



**RAPIDOS COMENTARIOS Y SUGERENCIAS
SOBRE LAS BASES DE TRABAJO
PARA EL CODIGO PROCESAL CIVIL**

Dr. Olman Arguedas Salazar

C O N T E N I D O :

El nombre del nuevo Código	42
División en cuatro libros	42
Ausencia de exposición de principios	43
Libro I	43
Libro II	45
Libro III	47
Apéndice	48
La Oralidad	48
Proceso de conocimiento de menor cuantía	49
El sustantivo "proceso"	49
Proceso de conocimiento	49
El subrecurso de queja	50

1) EL NOMBRE DEL NUEVO CODIGO.

Ya hemos dejado atrás el procedimentalismo y estamos situados en la etapa del procesalismo; no cabe hablar hoy día de "procedimientos judiciales" sino de Derecho Procesal. Si esto es una realidad innegable, no puede admitirse que los códigos que regulan el proceso continúen llamándose Códigos de Procedimientos, puesto que la doctrina ya ha hecho su diferencia entre lo que debe entenderse por procedimiento, y lo que debe entenderse por proceso. Si el prefijo proce contiene la idea de caminar, de avanzar, debemos concluir, con Sentís Melendo (1), que todo en la vida tiene su proceso el cual se realiza mediante un determinado procedimiento; es decir, si el proceso es un caminar hacia adelante, un avanzar, en otras palabras, un recorrido de algo, la forma de realizar ese recorrido será el procedimiento. Y si, como opina Guasp (2) el Derecho Procesal es el conjunto de normas que tienen por objeto el proceso o que recaen sobre el proceso, ineludiblemente tenemos que concluir en que si un determinado cuerpo de normas regula el proceso como conjunto armónico, su nombre no debe ser otro que Código Procesal y no Código de Procedimientos; porque si bien un cuerpo legal de esa naturaleza determina la forma de hacer el avance o recorrido a que hemos aludido, procedimiento, no es menos cierto que visto en su conjunto lo que en definitiva regula es al proceso, que, como contenido tiene al procedimiento. Y si como en el caso que nos ocupa, se trata de la regulación de un proceso en el que se debaten intereses de orden privado, su denominación correcta es entonces Código Procesal Civil. De allí que la denominación que el Dr. Alcalá-Zamora y Castillo propone para el que pretendemos sea el futuro Código, es de nuestra aceptación, puesto que desde la Cátedra Universitaria hemos opinado en ese sentido desde hace varios años. Esta denominación ha sido adoptada recientemente en Brasil en el "Código de Processo Civil" cuyo autor lo es el procesalista Alfredo Buzaid. Otro tanto ha ocurrido en Guatemala con su reciente Código Procesal Civil debido principalmente a nuestro colega Mario Aguirre Godoy. Sin embargo, se echa de menos esa denominación, aquí en América, en el proyecto Couture de 1945,

y en el Código de Procedimiento Civil de Colombia recientemente promulgado en el año 1970. De manera que la citada denominación otorga al futuro Código la jerarquía científica que realmente debe ocupar.

2) DIVISION EN CUATRO LIBROS.

Como lo expone el Dr. Alcalá-Zamora y Castillo en sus bases, la economía debe imperar no sólo en el desenvolvimiento del proceso, sino aún antes, es decir, inclusive en la extensión que debe tener un código procesal; y en esto nos llama la atención su opinión de que la extensión no depende no sólo de la cantidad de artículos, sino de la cantidad de palabras que en cada uno de estos últimos se usen. Y así debe ser, pero tomando en cuenta como él mismo lo indica, de que las normas deben ser redactadas con la claridad necesaria con el fin de evitar al máximo, o al contrario, reducir al mínimo, las interpretaciones de los juzgadores; consideramos que ese es un desiderátum, porque trátase de normas parcas o no, la ley no puede regular en su totalidad los hechos sociales y las interpretaciones siempre se producirán; en mayor o menor medida, pero se producirán. Antes bien, normas demasiado parcas son las que más bien inducen a la interpretación, e inclusive a la integración, pues es posible que en aras de la economía se dejen algunas en la ley que luego es necesario integrar. De modo que debe tomarse una posición intermedia: ni exceso de normas y de palabras, ni faltante de ellas. De esta manera, la división en cuatro libros de lo que sería el futuro Código Procesal Civil, sin división superior en partes, ocupa una posición intermedia entre los que en la actualidad podemos catalogar como más modernos en América, y uno de Europa, el de la ciudad del Vaticano, que en opinión del Dr. Alcalá es el "Código Modelo y Modelo de Códigos" (3). Veamos: el Proyecto Couture tiene una parte preliminar, y las partes primera, segunda y tercera; estas tres últimas divididas en libros así: la primera con cinco; la segunda con seis sin indicación de títulos; y la tercera con cuatro; tanto los libros de la primera parte como los de la tercera, sí tienen títulos. En total, suman quince libros. El Código de Procedimiento

(1) *Estudios de Derecho Procesal*. E.J.E.A., Tomo I, Buenos Aires, 1967, páginas 221 y 222.

