son previas y se contraponen, así, a la cuestión principal, que es la de mérito (*op. cit.* en nota 1).

<sup>8</sup> Barbosa Moreira, J. C., *op. cit.* en nota 1, pp. 12 y ss. Fairén Guillén, *op. cit.* en nota 1, p. 8.

<sup>9</sup> Así, en el VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal (Utrecht, 1987), donde se discutió arduamente la cuestión. Particularmente ilustrativo fue el informe general de los profesores Denti, V. y Taruffo, M., "Simplifying the taking of evidence", en *General Reports. 8th World Conference on Procedural Law, Utrecht, 1987*, v. II, pp. 4-8.

viscerales dentro del sistema procesal, de cuyo ajustado funcionamiento depende a menudo la efectividad misma de aquél.

## II. LAS TENDENCIAS QUE SE REFLEJAN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Es sabido que, en consonancia con las propuestas doctrinarias, el modelo austriaco de F. Klein de 1895, bien que con ciertos retoques, sigue inspirando las legislaciones más avanzadas, tanto en los sistemas del *common law*, como en los del *civil law* continental europeo y sus epígonos. Es palpable una generalizada tendencia encaminada a admitir un pronunciado aumento de los poderes del juez para ser ejercidos en la *faz preliminar o preparatoria* del proceso.<sup>10</sup> a. Así, en el sistema del *common law* se ha enfatizado la experiencia de mecanismos que persiguen igual finalidad, aunque no se articulan concentradamente. La etapa del *pre-trial* permite una suerte de procedimiento preparatorio del juicio que tiene lugar predominantemente entre las partes, sin perjuicio de la intervención del órgano jurisdiccional, a través del intercambio de escritos tendentes a determinar los materiales fácticos y a la delimitación de las cuestiones controvertidas.<sup>11</sup>

b. En el derecho continental europeo, no puede obviarse la referencia a una de las experiencias más fructíferas de las últimas décadas, cual es la que proporciona el conocido "modelo Stuttgart",<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Denti, V. y Taruffo, M., informe general *cit.* en nota 9, *passim*. Asimismo, Barbosa Moreira, J. C., *O novo processo civil brasileiro*, *cit.* en nota 3. Gelsi Bidart, A., *op. cit.* en nota 5. Vescovi, E., "Perspectivas de oralidad", en *Revista Argentina de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1972, núm. 4, pp. 521 y ss.

<sup>11</sup> Sobre estas instituciones: Cappelletti, M., *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires, EJE, 1972, trad. Sentís Melendo, pp. 11-17; Denti, V., "Riforma e controriforma del processo civile?", en *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, Il Molino, 1982, p. 286. Asimismo, Fairén Guillén, V., *op. cit.* en nota 1, p. 6. Precisamente en el régimen norteamericano del *pre-trial* se inspiró Couture, quien lo incorporó a su proyecto de código de 1945, según lo recuerda Vescovi, en *General Reports*, *op. cit.* en nota 9, v. I, núm. 41. Para una visión actual de sus dificultades: Denti, V. y Taruffo, M., *op. cit.* en nota 9, pp. 6-7. Asimismo, Taruffo, M., "Modelli di prova e di procedimento probatorio", *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, 1990, p. 422.

<sup>12</sup> La bibliografía, como es sabido, es muy extensa. En Latinoamérica se ha conocido esta experiencia, entre otras, a través de Grunsky, W., "Il cosiddetto 'modello di Stoccarda' e l'accelerazione del processo civile tedesco", *Rivista di Diritto Processuale*, 1971, p. 354; *id.*, "L'accelerazione e la concentrazione del procedimento dopo la novella che semplifica il processo in Germania", *Rivista di Diritto Civile*, 1978, I, p. 366. Asimismo, Sentís Melendo, V., *La prueba. Los grandes temas del*

encarecido como un probado esquema superador de las principales fallas que exhibía el avanzado proceso alemán. Se trata, en síntesis, de un método para el logro de soluciones autocompuestas por las partes bajo el influjo del tribunal, y para el mejor rendimiento de la audiencia de vista de la causa, que se apoya en la cuidadosa y prolija preparación anticipada de la recepción de las pruebas.<sup>13</sup>

c. Con relación al ámbito iberoamericano, importa consignar que el *despacho saneador* originario del derecho portugués y que inspiró luego la legislación brasileña ha sido, sin duda, una de las fuentes directas de la regulación del anteproyecto de Código Procesal Civil modelo, como se destaca en la exposición de motivos. En los antecedentes brasileños, el *despacho saneador* estaba regulado en el Código de Proceso Civil de 1939, con objeto de sanear en profundidad el proceso, regularizarlo, expurgar los vicios; en una sola oportunidad el juez se pronunciaba sobre las nulidades, se verificaban las condiciones de la acción, y se designaba, en su caso, la audiencia de instrucción y juzgamiento.<sup>14</sup>

El ordenamiento vigente desde 1974 reformó la normativa anterior, designando a la institución como *saneamento do processo* y confiriéndole función solamente positiva, que se lleva a cabo en forma fraccionada; así, la declaración de las nulidades insanables se efectúa como providencia preliminar al juzgamiento, conforme al estado del proceso. La constatación de las condiciones de la acción tiene lugar oficiosamente en el despacho liminar, ulteriormente, con o sin petición de parte.<sup>15</sup> En el sistema actual el despacho saneador constituye una de las modalidades posibles del “juzgamiento conforme al estado del proceso”; a esa altura de la fase de saneamiento —explica Barbosa Moreira— puede suceder que no haya necesidad o utilidad en proseguir la causa. De ahí que el despacho saneador tiene lugar justamente en las hipótesis restantes; se configura como

*derecho probatorio*, Buenos Aires, EJEA, 1979, pp. 211-213. Seguimos aquí a Bender, R., “The Stuttgart Model”, en *Access to Justice*, M. Cappelletti general editor, Giuffrè-Sijthoff, 1979, v. II, 2, pp. 435 y ss.

<sup>13</sup> En diversas investigaciones empíricas quedó demostrado que por aplicación de este método se obtuvo un significativo incremento en el porcentual de procesos concluidos por vía de conciliación; una acentuada aceleración general de los trámites con el consiguiente acortamiento de la duración del proceso (el 86% de los casos concluyó antes de seis meses); una efectiva concentración de la actividad probatoria en una sola audiencia; como también un incremento de la calidad objetiva de las decisiones (Bender, R., *op. cit.* en nota 12, pp. 462 y ss.).

