

HACIA LA ENSEÑANZA DE UNA TEORÍA GENERAL DE PROCESO POR LOS CÓDIGOS PROCESALES MODELO PARA IBEROAMÉRICA¹

Raúl Tavolari Oliveros²

El Derecho Procesal es fundamentalmente uno. Proceso Civil y Proceso Penal se distinguen, sin duda, pero no porque tengan raíces distintas, sino porque son dos grandes ramas en que se bifurca a una buena altura, un tronco único."

Carnelutti.

I. ¿Necesidad de una Teoría General del Proceso y de su enseñanza?

El establecimiento de una Teoría o Doctrina General del Proceso constituye una aspiración sustentada por la mayoría, que no por la unanimidad,³ de los procesalistas a partir de los tiempos en los que, por lo general, se ubica el despertar autónomo de la ciencia procesal y para quienes creemos en las bondades de su elaboración, la necesidad de enseñarla resulta imperiosa.

No se ha tratado de una meta pergeñada artificial o idealmente sino, claramente, de una resultante de la comprobación de necesaria intervención de instituciones permanentes, en toda ocasión en que el Estado ejerce el poder de

¹ El presente documento fue elaborado por el profesor Raúl Tavolari O., en lo que fue su ponencia en el Congreso organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y por la II Universidad de Roma, en Septiembre de 1995. El autor desarrolla y expone lo que es su postura en relación a la Teoría General del Proceso y como la misma se ha plasmado en los Códigos Modelo: en el análisis sobre los mismos destaca una serie de elementos comunes entre el Derecho Procesal Civil y el Derecho Procesal Penal, lo que en definitiva le permite afirmar la necesidad del unitario tratamiento en un Código Común.

² Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Chile y de Valparaíso.

³ Comentando posturas que califican a la acción como un poder-deber, Maier concluye sosteniendo: "...de todo ello se explica mi natural desconfianza para todas aquellas teorías que hoy pretenden unificar el derecho procesal civil con el penal...". Cfr. *La investigación penal preparatoria del Ministerio Público*, Edic. Lerner, Bs Aires, 1975, pág. 19.

resolver los conflictos jurídicos, ese de que, como condición básica de su propia existencia, expropió de los particulares y se reservó, en exclusiva, para sí.⁴

A estas alturas de los estudios procesales, superada largamente la situación deficitaria de la ciencia procesal penal,⁵ el tema de la Teoría General cobra un interés y una importancia considerables, al influjo de fenómenos jurídico-políticos que se imponen a los procesalistas.⁶

El devenir de los tiempos ha llevado, de otra parte, a una más clara identificación de propósitos: nadie discute ya que, bajo el concepto de una Teoría General no se pretende avasallar la ciencia procesal penal ni imponer tampoco lo que alguien denominó un "pancivilismo", cuanto llegar en la unidad científica hasta allí donde sea posible, sin forzar la esencia de los conceptos, fijando, determinando y profundizando las diferencias: para comprobar, finalmente, la falta de contradicciones fundamentales y construir, desde esa constatación, una vía de encuentros, afinidades y conceptualizaciones comunes.⁷

Tal falta de propósitos hegemónicos es constante en la producción jurídico procesal contemporánea⁸ y es, además, coherente con el enfoque común o general actual, que descansa en la obvia consideración del contenido institucional básico del derecho procesal -aplicable en igual medida al proceso civil y penal- caracterizado por aquellas notas de jurisdicción, de autoridad, imparcialidad y creación.⁹ Se trata de una materia largamente abordada por los procesalistas.¹⁰

⁴ Exhaustivamente, Alcalá-Zamora y Castillo *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, 2a edic. Universidad Autónoma de México, 1970.

⁵ En nuestros tiempos ni el proceso penal es La Cenicienta, como alguna vez la llamó Carnelutti, ni el proceso civil es su hermanastra, como lo describiera Sauer.

⁶ Me refiero a la legislación transnacional o supranacional y su natural complemento de Tribunales supranacionales, situación sobre la que más adelante volveré.

⁷ Cfr. Víctor Fairén Guillén, "Para una Teoría General del Derecho Procesal" en *Temas del Ordenamiento Procesal*, Tomo I, Edit Tecnos, Madrid 1969, págs. 273 a 351, la misma que él diera a luz como *Doctrina General del Derecho Procesal* en 604 págs. Lib Bosch, Barcelona, 1990 y que, con desesperanza, atribuye a "alguien que no llegó, que lo quemaron en el camino..."

⁸ "Obviamente -escriben tres destacados procesalistas brasileños de nuestros días- la unidad fundamental del derecho procesal no puede llevar a la falsa idea de la identidad entre cada una de sus distintas ramas." Cfr Antonio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover y Cândido R. Dinamarco, *Teoría Gral. Do Processo*, 8ª edic. rev. e atualiz. Edit Revista Dos Tribunais, Sao Paulo 1991, pág. 49.

⁹ Cfr: Eduardo Gutiérrez de Cabiedes, "Una Nueva reflexión acerca del Concepto de Derecho Procesal" en *Estudios de Derecho Procesal* Edic. U. de Navarra, Pamplona 1974, Pág. 55.

¹⁰ Cfr. mi "Méritos y Desméritos de la Nulidad Procesal en el Código de Proceso

La "necesidad" de la Teoría General aparece, en la regulación del derecho positivo, en la posibilidad de estructurar el proceso penal, agrario, tributario, etc., sin el deber de reglamentar todos y cada uno de los institutos procesales, olvidando la existencia de instituciones probadas y decantadas por la tradición y el ejercicio práctico. Se evita así sumar, al esfuerzo adicional y repetitivo, el riesgo de las omisiones y su secuela de incertidumbres.

Ya se dijo que la idea de una Teoría General es antiquísima: hoy, se insiste en la importancia que tal Teoría tiene en la enseñanza del Derecho Procesal y en la "necesidad" de su incorporación en los programas de estudio de nuestras Facultades.

La respuesta afirmativa descansa en la convicción de que ella permite al estudiante comprobar, a los inicios de sus estudios¹¹ y desde una óptica superior y no atomizada, la vía de solución -única (el proceso jurisdiccional)- que la juridicidad de las sociedades, reflejo de grados crecientes de civilidad, concibe para los conflictos jurídicos de todo tipo, que aquejan a los individuos.¹² Su enseñanza se constituye en un alegato para la proscripción de la fuerza: para la preeminencia de la razón y la cordura: para la mantención de la libertad y, al final, para la preservación de la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales.