(2) *Derecho Procesal Civil*, Tercera edición corregida, Tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, página 31.

(3) *Estudios Procesales*. Editorial Tecnos, Madrid, 1974, página 419.

Civil de Colombia tiene un título preliminar y cinco libros; el de la ciudad del Vaticano tiene tres; el de Guatemala con seis; y el de Brasil con cinco. La división del futuro Código Procesal Civil en cuatro libros no contiene ninguna innovación, pues el vigente también tiene ese número de libros, aunque con una cifra que sobrepasa los mil artículos, que bien puede ser reducida. Consideremos entonces que cuatro libros es un número aceptable para el mejor acomodamiento de las diversas materias que deberán ser reguladas.

3) AUSENCIA DE EXPOSICION DE PRINCIPIOS.

Si en la realidad resulta que la labor de confeccionar un código es más de carácter político que jurídico, como ha dicho Couture, es conveniente que el futuro Código Procesal Civil contenga una enunciación sucinta de los principios políticos que lo inspiren, esto es, aquellos "de los que deriva la marcha del procedimiento" (4). Si bien dichos principios constituyen los lineamientos generales en que se base la política procesal, que a su vez se fundamenta en el específico sistema político que vive el país en donde regirá un determinado código procesal, es lógico que los mismos se relacionan directamente con la aplicación, interpretación e integración de la norma procesal, y siguiendo ese criterio podrían estar incluidos en forma indiscriminada en las disposiciones generales, como ocurre en el Código de Processo Civil brasileño a propósito del inicio del proceso civil a gestión de parte en cuyo artículo 2 de dispone: "*Nenhum Juiz prestará a tutela jurisdiccional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais*". Pero esos principios, por ser retrato de la política procesal imperante, deben exponerse en un título preliminar (5) y como ya lo ha adoptado el Código de Procedimiento Civil colombiano en sus artículos 1 a 6. Así, en este último se regula lo concerniente a la gratuidad de la justicia civil, a la iniciación e impulso de los procesos, las instancias, la interpretación, la integración y la observancia de normas procesales. Consideramos que no estaría sobrando dedicar unos cuantos artículos a la exposición de dichos principios, cuya ausencia se nota

en las bases expuestas por el Dr. Alcalá-Zamora y Castillo. Antes bien, ello ayudará en gran medida al desenvolvimiento tanto de las partes y de los abogados, como del mismo juez, dentro del proceso. Corrobora la tesis expuesta el hecho innegable de que ya en nuestro país se ha acogido esa tendencia, pues en el Código de Familia los nueve primeros artículos componen el título preliminar en donde se exponen los principios políticos y filosóficos que inspiran al citado Código. Asimismo, el novísimo Código de Procedimientos Penales, sin contener un título preliminar, incluye en las disposiciones generales el título primero formado por tan sólo cuatro artículos, que de su simple lectura se deduce con facilidad que en ellos se han incluido principios destinados a orientar la política procesal penal en nuestro país, y a definir de antemano, el espíritu o filosofía que inspira al citado Código.

4) LIBRO PRIMERO.

Consideramos correcto y absolutamente ajustado a la situación actual de la ciencia del proceso, que el futuro Código Procesal Civil se inicie con la jurisdicción que es precisamente la función pública por medio de la cual se satisfacen pretensiones (6), con lo cual queda sobreentendido también el carácter público del Derecho Procesal. Así, todo lo relacionado con ella, como también con la competencia, debe estar formando parte del título primero del libro primero, para dejar en el título segundo del mismo libro, lo relativo a la acción, que si bien es un poder jurídico que pertenece por igual tanto a quien tiene la razón como a quien no la tiene por cuya razón se la ha considerado como un derecho cívico, lo cierto es que pertenece a los particulares, e inclusive al Estado, pero en ambos casos como pretendientes. La jurisdicción, concretamente la contenciosa, tiene como origen a la acción. Pero la primera, como potestad jurídica, implica la colocación del juzgador en un plano superior al de las partes para la aplicación de normas que en su gran mayoría son irrenunciables y por ende de Derecho Público. De manera que la regulación de la jurisdicción en primer lugar es del todo acertada.

(4) Víctor Fairén Guillén. *Sugerencias sobre el Anteproyecto de Bases para el Código Procesal Civil de 1966*. Secretariado de Publicaciones, Intercambio Científico y Extensión Universitaria. Universidad de Valencia, España, 1966, páginas 27 y 28.

(5) Ob. cit., págs. 27, 28, 29 y 36.

(6) Guasp. Ob. cit. página 101.