<sup>14</sup> *Op. cit.* en nota 1, pp. 6-7.

<sup>15</sup> Arruda Alvin, *op. cit.* en nota 13, p. 207.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

el acto por el cual, el juez, verificada la admisibilidad de la acción y la regularidad del proceso, lo impulsa en dirección a la audiencia por no estar todavía madura la causa.<sup>16</sup> A su vez, el proceso se extingue sin juzgamiento en el mérito, “cuando no concurren cualesquiera de las condiciones de la acción: la posibilidad jurídica, la legitimación de las partes o el interés procesal”, en cuyo caso el juez conocerá de oficio, en cualquier tiempo y grado de la jurisdicción.

En México, la trascendente reforma de 1986-1987 al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, incluyó la regulación de la *audiencia preliminar*. Ha señalado Gómez Lara que su finalidad es depurar la litis, concentrando el pleito de manera específica en su fondo; es una audiencia de saneamiento en que se desahogan incidentes y excepciones de previo y especial pronunciamiento y en que, además, se intenta la conciliación —a cargo de un conciliador adscrito al juzgado— (artículos 272-A a 276-G). Aspecto, este último, que ha suscitado críticas en cuanto a su práctica.<sup>17</sup>

Su objeto es resolver, entre otras, las cuestiones relativas a: 1) la conciliación de las partes; 2) la procedencia del juicio de menor cuantía; 3) la delimitación de los términos del debate, a instancia de las partes; 4) la subsanación de los defectos de los escritos iniciales y los presupuestos procesales; o el sobreseimiento del proceso; 5) la apertura a prueba, cuando sea procedente, a solicitud de las partes.

Ha de mencionarse, también, el Código Judicial de Panamá de 1984-1986, que reiteró los mecanismos de saneamiento contenidos en el anterior ordenamiento de 1917, incorporando una previsión que impone al juez determinar, vencido el término de traslado de la contestación de la demanda, si la relación procesal adolece de algún defecto o vicio que de no ser saneado, producirá un fallo inhibitorio o la nulidad del proceso, en cuyo caso se ordenará su subsanación.<sup>18</sup>

Una particular influencia se ha reconocido, igualmente, a la ley de reforma urgente del procedimiento civil español (número 34/84) que tiende a recoger también esta institución en el juicio de menor cuantía; lo que para Gimeno Sendra constituye desde un punto de

<sup>16</sup> *Op cit.* en nota 3, pp. 70-71.

<sup>17</sup> *La oralidad en el proceso civil mexicano*, en *Revista del Instituto Colombiano del Derecho Procesal*, Bogotá, 1990, v. II, núm. 9, pp. 185-187. Asimismo: Ovalle Favela, J., *Derecho procesal civil*, 3a. ed., México, Harla, 1989, pp. 116-118.

<sup>18</sup> Fábrega, P. J., *Estudios procesales*, Panamá, Editora Jurídica Panameña, pp. 417-424; *id.*, “El nuevo ordenamiento procesal civil en Panamá”, *Montevideo, Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 1, pp. 22-23.

vista técnico, la mayor innovación traída por dicha preceptiva.<sup>19</sup> Se ha criticado, sin embargo, la forma como quedó instrumentada, entre otras razones, por el carácter obligatorio de la comparecencia de las partes cuando la misma no se considera necesaria.<sup>20</sup>

En este sucinto *raconto* legislativo no puede dejar de mencionarse el flamante Código General del Proceso del Uruguay de 1988 (artículos 340 a 342), inspirado precisamente en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica del mismo año,<sup>21</sup> el primero que consagrara su preceptiva.

Por último —porque resume, de algún modo, una situación típica bastante generalizada en otros países de Iberoamérica— parecemos de interés traer a colación, asimismo, la disímil experiencia argentina. La ley 14.237 de 1953 había introducido, en el ordenamiento capitalino, una norma —“un código dentro de otro código”, en el decir de Sentís Melendo—<sup>22</sup> que imponía el deber del juez de convocar a las partes, inmediatamente después de la apertura a prueba, a una audiencia a celebrarse en su presencia dentro de los diez días siguientes, a fin de establecer los hechos objeto de prueba, que fueren conducentes a la decisión del juicio; los cuales debían ser fijados definitivamente por el juez en el mismo acto o dentro de los tres días. Sólo sobre tales hechos podría producirse prueba. Inserta en un esquema que respondía a bases diferentes —tozudamente escriturario— la aplicación práctica fracasó; los jueces no estaban presentes en las audiencias y los abogados mantenían la totalidad de los hechos y las pruebas.<sup>23</sup> Al poco tiempo quedó derogado. Ulteriormente, otro intento igualmente fugaz fue el que tuvo lugar en

<sup>19</sup> “La reforma procesal urgente y la ‘aceleración’ del procedimiento civil”, en *Reforma de la ley de enjuiciamiento civil*, Mérida, Proserpina 3, 1985, p. 70. Opinión similar es la de Almagro Nosete, J., *El nuevo juicio de menor cuantía*, en la misma obra, pp. 14 y ss.

<sup>20</sup> Así, Fairén Guillén, V., “La comparecencia en el juicio de menor cuantía”, en *Estudios de derecho procesal*, Madrid, 1984, v. II, p. 314; *id.*, *op. cit.* en nota 1, pp. 46-47. En el mismo sentido, Almagro Nosete, J., *op. cit.* en nota 19, p. 17.

<sup>21</sup> Gelsi Bidart, A., *Dirección del proceso y audiencia preliminar*; Greif, J., *La audiencia preliminar y el despacho saneador en el centro de la reforma*; Guerra Ferreira, L., *Audiencia preliminar*; Montiel, A. M., *Audiencia preliminar*; Teitelbaum, J., *Audiencia preliminar*; Viera Cuello, L., *Audiencia preliminar*; Berizonce, R. O., *La audiencia preliminar*; todos en *V Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Colonia de Sacramento, Uruguay, 1990.

<sup>22</sup> El querido maestro Sentís Melendo defendió con ahínco, entre nosotros, las ideas que sustentan la audiencia preliminar. Así, en *El proceso civil, estudio de la reforma procesal argentina*, Buenos Aires, 1957, pp. 195 y ss.

