

ENTREVISTA AL

DR. JORGE W. PEYRANO

Jorge W. Peyrano (Argentina) es uno de los procesalistas más importantes de Iberoamérica. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, es actualmente Vocal de la Sala 4ta de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario y profesor titular de Derecho Procesal I en la Universidad Católica Argentina y en la Universidad Nacional de Rosario.

La presente entrevista fue realizada por Omar Cairo R. y César Canorio V. en Lima, el 18 de Noviembre de 1992.

**** Doctor Peyrano ¿ Considera usted que la función jurisdiccional puede llegar a ser creadora de Derecho?**

Tengo entendido que sí. Creo que en los hechos, en la esencia y en la realidad, crea Derecho. En Argentina se dice que la labor del Juez está por delante del que hace las leyes, es decir, los jueces primero plasman sus ideas y luego, mucho después, la ley o el legislador les copia o les imita. La innovación jurídica habitualmente corre por cuenta y cargo de los jueces en mi país.

****Nuestros países - Latinoamérica - están afiliados a un sistema jurídico donde existe una preeminencia de la ley escrita a diferencia del sistema anglo-americano. ¿En qué medida es posible que lo que acaba de comentar se concrete en un sistema jurídico como el que hemos acogido?**

En primer lugar, yo creo que no es tanto así. Existen dos sistemas, un sistema codificado, el nuestro - un sistema de códigos -, y el sistema conocido como de precedentes judiciales, que es el sistema del Common Law. Pero en la práctica no son sistemas tan separados, porque en los Estados Uni-

dos y en Inglaterra se publican *Restraintments*, que son colecciones jurisprudenciales donde se agrupan los 200 ó 300 precedentes principales divididos por materia, civil, comercial, etc. Así, se publican libros que si ustedes los consultan son prácticamente códigos y es lo que usan los jueces para resolver. Con lo cual el sistema codificado llamado Continental - del Perú, el de Argentina -, en la práctica no es tan distinto del sistema anglo-americano. No es tan dispar, porque ellos también consultan tomos, volúmenes que son casi códigos.

**** ¿Debería implementarse esa práctica de consultar Jurisprudencia en países como los nuestros para poder alcanzar algo similar a lo que ocurre en el Common Law?**

No sé bien lo que sucede en Perú, pero en Argentina - soy Juez hace ya muchos años, 15 años - el precedente judicial, la Jurisprudencia, realmente es fundamental. En la Argentina el trabajo de los jueces es mucho más innovador y creador que el de la ley. Está siempre por delante de ella. La ley acompaña, copia, imita, habitualmente pasa eso. Las novedades jurídicas pasan primero por la boca

del Juez y después por la boca del legislador.

****¿Una herramienta para conseguir todo esto sería la institución de la Casación?**

La casación es una institución que tiene sus bocas favorables y sus bocas detractoras. Yo tengo mis dudas sobre el valor de la casación y aparte sobre los peligros que entraña. Todo tribunal que de algún modo dibuja una jurisprudencia pétrea, rígida y vinculadora para los tribunales inferiores es un poco riesgoso. Porque si el tribunal de casación está conformado por jueces nombrados por razones políticas sería peligroso. Yo confío más en tribunales superiores cuyos fallos no tengan fuerza vinculante para los tribunales inferiores, que los tribunales tengan cierta libertad.

****¿Tal vez darie un carácter orientador a estos fallos?**

El carácter orientador o moral se lo da el prestigio intelectual de los miembros de la Corte o del Tribunal Superior. No hace falta la fuerza compulsiva. El prestigio intelectual o moral de sus miembros es lo que le da su fuerza obligatoria real.

****Suele hacerse referencia a tendencias publicísticas o privatísticas en el proceso ¿Considera vigente tal criterio?**

En mi país los bandos de jueces y doctrinarios se dividen en dispositivistas y publicísticos, en realidad cada vez más, en mi país, está triunfando el bando publicístico, en el cual me enrolo. Siempre se dice que el Juez del principio dispositivo es un Juez espectador, que nada hace, mientras que el Juez del principio puramente inquisitivo, como es el penal, es el Juez dictador. Después está el Juez intermedio que habitualmente se le llama el Juez director. Hay otra figura del Juez, que es la que más me gusta, la del Juez activo, el activismo del Juez, que no tiene temor en dictar medidas oficiosas, en orientar el proceso. La realidad argentina es que cada vez más, tanto los jueces, como la Jurisprudencia y la Doctrina se orientan hacia el bando publicístico. Creo que en Perú si entra en vigencia este nuevo Código pareciera que también.

