

PROPUESTAS DE REFORMA EN LA JUSTICIA CIVIL

GUNTHER HERNÁN GONZALES BARRÓN

Profesor de Contratos Especiales en la Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: Introducción 1. La finalidad del proceso 2. Causas del problema 3. Puntos críticos del procedimiento 4. El acceso a la justicia 5. El tiempo para expedir sentencia 6. Apelación con efecto suspensivo 7. Ejecución de la sentencia 8. Efectividad de las medidas cautelares 9. Desjudicialización de procedimientos 10. Conclusión

Introducción

Este ensayo no pretende diagnosticar los males de nuestro sistema de justicia. Ya todos conocemos los problemas endémicos que le aquejan, y sería superfluo insistir sobre lo mismo. Por ello, en este tema sólo caben las propuestas de solución, pero sin medias tintas. Un sabio refrán popular dice que, «a grandes males, grandes remedios». Pues bien, si nuestra justicia civil es mala, la única solución es lograr una reforma integral y tan intensa que pueda calificarse como una «*revolución*»; esto es, un cambio en las bases mismas del sistema.

1. La finalidad del proceso

Si hiciéramos una encuesta entre un grupo de ciudadanos respecto a lo que quieren del Poder Judicial, la respuesta inequívoca sería un clamor unánime por JUSTICIA, es decir, «*que a cada uno le den lo suyo*», ni más, ni menos, sino exactamente lo que le corresponde a cada quien. Por ello, un auténtico sistema judicial debe darle la razón a quien la tiene, minimizando la posibilidad de error («*mejor justicia*»), y asimismo debe lograr que la respuesta del sistema sea lo menos onerosa posible en tiempo y recursos («*más rápida justicia*»).

Mientras no se logre esta finalidad, cualquier discusión teórica sobre la acción, las excepciones, la tutela jurisdiccional efectiva, etc., parece ser una broma de mal gusto. Ya hace mucho tiempo había opinado de esta misma forma el eminente procesalista italiano Piero Calamandrei. En una época como la nuestra, insuflada de pragmatismo, la cuestión parece ser aun más evidente: debe buscarse la sustancia por sobre la forma, atender el drama del hombre común y corriente que pide justicia, antes que atender a una mera especulación dogmática. En este punto no parecen haber mayores disidencias; sin embargo, el *quid* del asunto es una vez más: ¿CÓMO LOGRARLO?

2. Causas del problema

Ya sabemos cuál es nuestra aspiración (lograr una mejor y más rápida justicia), nos queda ahora el camino más difícil: buscar las he-

rramientas para lograr dicho objetivo. Normalmente para curar una enfermedad es necesario atacar las causas de ésta, ya que mientras no conozcamos su etiología, es imposible prever las consecuencias y efectos del mal. Pues bien, esta sencilla lógica hay que trasladarla al proceso judicial: **si queremos una mejor y más rápida justicia, debemos atacar las causas que impiden lograr este fin.**

Pero, ¿CUÁLES SON ESAS CAUSAS? Normalmente se arguye como tales, la falta de independencia de los jueces, la carencia presupuestaria, el exceso de jueces provisionales, la injerencia política, los sueldos, la falta de preparación jurídica, corrupción, etc., etc. Sin dejar de reconocer que todos estos factores influyen en la problemática, creemos necesario hacer una precisión importante: No todos los procesos judiciales tienen la misma tónica, y a fuerza de simplificar la realidad podemos decir que éstos son de dos tipos:

- Los procesos con relevancia política o económica, que son los menos en número.
- Los procesos sin dicha relevancia, en donde el asunto sólo es importante para las partes en conflicto, y que son los más.

En los primeros, se puede notar descarnadamente los factores problemáticos de la falta de independencia, injerencia política y todos los otros mencionados. En los segundos, en cambio, el problema que sufre el ciudadano de a pie (es decir, casi todos nosotros) se concentra en la falta de predictibilidad y rapidez en la justicia, y es menos probable que en ellos se encuentre la interferencia de un político o la corrupción de un juez (por lo menos, eso es lo que creemos y deseamos). En estos casos es muy probable que los males del servicio de justicia tengan como causa el INSUFRIBLE Y ENGORROSO PROCEDIMIENTO, ASÍ COMO LA FALTA DE PREPARACIÓN DEL JUEZ.

En el primer tipo de procesos, por su notoriedad e importancia pública, son probablemente los Medios de Comunicación quienes mediante su labor informativa y fiscalizadora podrían amenguar la posible interferencia en el aparato de justicia. En este sentido, el periodismo –dentro de un Estado de Derecho– se convierte en un poder fáctico que controla a los poderes constitucionales mediante la transparencia y el forjamiento de una poderosa opinión pública. En el segundo tipo de procesos no hay cobertura informativa, y el litigante queda sujeto a todos los males de un procedimiento superfluo, recargado –y por qué no decirlo, retorcido– y oneroso.

¹ El hecho que no podamos prescindir de esta definición aristotélica (luego tomada por los juristas romanos) nos reafirma en la convicción sobre el natural sentido de justicia que tienen todos los pueblos.

Cuando entró en vigencia el Código Procesal Civil, hace trece años, se dijo con toda razón que el procedimiento entendido como un «*interminable intercambio de escritos*» estaba condenado a desaparecer. De hecho, la situación mejoró grandemente con respecto a la etapa anterior a julio de 1993². Sin embargo, la reforma no ha sido suficiente y ya parece obvia la necesidad de agilizar aun más los procedimientos, aunque la revolución procesal aquí postulada no puede hacerse con medidas tan ingenuas como sería la de «*reducir los plazos para proveer los escritos*» o «*reducir los plazos para sentenciar las causas*».

La ineficacia de este tipo de planteamientos ya ha sido corroborada reiteradamente en la práctica. Lo que se necesita, y con toda la urgencia que reclama un enfermo grave, es cambiar las bases mismas del sistema.

3. Puntos críticos del procedimiento

Para cambiar las bases de nuestro actual sistema de justicia civil, es necesario identificar los puntos críticos del sistema. En nuestra opinión, éstos son los siguientes:

- El acceso a la justicia.
- El tiempo para expedir sentencia.
- La apelación con efecto suspensivo.
- La ejecución de la sentencia.
- La efectividad de las medidas cautelares.
- Desjudicialización de procedimientos.

Es bueno llamar la atención respecto a que estos puntos críticos se presentan en todo tipo de pretensión procesal, ya sea que se trate de las más simples o de las notoriamente complejas. Así pues, tanto en un proceso de alimentos, como en un proceso de indemnización por seguro marítimo, existirá demora en la expedición de la sentencia, dificultad en la ejecución de ésta o ineficacia en las medidas cautelares. Sin embargo, en los casos más complejos resulta evidente que los contendientes normalmente cuentan con recursos y disponibilidad para hacer frente a una larga batalla judicial, y además la complejidad misma de la materia discutida hace que el debate sea intenso.

En cambio, en los procesos con pretensiones sencillas la discusión no tiene necesidad de alargarse indefinidamente, por cuanto normalmente el asunto se resuelve en forma incontrovertible con una sola prueba (un contrato, una partida del registro civil, una factura, etc.).

En resumen, proponemos que todas las pretensiones civiles se reconduzcan a dos procesos: **el primero**, pensado para pretensiones complejas; mientras que **el segundo**, para pretensiones sencillas, se vería sustancialmente reducido en formalidades y tiempo. A lo largo de este ensayo trataremos de esta segunda vía procedimental, la que por su recurrencia abarcará la mayor cantidad de los conflictos instados ante la judicatura³.

4. El acceso a la justicia

Todos tenemos derecho a que se nos haga justicia. Ésta es una bella declaración lírica contenida en nuestra Constitución y en todos los tratados de derechos humanos. Sin embargo, por ahora y mientras las cosas se mantengan inalterables, no estamos haciendo mucho para lograr este objetivo.

El acceso a la justicia implica igualdad para recurrir al órgano judicial, tanto para el sujeto que tiene recursos, como para aquel que carece de los mismos. Por ello, en nuestra opinión, el primer paso concreto será instituir un **procedimiento especial para pretensiones sencillas (PROCESO SIMPLIFICADO)**, en los cuales la discusión se limite a un hecho o a una prueba: ¿el deudor pagó o no pagó?, ¿se venció o no el plazo del contrato de arrendamiento?, ¿el actor es hijo del alimentante?, etc. En estos casos no hay necesidad de alargar el procedimiento con traslados, incidencias, cuestiones previas, excepciones, etc.

Básicamente, el legislador necesita prever dos innovaciones para lograr un real acceso a la justicia a través del nuevo PROCESO SIMPLIFICADO:

- En primer lugar, tipificar las pretensiones sencillas objeto del procedimiento especial. Se nos ocurren los casos de desalojo, obligación de dar suma de dinero con títulos ejecutivos o no, alimentos, indemnización por accidentes de tránsito, ejecución de garantías⁴, etc.
- En segundo lugar, establecer que las pretensiones sencillas se demanden SIN NECESIDAD DE ESCRITO, NI DE ABOGADO⁵. Basta que el interesado se presente al local del juzgado aduciendo su derecho y presentando las pruebas que crea conveniente. El juez apreciará la pretensión de viva voz del actor (como un pretor moderno), la adecuará a derecho, y enseguida procederá a levantar un acta en la que dé cuenta de la pretensión demandada, de su admisión a trámite, y del traslado correspondiente a la otra parte. Todo ello acontecerá en el mismo día, en un lapso que no debe superar los treinta minutos.

Alguien pensará que esto es imposible, pero ¿cuánto tiempo puede tomar leer un contrato de arrendamiento y darse cuenta que el plazo ya venció?, ¿o acaso será muy complicado revisar una partida de nacimiento para concluir que hay alguien obligado a prestar alimentos? La facción del acta deberá hacerse en un formato de facilísima redacción, incluso manuscrito, en donde se llene el nombre y domicilio del actor y del demandado, así como la pretensión invocada y las pruebas. En tal caso, la admisión de una demanda que ahora dura sesenta días (o más), bien podría realizarse en treinta minutos.

² En esa fecha quedó derogado el Código de Procedimientos Civiles de 1911, el cual sigue aplicándose a los procesos iniciados antes de julio de 1993.

³ La primera vía procedimental, para pretensiones complejas, debería ser reducida al actual «*proceso sumarísimo*», e incluso podría ser simplificada con alguna de las medidas aquí propuestas para la segunda vía procedimental.