<sup>23</sup> Sentís Melendo, S., *op. y lugar citados en nota 22*.



la provincia de Buenos Aires, donde se instituyó el proceso oral para ciertas cuestiones (ley 7861, de 1972, derogada en 1979), con una audiencia de fijación de hechos y de pruebas.<sup>24</sup>

En 1981, la ley de reformas 22.434 al Código Procesal de la nación vigente creyó encontrar la solución en un precepto, el artículo 125 bis, que prevé una audiencia en la que, entre otros objetivos, el juez debe adoptar las medidas subsanatorias tendentes a evitar nulidades, intentar la conciliación de las partes o, en su defecto, invitarlas a reajustar sus pretensiones, interrogar a aquellas de oficio sobre las circunstancias que fueren conducentes a la averiguación de la verdad, provocar el desistimiento de las pruebas innecesarias o el acuerdo sobre determinados hechos. La preceptiva, criticada esencialmente por acollarar las medidas a la audiencia de absolución de posiciones y posibilitar que el juez se exima de intervenir “cuando circunstancias derivadas del cúmulo de tareas lo hiciera necesario”,<sup>25</sup> tampoco ha recibido mayor acogida en la práctica.<sup>26</sup>

d. En síntesis, cabe señalar entonces que el mecanismo procesal que nos ocupa ha tenido suerte diversa en la realidad de los ordenamientos latinoamericanos —en paralelo con otras innovaciones trascendentes que se han dado en el plano del proceso civil, como el sistema de oralidad—, pudiendo avizorarse nuevos y renovados intentos tendentes a su adecuada regulación o implementación práctica. De ahí la significación del ordenamiento modelo.

<sup>24</sup> Morello, A. M., Passi Lanza, M. A., Sosa, G. L., y Berizonce, R. O., *Códigos procesales...*, Buenos Aires, 1979, v. IX, pp. 684 y ss. y bibliografía allí citada.

<sup>25</sup> Morello, A. M., Sosa, G. L., y Berizonce, R. O., *Códigos procesales...*, 2a. ed., Buenos Aires, 1982, pp. 518-551; 618-619; Palacio, L. E., *Estudio de la reforma procesal civil y comercial*, Buenos Aires, 1981, p. 117.

<sup>26</sup> Se ha señalado que, consultados 45 juzgados especiales en lo civil y comercial de primera instancia de la capital federal, sólo doce jueces concurrían personalmente a la audiencia prevista en el artículo 125 bis del Código Procesal (Gozaini, O. A., *Introducción al nuevo derecho procesal*, Buenos Aires, Ediar, 1988, p. 228).

En uno de los más recientes ordenamientos locales, el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro (ley 2208 de 1987), se ha incorporado una audiencia denominada “preliminar” y que persigue objetivos múltiples: avinamiento total o parcial por vía conciliatoria, simplificación y fijación de cuestiones fácticas, recepción de ciertas peticiones, dictado de resoluciones de impulso del proceso; cuya aplicación concreta aún no puede aventurarse. *Cfr.*, Berizonce, R. O., *La audiencia preliminar: un acto esencial del proceso (A propósito del flamante ordenamiento procesal rionegrino)*, Buenos Aires, La Ley, 1988, p. 754.

### III. LA REGULACIÓN DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA

Señalan los autores del anteproyecto, los profesores uruguayos Gelsi Bidart, Véscovi y Torello, en su exposición de motivos<sup>27</sup> al aludir a las orientaciones generales, que se sustituye el proceso formado por actos sucesivos, monologal, por la reunión de los interesados en audiencias (proceso por audiencias), erigidas así en el núcleo fundamental del proceso, con la efectiva, necesaria y activa presencia del juez. Para su concreción se prevé en el proceso ordinario, una audiencia preliminar que constituye “la innovación más representativa”, tendente a solucionar los problemas formales que eventualmente puedan plantearse, tentar la conciliación, establecer el objeto del proceso y de la prueba y ordenar el diligenciamiento de ésta; eventualmente y cuando ello es posible, diligenciarla o declarar que el proceso es de puro derecho e incluso y en esa hipótesis, fallarlo; y una segunda audiencia para diligenciar la prueba, comentarla brevemente (alegatos) y fallar el conflicto. Toda esa actividad, en cambio, se concentra en el proceso extraordinario.

No es propósito agotar aquí las muy diversas cuestiones que se suscitan. Escogemos sólo algunas que por ser viscerales requieren un análisis detenido.

#### 1. *Obligatoriedad de la audiencia*

Hemos aludido antes a cierta tendencia en la legislación y doctrina que se manifiesta en contra de la obligatoriedad. El código modelo no resuelve expresamente la cuestión, empero por lo dispuesto en el artículo 298.3, que manda convocar la audiencia “con contestación o sin ella”, cuanto por el contenido del acto, su realización en todos los procesos no puede, por principio, ser obviada. De cualquier modo, no se advierten razones que impidan, excepcionalmente,

<sup>27</sup> Sobre los antecedentes y bases del anteproyecto: Gelsi Bidart, A., “Código tipo y reforma del proceso en América Latina: entre derecho común o uniforme”, en *Un “Codice Tipo” di procedura civile per l’America Latina*, Padova, CEDAM, 1990, p. 41 y ss. También en *El Código Procesal Civil Modelo...* citado en nota 1, pp. 19 y ss. El anteproyecto fue presentado en las XI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Río de Janeiro, mayo de 1988, y ulteriormente debatido *in extenso* en el congreso internacional celebrado en Roma en septiembre del mismo año, y que se recogiera en *Un “Codice Tipo” di procedura civile per l’America Latina*, a cura di S. Schipani y R. Vacarella, *cit. supra*.

cuando su inutilidad aparezca manifiesta<sup>28</sup> prescindir de su fijación o diferir a la audiencia de prueba única alguna de sus finalidades, v. gr., el intento conciliatorio.

## 2. *Presencia y poderes del tribunal; cargas de las partes*

La audiencia preliminar tendrá lugar necesariamente en presencia del tribunal, que la presidirá “bajo pena de nulidad que compromete su responsabilidad funcional” (artículo 95), y de las partes, que deberán hacerlo en forma personal, salvo motivo fundado que a juicio de aquél justifique la comparecencia por representante, sin perjuicio del patrocinio letrado obligatorio. La audiencia sólo podrá diferirse por una vez si una de las partes por razones de fuerza mayor insuperable, debidamente acreditadas, no puede comparecer (artículo 300.1).

La inasistencia injustificada del actor implicará que se lo tenga como desistido de su pretensión (300.2); si, en cambio, el inasistente fuere el demandado, como regla y excepto que se tratare de cuestiones de orden público o derechos indisponibles, se dictará sentencia teniendo por ciertos los hechos afirmados por el actor, salvo prueba en contrario (300.3). Lo que será aplicable, en lo pertinente, cuando medie reconvencción (300.4).