**** ¿Las características de esta tendencia se expresan más en el procedimiento o quizás en el fin del proceso?**

En ambas cosas. Habitualmente esta fórmula del Juez director alude al procedimiento, o sea el trámite previo a la sentencia. Hoy en día el Juez eficaz es el que complementa el círculo, el que no solamente se preocupa porque el procedimiento llegue a buen puerto con la sentencia, sino también por lo que después sucede con la sentencia. Si se cumple o no en la realidad de los hechos. Ese es el círculo completo.

****Usted ha escrito que en el proceso moderno hay una preocupación por la Performatividad, es decir, que hay una corriente que se inclina a preocuparse**

más por la eficiencia en el proceso que por la indagación sobre ciertos conceptos generales - Acción, Jurisdicción - que antes preocupaban. ¿Qué ha pasado respecto de lo que hubo antes?

Hablo de lo que sucede en Argentina y en muchos países. Y creo que también va a pasar en el Perú. Hasta hace unos años la preocupación o el interés de los que nos dedicamos a escribir y a hablar sobre Derecho Procesal eran los grandes temas: Qué es la Acción, Qué es la Jurisdicción, Qué es el Proceso, la figura del Juez. En mi país, hace unos 20 años que se preocupan por temas concretos, puntuales como es ahora en la actualidad. Se preocupan por el acceso a la justicia, por los llamados intereses difusos, por los derechos ambientales. Temas concretos. Siempre digo que si yo organizará un seminario en mi país sobre la naturaleza de la acción puede ser que asistiéramos tres o cuatro quizás. En cambio, si se organiza un debate sobre temas, a veces pedestres, por ejemplo "Recursos", es posible que tenga mucha más afluencia de público. Esto se empalma con esa idea más según la cual estamos viviendo también en materia procesal una época post-moderna, netamente pragmática y despreocupada un poco por los grandes temas, por los temas digamos trascendentes entre comillas. Importa más lo de todos los días: cómo pleitear, cómo defenderse, cómo atacar, cómo impugnar.

****Un rasgo característico de esta tendencia post-moderna, es lo que usted menciona como el "fin de las ideologías procesales". ¿Qué influencia tuvieron las ideologías en el proceso? Hay un ámbito de la ciencia procesal que son las ideologías Procesales, sin embargo, no se advierte una relación simétrica**

entre la ideología procesal y lo que es la ideología política. Esto se expresa en cuestiones como por ejemplo: la existencia de países con un régimen político que no podría llamarse moderno, los cuales sin embargo cuentan con un sistema procesal moderno.

¿Por ejemplo?

****Por ejemplo el caso de Italia. El Código Procesal Italiano es un ordenamiento procesal muy bien valorado, sin embargo fue promulgado en la primera mitad de la década del 40, en el marco de un régimen político que no tuvo mucho tiempo de vigencia, que sería reemplazado luego de la Segunda Guerra Mundial.**

Ese es un caso medio atípico. En general hay una correspondencia. En materia procesal civil, lo que signa un proceso, son sus principios. Dentro del elenco de principios procesales hay principios donde la política tiene mucha importancia y otros donde no. Existen, por ejemplo, principios técnicos como el de adquisición procesal. Pero el principio dispositivo y el principio inquisitivo son principios netamente teñidos por el clima político. Ud. sabe que existió un código civil absolutamente inquisitivo, a tal punto que abolió a los abogados, se transformó en una administración de justicia burocrática, en la cual uno pedía justicia ante un funcionario del Estado y se celebraba una suerte de procesos ante funcionarios del Estado que no eran jueces. Fue el Código de Federico el Grande de Prusia, en el siglo XVIII y correspondía a una dictadura absoluta, a una monarquía absoluta. Este código fue un fracaso, al final duró 3 ó 4 años. Fue un código netamente inquisitivo en materia civil, donde no actuaba el abogado.

Creo que hay una correspondencia, pero ésta debe buscar-

se en el tema procesal adecuado. No voy a buscar una correspondencia procesal con el clima político analizando un principio técnico, pero si uno busca el contenido político de lo procesal, por ejemplo, viendo que pasa con los principios dispositivo e inquisitivo, va a ver que hay una correspondencia entre el clima político y la materia procesal.