El título III da un feliz término al Libro I al regular en el lugar que le corresponde toda la actividad tanto de la jurisdicción como de los que intervienen en el proceso como partes, entendida dicha actividad como manifestaciones de voluntad dentro del proceso. No obstante, hay dos aspectos con los cuales nos mostramos en desacuerdo y son los siguientes: lo relativo a términos, plazos y señalamientos incluido en el capítulo tercero y lo referente a los remedios menores frente a las resoluciones comprendido en el capítulo quinto sección segunda. El primer aspecto no debe ser tripartito, sino bipartito, es decir, deben regularse sólo los términos y los plazos, porque los señalamientos van implícitos en los términos; de manera que nada práctico se consigue haciendo esa división tripartita, como se observa en las Bases. El otro aspecto, remedios menores frente a las resoluciones, debe cambiársele el nombre pues aún cuando remedios denota la patología de las resoluciones, es preferible usar otra que bien podría ser gestiones; con ella se designaría a lo que en la actualidad se conoce con el nombre de adiciones y aclaraciones, las cuales realmente son simples gestiones porque unas y otras no tienen como resultado la modificación de las sentencias, sino más bien su perfeccionamiento, por el mismo juez que decidió. En efecto, tanto en la revocatoria como en la apelación, su finalidad es remediar lo malo de las resoluciones, en el mismo grado o en uno superior, según sea el caso. En cambio, las aclaraciones y adiciones no pueden ser catalogadas como recursos porque su finalidad no es la de modificar las resoluciones. El Diccionario de la Lengua Española, página 1128, decimonovena edición, Madrid, 1970, define el remedio como el recurso contra una resolución judicial, entre otras acepciones desde luego. Si las aclaraciones y las adiciones no se dirigen "contra" la resolución judicial, no es feliz entonces la expresión "remedios menores" para comprender dentro de ella a la aclaración y a la adición. Aún más, en las Bases se incluye tan sólo a la aclaración y luego a la reposición, como parece desprenderse, se presume también que en ellas no está comprendida la adición, la cual es de un uso muy necesario tanto para las partes como para el juzgador. Si esa laguna constituye un olvido involuntario, debe incluirse, y si no lo fuera, también, pues se trata de un trámite que implica una evidente economía de tiempo, de gastos y de energías mentales y físicas, y con la que se llega a llenar la omisión cometida en el fallo.

Se establece la reposición y entendemos que el Dr. Alcalá-Zamora se refiere a lo que en la actualidad se llama entre nosotros revocatoria que en nuestra opinión nada tiene de remedio menor como no sea la circunstancia de que en tratándose de las interlocutorias es el mismo juez que dictó la resolución quien podría enmendarla; pero esa circunstancia particular de este recurso, en nuestra opinión, repetimos, no merece el calificativo de menor, pues abstracción hecha de algunas resoluciones que sólo ese recurso admiten, la mayoría, denegada la revocatoria, la resolución podría ser enmendada por el Superior, en cuyo caso la revocatoria se consiguió no ya en el primero, sino en el segundo grado. Lo que quiere decirse con esto, es que el fin perseguido en ambos supuestos es el mismo: conseguir la enmienda de una resolución; pero, como pensar así implicaría el ingreso en la filosofía lo que no es propio de lo que nos ocupa, debe admitirse como lo está y seguirá estándolo, que la revocatoria propiamente dicha, o reposición como se la denomina en las Bases, la conoce el mismo juez que dictó la resolución impugnada, pero esta circunstancia no puede llevar a catalogar ese recurso de menor. En esta sección segunda del capítulo quinto se mezclan la aclaración y la reposición lo que en nuestro concepto resulta inconveniente, puesto que como ya lo hemos dicho, las aclaraciones, y desde luego las adiciones que también deben ser incluidas, no son remedios o recursos, y esas materias quedarían reguladas conjuntamente con la reposición que sí lo es. Entonces, propongo que queden en este capítulo V, sección segunda, lo relativo a las aclaraciones, incluyendo las adiciones; y que lo relativo a la reposición, por tratarse de un verdadero recurso general, se lo incluya en una nueva sección que tendría que hacerse en el capítulo IV, del título II del Libro II; eso en el supuesto de quedar este capítulo en el lugar en el que se lo incluyó, pero cuya colocación también es discutible, ya que lo correcto sería un nuevo título con el número VI en el Libro II, como se verá más adelante.

En cuanto a la expresión reposición, no encontramos que ello vaya a producir confusiones entre jueces y abogados, puesto que el concepto doctrinario es conocido. Sin embargo, desde el punto de vista práctico sí produciría confusiones porque en nuestra legislación se designa con este nombre a otra clase de actividad procesal, a saber: la reposición de la quiebra, la del auto que declaró la deserción, y la del auto que declara la rebeldía. Para la

solución del punto hay dos caminos: o denominar el recurso de revocatoria con el que sería nuevo de reposición y cambiarle el nombre a las reposiciones conocidas en nuestro medio, o mantener la situación actual. Me inclino por la segunda posición.