Los principios cardinales de *inmediación, concentración y publicidad* —enfanzados reiteradamente en la exposición de motivos y consagrados en el texto (artículos 7, 8 y 10)—; exigen la inexcusable presencia personal en la audiencia del juez y de las partes. Ningún comisionamiento queda permitido, ni en el secretario ni en otros auxiliares (artículo 18); como tampoco se exculpa, salvo supuestos excepcionales debidamente acreditados, la ausencia de las partes. Las consecuencias del incumplimiento son graves, a tono con la necesidad de asegurar la efectiva realización del acto. No obstante la aparente rigidez de los textos parécenos que queda margen suficiente para interpretar flexiblemente la carga colocada del lado de las partes —como el propio precepto lo admite— y, especialmente, en punto a los efectos de la incomparecencia del demandado, que ha de compatibilizarse con el principio de la *verdad material*

<sup>28</sup> Como enfatiza Fairén Guillén: si se exagera en la recepción del mecanismo puede generarse un efecto inverso al perseguido, al crearse un acto o una serie de actos inútiles, por impracticables o inadecuados; de ahí la conveniencia de flexibilizar su cumplimiento, autorizando al juez a eliminarlo en supuestos en que su inutilidad fuere manifiesta. *Op. cit.* en nota 20, p. 314.

subyacente en el sistema oral (artículos 33.4, 34.2 y 129). De tal modo, los hechos que se han de tener por ciertos, en tal supuesto, serán los que afirmados por el actor sean lícitos y conducentes, recayendo sobre materia disponible y sin perjuicio de las facultades instructorias del tribunal.

Será esencial que el juez asuma en concreto la *dirección* de la audiencia, en forma activa no sólo para asegurar su realización sino aun para colaborar, aclarar y asesorar a las partes, completar y hasta suplir los errores jurídicos en que hubieren incurrido, ejerciendo una suerte de función *asistencial* que en modo alguno compromete su imparcialidad.<sup>29</sup>

### 3. Contenido de la audiencia

La multiplicidad del objeto del acto se refleja en la extensa letra del artículo 301, con sus seis apartados, que sintéticamente refieren a: 1) la ratificación de los escritos constitutivos con las aclaraciones pertinentes y la eventual incorporación de hechos nuevos; 2) la contestación de las excepciones previas a que alude el artículo 123; 3) la tentativa de conciliación; 4) la recepción de la prueba de las excepciones, si no fueren de puro derecho; 5) el saneamiento del proceso, mediante la resolución de las excepciones procesales y nulidades, como también de todas las restantes cuestiones que obstan a la decisión de mérito, incluyendo la improponibilidad de la demanda<sup>30</sup> y la legitimación en la causa, cuando sea definible al comienzo del litigio,<sup>31</sup> y 6) la fijación definitiva del objeto del proceso y de la prueba.

<sup>29</sup> Exposición de motivos (anteproyecto). Como demostrara irrefutablemente Vitorio Denti, la concepción individualista del proceso se abroquela en la defensa del principio de la "neutralidad" del juez para negar potestades instructorias que son imprescindibles para el esclarecimiento de la verdad. Aquel principio, sin embargo, mal puede conciliarse con la cada vez menor "neutralidad" de la sociedad misma respecto a las orientaciones políticas de la sociedad en que opera. *Estudios de derecho probatorio*, Buenos Aires, EJEA, 1974, trad. Sentís Melendo, S. y Banzalaf, T. A., pp. 117-153.

<sup>30</sup> En la literatura procesal rioplatense abundan los estudios sobre el tema: Torello, L. A. y Viera, L. A., "Improponibilidad manifiesta de la pretensión; rechazo 'in limine' de la demanda", Montevideo, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1981, núm. 3, p. 277. Peyrano, J. M., *El proceso atípico*, Buenos Aires, ed. Universidad, 1983, p. 17. Carli, O., *La demanda civil*, La Plata, ed. Lex, 1977, p. 116. Morello, A. M. y Berizonce, R. O., *Improponibilidad objetiva de la demanda*, Buenos Aires, J. A., 1981, v. III, p. 788. Morello, A. M., Sosa, G. L. y Berizonce, R. O., *op. cit.* en nota 25, p. 114.

<sup>31</sup> El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina denomina a

La función conciliatoria que se coloca, pues, en manos de los jueces, evoca una temática más amplia y de singular trascendencia en el moderno derecho procesal: la *justicia conciliatoria* como forma alternativa para la decisión de los conflictos. Tal como está regulado, se auspicia el intento de lograr el advenimiento total o parcial de las diferencias que superan las recíprocas posiciones de las partes; lo que supone la *conciliación*, en todo o en parte, por vía del reajuste de las pretensiones u oposiciones articuladas en los escritos constitutivos. El mecanismo conciliatorio intraprocesal, confiado al órgano judicial e inserto en esta oportunidad clave del desarrollo procedimental, cuando aún no se ha transitado la etapa probatoria, está llamado a rendir —según se espera—<sup>32</sup> grandes frutos en la solución autocompuesta bajo el estímulo del juez.

El auspicio de la autocomposición es, sin embargo, mucho más intensa, desde que en el anteproyecto se la prevé, también, como trámite imperativo previo erigido en requisito de admisión de la demanda, en los procesos de conocimiento que canalicen por la vía ordinaria (artículos 263 a 267); salvo exclusión legal o trámites de la jurisdicción voluntaria. El potencial accionante, antes de iniciar el proceso, deberá pedir audiencia ante el órgano jurisdiccional competente a los fines de intentar la conciliación con el futuro demandado, la que se fijará con plazo no menor de tres días y será recibida por el tribunal bajo pena de nulidad. Si por dos veces no concurriere el citado, la incomparancia constituirá presunción simple en su contra en el proceso ulterior. Si se acordare la conciliación, tendrá los mismos efectos que la transacción homologada judicialmente; en caso contrario, se documentará la audiencia dejando constancia de las pretensiones de cada parte; las soluciones propuestas por éstas y por el tribunal; y las diferencias que impidieron el acuerdo.

esta excepción "falta de legitimación para obrar manifiesta". *Cfr.*, Palacio, L. E., "La excepción de falta manifiesta de la legitimación para obrar, en *Revista Argentina de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1981, núm. I, p. 77. Carli, C., *op. cit.* en nota 30, p. 228. Morello, A. M., Sosa, G. L. y Berizonce, R. O., *op. cit.* en nota 25, v. IV, p. 219. Sobre el paralelismo entre ambas excepciones: Gelsi Bidart, A., Véscovi, E. y Torelló, L. A., *Anteproyecto...*, *cit.* en nota 1, p. 61.