⁴ Alguien podría pensar que en la ejecución de garantía se discute la venta forzosa de bienes de valor considerable, lo cual sería incompatible con una pretensión sencilla. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en este tipo de procesos la cuestión controvertida es muy simple, y generalmente todo se reduce a determinar si el deudor pagó o no pagó. Por lo demás, la vigente norma procesal establece que no puede fundarse la contradicción en la nulidad sustantiva del título o acto jurídico, lo cual apoya nuestra conclusión.

⁵ Evidentemente, el interesado que desee el patrocinio de un abogado podrá contar con él o nombrarlo apoderado (por ejemplo: con carta poder simple acompañada del documento de identidad original del poderdante).

La ventaja de esta «*forma de presentación de la demanda*» es que facilita enormemente el acceso a la justicia en igualdad de oportunidades. En consecuencia, no habrá diferencias entre quien puede pagarse un abogado y el que no puede hacerlo. De esta forma, además, se respetará plenamente el mandato constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, sin cortapisas de ningún tipo, y con la tan ansiada celeridad.

Por otro lado, los abogados litigantes no deberían temer la falta de «*mercado*» para sus servicios, por cuanto estadísticamente se puede comprobar que la mayoría de los ciudadanos querrá tener un letrado en su defensa. Además, como veremos en el tema de la «*desjudicialización*», allí el abogado verá incrementada la demanda por sus servicios, pues él mismo será un agente activo en la solución de conflictos. Cabe señalar que la sensible reducción en el tiempo del litigio hará que el abogado no incurra en pérdidas de tiempo y gastos inútiles, por lo que sus honorarios en «*términos efectivos*» (horas-hombre de trabajo) se verán aumentados.

Debemos también mencionar que la INMEDIACIÓN en el acto de demanda podría dar lugar a que el juez, preliminarmente, considere que el actor no tiene derecho, o el qué tenía ha caducado, etc. En tal situación el juez simplemente no atenderá el pedido del actor, y dejará expedito su derecho para que presente una demanda por escrito, necesariamente firmada por abogado, la cual deberá ser objeto de una resolución admisorio o denegatorio expresa, con la posibilidad de los oportunos recursos.

5. El tiempo para expedir sentencia

Si bien la admisión a trámite de la demanda puede realizarse en el día, ello no garantiza que el proceso pueda ser resuelto con la misma celeridad. La infinidad de trámites, nulidades, traslados y demás pueden echar al trasto cualquier intento de reforma. Por lo tanto, es necesario esbozar un procedimiento sencillo y flexible, pero que respete las garantías mínimas del debido proceso. ¿CÓMO CONCILIAR LA CELERIDAD CON LA JUSTICIA?

En nuestra opinión, el debido proceso para el demandado implica que éste conozca la existencia del proceso, y que tenga la posibilidad de alegar y actuar pruebas. No es necesario nada más. Siendo ello así, la validez del proceso requerirá dos cosas:

- Que el demandado sea debidamente notificado.
- Que el demandado cuente con un plazo razonable para oponerse a la pretensión del actor.

Una vez admitida la demanda en el día, el juez remite una copia del acta a la dirección domiciliaria del demandado. Para ello, será necesario «*privatizar*» el servicio de notificaciones a empresas privadas, o permitir que algunos bachilleres en derecho o abogados adscritos al juzgado realicen esta labor.

En cualquier caso, el notificador tendrá la calidad de fedatario para estos efectos y, por tanto, quedará sujeto a responsabilidad penal en los casos de falsedad. Siendo ello así, resultaría preferible que los bachilleres o abogados jóvenes y comprometidos realicen esta labor, para lo cual los litigantes pagarían directamente en el juzgado la «*tasa por emplazamiento*», la cual sería entregada al notificador en el acto. Para ello será necesario aprobar una norma reglamentaria que detalle

la casuística que se puede presentar durante la notificación, así como los derechos, obligaciones, responsabilidades y aranceles del notificador.

En la misma resolución que admite la demanda a trámite, se procederá a correr traslado al demandado, y a citar a una audiencia de actuación y sentencia. La contestación se realizará en la misma audiencia, y no se proveerán escritos presentados en forma anticipada. Un plazo razonable para llevar a cabo la audiencia será el de siete días contados a partir de la admisión de la demanda, pues se entiende que ese mismo día el demandado será notificado. El escrito de oposición deberá ser presentado durante la audiencia en un formato pre-impreso, sin necesidad de firma de abogado, y acompañado de todas las pruebas que se consideren pertinentes. Entre los fundamentos de la oposición, el demandado deberá incluir todos los medios de defensa, ya sean de fondo, de forma, excepciones, cuestiones previas, tachas, etc, que considere conveniente a sus intereses. El demandado deberá consignar separadamente en el formato cada una de las causales en que sustente su defensa, sin necesidad de separarlas por categorías dogmáticas alejadas del sentir común del ciudadano.

De esta manera quedarán desterrados los pedidos de nulidad, las recusaciones o inhibitorias, las excepciones en trámite separado, las cuestiones incidentales y accesorias al objeto del proceso. Todas ellas se tramitarán en el escrito de oposición, sin que estas articulaciones se sustancien por separado ni exijan correr traslados independientes. Todas estas cuestiones accesorias se resolverán necesariamente con la sentencia, incluyendo las excepciones o nulidades. Así se actuará tal y como ocurre actualmente en los arbitrajes, en donde el laudo resuelve todas las cuestiones controvertidas, incluso las oposiciones de forma. No habrá, por tanto, despido de tiempo y recursos.

La experiencia nos enseña que la gran mayoría de estas articulaciones son declaradas infundadas. Además, el tamiz por el que pasa la demanda al momento de ser admitida es un elemento adicional que hace más difícil que estas cuestiones accesorias pudiesen tener algún asidero. Es cierto que desde un punto de vista exclusivamente teórico, la situación óptima pasa porque las articulaciones se ventilen en primer lugar, de tal suerte que el proceso se depure de sus imperfecciones, y el juez ponga fin a la instancia mediante una sentencia sobre el fondo de la controversia.

Sin embargo, esta situación teórica debe ceder ante la realidad práctica, pues estos incidentes son utilizados normalmente para dilatar el litigio, y ante esa constatación fáctica es mejor que todos los puntos discutidos sean resueltos al final, sin que las incidencias demoren el proceso. Es verdad que en algunos casos esa situación llevará a que se realicen actuaciones inútiles, pero esa desventaja se verá ampliamente compensada con el hecho que la inmensa mayoría de los procesos se resolverán con una gran celeridad, y las articulaciones accesorias no demorarán el trámite, pues éstas al final serán declaradas infundadas.

En nuestro actual proceso civil existen distintos trámites y plazos para la contestación, reconvencción y contestación de la reconvencción, tachas, excepciones, ofrecimiento de nuevas pruebas, audiencias de saneamiento, conciliación y pruebas, en las cuales se ventilan todas estas incidencias progresivamente. Empero, la práctica ha demostrado que todas estas audiencias sólo sirven para demorar la resolución definitiva del litigio. Por lo tanto, proponemos que todo esté entramado

procesal se elimine a favor de una audiencia de actuación y sentencia, en la cual necesariamente se expedirá la resolución final, siendo que ésta se suspenderá solamente cuando existen motivos justificados, bajo responsabilidad del juez.

Todas las resoluciones de suspensión deberán ser remitidas al Órgano de Control de la Magistratura a fin que esta entidad evalúe la justificación dada por el juez, y eventualmente aplique las sanciones correspondientes, lo cual incluye la no-ratificación del magistrado al momento de ser evaluado. De esta manera quedarán desterradas las suspensiones por «*falta de tiempo*», «*actuaciones pendientes*», «*incidentes por tramitar*», etc.

El nuevo proceso no tendrá mayores reglas de actuación, ni estrechos moldes sobre los cuales transitar. La formalidad y la rigidez no son criterios válidos en una sociedad que tiene sed de justicia.

Los procesos se regirán exclusivamente por los **PRINCIPIOS DE AUDIENCIA, IGUALDAD Y BUENA FE**; en base a ellos se resolverán todas las actuaciones procesales. Es decir, el juez deberá respetar el derecho de defensa de las partes, oyendo y permitiendo la actuación de pruebas («*audiencia*»); respetará asimismo el trato igualitario, sin privilegios («*igualdad*»), y exigirá la conducta leal y honesta de las partes («*buena fe*»), sin que por ello mediatice el derecho de defensa.

En base a estos principios se tramitan actualmente los arbitrajes sobre temas jurídicos complejos, y en donde se hallan en juego cuantiosos valores patrimoniales. ¿Por qué no podemos adoptar las ventajas de simplicidad y celeridad del arbitraje y aplicarlas en el proceso judicial? ¿Por qué los grandes negocios tienen procesos simplificados, mientras las pequeñas cuestiones litigiosas tienen procesos complejos? Obviamente aquí existe una incoherencia evidente, pues si lo cuantioso se resuelve en forma simple, con mayor razón lo menos cuantioso debe resolverse también en forma simple.

Hace poco llegó a nuestras manos la nueva Ley Española de Arbitraje⁶, la cual prácticamente no contiene reglas sobre la sustanciación del procedimiento. En lugar de ello se ha preferido la siguiente cláusula general: «*Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos*» (artículo 24.1). Ésta y algunas otras reglas imprescindibles serán suficientes para que el juez atienda todas las cuestiones procesales que se presenten, pues en todos los casos lo importante es que los litigantes sean tratados de acuerdo a los principios de audiencia, igualdad y buena fe. Las minucias y el reglamentarismo deberán ser eliminados⁷.

Concluida la audiencia, el juez deberá expedir sentencia en el mismo acto, para lo cual deberá evaluar las distintas «*causas*» de oposición que hubiese formulado el demandado. El juez sólo necesitará dos o tres líneas para sustentar su decisión con respecto a cada una de las «*causas de oposición*». Ello implicará una reforma profunda en la re-

dacción de las sentencias judiciales, pues éstas deberán simplificarse hasta donde sea posible. La garantía constitucional de motivación de las decisiones judiciales no es un obstáculo para ello, pues esta garantía ha sido mal entendida, considerándose que exige una «*inflación*» desmesurada de las sentencias. Esta falacia implicaría que la motivación deba confundirse con la verborrea inútil y rutinaria.

El nuevo sistema se limitará a dar la razón a una de las dos partes, señalando el derecho aplicable y los hechos probados en juicio. Nada más.