5) LIBRO SEGUNDO.

a) En este libro se incluye como capítulo I la conciliación preprocesal e intraprocésal. En muchos casos la conciliación vendría a ser, o bien un medio de evitar un proceso, o bien de impedir su continuación, proceso que quizás a la postre, sea iniciándolo o continuándolo, podría hacer incurrir a las partes en gastos innecesarios y en pérdida de tiempo; es lo que en doctrina se conoce como un medio de obtención del reparto de carácter persuasivo. Pienso que entre las dos sería más provechosa la primera, esto es, la preprocesal, la cual sería preventora del proceso cuando la misma resulta con éxito; mientras que cuando la misma fracasara no sería preventora sino preparatoria del proceso. Ahora bien, configurar una conciliación intraprocésal en cualquier momento del proceso, a voluntad de las partes, sería innecesario porque éstas por sí solas pueden tomar la decisión de terminar el proceso, como con acierto lo prevé el Dr. Alcalá-Zamora en la sección III, capítulo III, título II del Libro Segundo de las Bases, al incluir, como una de las formas de terminación del proceso la figura de la transacción. Entonces, ¿para qué aumentar con otra las figuras de terminación anormal del proceso? Considero que ello sería una duplicidad innecesaria, porque si planteada por cualquiera de las partes una conciliación en cualquier etapa del proceso ella resultara fracasada, lo único que se consiguió fue atrasar el procedimiento; y si resultara exitosa, ese mismo resultado se puede conseguir sin necesidad de la conciliación a través de la transacción. Entonces, la conciliación intraprocésal así concebida no debería estar como una figura preventiva o preparatoria del proceso, sino como una posibilidad de terminación del mismo, en cuyo supuesto debería incluirse en la sección tercera, del capítulo III del título II del Libro II; mientras que la preprocesal sí sería una fase preventiva o preparatoria del proceso, según el resultado a que se llegue en esa actuación. En consecuencia, considero que el capítulo I del título I del Libro II podría limitarse a la conciliación preprocesal, pues con ello se puede evitar la llegada a los Tribunales de muchos procesos con lo cual aquéllos se verán descargados de buena parte de trabajo

que en multitud de ocasiones son inútiles, y desecharse la intraprocésal. No obstante, de no prosperar esta tesis, opino que con baja de la preprocesal debe entonces mantenerse la intraprocésal, pero introducida como un trámite obligado en la etapa introductoria o de nacimiento, inmediatamente después de contestada la demanda, o de replicada la contrademanda en su caso; de prosperar este criterio, debe situarse en el capítulo I, título II del Libro Segundo, porque entonces constituiría una forma posible de terminar el proceso ordinario, es decir, una forma específica de terminación anormal. Esperemos que la experiencia nos diga si será o no provechosa la institución que comentamos.

b) El Libro II no debe llamarse "Procedimiento de Declaración", sino "Proceso de Declaración", pues como ya lo dijimos al comienzo de estos comentarios, el Código regulará el proceso entendiendo a éste como unidad; es decir, todo proceso tiene un procedimiento. Pero aparte de ello, el libro segundo está bien orientado, conteniendo el despacho saneador, de origen portugués, que vendrá sin duda a eliminar todo aquel material inútil para la decisión y que lógicamente, con el establecimiento de aquél, se conseguirán la celeridad y la claridad en el debate. No obstante, no compartimos la tesis del autor de las Bases en lo relativo a la por él llamada "fase impugnativa", porque los recursos son proceso de impugnación, de allí que no consideramos correcto que se los incluya como una cuarta fase del proceso de cognición ordinario, pues los mismos se producen no sólo para ese tipo de proceso sino para todos, salvo excepciones. Considero que la colocación de esa materia en el capítulo IV, título II del Libro II no se aviene con la idea de que el futuro Código retrate en lo posible la cronología que sigue el procedimiento en la vida práctica. Y esa idea se refleja claramente a través de todas las bases, las cuales, comenzando por regular la función jurisdiccional, lo que es absolutamente correcto y acorde con las corrientes actuales, continúa luego con la acción para luego dar configuración al proceso de conocimiento. Aquí es donde la fase impugnativa, como un capítulo IV, no debe aparecer, porque en la realidad la impugnación no constituye una fase del proceso de conocimiento, sino otro proceso denominado proceso de impugnación. Obsérvese que en este último la pretensión que se esgrime, la prueba que se recibe y el fallo mismo, difieren de la pretensión, prueba y fallo que se producen en la fase