<sup>32</sup> Berizonce, R. O., *Evaluación provisional de una investigación empírica trascendente para el mejoramiento del servicio de justicia*, Buenos Aires, El Derecho, 1985, v. 114, cap. IV, 2, p. 860, donde se comprueban los resultados favorables de la conciliación cuando el juez toma la iniciativa. En el mismo sentido, aunque provisionalmente, respecto de la experiencia de la enmienda española de 1984: Fairén Guillén, V., *op. cit.* en nota 1, p. 31 y nota 148.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

Los aspectos centrales del actual debate en torno a la organización<sup>33</sup> —similar al que concitara hace una década a la doctrina italiana—<sup>34</sup> se finca en el carácter jurisdiccional o no (administrativo) de la función conciliatoria y la oportunidad en que se inserta. En el derecho brasileño, de acelerada transformación, se ha propiciado, por un lado la anticipación de la tentativa de conciliación para un momento anterior a la audiencia de instrucción, en el procedimiento ordinario. En otro cuadrante, con la creación de los *Juizados Especiais de Pequenas Causas*, por la ley federal de 1984, en las cuestiones de su competencia, la misión conciliadora, que es previa a la eventual instauración del proceso, se ha confiado a conciliadores que no son órganos jurisdiccionales, ni ejercen jurisdicción; actúan como colaboradores del juez. La elección de personas diferentes del juez obedece —según el criterio que prevaleciera— a la distinta naturaleza de la función que les compete, que impone la diversidad de los órganos y tiende a superar las dificultades que derivan, para el juez de la causa, de un eventual prejuzgamiento consecuencia de su papel activo en la gestión de acercamiento de las partes.<sup>35</sup>

En México, la reforma de 1986-1987 al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal encomendó la función conciliatoria, que tiene lugar en la audiencia preliminar, a un “conciliador ads-

<sup>33</sup> Vescovi, E., “La justicia conciliatoria”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1982, núm. 2, p. 161. Pellegrini Grinover, A., *A conciliação extrajudicial no quadro participativo*; Gelsi Bidart, A., *Conciliación y proceso*; ambas en *Participação e processo*, São Paulo, ed. Rev. dos Tribunais, 1988, pp. 273 y 253. Hitters, J. C., “La justicia conciliadora y los conciliadores”, en *La justicia entre dos épocas*, La Plata, LEP, 1983, p. 159. Gómez Lara, C., *op. cit.* en nota 17, p. 186. Ovalle Favela, J., *op. cit.* en nota 17, p. 117. Berizonce, R. O., *Justicia conciliatoria y justicia de paz*, Buenos Aires, J. A., 1984, p. 770.

<sup>34</sup> Así, los debates en el *Convegno dell'Associazione italiana fragli studiosi del processo civile*, Milano, 1979; y allí, relaciones de N. Picardi, *Il giudice conciliatore. Costruzione e crisis di un modelo*, publicada en *Giust. civ.*, XXX, 1980, II, pp. 56-82; y de Denti, V., “I procedimenti non giudiziali de conciliazione como istituzioni alternative”, en *Rivista di Diritto Processuale*, XXXV, 1980, pp. 410-437. Asimismo, Cappelletti, M., “Giudici non professionali: una nota critica sul dibattito in Italia, Giur. it.”, 1980, Disp. 8a.-9a., parte IV (estratto); *id.*, “Appunti su conciliatore e conciliazione”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, anno XXXV, núm. 1, p. 49. Picardi, N., “Il conciliatore”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, 1984, p. 1094. En una visión comparativa: Denti, V. y Vigoritti, V., *Le rôle de la conciliation comme moyen d'éviter le procès*, relación general al VII Congreso Internacional de Derecho Procesal, Wurzburg, 1983, en *Effektiver Rechtsschultz...*, Giesecking-Verlag, Bielefeld, ed. Habscheid W., 1983, p. 345.

<sup>35</sup> Pellegrini Grinover, A., *Deformalização do processo e deformalização das controversias*, en *Rev. Informação Legislativa.*, Brasilia, 1988, p. 201.

crito al juzgado" (artículo 272-A), con argumentos similares a los ya mencionados. Si bien se ha señalado la necesidad de seleccionar adecuadamente tales funcionarios para asegurar su idoneidad; fuera de que para desempeñarse eficazmente deberán conocer en profundidad las pretensiones de las partes.<sup>36</sup>

El Código Modelo sigue un criterio diverso. Sin desconocer las experiencias que en otras latitudes han consagrado la delegación y desprofesionalización de esas tareas, se rescata para esta etapa de la audiencia preliminar el perfil judicial de la conciliación, que se reserva a los jueces. Bien que dejando a salvo la posibilidad de que la conciliación se organice con no profesionales (legos, técnicos), tratándose de la procesal —exposición de motivos—; y, desde luego, en los supuestos de competencia de la justicia vecinal o de "coexistencialidad". En realidad, debe verse detrás de esta postura la idea, habitualmente admitida en nuestro subcontinente, de que son los órganos del Poder Judicial —y no sólo en la letra de las constituciones— los que ofrecen efectivas garantías para la tutela de los derechos de los ciudadanos; y por consecuencia, una suerte de sospecha sobre la imparcialidad con que los funcionarios distintos podrían llevar a cabo tareas tan delicadas; y aun, el recelo por manejos que, a la postre, menoscaban la igualdad y la equidad en perjuicio de la parte menos favorecida.<sup>37</sup> Son realidades, cabe acotar, típicas de la actual etapa de nuestro desarrollo y de las que el legislador no puede prescindir; máxime su coincidencia con la tendencia universal hacia una cada vez más creciente judicialización de los derechos.<sup>38</sup>

En cuanto a la *fijación del objeto del proceso y de la prueba*, se trata de la determinación de las cuestiones fácticas litigiosas, que se efectúe explícitamente cuando como consecuencia de las aclaraciones formuladas por las partes (artículo 301, apartado 1) o del acuerdo conciliatorio parcial de sus diferencias (artículo 301, apartado 3), hubiere devenido una simplificación o delimitación del objeto pretendido.<sup>39</sup> En los demás supuestos, en principio, el objeto

<sup>36</sup> Gómez Lara, C., *op. cit.* en nota 17, pp. 185-187. Ovalle Favela, J., *op. cit.* en nota 17, p. 117.