Algunos ejemplos aclararán el panorama. Primero, si se demandó el desalojo por falta de pago, y el demandado aduce: «*haber pagado sin constancia documental*», entonces el juez simplemente resolverá lo siguiente: «*Que, la prueba del pago corresponde al deudor según el artículo 1239 del Código Civil, y no habiéndose presentado esa prueba es pertinente amparar la acción por cuanto la obligación adeudada sí se encuentra acreditada con el mérito del contrato de arrendamiento suscrito por ambas partes, y no tachado por el demandado; por lo que se declara fundada la demanda...*».

Segundo, si se demanda el pago de una factura por la venta (y posterior entrega de la mercadería), y el demandado aduce que esa mercadería estaba en mal estado o no era de la calidad debida, entonces el juez podrá resolver de la siguiente forma: «*Que la obligación está acreditada con la factura presentada en autos, la misma que está reconocida por el demandado en cuanto éste no la negó en su escrito de oposición; que, la entrega y recepción de la mercadería por parte del demandado hacen presumir que ésta era de la calidad convenida, pues de no haber sido así el demandado la hubiese rechazado en ese momento; que en mérito a lo expuesto y de acuerdo al artículo 1219 del Código Civil se declara fundada la demanda...*».

Tercero, si se plantea una ejecución de hipoteca, y el demandado se opone aduciendo que los intereses devengados son usurarios, entonces el juez deberá resolver de la siguiente manera: «*El derecho real de hipoteca consta en escritura pública debidamente inscrita, lo cual le otorga autenticidad prima facie de acuerdo al artículo 24 de la Ley del Notariado y artículo 2013 del Código Civil; que, la alegación del demandado no ataca el fondo del asunto, sin perjuicio que en ejecución de sentencia se ventile el tema de la liquidación de intereses, y se recalcule su monto por haberse aplicado una tasa superior a la establecida por ley, según lo manda el artículo 1243, segundo párrafo, del Código Civil, sin que ello implique en ningún caso la nulidad o ineficacia de la hipoteca o de la obligación asegurada por ésta; en consecuencia se declara fundada la demanda...*».

En todos estos casos se encuentra perfectamente cumplida la garantía constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, pues para esto basta explicar el derecho aplicable y los hechos probados en juicio. En consecuencia, la parte vencida conocerá los fundamentos de su derrota judicial, y eventualmente podrá acudir a los recursos de ley si no está de acuerdo con esos fundamentos. Una motivación breve, pero suficiente, no produce indefensión.

En suma, nuestro proceso simplificado está pensado para durar un mes desde que se admite a trámite la demanda, hasta que se sentencia la causa. El despacho judicial deberá ser organizado teniendo en cuenta este parámetro de treinta días: durante los primeros diez días del ciclo, el juez recibe las nuevas demandas, las califica, las ad-

⁶ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

⁷ Por ejemplo: ¿qué sentido tiene el artículo 208º del Código Procesal Civil que establece un orden rígido para la actuación de las pruebas?, ¿qué sentido tiene establecer reglas legales para la redacción de las actas? El proceso debe ser, por definición, ANTI-FORMALISTA, pues en él lo único que se quiere es hacer efectivo los derechos sustanciales de las personas (cobrar una deuda, fijar una pensión de alimentos, desocupar un inmueble, etc.).

mite y corre traslado. Los siguientes veinte días del ciclo están programados para que en ellos se realicen las audiencias referidas a las demandas admitidas durante los diez primeros días. Por lo tanto, en el plazo de un mes se admitirán y resolverán todas las demandas ingresadas en ese período.

¿Es muy optimista nuestro cálculo? Puede ser, pero éste se basa en los siguientes puntos cardinales que le darían operatividad:

- El juez deberá conocer los problemas típicos que se presentan en cada uno de los conflictos que son materia del proceso simplificado. En un desalojo, ejecución de garantías, cobro de deudas, etc., existen causas típicas y ya conocidas de oposición. El juez estará preparado frente a éstas, y su respuesta deberá ser inmediata. De esa manera, el tiempo de demora en la admisión a trámite de la demanda y en la expedición de la sentencia se verán enormemente favorecidas en cuanto a tiempo y calidad.
- El proceso sólo tendrá dos actos: demanda y audiencia. La simplificación conllevará necesariamente una mayor celeridad.
- El proceso se podrá conducir sin abogado y por medio de formatos pre-impresos. De esta manera se hace efectiva la tutela judicial que consagra nuestra Constitución.
- Se «privatizarán» algunos actos procesales, como es el caso de las notificaciones.
- Se tendrán formatos de sentencias para los problemas típicos (pretensiones y «causas» de oposición) más usuales.

6. Apelación con efecto suspensivo

El nuevo modelo de proceso para pretensiones sencillas debe acabar con la apelación suspensiva. En los casos más simples de petición de justicia, existe poco margen de error para el juez de mérito.

Nuevamente recordemos las hipótesis de desalojo por vencimiento de contrato o del cobro de una deuda documentada a través de una factura, en donde el magistrado debe resolver teniendo a la vista un solo documento, cuyo valor probatorio es decisivo para pronunciarse en uno u otro sentido. En estos casos, la probabilidad de error es muy poca.

Siendo ello así, la apelación suspensiva se convierte en un instrumento de presión psicológica que juega en favor del que no tiene la razón. El temor a la demora del proceso hace que muchos litigantes acepten transacciones inicuas. En tal sentido, es muy usual escuchar frases que más o menos dicen lo siguiente: «te pago la mitad o apelo», «me condonas la renta del alquiler o alargo el proceso con mi abogado». Si bien estas «transacciones» ponen fin al conflicto en forma definitiva, ello no significa que la justicia haya imperado en esos casos.

Si queremos realmente consolidar un Estado de Derecho, entonces el ordenamiento jurídico debe estar predisposto para evitar que se consumen estas situaciones arbitrarias.

Si bien no podemos evitar la existencia de conflictos dentro de una sociedad, ello no autoriza a que los conflictos se solucionen de cualquier forma. Parafraseando una de las obras clásicas de IHERING,

estamos en una «lucha por el derecho», y ello implica desterrar prácticas forenses que buscan dilatar inútilmente la ejecución de la sentencia. Por lo demás, la apelación suspensiva podría significar la muerte del proceso simplificado. En efecto, éste se halla programado para concluir en un mes. Sin embargo, esta celeridad podría devenir en ilusoria si la apelación retarda la ejecución por un año o más. Los Tribunales Superiores siempre están atiborrados de causas pendientes, y la demora en resolver la apelación juega a favor del que no tiene razón, pues éste logra dilatar por buen tiempo la ejecución de una sentencia que era evidente y obvia.

Por lo tanto, en el proceso simplificado se establecerá que el recurso de apelación de la sentencia **SE CONCEDE SIN EFECTO SUSPENSIVO**, es decir, lo ordenado por el juez podrá ser ejecutado en forma inmediata, sin necesidad de tramitar una medida cautelar. Este nuevo formato se presenta tremendamente eficaz en los procesos de desalojo, por ejemplo. En efecto, el arrendatario cuyo contrato está vencido, o que simplemente no paga la renta, tiene un enorme interés en dilatar la ejecución de lo resuelto, y para ello su mejor aliado es la apelación suspensiva.

En cambio, con el nuevo sistema, la sentencia de primera instancia sería ejecutada de manera anticipada. Por lo tanto, el arrendatario tendría que desocupar el inmueble inmediatamente concluido el trámite en la primera instancia del proceso simplificado, esto es, en el plazo de un mes desde el inicio del proceso, según lo que esperamos. La eventual apelación no suspende la ejecución. Ello implicará que el perdedor no tenga incentivos en apelar una sentencia con el solo fin de alargar la resolución final del caso.

De esta forma logramos tres claros beneficios en nuestro sistema de impartición de justicia:

- a) Rápida solución de los conflictos jurídicos más sencillos.
- b) Desalentar las apelaciones inútiles.
- c) Descongestionar los Tribunales Superiores de trabajo menudo, a fin que éstos se dediquen a resolver los casos trascendentes.

Sin embargo, la apelación no-suspensiva puede ocasionar perjuicios a la parte que sufre una ejecución anticipada, si es que posteriormente la instancia superior revoca la sentencia. ¿Qué hacer para minimizar estos casos? Desde luego, no es aconsejable otorgarle discrecionalidad al juez para determinar lo más conveniente en cada situación concreta.

Si se procediera de esta manera, lo más probable es que los jueces empiecen a otorgar siempre la apelación suspensiva con el fin de aligerar su propio despacho, pues ya no sería necesario ejecutar la sentencia en forma inmediata; y además, la ejecución adelantada podría hacer pensar a muchos jueces en su eventual responsabilidad por tal medida, y ante esa lógica preocupación podría esperarse que los magistrados decidan conceder la apelación con eficacia suspensiva.

Por tal razón, se propone que la apelación sea no-suspensiva EN TODOS LOS CASOS, pero tomando en cuenta las siguientes reglas adicionales:

- El juez NO es responsable por la ejecución anticipada, salvo negligencia inexcusable o dolo.

- El único responsable por la ejecución anticipada es el que la pide, esto es, el demandante. Empero, esta responsabilidad sólo será procedente cuando haya implicado la ocultación de hechos o pruebas, o se haya procedido con dolo.
- En los casos en que el perjuicio sea absolutamente irreparable, el juez podrá exigir una garantía para la ejecución⁸. En todos los demás casos, y por regla general, la ejecución se realiza en forma inmediata y sin necesidad de garantía.

Se deja constancia que la ejecución antelada no implica una infracción al precepto constitucional que consagra la doble instancia como garantía propia del debido proceso. En nuestra propuesta se está respetando plenamente el derecho de todo justiciable a que la decisión del magistrado sea revisada por una instancia superior. De esta forma queda cumplido el contenido esencial de este derecho, cuál es, el que otro juez (unipersonal o colegiado) revise la decisión de un juez inferior a fin de controlar la justicia de la decisión.

La existencia de una apelación suspensiva no forma parte del contenido del derecho, y esta eficacia bien puede ser suprimida por el legislador ordinario, máxime cuando está en juego otro valor tan o más relevante, cómo es la justicia y su oportuna impartición.

Además, el hecho de concentrar la decisión de cuestiones controvertidas (de fondo y forma) en una sola resolución final, hace que sólo esta última pueda ser apelada con el efecto no suspensivo. En tal sentido, quedarán eliminadas las constantes apelaciones durante la secuela del proceso, ya que la única resolución recurrible será la sentencia o la que pone fin a la instancia.

Con esta concentración de actos procesales, se elimina la posibilidad de resoluciones interlocutorias susceptibles de apelación, se descongestionan los Tribunales de apelaciones inútiles, y se simplifica enormemente la solución definitiva de la causa.