de conocimiento propiamente dicha. Con el proceso de impugnación, como la misma palabra lo dice, lo que se hace es impugnar la decisión, y la pretensión es la modificación de ella o su conversión en otra distinta a la impugnada. Claro que podría objetarse esta tesis en el sentido de que a través de la fase de conocimiento se produce también, o puede producirse, uno o varios procesos de impugnación en relación con los autos, pero es obvio que este fenómeno obedece a la orientación que debe dársele al procedimiento, con lo cual no se desnaturaliza en lo más mínimo su carácter de proceso de impugnación. Por ello considero que no es correcto considerar a los recursos como una fase impugnativa del proceso ordinario, primero, porque no necesariamente los mismos deben producirse como sí ocurre con las fases de inicio, desarrollo y terminación, en las que con toda claridad se ve que una fase una vez agotada da lugar al nacimiento de la siguiente, y en segundo lugar, porque la ejecución de todas las resoluciones depende de su firmeza, salvo desde luego las excepciones que la misma ley acuerde. De modo que colocándonos en la sentencia, ésta no será ejecutada sino cuando adquiera firmeza, salvo excepciones concretas como lo hemos dicho. Entonces pensamos que lo correcto es trasladar esa fase impugnativa, situada en el capítulo IV del título II del Libro II, a un nuevo título con número VI, formando entonces una materia intermedia entre la cognición y la ejecución. Tómese en cuenta que aún en la ejecución puede haber impugnación, y que por ello no debe considerarse como una fase de la cognición. Quedaría entonces el título II del Libro II con sólo tres capítulos que serán los correspondientes a las tres fases propias de la cognición, esto es, la fase expostiva o de iniciación, la fase demostrativa o de desarrollo, y la fase conclusiva o de decisión. En cuanto a las dos primeras no tenemos nada que objetar, no así en lo referente a la última, en cuya sección primera se incluye el denominado debate final con oralidad optativa; tal y como está planteado el mencionado debate será una repetición de lo que ya ha quedado documentado en el expediente puesto que se le incluye en la fase conclusiva, al igual que como ocurre en la actualidad con el alegato de bien probado, sólo que se transforma su forma escrita en forma oral optativa. Considero que se excede el principio dispositivo al dejar a la voluntad de las partes o de una sola de ellas y en definitiva al juez, la determinación de la forma que ha de revestir ese debate. Ahora bien, en esas cir-

cunstancias debe hacerse un señalamiento de hora y fecha con lo cual se producirá, posiblemente, atraso en la tramitación; pero también es muy posible que esa oralidad en muy pocos casos o quizás en ninguno llegue a realizarse en la práctica, por la preferencia notoria entre los litigantes de recurrir a la escritura. De todos modos, no se trata de oralidad en la fase probatoria del proceso, sino en la conclusiva; y siendo cierto también que la mayoría de los casos civiles son complicados, considero que el mencionado debate para poder mantenerse, pero con oralidad obligatoria y no con oralidad optativa, debe primero consultarse con las estadísticas para determinar si el número de procesos ordinarios que normalmente se tramitan en los juzgados de la República permitiría la celebración de ese debate en un lapso de tiempo razonable, tomando en cuenta el total de asuntos que ingresen. De no ser así, es preferible mantener las cosas como están.

c) TITULO III.

Este título, dedicado al juicio sumario, en nuestro criterio debe llamarse Proceso Sumario, atendiendo a las mismas razones en cuanto a la denominación del proceso de declaración u ordinario. Hecha esta objeción, la idea de introducir un procedimiento único que comprenda los procesos incidentales, ejecutivos, interdictos y desahucios, es acertada porque todos estos tipos de proceso son sumarios atendiendo a la brevedad del procedimiento; pero la sumariedad no debe conceptuarse únicamente referida a la brevedad del procedimiento, sino además y agregada a dicha brevedad, como la imposibilidad de oponer todo tipo de excepciones como sí es posible en el proceso de declaración u ordinario, pues si así sucede, entonces el proceso no será sumario sino un plenario rápido. Están bien incluidas estas figuras en este título, pues la sumariedad no excluye a la declaración o cognición, llegando a ser en estricto sentido procesos de cognición sumaria. De acuerdo con lo dicho, el proceso incidental no podrá ser susceptible de un procedimiento idéntico a los otros procesos sumarios, pues es determinante la imposibilidad de oponer excepciones como parece desprenderse, o más bien se desprende, de lo dicho por el Dr. Alcalá-Zamora en cuanto a normas de adaptación que formarían el capítulo II de este título III. Ello es así puesto que el incidente no es un proceso autónomo.

Referente a la acumulación de pretensiones y de procesos, así como su escisión, su inclusión en este título es correcta pues la resolución del punto

exige el establecimiento de un proceso incidental para definir si es procedente o no ejercitar cumulativamente pretensiones y procesos. Veo claro las razones de economía procesal: si se establecen varias pretensiones acumuladas que por ley no lo son, en el actual Código de Procedimientos Civiles no existe ninguna disposición expresa que establezca el camino que debe seguir el juez, excepción hecha en cuanto a tres tipos de procesos interdictales, con lo cual se estará perdiendo tiempo y dinero con la tramitación de ellas en la forma dicha, para que al final el juez deba pronunciarse sólo sobre una u otra por ser improcedente la acumulación. Llenando esta laguna de nuestra legislación procesal civil se evitan dilaciones perjudiciales. Si bien la acumulación y la escisión funcionarán en cuanto a las pretensiones, en cuanto a los procesos sólo funcionará la acumulación y no la escisión, porque precisamente de lo que se trata es de unir procesos que se han iniciado por separado, por cuya razón no cabe pensar en este supuesto de escisión de procesos como pretensión inicial, sino tan sólo de acumulación de ellos. Entonces, debe entenderse que la acumulación y la escisión deben referirse a las pretensiones, y que en cuanto a los procesos sólo es susceptible referir la acumulación.