El punto es establecer si los buenos propósitos tienen efectivas concreciones y, en especial, si en la tarea de décadas de los procesalistas de estas latitudes se han podido plasmar estas ideas.

Toda obra de Teoría General del Proceso comprenderá, habitualmente y en primer término, el análisis de conceptos tan recurrentes, como los llamados por algunos, fundamentales¹³ o estructurales.¹⁴ Jurisdicción, Acción y Proceso -a

Penal Modelo para Iberoamérica" en *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*, Edit. Jurídica de Chile. Stgo. 1994. Pág. 120 y sgts.

¹¹ El tema de la ubicación de la enseñanza de la teoría general en el currículo de la carrera de Derecho es controvertido. Se postula su inclusión como preparación propedéutica al estudio del derecho procesal civil y penal: como disciplina altamente teórica llevada a la indagación de los principios comunes a las varias figuras procesales: como sistema de generalizaciones que miran al resguardo del valor humano en el justo proceso....etc. Cfr: el Informe preparado, al Encuentro de Profesores de Derecho Procesal del Cono Sur, celebrado en Santiago, del 23 al 25 de Julio de 1992, por los profesores de la Universidad de Sao Paulo, Cândido R. Dinamarca; Carlos A. Carmona; José R. Dos Santos B.; Antonio M., Gomes Filho y Antonio Scarance F. en "Revista de Derecho Procesal" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, No.17 Stgo. 1992, pág. 19 y sgts.

¹² Cfr: Alcalá-Zamora y Castillo, "*Proceso*..", cit. en nota 2:

¹³ Son de sobra conocidas las elocuentes palabras de Calamandrei: "...no es posible iniciar con utilidad el estudio descriptivo y exegético de un Código de derecho procesal sino partiendo de tres nociones fundamentales de orden sistemático, que no están definidas sino presupuestas por las leyes positivas: jurisdicción, acción y proceso..." Cfr.

cuyo orden de exposición, por lo demás, no deja de atribuirse significados¹⁵- y, en segundo término, institutos estrictamente procedimentales, v.gr. demanda, querella, reconvencción, notificaciones, términos, resoluciones, recursos, para concluir, normalmente, con cosa juzgada y, a veces, con su revisión, todo ello sin prescindir de realidades jurídicas de dominio compartido o discutido, como la Teoría de la Prueba.

El Derecho Comparado no es pródigo en códigos unitarios, señalándose como las principales manifestaciones de trato y regulación conjunta o común de los procesos, en primer término y por la intensidad de su decisión, el Código Procesal de Suecia, vigente desde 1948 y tras una *vacatio legis* de 6 años. Comprende este código normas procesales civiles y penales, al paso que positiva normas orgánicas también comunes: de entre otros intentos, más o menos logrados, que incluyen al mismísimo *Codex Iuris Canonici* de 1917 corresponde pasar al reciente Código General del Proceso de Uruguay, cuyo título anticipa la pretensión de enorme generalidad que sus autores le atribuyeron,¹⁶ lo que no obsta a los renovados intentos de redactar y aprobar un nuevo Código Procesal Penal.¹⁷

Con todo, nadie podrá ignorar que un creciente doble fenómeno se ha comenzado a presentar con inusitada frecuencia y fuerza: de una parte, la llamada "publicización del proceso civil", traducida en los renovados poderes que, en todo sentido se confieren al juez¹⁸; de otra, en cambio, una civilidad del

Instituciones de Derecho Procesal Civil. Vol I. E.J.E.A. Bs. Aires, 1962, pág. 108.

¹⁴ Cfr. Podetti R. *Teoría y Técnica del Proceso Civil y Trilogía Estructural de la Ciencia del Proceso Civil*, Ediar S.A Edit. Bs. Aires, 1963.

¹⁵ Contrastando la situación del Código de 1943 que comienza ocupándose de la jurisdicción, en tanto el anterior lo hacía con disposiciones generales sobre la acción, se lee en la Relación Grandi que "...esa variación de orden sistemático, es índice de un cambio de mentalidad: el Código derogado se planteaba los problemas desde el punto de vista del litigante que pide justicia, el nuevo se los plantea desde el punto de vista del juez que debe administrarla..." Cfr. Calamandrei, ob. cit. pág. 114.

¹⁶ En la primera sesión de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores del Uruguay, en la que se trató del Código, con presencia de los tres autores del Proyecto, drs. Gelsi Bidart, Torello y Vescovi, el primero expresó: "...con este anteproyecto hemos pretendido realizar un Código general del proceso, en el que se incluyan las principales disposiciones que pueden ser aplicadas en cualquier juicio, sea civil, laboral, penal, aduanero, etc...." Cfr. Versión taquigráfica, 28 de Mayo de 1987, Código General de Proceso, Texto y Contexto, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Nov. 1988, pág. XXXVI.

¹⁷ Véase, al efecto, Gelsi B. Adolfo "Un enfoque básico para la reforma del proceso penal", ponencia a las recientes VIII Jornadas Nacionales Uruguayas de Derecho Procesal (La Paloma-Rocha 19 al 22 de Abril de 1995).

¹⁸ Basta recordar que el Proyecto de Código de Proceso Civil Modelo para Iberoamérica reconoce al juez la facultad de rechazar liminarmente la demanda

proceso penal, representada por la creciente disponibilidad de formas e instituciones procesal-penales.¹⁹

Se provoca, así, una recíproca influencia de normativas que impone al intérprete el deber de establecer si el alcance de la institución en el nuevo proceso ha de presentar los caracteres con que se le conoció en el de origen o han de ser diferentes.

Semejantes resultados generan las antiguas disposiciones, bastante comunes en los Códigos proceso-penales americanos, encaminadas a permitir la integración de las normas de estos cuerpos mediante la aplicación supletoria de normas del procedimiento civil,²⁰ aun cuando sea de notar que, en materia de tribunales, los tiempos apunten hacia la especialización antes que a la generalización.²¹

De cara al futuro, la unidad funcional y orgánica en grandes lineamientos de los sistemas procesales parece inevitable. Piénsese solo en las crecientes formas de afinidad que emanan de la mera adopción del proceso oral -civil o penal- con su inevitable secuela de publicidad e inmediación, todo lo cual, empero, se conjugará con la necesidad de especialización sustantiva del operador jurisdiccional.

manifiestamente improponible -aspecto impensable en la mayoría de nuestros países hasta hace algunas décadas y todavía mirado con franca desconfianza en muchos de ellos-: la de dar al proceso el trámite que legalmente corresponda cuando el requerido aparezca equivocado; la de decretar, de propia iniciativa y durante la tramitación del pleito, las diligencias probatorias necesarias; la de rechazar de oficio pruebas inadmisibles, inconducentes e impertinentes, etc.