7. Ejecución de la sentencia

El derecho a la tutela judicial efectiva está consagrado en nuestra Constitución de 1993. Desde antes lo estuvo en la Ley Orgánica del Poder Judicial (de 1991), pero ¿qué significa en realidad? Este derecho fundamental implica que todos podemos recurrir a los Tribunales con el fin de dilucidar una controversia jurídica; sin embargo, este derecho no se agota con la simple declaración de certeza respecto a la controversia («juzgar»), pues exige, además, que se cumpla lo ordenado («ejecutar lo juzgado»).

Es obvio que cualquier ordenamiento jurídico, para ser tal, debe reconocer y GARANTIZAR los derechos, pues en caso contrario estaríamos en presencia de una mera declaración teórica, vacía de contenido. ¿Para qué serviría un Tribunal si luego que una parte obtiene el

reconocimiento de su derecho, no se cuenta con mecanismos eficientes para lograr que el obligado cumpla la pretensión ordenada? ¿Para qué serviría la ciencia jurídica si es que no tenemos medios eficaces para que un padre cumpla con la pensión de alimentos a que está obligado? De esta manera queda comprobada la importancia de la ejecución de sentencia en cualquier reforma procesal que busque acercar la justicia al ciudadano.

Por tanto, nada se obtiene con un proceso rápido y simplificado para obtener una sentencia, si es que el contenido de la sentencia no puede ser ejecutado con la misma rapidez y simplificación. Un proceso declarativo de dos meses, pero con un proceso de ejecución de tres años NO SIRVE DE NADA. El acceso a la justicia es algo integral; no basta con el reconocimiento del derecho, es necesario que ese derecho se cumpla efectivamente.

Actualmente, y tal como está regulado, nuestro proceso de ejecución de sentencia, éste se encuentra afectado por una serie de «cuellos de botella» que son necesarios aligerar de una vez por todas.

El primer «cuello de botella» se encuentra en que toda la demora de la ejecución, así como los gastos, son sufridos por el actor. La parte vencida se encuentra en la muy cómoda situación de esperar que el otro «gaste», mientras ella simplemente busca demorar indefinidamente el trámite, muchas veces con éxito. Esta situación es INTOLERABLE, y exige una inmediata reforma acorde al ya señalado principio de buena fe.

Así pues, una ejecución de sentencia PRESUPONE que existe una parte vencedora, es decir, que un litigante ha visto reconocido su derecho en forma irrevocable a través de una decisión. Si ello es así, entonces el proceso ha servido para demostrar que la parte vencida no tenía la razón, por lo cual ahora se encuentra obligada a cumplir lo ordenado por sentencia. En tal caso, si el comprobadamente obligado sigue rehusando su deber, entonces el ordenamiento jurídico LE DEBE IMPUTAR LA DEMORA Y LOS GASTOS DE LA EJECUCIÓN.

No es posible que el vencedor cargue con ese pasivo, mientras el vencido se ve increíblemente favorecido por la errónea concepción del sistema. Si el obligado se negaba a cumplir aduciendo la existencia de un proceso en trámite, esa excusa ya no sirve cuando tenemos una decisión firme.

En suma, un mínimo de racionalidad exige que el vencido sufra las consecuencias de su propio incumplimiento. ¿Cómo lograr esto? Muy simple: el vencido deberá estar obligado a depositar una suma que cubra los costos, costas y demás gastos de la ejecución apreciado prudencialmente por el juez; en caso contrario, no se le tramitará ninguna petición o recurso, por lo que los plazos a su favor transcurrirán inútilmente.

Alguien podría sostener que esta situación viola el debido proceso; empero, este argumento «efectista» puede ser refutado con el hecho que la controversia ya quedó resuelta, es decir, ya se sabe quién tiene la razón. Como el ordenamiento jurídico está vinculado con la justicia, y en el caso concreto la justicia se identifica con el vencedor, entonces el Derecho debe tutelar al vencedor, y no al vencido como ocurre actualmente.

Además, si un proceso ya fue sentenciado, entonces las cuestiones pendientes serán simplemente administrativas y liquidatorias (in-

⁸ Por ejemplo: en los casos en que la suma adeudada ya está consignada judicialmente, entonces puede exigirse una garantía para proceder al endoso del depósito. Lo mismo ocurrirá cuando se trate de un remate de bienes muebles o inmuebles, en donde el juez exigirá la garantía para llevar adelante la ejecución, o en caso contrario, quedará en suspenso hasta la decisión definitiva. Esta necesidad de garantía podría ser exceptuada en los casos de sujetos notoriamente solventes (Bancos).

tereses, tasaciones, remates, adjudicaciones, etc.), en donde el vencido generalmente ya no tiene nada que oponer; y si quiere seguir oponiéndose, pues lo mínimo que debe exigírsele es que pague los gastos de la ejecución. Lo que no puede admitirse es continuar con la situación actual, en donde se premia al malicioso, y se castiga al justo.

El segundo «*cuello de botella*» lo encontramos en la existencia de una serie de trámites engorrosos y hasta inútiles durante el trámite de ejecución de sentencia. Pongamos el caso más simple, esto es, el cobro de una deuda reconocida por sentencia firme. ¿Cómo hace el acreedor para satisfacer efectivamente su derecho? De acuerdo a las actuales reglas procesales, el acreedor debe cumplir los siguientes pasos:

- Localizar un bien del deudor.
- Trabrar un embargo, lo cual implica pedirlo mediante un escrito con una serie de requisitos, esperar que el juez lo conceda, programar una fecha para la diligencia, llevar los oficios a la Policía, acompañar al especialista legal (secretario) para que lleve a cabo la diligencia, etc.
- Valorizar el bien con dos peritos.
- Sacar a remate el bien mediante publicaciones en el diario oficial y en el sitio donde se encuentre el bien.
- Llevar a cabo el acto de remate ante martillero público, lo cual es sumamente costoso.
- Adjudicar el bien al postor.
- Entregar el dinero al acreedor.

Todo este complejo mecanismo puede ser objeto, a su vez, de innumerables oposiciones, observaciones, apelaciones, nulidades, etc., etc. ¿Qué hace el juez ante ello? Simplemente corre traslados hasta el infinito, expide resoluciones de «*tráigase para resolver*», concede apelaciones y otras dilaciones más.

El resultado final es que el vencido aprovecha en forma oportunista esta situación ante la pasividad y complacencia de un sistema legal pensado para beneficiar al malicioso. Por lo tanto, es necesario SIMPLIFICAR EN GRADO SUMO los trámites propios de la ejecución. Por nuestra parte proponemos lo siguiente:

- a) Con respecto al embargo, este tema lo trataremos en el apartado siguiente referido a las «*medidas cautelares*».
- b) Con respecto a la valorización del bien mediante «*dos peritos*», este trámite debe quedar superado, pues actualmente sólo sirve para dar trabajo a algunos profesionales de dudosa competencia profesional, y que han encontrado una fórmula de subsistencia a través de los «*peritajes judiciales*». Esta situación se encuentra amparada por algunos Colegios Profesionales que siguen creyendo en la existencia de «*honorarios mínimos*», cuando en realidad desde hace tiempo estamos inmersos en una economía de mercado.

En tal sentido, estos profesionales cobran aproximadamente S/. 1,200.00 nuevos soles (cada uno) por la tasación de un inmueble. Sin embargo, este trabajo les demora normalmente uno o dos días a lo mucho, por lo que claramente se trata de una tarifa desproporcionada con respecto a las horas-hombre dedicadas para esa labor, y mucho menos justificable en una realidad económica como la nuestra. Por lo tanto, sugerimos que se elimine la tasa-

ción por «*dos peritos judiciales*», y ésta se reemplace por una valorización de parte presentada por el propio acreedor, y firmada por un profesional de la especialidad.

Si el vencido quiere oponerse a esa tasación, entonces sólo podrá hacerlo si en el plazo de cinco días presenta un informe autorizado por un profesional del Consejo Nacional de Tasaciones (CONATA); en caso contrario, su oposición será desestimada de plano. Además, y de acuerdo a la regla general antes señalada, el vencido ya debe haber depositado la suma prudencial que cubra todos los gastos.

Nuestra idea del peritaje «*de parte*» tiene las ventajas de reducir trámites⁹ y costos. Por lo demás, el juez no está obligado a aceptar el peritaje, pues si tiene reticencias u observaciones, entonces puede exigir que el actor presente uno nuevo. En tal sentido, queda asegurada la justicia de la decisión, pero con rapidez y celeridad.

- c) Es necesario que se elimine también la diligencia de «*pegado de cartel*», por su evidente y notoria inutilidad. De acuerdo con la ley procesal vigente, a efectos de otorgar la mayor publicidad posible al acto de remate, se exige que el secretario judicial pegue un aviso del remate en el inmueble afectado con la medida.

Este trámite no sirve más que para fundar algunas nulidades maliciosas, pues en la práctica los deudores al advertir el cartel que aparece pegado en su casa, inmediatamente optan por retirarlo. Es decir, estamos ante una diligencia que no cumple en lo absoluto su finalidad. ¿Por qué se mantiene, entonces? Simple desidia del legislador, quien muchas veces mantiene el «*statu quo*» sin preguntarse las causas que sustentan determinada opción normativa.

Por ello, se justifica una revolución procesal, en la cual se tenga como premisa fundamental una de las reglas del método cartesiano: «*DUDAR DE TODO, Y NO TENER NADA COMO CIERTO SIN UNA COMPROBACIÓN SUFICIENTE*».

- d) Si la diligencia del pegado de cartel se elimina, entonces el único mecanismo de publicidad del remate lo serían los edictos o publicaciones realizadas en el diario oficial. Como la publicidad es necesaria para convocar la mayor cantidad de postores interesados en adquirir los bienes, aquí resulta imprescindible preguntarse si los edictos son el mejor sistema publicitario.

En realidad, este mecanismo resulta lento y caro, pues requiere solicitarlo al juez, pedir fecha para la entrega del edicto, recoger el edicto, publicarlo en el periódico oficial, obtener las fojas del periódico donde se realizó la publicación y entregar las fojas al juzgado mediante un escrito; además de ello, tenemos el costo del aviso que bordea la suma de S/. 100,00 nuevos soles por cada día de publicación. Viendo así las cosas, creemos que este mecanismo

⁹ En efecto, actualmente el nombramiento de un perito judicial requiere solicitar al juez que lo nombre, notificarle la resolución, esperar que el perito acepte el cargo, discutir sus honorarios, consignar la suma TOTAL de los honorarios fijados por el juez y, finalmente, esperar que el perito realice la valorización. En ese trámite fácilmente pueden transcurrir tres meses (o más).

de publicidad puede ser modificado, y con grandes ventajas, a través del uso de las modernas tecnologías.