<sup>37</sup> Gómez Lara, C., *op. cit.* en nota 17, pp. 186.

<sup>38</sup> Denti, V. y Vigoriti, V., *op. cit.* en nota 34, pp. 369-370.

<sup>39</sup> Sobre la significación de la actuación del juez en este tramo: Gelsi Bidart, A., Vescovi, E. y Torello, L. A., *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, *cit.* en nota 1, pp. 63-64. Asimismo, Fairén Guillén, V., *op. cit.* en nota 1, p. 32 y con especial referencia al "modelo de Stuttgart".

del proceso está constituido por la pretensión o pretensiones articuladas en la demanda que, junto con la oposición del demandado han de configurar el *thema decidendi*; lo cual, por obvio, no requiere pronunciamiento específico en este tramo. El tribunal tiene el deber, en cambio, de decidir respecto de los hechos que, por resultar ilícitos o inconducentes, quedan excluidos de toda consideración.

La determinación —explícita o implícita, como quedó señalado— del objeto del proceso trae como consecuencia la *fijación de las pruebas* que serán motivo de producción, en correlación con dicho objeto y los hechos controvertidos y conducentes al esclarecimiento de lo debatido. Se trata aquí de expurgar la prueba, descargando la labor jurisdiccional de aquellas medidas manifiestamente inadmisibles o impertinentes.<sup>40</sup>

Conviene subrayar que —como se ha señalado doctrinariamente y ha sido de práctica en sistemas similares—<sup>41</sup> lo que este mecanismo supone no es que el juez “fije” o determine enunciativamente los hechos litigiosos, sino que, simplemente, descarta los que no deben tenerse por tales. Se trata de una suerte de fijación por eliminación de lo rechazado y por sedimentación y filtración de lo que queda en el proceso; no se impone al juez concretar los puntos que serán objeto de discusión y prueba. Al decidir que descarta tales hechos por inconducentes o tales pruebas por impertinentes o superfluas o meramente dilatorias, lo que está haciendo no es propiamente “fijar” los hechos, sino descartando, excluyendo lo que no deberá ser materia de juicio y por esta vía, diríamos inversa u oblicua, por simple “residuo”, quedan como puntos o hechos “litigiosos” los que habiendo sido articulados, no fueron eliminados mediante aquella resolución.

Es necesario advertir, todavía, que se impone un *criterio amplio* en la apreciación de los hechos que resultan conducentes a la decisión del litigio, ya que por principio ello es materia de la sentencia definitiva y si la ley ha anticipado la oportunidad de su consideración ha de ser a condición de que se trate de supuestos claros y

<sup>40</sup> Claro que —como se ha señalado— la cuestión tan significativa de la simplificación de la prueba no constituye sino uno de los aspectos del amplio problema de la simplificación del proceso, y que este último objetivo no puede lograrse con desmedro del establecimiento de la verdad, presupuesto indeficiente de la sentencia justa (Denti, V. y Taruffo, M., informe citado en nota 9).

<sup>41</sup> Eisner, I., “La fijación de los hechos litigiosos”, *Revista del Colegio de Abogados*, La Plata, núm. 30, p. 142. Así, en la experiencia argentina de la aplicación del artículo 833, Código Procesal Civil y Comercial, Provincia de Buenos Aires (texto ley 7861, derogado). *Cfr.*, Morello, A. M., Passi Lanza, M. A., Sosa, G. L. y Berizonce, R. O., *op. cit.* en nota 14, p. 684.



Consultor Jurídico Digital de Honduras

concluyentes; en caso de duda, debe prevalecer una pauta de amplitud y elasticidad, favorable a la admisión de los hechos y a la producción de las pruebas. La potestad acordada al juez debe ser usada con prudencia, a fin de no causar agravios innecesarios a las partes, máxime que puede verse comprometido el *derecho de defensa*.<sup>42</sup>

#### 4. Documentación y reproducción de la audiencia

Todo lo actuado —prevé el artículo 303.5— se documentará según lo dispuesto en los artículos 97 y 98, “en forma resumida” en acta que se labrará durante el transcurso o al cabo de audiencia, tratándose de “asegurar la fidelidad del resumen”, que se ha de limitar a “la relación sucinta de lo actuado” (artículo 98, apartado 3). Sin perjuicio de que el tribunal disponga su reproducción total o parcial utilizando los medios técnicos apropiados (artículo 97, *in fine*). Se establece, igualmente, que “en el acta se podrán insertar las constancias que las partes soliciten, en especial las concernientes a declaraciones e informes y todo lo demás que resulte necesario, a juicio del tribunal”; como también se dejará constancia de las resoluciones rechazando o admitiendo alguna prueba controvertida (artículo 303.5).

La forma de documentación de los actos acontecidos en la audiencia preliminar, así como los que tuvieron lugar en la audiencia complementaria de prueba, vincula naturalmente con ciertos principios de esencia en que descansa el proceso oral y, por otro lado, con la potestad revisora de los tribunales superiores (artículos 218 a 231, 304; 238 a 250, 365). Lo primero conduce a señalar la incongruencia que significaría documentar por escrito todos los actos y especialmente la prueba oralmente adquirida;<sup>43</sup> de ahí el acierto

<sup>42</sup> Las partes tienen el derecho de servirse de todas las pruebas relevantes para la demostración de los hechos que sustentan sus pretensiones (Taruffo, M., *op. cit.* en nota 11, pp. 435). Claro que —como sostiene Tarzia— el “derecho a la prueba” no puede ser concebido como el derecho a una prestación del juez ni como una potestad a la cual corresponda una mera sujeción del juez mismo. Se trata en todo caso, de asegurar el control del ejercicio del poder del juez respecto de la prueba potencialmente idónea (*Problemi del processo civile di cognizione*, CEDAM, 1989, pp. 364-365). *Cfr.*, Perrot, R., *Le droit a la preuve*, en *Effektiver Rechts-schultz...*, *cit.* en nota 34, pp. 91 y ss.

<sup>43</sup> Cappelletti, M., *op. cit.* en nota 11, pp. 34 y ss., donde se estudian las bases históricas de la oralidad y la superación del principio, *quod non est in actis non est in mundo*. Según la clásica enseñanza novendiana, en el sistema oral el acta

de la referencia a la "forma resumida" en que se recogerá lo actuado,<sup>44</sup> porque los elementos de representación escrita no son indispensables en función de los principios ya aludidos.<sup>45</sup> En cuanto a las exigencias que puedan derivar de la doble instancia ordinaria, comprensiva de la revisión del juicio fáctico, si bien por principio no justifica la documentación integral de la adquisición de las pruebas, tampoco excluye que se disponga la reproducción de lo actuado utilizando los "medios apropiados" a que alude el artículo 97, apartado final.<sup>46</sup> Claro que habrá que convenir que su incorporación no podrá efectuarse en el modo escrito, por lo que quedó dicho.