¹⁹ El *plea bargaining* del derecho americano empieza a irrumpir en nuestros ámbitos. El Proyecto de nuevo Código chileno, contempla como salidas alternativas, el procedimiento abreviado, que demanda el concurso del imputado; la suspensión del proceso a prueba; formas de ejercicio de principio de oportunidad; los acuerdos reparatorios, etc., mecanismos e institutos todos que, poniendo de relieve la influencia de la voluntad de las partes en el proceso penal, tienden a recoger la tendencia mundial de aliviar la carga de trabajo de los tribunales en lo penal, acrecentando la importancia de tales voluntades.

²⁰ Así, el art. 43 del Código de Procedimiento Penal chileno, uno de los más antiguos del Continente, no solo por su fecha de vigencia -1907- sino por sus términos y sistema (confía la instrucción, la acusación y la sentencia a una misma persona.), trae al proceso penal las Disposiciones Comunes a Todo Procedimiento del Civil, cuando las de aquel son insuficientes o no existen.

²¹ En Chile, siguiendo el modelo español y tantos otros, se ha obtenido, por fin, la división de la Corte Suprema en salas especializadas, de forma que, en principio, puede afirmarse que sólo las Cortes de Apelaciones conservan su condición de tribunales con competencia común, sin excepciones.

II. La noción estructural de una Teoría General: del Debido Proceso, por la Instrumentalidad y el Proceso Justo rumbo al Proceso, a secas.

Soy de opinión que delimitados, en términos generalmente aceptados, los conceptos de jurisdicción y acción -como para permitir, con significado y alcances semejantes, su manejo y vigencia en los terrenos del proceso civil y del proceso penal²²-, es el concepto de "proceso", el que se ha vuelto a constituir en el núcleo a partir del cual corresponde formular la lectura futura de las instituciones, las legislaciones y las concepciones dogmáticas.²³ En sentido diverso al de Carnelutti,²⁴ entonces, parece llegado el momento de proclamar, en función de la solución de los problemas del Derecho procesal, y para arreglar su desarrollo futuro a conceptos comunes, "volvamos al proceso".

Postulo que el grado actual de avance de la ciencia procesal, junto con llevarnos a dar por superadas las especulaciones en torno a la naturaleza del proceso, intento reiterado de aplicar a la ciencia procesal categorías propias del campo civil, (v.gr: el proceso como contrato, el proceso como cuasi contrato, el proceso como relación jurídica, etc.) nos autoriza a proclamar la explicación de la naturaleza del proceso apelando, simplemente al concepto ya aprehendido en la cultura jurídica contemporánea:²⁵ instrumento para hacer cesar el conflicto.

²² La opinión no es enteramente compartida: así, Maier afirma que se ha "alentado, en general, sin mucho rigor crítico, la proposición doctrinaria de tratar al llamado Derecho procesal penal, sin aditamento, como una unidad, mediante la creación de una teoría unitaria del proceso o del derecho procesal, a pesar de las diferencias políticas abismantes entre las denominadas ramas del Derecho Procesal". Cfr. *Derecho Procesal Penal Argentino*, Tomo I, vol. I, Edit. Hammurabi, Bs. Aires, 1989 pág. 199. Agrega Maier como ejemplo de sus afirmaciones, la tendencia a trasladar, de una rama a otra, lo que le parece incorrecto, teorías como la de la acción, de la jurisdicción, del proceso, de las excepciones y, adicionalmente, la enseñanza de la cátedra universitaria unificada, sosteniendo que en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, la tendencia es hoy inversa.

²³ Lo que no obsta, me parece, a reconocer la riqueza de la concepción de Montero, fundante de su noción de Derecho Jurisdiccional. Cfr. Montero, Ortells, Gómez Colomer, *Derecho Jurisdiccional* I. Parte General, 2a. Edic. Lib Bosch 1989, pág. 30.

²⁴ Como es evidente, la referencia está formulada al difundido "Volvamos al juicio". Cfr. *Cuestiones Sobre el Proceso Penal* EJEa, Bs. Aires, 1961, págs. 51 a 64.

²⁵ Sobre el tema, Andrés de la Oliva razona con acierto en el sentido que "entendidos los conceptos como instrumentos de comunicación y no como objetos de culto, el proceso es ahora y desde hace décadas, un concepto jurídico autónomo, con el que se expresa la realidad de una serie o sucesión de actos jurídicamente previstos y regulados, mediante los cuales se ejerce la función jurisdiccional, hasta decir y/o hacer el Derecho en un caso concreto". Cfr. *Derecho Procesal Civil* I, P.P.U. Barcelona 1988 (con Miguel Fernández) pág. 218.

mediante un debate pre ordenado, por acto de autoridad.²⁶

Este instrumento, con todo, exhibe características de perfiles muy claramente determinados que han permitido adicionarle hasta apellido: no se trata meramente del proceso, sino del "debido" proceso.²⁷ representado, me parece, en algún momento, por la expresión que Couture trae del constitucionalismo norteamericano.²⁸ el derecho del justiciable a tener "his day in Court"²⁹ y que, explica, consiste, dentro de la técnica de los actos procesales, poder hacer esas tres cosas requeridas por la necesidad de la defensa: pedir, dar el motivo del pedido y convencer de la verdad del pedido.³⁰

III. La legislación supranacional y el concepto de (¿Debido?) Proceso.

Sabemos que, no obstante que las inquietudes de la dogmática procesal y los desarrollos derivados tienen larga evolución, es a partir de la segunda guerra, cuando florece una concepción política internacional renovada: las Constituciones³¹ comienzan a enumerar condiciones y garantías que deben observarse en los juzgamientos, como exigencia de reconocimiento internacional de que el ordenamiento de que se trata atiende a la observancia y respeto de los derechos del hombre³² y los Acuerdos, Convenciones o Tratados recogen las inquietudes tan claramente puestas de relieve.³³

Así, la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá,

²⁶ La simpleza del concepto, anticipa al autor: los términos corresponden a los empleados por Couture en sus conocidas conferencias en la Facultad de Derecho de La Sorbona, en la primavera de 1949, publicadas bajo el título *Introducción al Derecho Procesal* por Depalma, Bs. Aires, en reimpresión de la segunda edición, en diciembre de 1978.