En tal sentido, proponemos que el Poder Judicial organice una página web destinada a publicar todos los avisos de remate. Este sistema no costaría nada a los usuarios y se realizaría de oficio por el Juzgado con total celeridad y simplicidad de trámites. De esta manera se lograrían las siguientes ventajas: 1) se aumenta la publicidad de los remates, pues el internet es un medio más eficaz de convocatoria frente a la escasa circulación del diario oficial, 2) se elimina el coste de los avisos, 3) se eliminan trámites inútiles. Es bueno recordar que actualmente los justiciables pagan una tasa por concepto de «*remate*», el cual no responde a ningún servicio específico.

Con el nuevo mecanismo de publicidad, ahora la tasa judicial sí tendrá justificación y servirá para cubrir los costos de mantenimiento y actualización de la página web.

- e) Reordenar las tarifas que actualmente cobran los martilleros públicos, la cual es totalmente desproporcionada frente al escaso trabajo que se realiza. En tal sentido, el honorario del martillero podría ser de 10% de la UIT en bienes muebles, y 20% en caso de inmuebles.

8. Efectividad de las medidas cautelares

La Constitución consagra el derecho a la tutela judicial EFECTIVA. ¿Qué significa el adjetivo «*efectiva*»? Es harto conocido que la paz social no se recompone con simples declaraciones poéticas de derechos, pues es necesario que éstos se hagan efectivos en la realidad, esto es, SE CONCRETEN.

Una justicia «*abstracta*» no es justicia, pues la justicia para ser tal requiere necesariamente concreción en el caso particular. Ya lo decían los romanos cuando definían a la justicia como el acto de dar a cada cual lo suyo. A pesar de los siglos transcurridos difícilmente se podría disentir de esta definición, salvo –claro está– los encendidos debates que sobre el tema pudiesen tener los filósofos.

Pues bien, este anhelo de justicia concreta se ve obstaculizado por la demora natural del proceso. En efecto, es difícil, por no decir imposible, que la justicia pueda ser inmediata, pues es necesario resguardar ciertas garantías mínimas de un proceso debido, tales como oír a las dos partes y actuar pruebas. Un viejo refrán popular dice que: «*la justicia que tarda, no es justicia*», pero como la justicia nunca puede lograrse en «*tiempo real*» (como dirían los informáticos), entonces parece que estamos condenados a no cumplir el anhelo.

Esta preocupación está presente desde hace mucho tiempo en los estudios de Derecho procesal, y por ello la doctrina, y luego las legislaciones, han creado el instituto de las «*medidas cautelares*», cuyo fin es resguardar el derecho que presumiblemente tiene una de las partes antes de que exista una decisión definitiva, es decir, antes de que se dicte la sentencia. Para ello, el juez dispone de un arsenal de medidas de ejecución antelada para asegurar los efectos de la sentencia futura, y evitando que la declaración de certeza que ésta contiene devenga en meramente ilusoria.

Lo que buscamos en este apartado es potenciar el tema de las medidas cautelares, a fin que éstas sean más eficaces en su propósito.

Pongamos el ejemplo más elemental: si un deudor no cumple su obligación, entonces el acreedor se ve obligado a iniciar un proceso judicial para recuperar su acreencia. En teoría debería esperar hasta la expedición de la sentencia para ejecutar los bienes que se encuentren en el patrimonio del deudor. Sin embargo, esa demora podría conducir a que el deudor no tenga bien alguno para ese momento. Para evitar el peligro que representa la demora del proceso, entonces el juez puede conceder una medida cautelar; en este caso, un embargo o secuestro de los bienes del deudor a fin que éstos garanticen el pago de la deuda.

Hasta aquí la cuestión no parece complicada; empero, en la práctica existen muchos inconvenientes para lograr la plena efectividad de una medida cautelar. Seguidamente analizaremos en forma ordenada algunos de los problemas más acuciantes dentro de esta temática:

- a) EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR: actualmente para obtener una medida cautelar hay un sinfín de trámites, muchos de ellos difícilmente justificables: solicitud, copias para formación de cuaderno aparte, resolución, pedido de fecha para la diligencia o para la entrega de los oficios o partes, diligencia con el secretario.

Esta situación debe cambiar radicalmente en el nuevo proceso simplificado. Así pues, el pedido de medida cautelar podrá ser realizado inmediatamente ante el juez que levante el acta de demanda, sin necesidad de escrito especial o formación de cuaderno aparte. El juez evalúa la verosimilitud de la pretensión y accede a la medida cautelar en el acto. Es decir, la interposición de la demanda y su admisión se realizará en el día, igual que la medida cautelar.

Si en el nuevo despacho se incorporan secretarios ejecutores, es posible soñar que luego de concedida la medida, ésta pueda hacerse efectiva en forma inmediata. Es decir, el cobro de una deuda podría quedar asegurado en un solo día de trámite. De esta manera no solamente se imparte justicia oportuna, sino que además se incentiva el crédito en la economía –motor de todo desarrollo económico–, pues los proveedores podrán ver incrementadas sus ventas otorgando crédito a sus clientes.

Como respaldo de las operaciones económicas de crédito, se tendrá un proceso expeditivo, en donde será muy fácil garantizar el pago de la acreencia. Piénsese en aquellos casos en que el deudor ha comprado un automóvil, una maquinaria, un artefacto eléctrico o una colección de libros.

Con el actual procedimiento, la recuperación del bien vendido –y no pagado– es muy cara y complicada. Esta situación desincentiva el crédito e impide que todos nos beneficiemos con la adquisición de bienes de consumo. En vista a ello, precisamente, hace casi 80 años se creó el llamado «*Registro Fiscal de Ventas a Plazos*», que es una institución administrativa cuya característica principal es proveer un procedimiento de cobranza rápido. Sin embargo, el sistema propuesto en este ensayo es MÁS EFICAZ y, por ende, deberá reemplazar la anormal situación que significa delegar la cobranza de deudas en órganos de la Administración Pública.

Lo que buscamos es que un procedimiento más rápido y sencillo se lleve a cabo por el mismo Poder Judicial, con las ventajas de evitar una doble discusión en la vía administrativa y judicial (sola-

mente la cosa juzgada pone fin al debate), con las garantías propias del Debido Proceso, y salvando las tacha de inconstitucionalidad que se cierne en contra de las actuaciones del «Registro Fiscal».

- b) LA LOCALIZACIÓN DE BIENES: Cuando el deudor tiene bienes notorios (inmuebles, vehículos, etc.) no existen problemas para llevar a cabo la afectación a través de las medidas cautelares. En cambio, el problema empieza a surgir cuando el deudor sólo cuenta con bienes muebles y menaje de casa. Para ese caso es necesario indicar la numeración exacta del domicilio en donde se llevará a cabo la medida, esto es, la afectación del mobiliario.

La práctica enseña que los deudores utilizan infinidad de artificios para frustrar la medida, empezando por cambiar la numeración del inmueble, o simplemente retirar la placa de la numeración. En muchos casos los secretarios ejecutores se han negado a realizar el embargo o secuestro aduciendo que «no hay numeración». Igual ocurre cuando los bienes son rápidamente trasladados de un inmueble a otro, ante lo cual se arguye con éxito que: «como los bienes ahora están en un inmueble con otra numeración, entonces el embargo queda suspendido». En este caso la solución debe ser radical y simple: ¡eliminar el requisito! De esta manera, la medida cautelar se realizará en el lugar señalado por el solicitante durante la misma diligencia, sin necesidad de indicar previamente la dirección domiciliaría.

Por supuesto que de existir falsedad o evidente error, el secretario ejecutor podrá dejar en suspenso el embargo o secuestro, a resultas de lo que decida el juez.

Por otro lado, un problema totalmente distinto se presenta cuando el deudor, aparentemente, no tiene bienes sobre los cuales llevar adelante la ejecución. Estos casos podemos dividirlos en dos: en primer lugar, los auténticamente insolventes, sobre los cuales evidentemente no puede hacerse nada más, salvo que medie estafa o fraude en la insolvencia, en cuyo caso habrá responsabilidad penal.

En segundo lugar, tenemos los casos —que son los más— de personas que mantienen un nivel de vida regular, pero que formalmente «no tienen bienes». Ante ello la pregunta inevitable es: ¿qué hacer? Si la Constitución consagra el derecho a la tutela judicial EFECTIVA, entonces el ordenamiento jurídico debe arbitrar mecanismos para garantizar el cumplimiento de la ley, y que con ello se eviten los actos de burla a la justicia.

En nuestra opinión, en los casos en que el obligado no cuente formalmente con patrimonio que sirva para responder de sus deudas, entonces el juez debe notificarlo con apercibimiento de coerción personal (detención) para que se presente ante su despacho con el fin de realizar una declaración jurada sobre su patrimonio y los medios de subsistencia con los que cuenta¹⁰. En este acto, además, el deudor explicará personalmente sus gastos e ingresos, y como justifica su ritmo de vida.

Si las explicaciones son incoherentes o insatisfactorias, el juez deberá oficiar al Ministerio Público a fin que se instaure el proceso penal correspondiente por delito contra la administración de justicia.

Si la configuración actual del tipo penal no fuera suficiente a juicio de los especialistas, entonces deberá reformarse la ley penal para incluir expresamente esta conducta como una modalidad agravada del tipo, y que conlleve la posibilidad de otorgar mandato de detención.

- c) AFINAR LA REGULACIÓN DE CADA UNA DE LAS MODALIDADES: La institución genérica de las medidas cautelares tiene muy diversas modalidades (embargo, secuestro, medidas innovativas, medidas de no innovar, etc.). Pues bien, muchas de ellas tienen una regulación deficiente.

Vamos a poner algunos ejemplos esclarecedores. El primero es el caso de los vehículos. De acuerdo a la ley procesal existe una modalidad de medida cautelar llamada «embargo en forma de inscripción» aplicable a los bienes registrables, pero en el cual no se prevé la afectación física del bien (desposesión); por otro lado, existe otra modalidad de medida cautelar denominada «secuestro», por la cual se priva de la posesión del bien al deudor.