d) En cuanto al arbitraje, si bien es una institución poco usada en nuestro medio, es importante mantenerlo. Constituye una forma de reparto de carácter coactivo imparcial, que implica una renuncia a la tutela jurídica estatal, diferenciándose de la conciliación en que ésta no da soluciones concretas, sino únicamente la terminación de una diferencia entre las partes, mientras que aquél sí ofrece soluciones concretas al conflicto planteado entre las partes. Debe mantenerse en el lugar en que se le ha incluido, título IV del Libro II pues no puede negarse que con él se tiende a una declaración de un derecho por parte de un tercero fuera de la función jurisdiccional y por lo tanto se lleva a cabo una cognición. Asimismo, al dársele un título específico, con toda claridad se le está sustrayendo del campo del proceso, el cual en doctrina se deja reservado únicamente para el proceso jurisdiccional, pues el arbitraje es, como ya se dijo, una estructura de reparto, pero no es un proceso. La propia denominación que se le da en las Bases, de simplemente

arbitraje, concuerda con lo que es hoy predominante en la doctrina (7).

e) Tocante al juicio monitorio, así denominado en las Bases, sugerimos que se denomine proceso monitorio, en atención a las razones ya expuestas. Aparte de esta objeción, consideramos que el establecimiento del proceso monitorio vendrá a resolver múltiples problemas no sólo de tiempo sino también de gastos, pues con este tipo de proceso el pago que el acreedor reclama y que carece de título ejecutivo para hacerlo efectivo por la vía sumaria, podrá realizarse en un proceso rápido en el que con el sólo mandamiento de pago y no oponiéndose el deudor, podrá cobrar seguidamente y en el mismo expediente ejecutivamente el crédito. Es lo que en doctrina se denomina creación de un título ejecutivo. Desde luego que si el deudor se opone, el problema deberá debatirse en la vía ordinaria precisamente porque el acreedor carece de título ejecutivo. Muchos documentos que no reúnen los requisitos exigidos por las leyes para ser títulos ejecutivos, podrán ser cobrados por esta vía. Con ello se evitará la comisión de errores a base de interpretaciones o integraciones del derecho procesal en que por vía extensiva se cataloguen como ejecutivos documentos o títulos que legalmente no lo son; pero se evitará sobre todo el enviar a los acreedores a la vía ordinaria, con el consiguiente dispendio de tiempo y de gastos como ya se dijo. Es evidente el beneficio que traerá al país el establecimiento del citado proceso, pues para la vía ordinaria se resolverá solamente las pretensiones complicadas y que por su propia naturaleza exigen ese tipo de proceso, y consecuentemente, aquellas pretensiones que deducidas en vía monitoria sean objeto de oposición por parte del demandado; desde luego que entonces en este supuesto, la pretensión se torna discutible y es cuando debe darse la oportunidad al demandado de que haga su defensa con la amplitud y meditación que son propias de la vía ordinaria o de declaración.

6) LIBRO III.

Volvemos aquí a insistir en la denominación, pues como lo hemos dicho, el término procedimiento no se aviene a la situación y avance actual de la ciencia del proceso, cuando lo que se está pensando es en el proceso mismo como unidad

(7) Pedro Aragonese. *Proceso y Derecho Procesal*. Aguilar, Madrid, 1960, páginas 48, 52, 56, 61, 62 y 63.

institucional. Por eso consideramos que la denominación correcta de este título debe ser Proceso de Ejecución. De este libro nos parece correcto el acomodamiento de las materias, inclusive en lo referente a la llamada ejecución concursaria comprensiva del concurso y de la quiebra, puesto que no puede negarse, y esa es la posición predominante en la doctrina, que estos tipos de procesos son claramente ejecución colectiva, es decir, tienen como finalidad la liquidación de un patrimonio y no de un determinado bien. Sin embargo, pensamos que sería contraproducente el establecimiento de la anticresis forzosa como uno de los modos o maneras de llevar a cabo la ejecución singular, porque si en las mismas bases se está previendo la adjudicación al ejecutante, con lo cual el acreedor adquiriría la propiedad del bien subastado al deudor, no tendría entonces sentido el conferirle al acreedor la posesión de un inmueble del deudor para que se le faculte para apropiarse de los frutos y productos del mismo imputándolos al pago de intereses, y que el sobrante, si lo hubiera, sea imputado al capital. Consideramos que esta solución no es adecuada porque puede prestarse para que personas inescrupulosas abusen de esa administración del inmueble en perjuicio evidente del deudor. Ello aparte de que en nuestra opinión resultaría sumamente lento para el acreedor, según sea el caso, la obtención del pago total de su acreencia. Es más rápida la solución mediante la adjudicación del bien en subasta, que mediante la anticresis forzosa propuesta.

7) APENDICE.