²⁷ Cf: A. Alvarado Velloso *El Debido Proceso* en Gaceta Jurídica No. 110, Santiago, 1989, págs. 8 y sgts.

²⁸ "Ninguna personas será privada de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido proceso de ley" (Enmienda V a la C. de los EE.UU.).

²⁹ Cf: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3a edic. póstuma, R. Depalma, Bs. Aires 1958, pág. 151.

³⁰ Cf: Eduardo J. Couture "Las garantía constitucionales del proceso civil" en *Estudios de Derecho Procesal Civil* Tomo I, 3a.edic. Depalma, Bs. Aires, 1979.

³¹ Cf: A. Tomé García: *Protección Procesal de los Derechos Humanos ante los Tribunales Ordinarios*, Edit. Montecorvo S.A. Madrid, 1987.

³² Al efecto, véase mi "Hacia la Tutela eficaz de los Derechos Humanos por la Jurisdicción: Una Perspectiva desde el Derecho Chileno referida al Habeas Corpus" en *Tribunales, Jurisdicción y Proceso* Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1994, pág. 169.

³³ Cf: Juan C. Hitters. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tomo I Ediar, Bs. Aires, 1991.

Colombia, en 1948, proclamará que "toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente" -sin perjuicio de añadir que - "toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas" (artículos XVIII y XXVI).

En Diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas, acordará, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que "...toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley", y agregará que también "...en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal..."

Se establece, adicionalmente, que "...toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa..." (artículos 8, 10 y 11).

En Noviembre de 1950, reunidos en Roma, los miembros del entonces Consejo de Europa, concordaron en que "...toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente, en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, quien decidirá sobre sus derechos y obligaciones civiles o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia dirigida contra ella. La sentencia debe ser hecha pública..."³⁴ (Convención de Salvaguardia de Los Derechos Fundamentales del Hombre y de las Libertades Fundamentales). El Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles que la Asamblea General de Naciones Unidas adoptara en Diciembre de 1966, sostendrá, a su turno, que "...todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tiene derecho a ser oída, públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil".

³⁴ Precisa el Tratado que todo acusado tiene como mínimo una serie de derechos que detalla, entre los que destaco el de ser informado en lengua que comprenda y detalladamente de la acusación; el de disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; el de defenderse; el de interrogar testigos de cargo y obtener la convocatoria de testigos de descargo, etc. (art. 6 No. 3 letras 'a' a 'e').

El Pacto abunda en garantías en el ámbito del enjuiciamiento penal, destacando, entre otras, la del juzgamiento sin dilaciones indebidas; de hallarse presente en el proceso; de interrogar o hacer interrogar testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo; a no ser obligada a declarar contra sí misma; y a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidos a un tribunal superior (art.14).

En América, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de 1969, bajo el epígrafe de "Garantías Judiciales" asegurará que "...toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de *orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*".³⁵ al paso que, específicamente para el enjuiciamiento penal se detalla un catálogo de garantías adicionales mínimas, incluyendo el derecho a intérprete; la de conocer previa y detalladamente la acusación; de contar con tiempo para la preparación de la defensa; de contar con defensor; de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, etc.(art. 8).³⁶

IV. Constitución y Debido Proceso.

Medio siglo atrás, ya Couture nos había anticipado que el Código de Procedimiento Civil y sus leyes complementarias no son sino el texto que reglamenta la garantía de justicia contenida en la Constitución y, reconociendo que la doctrina del derecho procesal penal, desde tiempo, había ya recorrido el camino de examinar los institutos procesales bajo la luz de los textos constitucionales, invitaba a la dogmática procesal civil a seguir el ejemplo.³⁷

En nuestros tiempos,³⁸ empero, el fenómeno parece haberse invertido y asistimos a la actividad incesante de un impaciente constituyente que no aguarda

³⁵ De este destacado, que me pertenece, se desprende la verdadera tesis de este artículo: más allá de nuestras disquisiciones dogmáticas, la teoría general aparece cuando para la determinación de los derechos civiles, laborales, fiscales o de cualquier otro carácter, el ordenamiento Supranacional contempla un único remedio. El Proceso, instituto jurídico caracterizado por las notas que el art. 8º del Pacto de San José reconoce.

³⁶ El movimiento ulterior de Acceso efectivo a la Justicia no constituye, me parece, sino una evolución anunciada de las inquietudes que desde fines de los 40 hasta fines de los 60, fue capaz de generar estos instrumentos internacionales.

³⁷ Cfr. Eduardo J. Couture, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, cit. pág. 20 y sgts.

³⁸ Véase el sugerente título de la obra de Francisco Ramos M. *El Proceso Penal* (Lectura constitucional), José M. Bosch Edit. S.A. Barcelona, 1991.

ya el desarrollo ulterior del legislador, para incursionar, abiertamente, en la regulación de las garantías procesales concretas: así, la Constitución Española³⁹ recoge una ya difundida fórmula, para asegurar a toda persona el derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión... mientras reconoce, a todos, el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley; a la defensa y a la asistencia de letrado; a ser informados de la acusación formulada contra ellos; a un proceso público, sin dilaciones indebidas y con todas las garantías; a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa; a no declarar contra sí mismos; a no confesarse culpables; y a la presunción de inocencia (art. 24 Nos. 1 y 2).

Paradigmática, en todo caso, aparece la redacción de la Constitución del Brasil, conforme a la cual, nadie será privado de la libertad o de sus bienes sin debido proceso legal, asegurándose, por el contrario, a los litigantes en procesos judiciales o administrativos, y a los acusados, en general, el contradictorio y la defensa amplia con los medios y los recursos inherentes a ella (art. 5 pág. LIV y LV).⁴⁰

En Chile,⁴¹ donde cierta impericia en la técnica unida a la desconfianza en lo político, llevaron al constituyente a incursionar en terrenos perfectamente vedados o inhabituales, para restringir derechos y no para concederlos, aspecto en el que todo exceso es justificable (como determinar en algunos casos, la calidad jurídica de los jueces que deben integrar un tribunal, esto es, solo propietarios o titulares, en desmedro de suplentes: determinación que la resolución que concede algunas libertades solo ha de adoptarse por la unanimidad de los miembros del tribunal, etc.), la Carta establece que "toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento" (art. 19 N° 3 inc.5°).