Muchos jueces interpretan la ley en forma exclusivamente gramatical, y en mérito a ello deducen equivocadamente que los vehículos o son embargados en forma de inscripción, o son secuestrados, pero no de las dos formas al mismo tiempo. Esta errada interpretación conllevaría que un vehículo embargado esté afectado exclusivamente en el Registro, pero el acreedor nunca podría tomar posesión de él. En ese caso, ¿cómo hacer efectiva la ejecución?

Si solamente se concede el secuestro, entonces el acreedor puede contar con la posesión del vehículo, pero nada le garantiza que un tercero inscriba su adquisición y pretenda ampararse en la fe pública del Registro.

La solución aquí es muy simple: hay que aclarar la ley para explicarle a algunos jueces que ambas medidas cautelares pueden recaer sobre un mismo objeto.

El segundo caso se aplica también en los vehículos. Así pues, cuando el juez concede en forma conjunta el embargo en forma de inscripción y el secuestro, se presenta el problema adicional de capturar el vehículo. Para ello, normalmente se oficia a la Policía Nacional para que cumpla la medida del juez.

La práctica enseña que esta forma de ejecución es ineficiente, pues el hecho de ponerse a esperar que la Policía capture el vehículo es como pedir que se encuentre una aguja en un pajar. Normalmente las capturas se producen cuando el vehículo se encuentra en domicilio del deudor y es muy fácil hacer el seguimiento e intervención respectiva.

Sin embargo, muchos deudores optan por esconder el vehículo o simplemente llevarlo a alguna localidad alejada a la del lugar de juicio. Ante ello, creemos que —como en el caso anterior— debe exigirse en una audiencia especial que el deudor dé razón funda-

¹⁰ El solo hecho de subsistir conlleva necesariamente que el obligado cuenta con algún medio para agenciarse de recursos. Pues bien, el juez lo requerirá para que informe sobre el completo estado de su situación patrimonial.

mentada y sustentada del vehículo; en caso contrario, deberá procederse a formular denuncia penal por delito contra la administración de justicia¹¹.

Un tercer ejemplo podría ser el caso de algunas restricciones injustificadas para la ejecución de medidas cautelares. Así pues, en los secuestros (afectación con desposesión de los bienes) en contra de negocios o empresas, la medida «no puede afectar el proceso de producción o comercio». La lógica que subyace esta norma es que de impedirse el proceso productivo de la empresa, entonces se afecta a los trabajadores. Sin embargo, esta conclusión es errónea, pues así como el deudor no puede operar sin bienes, el acreedor tampoco puede operar sin los recursos que se le adeudan.

Esta política «redistributiva» en materia procesal es evidentemente absurda, pues al «vestir un santo» (restringiendo la afectación de bienes de una empresa) se está «desvistiendo al otro» (impidiendo que la otra empresa recupere su capital). En suma, se protege al moroso, pero se castiga al que confió en el sistema legal otorgando un crédito. Desde una perspectiva global se termina desincentivando una economía basada en la seguridad y confianza, pilares del crédito.

Un cuarto y último ejemplo sería el caso de los embargos en forma de retención, es decir, cuando nuestro deudor tiene a su vez un crédito que puede servirnos para satisfacer la acreencia adeudada. La hipótesis más común son las retenciones a cuentas bancarias.

Sin embargo, como en nuestro país rige el secreto bancario, no es posible conocer anteladamente si el deudor cuenta o no con fondos en determinada institución bancaria y financiera. Ante ello, los abogados han impuesto la práctica de solicitar el embargo en algunos Bancos, tratando más o menos de adivinar en cuáles podrían haber cuentas.

Por nuestra parte proponemos que los embargos en forma de retención se dirijan directamente a la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), a fin que esta entidad circule la orden judicial entre todas las instituciones del Sistema. De esta manera se evitará que el acreedor incurra en tediosas diligencias en cada Banco, y además la SBS brindará un apoyo adicional a la tutela del crédito.

Es cierto que esta situación podría llevar a una desmedida «inflación» de las solicitudes de retención en cuentas bancarias, pues sería muy sencillo tratar de «pescar a río revuelto» mediante el fácil expediente de delegar el servicio entre cada una de las entidades bancarias. Ante esta objeción válida, bien podría establecerse una tasa que se pague ante la misma la entidad supervisora, y cuyo objetivo sería costear el mantenimiento de un servicio tan importante para el desarrollo de la economía formal. Ese fondo obviamente sería redistribuido entre todos los Bancos, quienes

con el cumplimiento de esta medida apoyarían la protección del crédito y, además, no se verían perjudicados con la prestación de servicios «gratuitos».

9. Desjudicialización de procedimientos

Hasta este momento hemos analizado una serie de instrumentos cuyo objetivo es simplificar el proceso judicial en el ámbito civil, pero en este último apartado haremos un esfuerzo por identificar algunos procesos que actualmente son de conocimiento del Poder Judicial, pero que en realidad bien podrían ser tramitados por instancias no-judiciales, ya sean administrativas o, inclusive, particulares que estén dotados de una cierta potestad homologadora. En este punto será necesario rechazar dogmas o ideas «pre-concebidas».

La principal potestad de los jueces es que gozan de la llamada JURISDICCIÓN, esto es, la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado mediante una decisión que pone fin de manera definitiva a un conflicto de intereses. Por tanto, cuando no existe controversia entre dos o más partes, la intervención de los jueces NO ES NECESARIA, y ni siquiera es apetecible.

La Constitución consagra el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, es decir, que nadie al margen del Poder Judicial puede ejercer esta potestad. Sin embargo, si el asunto propuesto NO versa sobre un conflicto de intereses (ausencia de controversia), entonces dicha cuestión escapa del ámbito de la jurisdicción y, por ello, puede ser resuelto a través de instancias administrativas o de particulares con cierta delegación de potestad pública.

Dentro de este contexto es claro que **TODOS, O CASI TODOS, LOS PROCESOS NO CONTENCIOSOS podrían dejar el ámbito judicial**. Este es el caso de los inventarios, adopciones de mayores de edad, patrimonio familiar, comprobación de testamento cerrado, rectificación de partidas y sucesión intestada, los cuales ya son competencia de profesionales privados (notarios), aunque no en forma exclusiva, pues los interesados pueden optar por la vía judicial. Esta competencia alternativa debe suprimirse a fin que el Poder Judicial se descongestione de causas de las que no tiene necesidad de conocer. No se entiende por qué insistimos en atiborrar a los Tribunales con causas en las que NO EXISTE CONTENCIÓN.

Mucho más productivo sería dejar que estos asuntos sean conocidos por instancias extrajudiciales, y más bien los magistrados se avoquen solamente a estudiar los conflictos en donde sí está en juego la función jurisdiccional.

Esta reforma no parece problemática, pues la experiencia de 10 años con la ley de la materia (Ley 26662) indica que los usuarios prefieren en gran porcentaje la instancia extrajudicial por sus ventajas de simplicidad, rapidez, comodidad y asesoría conforme a la legalidad.

Puestos a competir las instancias judicial y extrajudicial, ha quedado demostrado que esta última es privilegiada en gran medida por los usuarios. La reforma que falta en este punto es eliminar la competencia judicial en todos los casos de inventarios, adopciones de mayores de edad, patrimonio familiar, comprobación de testamento cerrado, rectificación de partidas y sucesión intestada. Solamente en la hipótesis en que se produjese un conflicto de intereses, entonces el asunto se derivaría inmediatamente al Poder Judicial.

¹¹ En los países del «Common Law» se halla establecido que el deudor que se niega injustificadamente a cumplir su obligación, incurre en delito en contra a la majestad de los Tribunales. Aquí ni siquiera estamos llegando a ese extremo, simplemente estamos pidiendo que se active una evidente responsabilidad penal para aquellas personas que SIENDO PROPIETARIAS DE UN BIEN, se niegan a ponerlo a disposición de la judicatura.

Sin embargo, existen otros procesos no contenciosos que se mantienen dentro de la órbita judicial, muchas veces sin saberse el fundamento que subyace en esta decisión. En tal sentido, vamos a estudiar estos procesos separadamente:

- a) ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE BIENES. Por medio de este proceso se busca designar un administrador en el caso de patrimonios sin titular conocido o cuando existen varios titulares.

En nuestra opinión, esta materia puede ser delegada a instancias extrajudiciales (por ejemplo: conciliadores¹²), en donde se cite a todas las partes que tengan interés directo. Si las partes se ponen de acuerdo, o simplemente no se oponen a lo que decida el conciliador, entonces el nombramiento quedará homologado. No será necesario acudir al Poder Judicial, salvo si existe desacuerdo expreso con el nombramiento, o si se quiere remover o subrogar al administrador.

En el actual estado de cosas, aun cuando exista consenso entre los interesados, es necesario acudir al juez, quien obviamente debe perder tiempo y recursos del Estado para limitarse a ratificar lo que ya ha sido acordado previamente.

- b) DECLARACIÓN DE DESAPARICIÓN, AUSENCIA O MUERTE PRESUNTA. Éstos son casos típicos en los que, por definición, no puede haber contención. En efecto, si se presenta el desaparecido, el ausente o regresa el muerto presunto, entonces el proceso simplemente carece ya de objeto. Por tanto, se trata de un asunto que debe ser materia de un procedimiento no contencioso, a cargo tal vez de los conciliadores.

Recibida la solicitud, éstos se limitan a verificar que se cumplen todos los requerimientos establecidos en la legislación sustantiva, además de un informe solicitado a RENIEC con el fin de comprobar si el sujeto ha asistido a sufragar en las últimas elecciones. A ello puede sumarse una notificación personal a su último domicilio conocido, más una notificación edictal.

Si posteriormente el sujeto se presenta o reaparece, entonces será necesaria una declaración de cesación de efectos, pero ello tampoco exigirá una resolución judicial, pues la presencia y/o existencia de una persona puede acreditarse fácilmente mediante un acta notarial de constatación de identidad. Por lo tanto, este instrumento tendrá eficacia revocatoria de la declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta.

- c) OFRECIMIENTO DE PAGO Y CONSIGNACIÓN. Sobre este tema existe una confusión de conceptos: si el acreedor se niega a recibir una prestación ofrecida por el deudor, entonces ello parece demostrar la existencia de un conflicto que sólo puede ser zanjado por el Poder Judicial. La confusión (o la «trampa») se encuentra en que el proceso no contencioso de naturaleza judicial NO RESUELVE EL CONFLICTO; por lo tanto, mal puede haberse ejercido función jurisdiccional.