#### IV. PERSPECTIVAS DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN LOS ORDENAMIENTOS LATINOAMERICANOS

Si se comparan las grandes líneas tendenciales que se avizoran en el pensamiento procesalístico latinoamericano,<sup>47</sup> con los principios

no constituye requisito *quod substantiam* del procedimiento probatorio (*op. cit.*, pp. 311 y ss.).

<sup>44</sup> Una fórmula similar se contiene en la ley del proceso laboral bonaerense (Argentina) (artículo 49, ley 5178; artículo 46 segunda parte, ley vigente 7718): "a pedido de parte y siempre que el tribunal lo considere pertinente, podrá hacerse constar alguna circunstancia especial vinculada con la causa". Sobre la intervención jurisprudencial de esta norma: Monzón, M. D., *El proceso oral del trabajo de la Provincia de Buenos Aires y el significado de la segunda parte del artículo 46 del decreto ley 7718*, Buenos Aires, J. A., 1988-IV, p. 774.

<sup>45</sup> Cappelletti, M., *op. cit.* en nota 11, pp. 311-318. Véscovi, E., *op. cit.*, en nota 10, p. 521. Gelsi Bidart, A., "Proceso oral", en *Curso de derecho procesal*, Montevideo, 1977, v. III, p. 67. Morello, A. M., Passi Lanza, M. A., Sosa, G. L. y Berionce, R. O., *op. cit.* en nota 24, v. IX, p. 717.

<sup>46</sup> Fairén Guillén propicia la "protocolización por magnetofonía" para obtener una versión "perennizada" de lo acaecido en la audiencia, a la manera del "modelo de Stuttgart" (*op. cit.* nota 1, p. 56).

<sup>47</sup> Una visión de las grandes tendencias en el perfeccionamiento de los sistemas vigentes en el subcontinente, puede verse en Devis Echandía, H., *Estudios de derecho procesal*, Bogotá, Ed. ABC, 1979, v. I; 1980, v. II. Gelsi Bidart, A., "La ineficacia procesal y América Latina", en *Derechos, deberes y garantías del hombre común*, Montevideo, Fundación Cultural Universitaria, 1987, p. 353. Barbosa Moreira, J. C., *Temas de direito processual*, ed. Saraiva, 1984, 3a. serie. Véscovi, E., *Garantías fundamentales de los litigantes en el proceso civil*, Rev. Est. Proc., Rosario (Argentina), 1972, núm. 13, p. 99. Morello, A. M., "Eficacia y controles en el funcionamiento del servicio de la justicia", en *La justicia entre dos épocas*, *cit.* en nota 33, p. 87; *id.*, "Un nuevo modelo de justicia", en *La Ley*, Buenos Aires, 1986, p. 800. Fix-Zamudio, H., *Los problemas contemporáneos del poder judicial*, México, UNAM, 1986, p. 3; *id.*, "Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso", ponencia en las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Gómez Lara, C., *Teoría general del proceso*, México, UNAM, 1987, p. 73. Rodríguez Uruace, J., *El futuro del proceso civil*, Valencia,

Consultor Jurídico Digital de Honduras

inspiradores del anteproyecto que analizamos, ha de convenirse que el ordenamiento modelo ha plasmado inteligentemente los valores preferentes y las más caras expectativas latentes en nuestras comunidades.<sup>48</sup>

La consagración de claras directrices generales denotativas de la publicización del proceso (artículos 1 a 13),<sup>49</sup> y el libre e irrestricto acceso a la jurisdicción;<sup>50</sup> la adopción de la oralidad y publicidad (proceso por audiencias); el reconocimiento al juez de verdaderos poderes-deberes (artículos 33 a 35) para la dirección e instrucción de las causas; son algunos de los más significativos aciertos, que confluyen y se corporizan en la etapa crucial de la audiencia preliminar, que hemos analizado. Con resultar aquellos postulados esen-

Venezuela, 1975. Fábrega, P. J., *El nuevo ordenamiento procesal civil en Panamá*, cit. nota 18. Rengle Romberg, A., "El nuevo Código de Procedimiento Civil de Venezuela", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1986, núm. 1, p. 10. Chacón Corado, M. R., "Garantías procesales en el proceso guatemalteco", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1986, núm. 3, p. 249. Quintero, M., *Justicia y realidad*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1988. Bermudes, S., "Meios de aumentar a eficiência de justiça", en *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, Madrid, 1990, p. 51. Berizonce, R. O., "Medios para aumentar la eficiencia del servicio de justicia", misma revista, p. 9 (resumen).

<sup>48</sup> Gelsi Bidart, A., "Bases para orientar en Latinoamérica la unificación legislativa en materia procesal civil", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala*, sept. 1982. Vescovi, E., "El proyecto de Código Procesal Civil uniforme para América Latina", en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 1986, núm. 4. Berizonce, R. O., "Código-tipo y reforma del proceso en América Latina: entre el derecho común y el derecho uniforme (Anteproyecto de Código-tipo del proceso civil para América Latina)", en *Un "Codice tipo" di procedura civile per l'America Latina*, cit. en nota 27, p. 29.

<sup>49</sup> Han ocupado preferentemente a la doctrina los temas de la publicización, desacralización y humanización de los procedimientos: Devis Echandía, H., "Política social en la justicia civil"; *id.*, "Humanización del proceso judicial, acceso a los tribunales y tutela de las partes económicamente débiles", ambos en *op. cit.* en nota 47, v. I, pp. 201 y 313. Vescovi, E., *Teoría general del proceso*, Bogotá, Temis, 1984, pp. 51 y 218. Rodríguez Urraca, J., *Autoridad del juez y principio dispositivo*, Valencia, 1968. Gelsi Bidart, A., "Crisis socioeconómica y proceso", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1986, núm. 2, p. 116. Pellegrini Grinover, A., *op. cit.* en nota 35. Barbosa Moreira, J. C., *op. cit.* en nota 47, pp. 1, 43; *id.*, "Dimensiones sociales de proceso civil", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1986, núm. 4, p. 425. Nogueira, C. A., "Las transformaciones del proceso civil y la política procesal", en la obra común *La justicia entre dos épocas*, cit. en nota 33.