Me parece pues que tanto la legislación supranacional como el constitucionalismo contemporáneo, han venido delimitando este instrumento que los países ponen al servicio del individuo para la resolución de los conflictos o para la decisión, como se ha anticipado, de toda acusación en su contra, en términos de establecer que el proceso tiene lugar ante juez o tribunal, independiente e imparcial: que el sujeto tendrá derecho a ser oído públicamente; que la acusación se ha de conocer con la debida anticipación; que tendrá derecho a presentar prueba y a objetar la contraria; y que la decisión, que deberá ser siempre motivada, podrá impugnarse ante tribunal superior.

³⁹ De 27 de Diciembre de 1978. B.O.E de 29 de Diciembre.

⁴⁰ Esta Carta fue promulgada en Octubre de 1988.

⁴¹ Para la historia del establecimiento de la disposición constitucional pertinente, mi "El Proceso Civil chileno: una lectura desde el debido proceso y la eficacia de la Jurisdicción de cara a la Reforma" en *Tribunales, Jurisdicción...* cit. Pág. 49 y sgts.

La afinidad de pareceres, los fundamentos comunes y las finalidades compartidas que, por doquier, resultan de las características del entramado de garantías procesales conducen, en mi opinión, a eliminar el calificativo de "debido" que se ha venido otorgando al proceso. Ya no se requiere hablar de "debido proceso de ley" o "debido proceso legal", representación castellana del "due process of law".

De hoy en más -y, en rigor, de tiempo a esta parte- si la actividad no tiene lugar ante juez o tribunal imparcial y, además, independiente: si los justiciables no tienen allí igualdad de oportunidades: si no tienen reales posibilidades de defenderse, argumentando, contestando, probando y objetando: si la decisión no debe venir fundada en criterios jurídicos razonables; si a dichos justiciables, no les es reconocido el derecho a impugnar lo resuelto, simplemente, tal actividad no constituirá un proceso. Será una mascarada; una farsa, una representación, pero no un proceso. Es que éste, configurado como se ha señalado, ha ganado ya un lugar en la representación conceptual de los operadores y de los consumidores del servicio de la justicia.

V. El Proceso Justo.

Cuando el análisis concluía y podíamos convenir en que, para nuestros tiempos, la Teoría General o Doctrina General del Derecho Procesal, podía intentar construirse, simplemente, a partir de la noción exclusiva de proceso, depurada ya de su calificativo de "debido", por la incorporación al núcleo de los atributos que el adjetivo le presta, irrumpe en el campo de la ciencia procesal, plena de sugestivas posibilidades y desafiantes planteamientos, la noción del "proceso justo" que, entre otros, Morello arroja al debate para fundar la sustitución del Estado Social de Derecho por el Estado de Justicia.⁴²

El Proceso Justo, explica utilizando jurisprudencia argentina, es incompatible con normas, disposiciones o reglamentaciones que al cabo

⁴² Cfr: Augusto Mario Morello *El Proceso Justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los Derechos*, Lib Edit. Platense, SRL-Abeledo Perrot S.A., La Plata, 1994. Refiriéndose a esta obra, en la presentación, el autor afirma que es la "culminación de una intensa preocupación de los últimos años en torno de la defensa en juicio desde la perspectiva de la Corte Suprema de Justicia...de profundos replanteos sustanciales y procesales, con expresión técnica concretas: menos formalistas, más directas y útiles: más eficaces..." El contenido, empero, revela que es mucho más que lo que el Pórtico anticipa: se trata verdaderamente de la culminación del pensamiento científico, solidario, humanista, profundo y culto de Morello quien, habiendo superado todas las construcciones lógico-formales de la ciencia procesal, arriba a lo que, pareciendo ser más simple, constituye efectivamente la cima de toda producción científica: la propuesta de un lúcido pensador para la reformulación de la "empresa" Justicia -son palabras suyas- a fin de asegurar una solución más justa y útil.

obstaculizan⁴³ o lisa y llanamente, impiden ejercer la defensa, según las pautas o parámetros a los que debe ajustarse la graficación, en concreto de la recta administración de Justicia que así se declara.⁴⁴

La inquietud intelectual por la renovada concepción de "proceso justo" se comprueba fehacientemente con la atención preferente que comienza a dispensársele y que se traduce en los análisis y comentarios que se suscitan.⁴⁵

Como suele acontecer, esta inquietud, perfilada con sus caracteres propios, motivó en su momento la notable concepción del profesor brasileiro Cándido R. Dinamarco, en línea evolutiva del pensamiento de Liebman, por la que afirma la prevalencia de los aspectos sociales y políticos del sistema procesal sobre una proyección meramente jurídica.⁴⁶ Sobre el tema, cabe consignar, en afán conclusivo lo que, en nuestros días, se viene sosteniendo:

a. El proceso es un fenómeno cultural, por lo tanto susceptible de evaluación axiológica, independiente de su finalidad:

b. El proceso ha de garantizar la eficacia del derecho a defensa:

c. Requiere un procedimiento simple para la recepción de audiencias con medios que permitan lograr la operatividad de los principios de concentración y celeridad:

d. Debe posibilitar la actuación de medios alternativos que constituyan sucedáneos o equivalentes jurisdiccionales:

e. El proceso exige la efectiva actuación de los principios de lealtad, probidad y buena fe:

f. Requiere perfeccionar los instrumentos procesales que eviten el dictado de condenas intempestivas, fuera de tiempo, ya que el proceso lento afecta la entidad del proceso:

g. Este requiere una actitud responsable del magistrado que atienda adecuada y prontamente sus diversas contingencias dirigiéndolo con celeridad hacia la efectiva satisfacción de las pretensiones articuladas:

h. Requiere -además- una actitud responsable de los abogados, quienes, como sus directivos operadores, insoslayablemente deben observar y cultivar los

⁴³ Cfr: Pedro J. Bertolino, *El Exceso Ritual Manifiesto*, Lib. Edit. Platense S.A. La Plata, 1979. El tema es fundamental y se vincula con la tutela efectiva de los derechos y con lo que Couture llamaba la garantías constitucionales del proceso.

⁴⁴ El Proceso...cit. pág. 421:

⁴⁵ Elocuente demostración de lo anterior lo constituyen el elevado número de enjundiosas ponencias presentadas, específicamente sobre el tema "El Proceso Justo", al XVIII Congreso Nacional argentino de Derecho Procesal (Santa Fe, Junio de 1995), de que se ocupó la Comisión 1 presidida por Augusto M. Morello y que tuvo por ponente al señor A. Alvarado Velloso.