No existiendo en esta materia debate ni tampoco pretensión puesto que no hay un demandado propiamente dicho, sino tan sólo el interés de dar una mayor autenticidad a ciertos actos encomendando su solución a la función jurisdiccional, opinamos que la inclusión de todo lo que hoy se conoce como actos de jurisdicción voluntaria está correctamente incluido al final de lo que sería el futuro Código Procesal Civil pero no como se propone como un apéndice del Código. En efecto, quiérase o no, esta materia, denominada por el Dr. Alcalá-Zamora pseudo-jurisdicción voluntaria, está hoy y seguirá estándolo posiblemente por mucho tiempo, encomendada a los tribunales civiles por lo cual no vemos la razón para que se le vaya a catalo-

gar como un apéndice con un articulado con numeración distinta al del resto del Código. Si algún día se llegase a pensar y madurar en cuanto a la inconveniencia de que esta materia sea de conocimiento de los tribunales civiles, entonces no existe en absoluto problema alguno pues se echaría mano a la derogatoria de los preceptos y se regularía aquélla mediante una ley especial con la consecuencia indudable de que su conocimiento correspondería entonces a otros funcionarios. El mismo procedimiento cabría catalogando a la pseudo-jurisdicción voluntaria como un apéndice del Código; de modo que si la solución presunta, futura e incierta, de excluir de la jurisdicción este grupo de asuntos se puede hacer por la misma vía en ambos casos, no nos parece justificada la tesis de que ellos constituyan un apéndice del cuerpo de leyes proyectado. Entonces, de acuerdo con lo dicho, esta materia en nuestra opinión deberá formar el cuarto y último libro del proyecto, con la denominación que se indica en el título único, es decir, actividad judicial extraprocesal. Esa denominación estaría correcta puesto que como ya se dijo en todos esos casos no se está realizando propiamente la función jurisdiccional, sino tan sólo una actividad de los jueces, esto es, judicial, sin que quepa hablar de proceso propiamente dicho al no intervenir ninguna parte demandada, y consiguientemente no existir pretensión procesal y material en su recto sentido.

8) LA ORALIDAD.

Al implicar la oralidad la existencia de la inmediación y la concentración, dota al proceso de una mayor celeridad; pero esta última no puede conceptuarse en todos los casos como sinónimo de una sana administración de justicia, porque a veces la celeridad llevada al extremo puede hacer incurrir al juzgador en error; de manera que es un tema que debe analizarse con sumo cuidado. Es cierto que hay en América un fuerte movimiento en su favor, pero también lo es que en algunos países no ha podido establecérsela por razones de orden práctico, entre las que se cuenta el aspecto presupuestario. Así ocurrió por ejemplo en Colombia, en cuyo país debió dejarse, por el motivo dicho, limitada a ciertos asuntos reservándose la escritura para los restantes (8). Para que la oralidad funcione como corresponde, es menester dotar al sistema de todos

(8) Devis Echandía. *Compendio de Derecho Procesal*. Tomo III, Tercera edición, Editorial ABC, Bogotá, 1977, página 5.

los medios materiales y humanos necesarios, y nuestro país no es lo suficientemente rico para ello. Desde luego que debe buscarse un fin: la justicia pronta y cumplida, pero ello no quiere decir que la celeridad tenga que encontrarse únicamente a base de la oralidad, pues como el mismo Chiovenda lo admite, *"si la oralidad en algunas aplicaciones debiese producir daños superiores a las ventajas, el principio teórico debe sacrificarse a la utilidad práctica"* (9). Es lógico pensar que si el proceso es predominantemente escrito, el procedimiento debe estar ayuno de formalismos y de trámites innecesarios, así como que debe haber apelaciones limitadas en lo posible; ello unido a que los procesos de mayor cuantía y de cuantía inestimable, por estar reservados para el debate de aquellas pretensiones económica y jurídicamente considerables, las mismas ameritan un estudio mucho más detenido por parte del Juez. La oralidad podría dejarse reservada para asuntos determinados, los de menor cuantía y los de familia, por ejemplo, pero piénsese también que aún tratándose de esa categoría de asuntos, para que la misma funcione como corresponde debe contar el Estado con los medios materiales y humanos idóneos para llevarla a cabo. De esta forma, manteniendo un proceso predominantemente escrito para el proceso ordinario de mayor cuantía pero con un procedimiento más sencillo, unido a una eficaz laboriosidad de los órganos jurisdiccionales, se conseguirá indudablemente la celeridad en la administración de justicia, en este tipo de procesos. Cabe aquí hacer mención como obligada consecuencia de lo dicho, que la institución del actuario judicial, que fue pensada precisamente para darle celeridad al proceso, ha conseguido su objetivo siendo por ello correcto mantenerla.

9) PROCESO DE CONOCIMIENTO DE MENOR CUANTIA.

Del estudio detenido de las Bases se observa que no se prevé un proceso destinado a decidir las pretensiones de menor cuantía que no tengan asignado un trámite sumario. Y tampoco cabe pensar en un juicio único, pues esa posibilidad la descarta de las Bases el Dr. Alcalá-Zamora. Por ello, es necesario un proceso para ese tipo de pretensiones, con el nombre de proceso abreviado, sobreentendiéndose con ello que no se trata ni de un proceso de conocimiento plenario, ni de conocimiento suma-

rio, sino como se ha dicho, de conocimiento abreviado o plenario rápido, y cuya inclusión debe estar entonces en un título intermedio entre el proceso de conocimiento y el proceso sumario.