“Entonces, un desarrollo técnico-procesal no estará subordinado al acontecer político. Donde se vería la influencia sería en la opción por una tendencia positiva o inquisitiva.

Ahí se ve. Yo coincido con usted en que no en todos los campos de lo procesal hay una correspondencia entre lo político y lo procesal, pero en algunos sectores sí. En ése por ejemplo.

“Si en la tendencia post-moderna, hay la preocupación por litigar, por cómo litigar. ¿No volveríamos así a un procedimentalismo?”

Exactamente. Creo que se está volviendo a un procedimentalismo, porque se están preocupando otra vez por los temas menores, por cómo pleitear. No creo que está mal del todo si se hace con nivel y altura. A tal punto que estoy desarrollando en mi ciudad un curso de derecho procesal civil profundizado, pero ahora analizando el programa me doy cuenta que es un curso de procedimiento civil profundizado y no de derecho procesal civil profundizado. Es lo que realmente concita atención y ganas, lo otro ha pasado.

“Tal vez este procedimentalismo tendrá mejores raíces

Tiene mejores raíces, por supuesto. Vivimos lo que hoy se conoce como una sociedad reflexiva donde todo está contagiado y todo influye. Un procedimentalista

de hoy no es lo mismo que un procedimentalista de comienzos de siglo, tiene raíces intelectuales distintas, mejores obviamente. Estamos volviendo - muy buena la observación - a un procedimentalismo de mayor nivel intelectual.

“Dentro de las instituciones que podrían concordar con esta perspectiva post-moderna está la Tutela Jurisdiccional Preventiva. ¿Podría comentar un poco acerca de esta institución que en nuestro país es muy poco conocida?”

Tiene una figura técnica muy especial: la “Acción mere declarativa”, o pretensión mere declarativa. Una de sus facetas es una tutela preventiva. Siempre se ha concebido a la Jurisdicción como algo vindicador, es decir, se produce un perjuicio, ahí está para repararlo, para que alguien pague por ese daño. En la acción mere declarativa no, aquí se trata de evitar el perjuicio. Supongamos que dos partes celebran un contrato, ambas tienen dudas, y una dice: “yo no sé bien como cumplirlo”. Entonces en lugar de arriesgarse a incumplir, a veces sin malicia porque no entiende bien tal cláusula, hace una demanda judicial contra la otra parte - el otro contratante - para que el Juez con fuerza vinculativa interprete el alcance del contrato. Eso se logra a través de la llamada pretensión mere declarativa que hace a la Tutela Judicial Preventiva. El Juez acude en auxilio de las partes e interpreta el alcance del contrato.

“¿Qué la diferencia de la Tutela Cautelar?”

Buena, la Tutela Cautelar siempre es sirviente, accesorio, sirve a otro proceso principal. La pretensión mere declarativa no, es el objeto principal del litigio. El objeto principal del litigio, en el caso concreto del ejemplo, es que el

Juez interprete vinculativa u obligatoriamente tal contrato.

“La Tutela Cautelar tiene ciertas limitaciones, por ejemplo, no actúa ante la certeza de un derecho, sino ante la apariencia de éste. Tal limitación trata de ser superada con la contracautela o con la posibilidad de variar la medida cautelar. ¿Encuentra alguna limitación similar en la tutela preventiva y, de ser así, algún mecanismo para superarla?”

La Tutela Preventiva tiene límites. La acción o pretensión mere declarativa, según una vieja doctrina de Chiovenda tiene algunos límites. Si yo tengo la posibilidad de acudir a una acción de condena, no puedo acudir a la pretensión mere declarativa que siempre es subsidiaria, porque la sentencia que se dicta en una pretensión mere declarativa no tiene una fuerza compulsoria, se limita a declarar quien tiene el derecho y quien no lo tiene. Pero no tiene una fuerza ejecutoria. Entonces, si yo tengo la posibilidad de iniciar una acción de condena debo hacer ésto por economía procesal, porque esa sentencia me da ambas facetas: declarar el derecho y ejecutarlo. La mere declarativa o Tutela Preventiva se limita a declarar el derecho, quién lo tiene, quién no lo tiene, o cómo debe entenderse algún contrato.