<sup>50</sup> Sobre el estado de la cuestión de la igualdad ante la justicia en América Latina: Vescovi, E., "La garantía de igualdad frente a la desigualdad económica de las partes", en *Actas del XII Congreso Nacional de Derecho Procesal* (argentino), Mendoza, 1972, v. 3, p. 215. Devis Echandía, H., "Derecho y deber de jurisdicción y la igualdad de las personas ante aquélla y en el proceso", en *Estudios de derecho procesal*, cit. en nota 47, v. I, p. 189. Berizonce, R. O., *Efectivo acceso a la justicia*, La Plata, Platanus, 1987.

Consultor Jurídico Digital de Honduras

ciales en la diagramación del perfil del ordenamiento, es en ese complejo mecanismo que han de cobrar vida y operatividad. De ahí que no resulte aventurado afirmar que la suerte de aquél estará jugada, de hecho, al éxito de la audiencia preliminar.

El código-tipo pretende erigirse en un modelo paradigmático en el cual puedan espejarse las tan ansiadas —y demoradas— transformaciones de las instituciones procesales latinoamericanas, por muchas razones, reveladas en los indicadores más exactos,<sup>51</sup> desactualizados, arcaicas, ineficientes en suma. La *integración jurídica* que se percibe y alienta —como el objetivo más amplio de la integración cultural— necesita insoslayablemente de un común lenguaje en las legislaciones procesales.

Claro que el intento —si bien subidamente ambicioso— resulta todavía parcial e incompleto. Queda pendiente diseñar el modelo de organización judicial adecuado para satisfacer las exigencias de los tiempos, en que el encumbramiento de un poder jurisdiccional efectivamente independiente, controlador y garante de los derechos de los ciudadanos,<sup>52</sup> autónomo, pero también responsable ante la comunidad, se erige en valor prevalente. Así como, en paralelo, la organización de una abogacía independiente e igualmente responsable. El diseño, en fin, de metodologías y estrategias apropiadas

<sup>51</sup> Acerca del funcionamiento del sistema de justicia en América Latina: Gelsi Bidart, A., *op. cit.* en nota 47. Bermudes, S., *op. cit.* en nota 47. Berizonce, R. O., *op. cit.* en nota 47. Sarmiento Núñez, J. G., "El servicio de la justicia en Venezuela", comunicación a las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Río de Janeiro, 1988. Parodi Remón, C. A., *Medios de aumentar la eficiencia del servicio de justicia*, comunicación a las mismas. Quintero, M., *op. cit.* en nota 47. En particular, sobre los indicadores de la ineficiencia y sus causas: además de los trabajos citados *supra*; Pellegrini Grinover, A., *op. cit.* en nota 35. Barbosa Moreira, J. C., *op. cit.* en nota 47, especialmente pp. 1, 27, 43, 57, 79, 173, 188, 193. Morello, A. M., "En la búsqueda de un nuevo modelo", en la obra común *La justicia entre dos épocas*, *cit.* nota 33, p. 1. Berizonce, R. O., y Nogueira, C. A., "Causas y orígenes del actual problema de la sobrecarga", informe argentino al VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal, Utrecht, 1987, en *Jus*, La Plata, 1988, núm. 39, p. 23; también en *Actas* de dicho Congreso.

<sup>52</sup> Para una visión de la rama judicial con verdadero poder estatal: Vescovi, E., *La independencia de la magistratura en la evolución actual del derecho*, en *Effektiver Rechtsschutz* . . . , *cit.* en nota 34, p. 161. Gelsi Bidart, A., "Desde el proceso hacia el poder judicial", en IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, *cit.* Fix-Zamudio, H., "Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso", *cit.* en nota 47. Parodi Remón, C. A., *El poder judicial en la Constitución*, en las IX Jornadas, *cit.* Devis Echandía, H., "La independencia del poder judicial", *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 1985, núm. 3, p. 124.

para, en cada uno de nuestros países, facilitar el arduo camino de las transformaciones.<sup>53</sup>

Los profundos cambios que a través de todas esas ideas se auspician no han de ser receptados, sin duda, pacíficamente. En Latinoamérica —como generalmente ocurre en los diversos países— la resistencia, por razones muy diversas y harto complejas, a los avances en el terreno de las instituciones de la justicia, suele perturbar los proyectos más perfectos. La persistencia de hábitos arraigados, aunque arcaicos y desnaturalizadores, los *usus fori*, retardan y frenan los mejores empeños.

Queda por delante un largo y azaroso trayecto que, en cada uno de nuestros países, comienza con la difícil tarea de convencer —más aún, *seducir*—, mediante el proyecto, primero a los propios operadores, jueces, abogados, auxiliares y, al cabo, a los destinatarios mismos, los ciudadanos, los litigantes “consumidores” del servicio de justicia. En relación a unos y otros, será menester alentar un imprescindible *cambio de mentalidad*. Para que aquellos, los ejecutores, recepten, se compenetren y “sientan” no sólo la necesidad del cambio sino, además, las ventajas del modelo propuesto y adopten así una actitud de acompañamiento e impulso, sin la cual no será posible conducir a buen puerto la reforma.

Por sobre todo lo que la legítima —estamos persuadidos— es que se sustenta en *valores superiores* que nuestras comunidades ensalzan, en la época que vivimos: las aspiraciones colectivas a la vida democrática, en una república representativa, donde la libertad, el pluralismo y la participación social se conjugan armoniosamente. Porque, en definitiva el proceso —como lo reluce en la enseñanza magistral del profesor Denti—<sup>54</sup> no puede ser concebido como una entelequia abstracta, pretendidamente neutral respecto a los valores, como una suerte de laboratorio dominado por la técnica para la búsqueda de una solución cualquiera, sino que es un instrumento humano para la justa solución de los conflictos, en que se reflejan precisamente los valores de la sociedad entera. Así entendido, no sería presuntuoso afirmar que la suerte de la reforma estaría asegurada.

<sup>53</sup> Berizonce, R. O., *op. cit.* en nota 51; *id.*, “Metodología y estrategias para la reforma judicial”, en *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, Madrid, 1990, p. 83.

<sup>54</sup> “Cientificidad de la prueba y libre valoración del juez”, en *Estudios de derecho probatorio*, *cit.* en nota 29, p. 302. Asimismo, su participación en los debates del VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal, Utrecht, Holanda, 1987, sobre el tema de la simplificación del procedimiento probatorio.