10) EL SUSTANTIVO "PROCESO".

Como el nombre sugerido para el futuro código es el de Código Procesal Civil, el sustantivo indicado debe aparecer a través de dicho cuerpo legal pues si en determinados lugares se usaran las palabras juicio o procedimiento, ello perjudicaría la correcta terminología que en aquél debe existir. Por ello, en todos aquellos lugares en donde han sido usadas las palabras procedimiento o juicio, las mismas deben ser cambiadas por la palabra proceso, salvo donde la palabra procedimiento tenga ese correcto significado y no el de proceso.

11) PROCESO DE CONOCIMIENTO.

Dijimos en el aparte b) del punto 5) que el Libro II no debe denominarse procedimiento de declaración, sino proceso de declaración. Si bien no estaría del todo mal usar la palabra declaración, considero que es aún más correcto que ese libro se llame Proceso de Conocimiento, porque técnicamente la declaración se refiere a un sólo tipo de sentencias, las declarativas propiamente dichas, en conjunción con las de condena y las constitutivas, cada una de ellas con efectos diversos; es obvio que en general, todas ellas declaran un derecho a favor de alguien, pero también lo es que la expresión "conocimiento" se aviene mejor para designar con un denominador común a esos tres tipos de sentencias, porque tanto para llegar a una sentencia de condena, como a una constitutiva o a una propiamente declarativa, se necesita la cognición o conocimiento formada por las tres fases, a saber: expositiva, demostrativa y conclusiva. Como referencia podemos tomar el Código de Procedimiento Civil del Vaticano de 1946, que no obstante no llamarse Código Procesal, sí usa la expresión proceso de conocimiento para designar a dicho tipo de proceso; otro tanto ocurre con el Código de Proceso Civil de Brasil de 1973, y con el Código Procesal Civil de Guatemala de 1964. Así quedaría la estructura del Código formada por tres grandes campos: conocimiento, ejecución e impugnación, cada uno de los cuales formado por uno o varios tipos de procesos específicos. Entonces, el proceso de conocimiento tendría los siguientes tipos especifi-

(9) *Principios de Derecho Procesal Civil*. Traducción española de la Tercera edición italiana, Tomo II, Madrid, página 159.

cos: conocimiento plenario (ordinario de mayor cuantía), conocimiento abreviado (ordinario de menor cuantía), conocimiento sumario, (incidente, ejecutivo, interdicto, desahucio). El proceso de ejecución estaría representado por la ejecución singular y la colectiva, y el proceso de impugnación por los diversos recursos.

Cabe no obstante una advertencia: el título III del Libro II no es conveniente denominarlo proceso de conocimiento sumario, sino simplemente proceso sumario, por razones prácticas; en primer lugar porque esa denominación no va a hacer pensar a nadie que no se trate de procesos de conocimiento, aunque sumarios; y en segundo lugar, para dejar colocado en el lugar que se le ha situado al proceso monitorio, que aunque no es un proceso de conocimiento propiamente dicho, habría que buscarle acomodo en otro lugar con la consiguiente mayor división del Código cuya inconveniencia sería notoria.

Siguiendo esa trayectoria, el título III del mencionado Libro II debe denominarse Proceso Sumario, puesto que la sumariedad no excluye a la cognición.

12) EL SUBRECURSO DE QUEJA.

Si bien consideramos desacertado el aditamento "de hecho" para designar la apelación que se puede formular contra un auto en que se deniega

una apelación, también pensamos que la denominación subrecurso de queja no es feliz para designar al mencionado recurso. El prefijo "sub" denota algo que está debajo o que es secundario; es en este último sentido en el que hay que entenderlo, puesto que el mismo surgirá a la vida jurídica tan sólo en el supuesto de denegarse el recurso que llamaríamos primario. Ahora bien, si se le llegara a denominar subrecurso de queja, ocasionará, como el Dr. Alcalá-Zamora lo expone en las Bases, el cambio de nombre para el que actualmente se conoce como tal, y al efecto cita como ejemplo el nombre de reconsideración. Como esta última expresión tampoco resulta adecuada, pues reconsiderar es volver a considerar, lo que lleva a concluir en que ello se conseguiría a través de los recursos de revocatoria y apelación, y no a través de un proceso de queja que tiene como finalidad la imposición de una medida disciplinaria, entonces la solución está en mantener el nombre de queja para lo que hoy en día conocemos como tal, y encontrar un nombre idóneo para lo que hoy se entiende como apelación de hecho. Considero que la expresión subrecurso sería correcta, pues se trata de un recurso posterior, o secundario; y la palabra queja debe sustituirse por apelación; de manera que el citado debe denominarse subrecurso de apelación, que es el nombre que en nuestra opinión sería la correcta.