⁴⁶ Cfr: Cándido Rangel Dinamarco, *La Instrumentalidad del Proceso*.

principios de moralidad, lealtad y buena fe procesal;¹⁷

Satisfaciendo estas exigencias, el proceso justo e instrumental, conduce a esa noción que la cultura jurídica contemporánea ya ha aprehendido: el proceso, a secas, sin aditamentos ni complementos, como el máximo producto que los juristas podemos poner a disposición de nuestros pueblos, para la resolución civilizada de los conflictos.

VI. Los Códigos Modelo, el Proceso (Justo e Instrumental) y la Teoría General del Proceso.

No viene a cuento desarrollar aquí los fundamentos y motivaciones que, a partir de las Cuartas Jornadas, todavía Latinoamericanas, de Derecho Procesal de Caracas de 1967, al influjo siempre estimulante de don Niceto Alcalá Zamora y Castillo, llevaron a los procesalistas de este Continente, junto a los de países tan unidos a nosotros, como España, Italia y Portugal, a la decisión de concebir Bases Uniformadoras de las legislaciones procesales y, más tarde, como natural colofón, a redactar Códigos Procesales Modelos, Civil y Penal.

La historia es de sobra conocida y, de ella, empero, podrá enfatizarse, con gratitud, la generosa participación de instituciones italianas que en reiteradas ocasiones nos han acogido, otorgándonos el alero romano, plagado de historia y cultura jurídicas comunes, para servir de marco a los análisis de los Códigos Modelos.⁴⁸

Precisiones Necesarias:

a) Los Códigos Modelo.

Recogiendo las modernas tendencias de la ciencia procesal, los Códigos Modelo acogen, respectivamente, crecientes grados de publicización para el proceso civil y no menos intensos de privatización para el penal. Así, en el civil,

¹⁷ Las que preceden son las conclusiones que sobre el Tema 1, "El Proceso Justo", adoptara el XVIII Congreso argentino referido en la nota anterior y que en demostración de la notable eficiencia de la Comisión Organizadora, circularan, debidamente impresas, en el extranjero, antes de los 30 días de haber concluido el Congreso.

⁴⁸ En el confortable Auditorium del Instituto Ítalo Latinoamericano (IILA) y con organización, colaboración y patrocinio de diversas instituciones, entre los días 26 al 28 de Septiembre de 1988, se realizó un Congreso Internacional destinado a analizar el *Código Procesal Civil Modelo -cuyo anteproyecto se había entregado ese mismo año, en Río de Janeiro- reuniéndose los antecedentes, relaciones y colaboraciones, en un espléndido volumen de 617 págs. En Septiembre de 1991, en el mismo lugar, la convocatoria tuvo por propósito analizar el Código de Proceso Penal Modelo, reuniéndose los trabajos en tres volúmenes y, en ambas ocasiones, participó un elevado número de juristas americanos y europeos.*

anotamos un importante capítulo de potestades, en rigor, facultades y deberes conferidas al juez.⁴⁹ de entre las que destaca la posibilidad de rechazar liminarmente la demanda manifiestamente improponible. En el penal, recordamos la influencia de la voluntad del imputado para la instauración del procedimiento abreviado: para la suspensión del proceso a prueba, etc., por lo que no pueden sorprender las afinidades institucionales y procedimentales -en rigor- las normas técnicas.

Con todo, es manifiesto que la redacción del Código Procesal Penal no siguió una concepción Generalista o Unitaria, que le hubiere autorizado a prescindir de regulaciones específicas, en las que hubo de incursionar, no obstante las previas y pertinentes normas civiles propuestas al efecto.

El balance comparatista autoriza a predicar repeticiones, normas encontradas y silencios en materias procedimentales que bien pudieron obviarse.⁵⁰

Las afinidades pues, han de buscarse en gruesas instituciones y normativas que, sucintamente, se enumeran:

b) De como los códigos modelo constituyen -o no- la expresión de una teoría general.

1. *La Imparcialidad del Juzgador.*

Concebida esta característica como elemento esencial de la actividad procesal y definitoria de la función jurisdiccional, su persistencia es asegurada en ambos ordenamientos a través de diversas instituciones y regulaciones, destacando, en el proceso penal, la radical separación propuesta para las funciones instructoras, acusadoras y juzgadoras y la explícita declaración del art. 2º, en cuanto a que "...el juzgamiento y decisión de las causas penales se llevará cabo por jueces imparciales e independientes de los poderes del Estado, sólo sometidos a la ley..."

El tribunal llamado a conocer del juicio, no habrá tenido participación ninguna en las etapas que le preceden, de forma que ante él, acusación y defensa

⁴⁹ Remito, al efecto, los trabajos de Alvarado Velloso, *Deberes y facultades de los jueces en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, de Rodríguez Urraca, *Las facultades probatorias del juez en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, de Montero Aroca, *Poderes del juez y poderes de las partes* y de Verde, *Poteri del giudice e Poteri delle parti*, incluidos todos en el Volumen del Congreso de Roma de 1988.

⁵⁰ En mi ponencia al Congreso de Roma, destinado al análisis del C.P. Penal (*Méritos y...*cit.) sostuve que, a mi juicio, este cuerpo se afilia a una concepción separatista del Derecho procesal, recordando que Maier, importante redactor, definitivamente no comparte la concepción unitaria, estimando que la influencia del proceso civil sobre el penal se limita a cuestiones que son secundarias respecto de la gran influencia que el proceso penal recibe del derecho penal.

se presentarán en planos de total igualdad.

En el Código Procesal Penal se contemplan amplias causales de lo que se denominan motivos de "apartamiento de jueces" (art.22 del C.P. Penal), al tiempo que en el Civil, se declara que el Tribunal "debe actuar con absoluta imparcialidad en relación a las partes" (art.22.1).

2. Ne Procedat Iudex Ex Officio.

La regla reconocida del campo procesal civil, se observa escrupulosamente en el Código Modelo de esta rama y con la misma fidelidad en el penal: es que un juicio penal estructurado sobre la base de un principio acusatorio y, por ende, sobre la premisa de la igualdad de armas, supone un tribunal cabalmente imparcial, que no solo no tenga intervención en las gestiones previas al juicio ni, muchísimo menos, haya tomado la decisión de dar inicio al proceso por propia iniciativa.⁵¹ Para el campo civil, la cuestión viene ya resuelta en el art. 1 del Código, con arreglo al cual "la iniciación del proceso incumbe a los interesados..."