Por ejemplo: si instado el proceso de consignación, el acreedor no rechaza la prestación, entonces el juez da por válido el pago. A

esta misma conclusión puede llegarse en un procedimiento no-judicial, pues a falta de rechazo, se entiende aceptado el pago. En el caso contrario, esto es, cuando instado el proceso de consignación, el acreedor sí rechaza la prestación, entonces actualmente el juez NO SE PRONUNCIA SOBRE EL FONDO, limitándose a dejar a salvo el derecho de las partes para que lo hagan valer en el proceso contencioso que corresponda. Esta declaración no es ejercicio de función jurisdiccional, pues NO RESUELVE NADA. A esa misma conclusión deberá llegarse en el procedimiento no-judicial.

Lo importante es que el deudor que considere tener la razón ya habrá realizado la consignación, y será finalmente el juez quien resuelva la cuestión contenciosa cuando las partes le presenten la demanda correspondiente sobre la obligación adeudada.

Por lo tanto, el proceso de ofrecimiento de pago y consignación siempre opera en el ámbito extrajudicial, PUES LA VALIDEZ DE LA CONSIGNACIÓN –CUANDO HAYA CONTENCIÓN- SÓLO SE DISCUTIRÁ EN EL PROCESO CONTENCIOSO. Esta confusión de términos («consignación» – «validez de la consignación») impidió hace un tiempo que un proyecto de ley incorporara este tema dentro de los asuntos no contenciosos. Es decir, un error interpretativo de las instituciones jurídicas ha motivado que los ciudadanos sigamos consignando dinero, bienes o valores por medio de un engorroso proceso judicial, cuando en realidad ese tema hace tiempo debió pasar a instancias extrajudiciales.

- d) COMPROBACIÓN DE TESTAMENTO OLÓGRAFO: Actualmente es materia de competencia no contenciosa la comprobación de los testamentos cerrados¹³, pero no los ológrafos. La disparidad de criterios se debe a la idea de que el testamento ológrafo aporta menor seguridad que el cerrado. Tal vez eso sea cierto, pero ello no impide que una instancia extrajudicial pueda hacerse cargo del tema.

En efecto, el testamento ológrafo tiene como características el de ser redactado, fechado y firmado a través de un manuscrito del testador. Siendo ello así, ese documento deberá ser objeto de un peritaje que corrobore su autenticidad. De esta manera la instancia judicial o la extrajudicial se basarían en el mismo peritaje, por lo que no hay razón para que el tema sea objeto exclusivo de los jueces.

Si de lo actuado, más el peritaje, se corrobora la autenticidad del testamento ológrafo, entonces la instancia extrajudicial simplemente lo homologa. Si hay alguien que no está de acuerdo con lo resuelto en esta instancia, entonces simplemente pedirá la nulidad del testamento ante el Poder Judicial por la falsedad material del documento, o por cualquier causal establecida en la ley. Mientras ello no ocurra la homologación no judicial del testamento ológrafo se tendrá por cierta.

En todo caso, si existen temores respecto a la posibilidad del fraude testamentario, entonces puede establecerse en la ley que la comprobación extrajudicial sólo empezará a surtir efectos a partir

¹² Obviamente, en estos casos el nombre de «conciliador» debe ser modificado. Tal vez podría proponerse el título de «conciliador-homologador».

¹³ Esta competencia es alternativa (juez o notario), aunque líneas arriba hemos sugerido que la competencia exclusiva pase a manos de instancias extrajudiciales.

del año en que haya sido inscrita la homologación, y notificada edictalmente en el diario oficial.

- e) **INSCRIPCIÓN Y RECTIFICACIÓN DE PARTIDA.** Actualmente se ha delegado en los notarios la rectificación de partidas cuando el error sea evidente (nombre incompleto de los padres, equivocación en la edad, etc.). Por lo tanto, cuando el error no sea evidente, o cuando el interesado desee CAMBIAR DE NOMBRE por algún motivo justificado, entonces deberá acudir necesariamente a la vía judicial.

En nuestra opinión, aun en el caso extremo de los cambios de nombre o cambios de sexo, siempre será posible recurrir a la instancia extrajudicial. En efecto, cuando un funcionario o una autoridad conoce de algún hecho y aplica el derecho, ello no significa que automáticamente esté ejerciendo función jurisdiccional.

Una serie de profesionales homologadores o de funcionarios administrativos cumplen esa misma labor todos los días, y a nadie se le ha ocurrido vetar esa posibilidad. En los cambios de nombre o de sexo hay aplicación del derecho a una determinada situación fáctica, PERO NO EXISTE CONTENCIÓN. El único a quien le interesa modificar sus datos personales es al interesado, y no a otro; por ende, no hay conflicto de intereses.

Siendo ello así, éste es un caso típico de proceso no contencioso, aun en las hipótesis más extremas; por ello, bien puede ser de conocimiento absoluto de las instancias extrajudiciales, sin necesidad de recargar a los Tribunales.

En nuestra opinión, este proceso no contencioso se iniciará con una solicitud en donde el usuario explicará y acreditará los fundamentos de la rectificación o cambio de datos personales.

En este último caso se requerirá una constancia de RENIEC en el sentido que el nuevo nombre no es idéntico a ninguno otro inscrito en el padrón. Igualmente requerirá un certificado de antecedentes penales y judiciales, en el que se establezca que el actual nombre (y el nuevo) no tienen requisitorias o condenas. Una vez evaluadas las pruebas, lo que incluye las certificaciones antes señaladas, la instancia extrajudicial procede a homologar la solicitud¹⁴. Obviamente esta decisión NUNCA produce cosa juzgada, y cualquier perjudicado podrá impugnar el cambio de datos personales.

Con respecto a la inscripción extemporánea de partidas, este asunto debe seguir en manos de la Administración Pública, y por especialización ello le debe corresponder a la RENIEC.

Luego de este breve análisis, bien podría concluirse que el principio general en materia de asuntos no contenciosos es que éstos **NO SON COMPETENCIA DEL PODER JUDICIAL**, salvo que la ley diga lo contrario. Actualmente, en cambio, el principio aplicable es el inverso, es decir, todo asunto no contencioso se tramita en vía judicial, salvo que la ley establezca algo distinto.

Los únicos procesos no contenciosos que se mantendrían dentro del ámbito del Poder Judicial serían la autorización para disponer o gravar bienes de incapaces, el reconocimiento de sentencias o laudos dictados en el extranjero, y las pruebas anticipadas.

El primer supuesto se justifica en el hecho que los incapaces no pueden prestar un consentimiento válido respecto de los actos de disposición; por tanto, allí no funciona el acuerdo de las partes o la falta de oposición, pues el interesado directo no puede manifestar su voluntad, ni a favor, ni en contra.

El segundo supuesto se justifica por cuanto el reconocimiento implica darle fuerza ejecutiva a un pronunciamiento firme dado en un proceso contencioso realizado en el extranjero. Si lo que está en juego es la validez de un proceso contencioso –en donde estuvo de por medio la función jurisdiccional o arbitral–, entonces son los jueces quienes deben examinar la sentencia o laudo.

El tercer supuesto se justifica por cuanto en estas diligencias preparatorias existe el grave riesgo de que una simple omisión del emplazado (inconcurrencia a la audiencia) pueda ser tomada como confesión de un hecho o reconocimiento de una obligación, sin que éste manifieste su voluntad en forma positiva¹⁵.

Ahora bien, existen algunos procesos que la ley cataloga como «contenciosos», pero cuya real naturaleza es harto discutible. Es el caso del proceso de separación convencional y divorcio ulterior, en el cual ambos cónyuges están de acuerdo en poner fin al matrimonio. La primera pregunta que surge, sin embargo, es: ¿se trata realmente de un proceso contencioso?

Las teorías paternalistas dicen que existe un interés público en la conservación del matrimonio, y que en nuestro ordenamiento jurídico esa labor de tutela del estado matrimonial le corresponde al Ministerio Público. En tal sentido, se ha diseñado un proceso en donde el demandado es el Ministerio Público, y cuya labor es evitar que se consumme la separación y posterior divorcio.

En nuestra opinión, esta teoría ES TOTALMENTE FALSA, pues a los únicos a quienes realmente les interesa su vida matrimonial y familiar son a los propios cónyuges. Resulta una intromisión inaceptable que el Estado pretenda obligar a que dos personas mantengan una forzada convivencia. La cuestión está claramente zanjada, en nuestra opinión, por el derecho fundamental de todo ser humano a la libertad y, por ende, todos debemos tener la libertad de decidir cuándo y con quién contraemos matrimonio, y asimismo debemos mantener la misma libertad para decidir cuándo le ponemos fin.

No existe razón jurídica alguna para que el Estado se arrogue la potestad de forzar la convivencia humana. En tal sentido, las crisis conyugales deben resolverse, en primer lugar, por los propios cónyuges. Si éstos están de acuerdo en cómo resolver su problema, pues entonces el Estado no tiene nada que decir ni oponer. Solamente cuando los cónyuges no pueden ponerse de acuerdo, entonces el Estado interviene a través del Poder Judicial.

¹⁴ ¿Quién puede ser esa instancia homologadora? Lo más sencillo y rápido es acudir a un profesional privado con cierta potestad pública. No obstante ello, también puede optarse por una instancia administrativa, que en este caso no podría ser otro que la RENIEC.

¹⁵ Sin embargo, este asunto no contencioso podría ser trasladado a las instancias extrajudiciales si se establece un severo régimen de notificaciones a los emplazados.

Esta cuestión se aprecia en los procesos de separación convencional, en donde el Ministerio Público es un simple «*convidado de piedra*» que se limita a cuestionar la demanda de los cónyuges por cualquier nimio fundamento, pretendiendo de esta manera justificar su labor. Lo mismo sucede durante las audiencias, en donde el Fiscal de Familia solamente «*mira*» a los cónyuges. ¿Qué puede decir o recomendar un tercero extraño con respecto a un matrimonio que no ha funcionado y que los cónyuges desean terminar? ¿Qué poder sobrenatural puede tener un Fiscal de Familia para impedir el rompimiento afectivo?

En la práctica está comprobado que la labor de los fiscales es irrelevante en esta materia, y por ello estamos seguros que **UN FISCAL NUNCA HA IMPEDIDO QUE EL JUEZ DECLARE FUNDADA LA DEMANDA DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR**. Es decir, en este caso el Estado ha impuesto una labor en la que el Ministerio Público SIEMPRE PIERDE. Ante ello, bien vale preguntarse: ¿para qué sirve, entonces, su actuación? La respuesta es muy simple y descarnada: PARA NADA.

Esta conclusión no prejuzga la capacidad profesional de los Señores Fiscales; el problema no son ellos, el problema está en el diseño de la ley, la cual pretende ingenuamente que un tercero pueda influir o impedir las decisiones tomadas libremente por la pareja.