3. La Inmediación (el esquema de los procesos por audiencias).

De una primera lectura de ambos Códigos se desprende que la oralidad como forma de expresión, termina por constituirse en el gran punto de encuentro de estos cuerpos normativos. Con todo, bien se encarga de precisar la Exposición de Motivos del Civil, lo verdaderamente identificador es la participación conjunta, esencial e insoslayable, de los tres protagonistas ⁵² ("actum triarum personae") en los actos del proceso, con su secuela de inmediación. Es el proceso por audiencia en materia civil,⁵³ que supone una preliminar,⁵⁴ en el estilo

⁵¹ Al ministerio público -declara el art. 68 del C. de Proceso Penal Modelo- le está confiado el ejercicio de la persecución penal de los hechos punibles perseguibles de oficio.

⁵² Para la importancia de esta trilogía, repetida en la noción de proceso, véase Alvarado V. Adolfo, *El debido Proceso*, cit. en nota 21.

⁵³ Acerca de la Audiencia Preliminar existe una enjundiosa ponencia -como todas las suyas- del maestro Víctor Fairén, presentada al Congreso de 1988 de Roma y no incluida en la publicación oficial.

⁵⁴ De entre las varias funciones asignadas a la audiencia preliminar, se destaca aquella de instancia adecuada para provocar la conciliación. Al efecto, son particularmente ilustrativas las siguientes expresiones: "...la experiencia de la audiencia preliminar se ha considerado sumamente favorable. Logramos cumplir con los principios de inmediación, de concentración, de abreviación y de publicidad. En la gran mayoría de los juicios regidos por el nuevo sistema se ha obtenido un importante promedio: alrededor de un 50% de conciliaciones, en su mayoría totales..." Cfr. Enrique Vescovi y María del Carmen Rueco: *Los primeros resultados de la reforma de la Justicia en Uruguay*, (Un balance a los 18 meses de la entrada en vigencia del Código General del Proceso) Edit. Idea, Montevideo, 1991, prólogo.

de la propiciada por Klein para la Ordenanza austriaca y con las características del despacho saneador brasileiro y una complementaria para la producción de la prueba no rendida.

Por su parte, el juicio oral del proceso penal propuesto, se caracteriza, además, por la participación permanente e ininterrumpida de tribunal, defensor y fiscal. A la inmediación se agrega, entonces, como nota distintiva en uno y otro proceso, la publicidad, exigencia, me parece, de todo Estado de Derecho.⁵⁵

4. La Prueba.

Vuelven a unir ambos Códigos sus caminos, a la hora de la prueba.

4.1. Desde luego, en punto a la *iniciativa* en la producción de la prueba: para el proceso civil se establece, sin limitaciones, la iniciativa probatoria del tribunal a lo largo del proceso (art.129), al tiempo que en el proceso penal se autoriza al tribunal a decretar, de oficio, la recepción de nuevos medios de pruebas si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad (art. 317).

4.2. *Libertad de prueba*. Sin perjuicio que en el ámbito civil se detallan los medios de prueba tradicionales, se consagra, de inmediato, la posibilidad de utilizarse "otros medios probatorios no prohibidos por la regla de derecho, aplicando analógicamente las normas que disciplinan a los expresamente previstos por la ley" (art. 136.2).

En el campo penal, a su turno, el Código expresa que además de los medios de prueba previstos...se podrá utilizar otros distintos, siempre que no supriman las garantías y facultades de las personas reglamentadas en el propio Código o que afecten al sistema institucional (art. 148).

4.3. De cara a la eficacia de la prueba, surgirán adicionales puntos de encuentro. En efecto, *la valoración* supone, en los dos casos, una explícita referencia a la *sana crítica* en el ámbito civil, al tiempo que un llamado a la apreciación por la *crítica racional*, en el orden penal. Por su parte, en cada caso se proclama la libertad de prueba, esto es, solo se reprueban aquellos medios expresamente rechazados por la ley.

5. Actividad Procesal Defectuosa.⁵⁶

Reconociéndose que las formas procesales constituyen garantías para los justiciables (no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, apunta el art. 225 del Código de Procedimiento Penal, los actos cumplidos con

⁵⁵ En relación a la oralidad, sus consecuencias y características, remito a mi *El Proceso Civil chileno*, cit. pág. 60.

⁵⁶ Para este tema, remito a mi "Méritos y Desméritos de la Nulidad Procesal en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica", en *Tribunales, Jurisdicción...*, cit. pág. 120 y sgts.

inobservancia de las formas...) se contempla, por igual, la necesidad de la denuncia o protesta oportuna, concediéndose a las partes la posibilidad de la subsanación tácita, por el silencio.

Se veda al causante del vicio el derecho de sacar partido del error (*nemo auditur propiam turpetudine allegans*), pero se consagran situaciones excepcionales, en el ámbito procesal penal, referidas a la intervención, asistencia y representación del imputado.

El concepto y efectos de la nulidad, con todo, son idénticos en las dos regulaciones.

6. La Potestad Cautelar.

Regulada en el Código de Procedimiento Civil, bajo el título de Proceso Cautelar (Título II del Libro II), esta potestad de los jueces se presenta con rasgos de gran amplitud, al grado que se autoriza decretar aquellas que el Tribunal "estime indispensables" y con los difundidos fundamentos del *fumus boni iuris* (existencia del derecho, art.275) y *periculum in mora* (peligro de lesión o frustración, id.).

En el ámbito penal, empero, se reglamentan bajo una desafortunada expresión: "medidas de coerción", traducción literal del alemán, ("Zwangsmassnahme: medida de coerción, coercitiva") no obstante que, con provecho, pudo haberse traducido como "medida cautelar",⁵⁷ reconociéndose la exigencia de los requisitos básicos de procedencia, con las modalidades propias del proceso penal (peligro de fuga, de oscurecimiento, etc.).

7. Las Resoluciones.

Mientras la normativa civil conserva cierta nomenclatura tradicional, para distinguir entre sentencias definitivas, autos interlocutorios y providencias de trámite (art.183), la penal reserva la denominación de sentencias, para decisiones dictadas en el procedimiento intermedio, en el juicio o después de la interposición de un recurso (?) que pongan fin al proceso de conocimiento de un modo definitivo y no permitan una persecución penal posterior, o las que decidan definitivamente sobre la reparación del daño.