El Derecho postmoderno es pragmático, pues olvida todo tipo de dogmas o ideas comunes sin sustento. Uno de estos dogmas es que «*el Estado debe defender el matrimonio*», pues esta afirmación esconde una falacia: la defensa del matrimonio no puede significar una obligación para que dos personas mantengan una relación de pareja contra su voluntad, pues ello atenta contra la libertad intrínseca del ser humano. El rompimiento matrimonial no puede ser remediado con la ley, con los jueces o con los fiscales. Las relaciones de pareja existen antes que el ordenamiento jurídico, y van más allá que éste. La ley simplemente encauza esas relaciones, pero nunca las fuerza, ni las impone, menos aún si los cónyuges ya han decidido ponerle fin en forma ordenada y civilizada.

En suma, y luego de este breve análisis, podemos llegar a tres conclusiones:

- a) La ley o los funcionarios públicos (jueces, fiscales) no impiden, ni pueden impedir el rompimiento de una relación matrimonial.
- b) La defensa del matrimonio se hace respetando la libertad, y no imponiendo convivencias forzadas. Por ello, quienes deciden cuándo y cómo poner fin a su matrimonio son los propios cónyuges.
- c) El Ministerio Público nunca gana un proceso de separación convencional y divorcio ulterior, esto es, nunca impide el rompimiento. Siendo ello así, ¿para qué mantenemos una estructura funcional y un gasto corriente que no sirve de nada?

De las conclusiones antes expuestas se colige que el proceso de separación convencional y divorcio ulterior **TIENE NATURALEZA NO CONTENCIOSA**, pues el interés discutido le corresponde sólo y exclusivamente a la pareja. Jamás podemos tolerar que el Estado se entrometa en las relaciones más íntimas y personales del ser humano; sin embargo, esa es la situación que actualmente se da cuando hay fiscales que pretenden «*forzar la subsistencia del matrimonio*», y jueces que buscan «*evaluar la legalidad del acuerdo de separación*».

Es más, para nosotros, la actual regulación de esta materia genera serias dudas de constitucionalidad, pues atenta contra la libertad de la persona, valor fundamental de cualquier ordenamiento jurídico que tenga la pretensión de ser justo. Siendo ello así, el proceso de separación convencional y divorcio ulterior debe ser reubicado ante una instancia extrajudicial (tal vez, un conciliador-homologador), el cual se limite a comprobar la declaración de voluntad de ambas partes en una audiencia especial, en la que necesariamente éstos deban ir acompañados de sus propios abogados (no se aceptará un abogado común) a fin que estén debidamente asesorados respecto a los efectos legales de la decisión que están adoptando.

Si se desea mantener el prurito de la «*defensa del matrimonio*», entonces se puede otorgar un plazo de treinta días naturales a fin que cualquiera de los cónyuges pueda revocar su voluntad, en cuyo caso el procedimiento quedará concluido. Sin embargo, en el caso mucho más probable que los cónyuges no revoken su voluntad en el plazo legal, entonces el conciliador se limita a homologar el acuerdo y protocolizar el expediente.

Por lo tanto, un divorcio acordado que ahora demora DOS AÑOS con el absurdo e inconstitucional proceso judicial, bien podría durar unos cuarenta días como máximo, a lo cual se le suma la simplicidad y reducción de gastos.

Sobre el particular será necesario, además, reformar la ya inconsistente diferencia entre «*separación de cuerpos*» y «*divorcio*». Esta situación se explicaba cuando el matrimonio que regía era el confesional (católico), pues éste presupone su indisolubilidad, es decir, la prohibición del divorcio vincular. Ante ello, el ordenamiento canónico, y luego el civil, previó la figura de la «*separación de cuerpos*» cuando uno de los cónyuges infringía gravemente los deberes impuestos por el matrimonio. En esa situación, cómo no podía haber divorcio, el ordenamiento tampoco podía forzar una convivencia indeseada, por lo que se estableció la posibilidad de exigir la separación de cuerpos, aunque manteniendo el matrimonio.

Es decir, a través de esta ficción se autorizaba a que los cónyuges no se miraran las caras, pero aun así se mantenían vinculados a través de una relación meramente formal o jurídica, pero que en los hechos estaba irremediabilmente rota.

Sin embargo, ahora se acepta sin problemas el divorcio vincular, por lo que ya no existe justificación alguna para la «*separación de cuerpos*». Por lo tanto, en el nuevo procedimiento no contencioso que se instaure, los cónyuges podrán instar el divorcio directamente.

Otro de los puntos controvertidos en esta materia es la llamada «*defensa de la familia*» o el principio del «*interés superior del niño*». Sobre ello haremos algunas reflexiones. Primero, una familia destruida por la desarmonía de los cónyuges no puede ser tutelada a través de la convivencia forzada. Eso parece que está claro.

Segundo, el interés del niño no puede jamás eliminar la libertad de sus padres. Lo contrario significaría que los padres son «*esclavos*» o «*siervos*» de los hijos, y que en ejercicio de esa servidumbre los cónyuges deben mantenerse en obligatoria convivencia¹⁶. Creo que no es

¹⁶ Ello no altera que los padres tengan severas obligaciones, como es el caso de los alimentos, pero ese es otro tema. Por lo demás, a nadie se le ocurre pensar que la obligación alimentaria restringe la libertad de los padres.

necesario demostrar lo absurdo que significa ese aserto. Por lo tanto, las expresiones de defensa de la familia o del interés del niño no pasan de ser frases retóricas que no pueden justificar lo injustificable, esto es, que el legislador se convierta en candado de la libertad humana.

Por otro lado, muchos arguyen cuestiones prácticas para mantener este tipo de procesos dentro de la órbita judicial. Así se dice que sólo el juez puede establecer la pensión de alimentos, la tenencia de los hijos menores y el régimen de visitas. Nuevamente aquí se incurre en un error de perspectiva. En efecto, quienes se encuentran en mejor posición para determinar lo qué mas conviene a sus hijos son los mismos padres. No lo son ni el juez, ni el fiscal, pues éstos ni siquiera conocen de vista a los menores, y menos aun sienten afecto por ellos.

Aquí debe primar el acuerdo al que hayan llegado los padres, pues es obvio que éstos quieren lo mejor para sus propios hijos. El cuidado familiar no puede ser objeto de «*tutelajes officiosos*» por parte del Estado.

Por lo demás, esta circunstancia no produce afectación alguna a las partes, ya que la decisión del conciliador-homologador NO PRODUCE COSA JUZGADA. En tal sentido, si la pensión de alimentos deviene en diminuta, o se considera necesario modificar el régimen de tenencia o visitas, entonces cualquiera de las partes podrá solicitarlo ante la autoridad judicial¹⁷.

De acuerdo a lo antes expuesto, no existe inconveniente alguno para que los matrimonios con hijos menores de edad puedan acudir al procedimiento extrajudicial de divorcio, siempre que exista conformidad de los cónyuges con respecto al rompimiento matrimonial, liquidación de sociedad de gananciales, pensión de alimentos, régimen de tenencia y visitas.

No hay una cuestión de «*orden público*» en el tratamiento de los hijos menores, pues la naturaleza ha establecido desde siempre que son los padres quienes velan por los hijos, y el Estado sólo entra en juego en forma subsidiaria. Si ello es así, el acuerdo convencional de divorcio no tiene porque ser cuestionado, si es que ya está aprobado por los padres. Por lo demás, en caso de existir alguna ilegalidad flagrante, entonces el conciliador-homologador deberá rechazar la petición desde el principio.

La ventaja evidente de este nuevo procedimiento es que se tutela la autonomía privada de los padres, y asimismo se descongestionan los Tribunales. Con respecto a lo primero, ya en el Derecho comparado existe una corriente imparable para dotar de amplia libertad a los

cónyuges al momento decidir las cuestiones personales y familiares producidas en virtud de las crisis matrimoniales. El presupuesto que subyace en esta idea no sólo se encuentra en respetar la libertad de los interesados en el asunto concreto, sino además respetar la naturaleza ordinaria de las cosas, esto es, que los padres movidos por el afecto natural son los primeros –y en realidad los únicos- interesados en el bienestar de sus hijos. Siendo ello así, ¿qué valor agregado existe con la intervención innecesaria de jueces y fiscales?

Con respecto a lo segundo es de anotar que el proceso típico que atiborra los Juzgados y Tribunales de Familia es, precisamente, el de separación convencional y divorcio ulterior. Por lo tanto, una vez que esta materia NO CONTENCIOSA pase a las instancias extrajudiciales, entonces contaremos con muchos jueces y fiscales que ya no tendrán que realizar un trabajo inútil y repetitivo. Sin necesidad de un mayor presupuesto se podrán reubicar a dichos magistrados como nuevos jueces civiles, penales o laborales (dependiendo de la sobrecarga de trabajo), y los fiscales pasarán al ámbito penal.

En ambos casos, todas las áreas de justicia se verán favorecidas con la descongestión de los despachos judiciales. De esta manera los magistrados se dedicarán a resolver auténticos conflictos de intereses, y no a validar rutinariamente aquello que los cónyuges ya acordaron.

10. Conclusión

El presente no es un trabajo teórico, dogmático o filosófico, y no es que nosotros desconfiemos de estas perspectivas. Sin embargo, en la era del pragmatismo el anhelo de justicia del ciudadano solamente puede ser satisfecho con fórmulas concretas que permitan acceder a la justicia sin costos o formalidades excesivas, que le permitan resolver sus conflictos en un plazo breve, que le permitan contar con sentencias o medidas cautelares que no sean una simple declaración lírica sin efectividad y, por último, que los despachos judiciales se descongestionen de causas que pueden y deben ser ventiladas por medio de instancias extrajudiciales, cualquiera que éstas fuesen.

En suma, el propósito que nos anima es simplemente acercar la justicia al ser humano, esto es, que la justicia civil cumpla el mandato constitucional de la tutela jurisdiccional efectiva.

Nuestra propuesta no exige mayores gastos del Estado, pero sí requiere que insuflemos de un nuevo espíritu a muchas de las instituciones jurídicas ya conocidas, evitando así los dogmas e ideas preconcebidas. Ojalá este aporte en forma de ensayo pueda contribuir a dicha finalidad.

¹⁷ El único extremo que sí será INALTERABLE es el de la liquidación de la sociedad de gananciales, pues ésta es una materia estrictamente patrimonial en donde los acuerdos son vinculantes en forma definitiva.