Autos, en cambio, son para este Código las decisiones que resuelven incidentes, las dictadas sobre la pena, durante el procedimiento de ejecución y todas aquellas que el Código exige sean fundadas.

Por último, se hace mención a disposiciones de mero trámite (arts. 142 y 144).

⁵⁷ Para Gómez Colomer, las dos acepciones son igualmente aceptables. Cfr: Juan Luis Gómez Colomer, *El Proceso Penal Alemán. Introducción y Normas Básicas*, Bosch, Barcelona, 1985, pág. 619. En el sentido del Código, Julio B Maier, *La Ordenanza Procesal Penal Alemana*, Vol. II, Depalma, Bs. Aires, 1982, pág. 73.

8. La Impugnación.⁵⁸

Naturalmente, ambos cuerpos consagran el derecho a impugnar las resoluciones, estableciendo recursos horizontales -remedios, en alguna terminología- y verticales, y compartiendo, entre éstos, la incorporación de una casación fundada en errores en la aplicación de la norma de derecho, en la forma o en el fondo, todas, a la postre, denominaciones diversas, para referirse a los errores in iudicando e in procedendo.⁵⁹ Se destaca la prohibición de la *reformatio in peius* y el efecto común del recurso, de la sede penal.

Por razones que comparto plenamente,⁶⁰ las más de las cuales vienen motivadas en la naturaleza oral del juicio penal, no se admite en este proceso el recurso de apelación -solución que también hemos admitido para el Código chileno que se estudia actualmente en el Congreso de mi país- consignándose, al efecto, el fallo en única instancia.

En el terreno de los recursos horizontales, se coincide en la reposición, al tiempo que el civil incluye la aclaratoria y ampliación y la queja por denegación de apelación y casación.

Finalmente, en el ámbito de la impugnación, mantienen ambos la revisión que, con buen criterio, el Código Procesal Penal evita calificar, como su símil civil, de recurso.

VII. La Tarea Pendiente: ¿El Código Común?

La lectura comparada de los Códigos Modelo, bajo el prisma de la Teoría General, arroja un dejo de insatisfacción:⁶¹ nada de lo que en ellos se contiene

⁵⁸ Del tema me ocupé en mi "Hacia una Teoría General de la Impugnación" publicada en mis *Comentarios Procesales*, edit EDEVAL, Valparaíso, 1994, pág. 37 y sgts.

⁵⁹ La referencia está formulada en los términos utilizados en el clásico ensayo de Calamandrei "La Distinción entre 'Error in iudicando' y 'Error in procedendo'". Cfr: *Estudios Sobre el Proceso Civil*, Edit. Bibliográfica argentina, Bs. Aires, 1961, Trad. S. Sentís, pág. 165 y sgts.

⁶⁰ Las principales razones se enumeran en la exposición de motivos del Código. Al final se resumen en que, no repitiéndose íntegramente el debate ante el tribunal de segunda instancia, lo que ocurre es que se termina prefiriendo la opinión del tribunal menos informado de los hechos por sobre la del que contó con la mayor información y, si uno y otro han estado constituido por varios jueces, no se divisa fundamento alguno para conferir tal preferencia que tiene, además, el efecto del notable retardo en la sustanciación de la causa.

⁶¹ Desde luego no existe en ellos, y conste que no digo en el penal, una norma de remisión, que permita dilucidar las dudas del intérprete, en función de la necesaria integración con las restantes normas del ordenamiento ritual si en el Código de que se trata, aparecen las existentes, como insuficientes.

contraría la noción y, por ende, la posibilidad de una efectiva aplicación de la concepción de la Doctrina o Teoría General del Proceso. Pudo, quizás, avanzarse con mayor audacia ¿o convencimiento?

De lo anterior se desprende la existencia de un trabajo inconcluso, de una tarea pendiente. ¿Habrá llegado la hora de abordar la elaboración de un Código Común?. En otras palabras, si los Códigos Modelo no han tenido la pretensión de regir en ningún país en forma efectiva, sino servir de base a las reformas de los diferentes países y de instrumento a la integración y a la necesaria cooperación judicial,⁶² parece llegado el momento que, convencidos los procesalistas de las ventajas de una construcción procesal unitaria, propongamos en los mismos términos y con idénticas pretensiones, el Código General del Proceso Iberoamericano, ese Código unitario que el juvenil desenfado intelectual de los redactores uruguayos -fruto de su sólida formación intelectual- anticipa con la idéntica denominación que han escogido para el de su país.

VIII. A Modo de Conclusiones

1. De cuanto se viene expresando, resulta que los Códigos Procesales Modelo recogen una normativa que, en los grandes rasgos, corresponde al proceso como instrumento decisorio de los conflictos jurídicos que a cada uno de ellos se confía.

2. En su regulación, observan las características que, reunidas, dan conformación e importan la representación intelectual del concepto de proceso mas en cuanto también satisfacen requerimientos de efectivo acceso a la justicia; aseguran el equilibrio de oportunidades a las partes; impiden el fraude procesal, velando por la dignidad de la función jurisdiccional y superando al mero juez espectador, pergeñan un proceso que hoy puede, con provecho, calificarse de justo e instrumental;

3. En su tarea, ambos Códigos recurren a los mismos institutos jurídicos, reglamentándolos, con más frecuencia de lo necesario, adecuado y recomendable, a veces, en forma idéntica; otras, de manera semejante y, por excepción, en términos antagónicos;

4. De los Códigos resulta una solución al conflicto impuesta por un tercero, imparcial e independiente: adoptada públicamente, en plazos razonables y en cuya generación se ha conferido a los justiciables idénticas posibilidades de actuación, en el ámbito de la postulación y la prueba. La decisión así obtenida, tiene la autoridad que le confiere su motivación y se apoya en la fuerza del Estado para una vez agotados los procedimientos de impugnación, tornarse

⁶² Cfr: *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, Historia - Antecedentes - Exposición de Motivos*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Secretaría General, Montevideo, 1988, Págs. 17 y 18.

inmutable.

5. Del análisis de tales Códigos, con la óptica del plexo de elementos que se ha reseñado, es posible construir una Teoría General del Proceso que respetando, por reconocerlas, las obvias diferencias que la naturaleza de los conflictos impone en cada regulación, se sume, al final en un tronco ancho, capaz de cobijarlas en generosa y necesaria unidad.

6. Este resultado puede mejorarse, considerablemente, con una revisión de ambos cuerpos, destinada a generar mayores afinidades procedimentales específicas.