“Hay quienes consideran a la Sentencia de Condena de Futuro como una figura de la Tutela Preventiva.”

La Condena de Futuro es una de las figuras que bien usada puede hacer más eficaz al proceso. La Condena de Futuro se ha usado un poco en mi país para los incumplimientos de contrato de tracto sucesivo. En Argentina las empresas de servicio público habitualmente no son cumplidoras, por ejemplo el servicio telefónico: no funciona el teléfono, se interpone

una demanda, se logra que se restablezca el servicio, y a los diez días pasa lo mismo, vuelve a interrumpirse el servicio. Entonces, uno de los caminos es dictar una condena de futuro abierta y establecer que para futuros incumplimientos se le impondrá tal o cual sanción a la empresa. En lugar de volver a forzar a la parte perjudicada a iniciar otro proceso se hace una condena abierta. Se llama condena abierta o de ejecución continuada.

****Actuamos aquí ante la eventualidad de un posible conflicto, de una posible controversia. ¿No sería una limitación el hecho que alguien pueda encontrarse en un proceso sin que exista, realmente, la posibilidad de un conflicto de intereses futuro? Resulta, así, que no existiendo esa posibilidad, la persona demandada ya estaría embarcada en un proceso, teniendo que hacer ciertos gastos y todo lo que ello implica, ¿Cuál sería el remedio a esta situación?**

Bueno, en mi país existe la figura del arraigo. El arraigo es una especie de defensa de excepción, según los casos, a través de la cual el demandado, se asegura que de resultarle favorable el proceso el pago de las costas está asegurado. Se busca determinar que el actor es solvente, y si no lo fuese tendrá que ofrecer una fianza. Es decir, si el demandado triunfa en el proceso el pago de las costas no va a estar a su cargo sino al de la parte actora. Otro remedio no hay.

****¿Qué importancia le da usted a la tutela jurisdiccional preventiva?**

Es muy importante, lo que pasa es que es algo muy novedoso. En mi país tiene muy pocos

años de aplicada, en la doctrina alemana es bastante antigua. En mi país es muy poco usada y poco conocida, está en el código, y en varios códigos, pero no se usa en la práctica. El abogado no la usa y mientras no la use el abogado es como si no existiera.

Fijense que a través de esta figura, se logra una sentencia como todas las sentencias, con su misma fuerza, pero no puede ejecutarse compulsoriamente. Se limita a declarar el derecho, por eso es que se llama *mere declarativa*. Por diversos motivos no se usa en la práctica.

****Tal vez ante la poca aplicación de esta figura, sería importante darle un desarrollo doctrinal.**

Tiene mucho desarrollo doctrinal, pero no ha prendido en la práctica. Sobre ella hay muchos trabajos, varios libros.

****¿Cómo debe implementarse una reforma procesal? Es aceptado que no depende, simplemente, de la aprobación de un nuevo código ¿Qué pasos deben darse para que un ordenamiento moderno pueda ser implementado en una colectividad?**

Es algo difícil. Primero darle un tiempo, como ustedes lo han hecho. Primero el código se sanciona, y se conserva una Vacatio Legis suficiente como para que quienes lo van a usar (los operadores, jueces, y abogados) puedan comprenderlo. También, y sobre todo para abogados y jueces, hacer cursos, como están haciendo, de divulgación. Porque este código implica una revolución silenciosa, es un código muy moderno, y eso requiere un cambio de mentalidad, lo cual no es fácil. Realmente es un código muy moderno. En un trabajo mío, publicado hace poco en el Perú, escribí que es un código del tercer milenio.

Sin embargo, me cuesta ser objetivo, ya que algunas ideas mías están plasmadas allí. Es como el padre cuando ve a sus hijos. Pero ignora la realidad peruana, que es lo que puede calibrar realmente - como lo digo en aquel trabajo - el acierto o no del código. Teóricamente me parece un buen código.

****El Nuevo Código le da una gama de facultades inmensas al Juez...**

No tan inmensas, yo creo que las que corresponden, pero, claro, comparativamente con el código anterior supongo que sí.

****¿Qué alcances le podría dar a esto, teniendo en cuenta su experiencia judicial?**

Considero que reclama una gran calidad en los jueces. Como todo código que le da bastantes facultades a los jueces requiere una gran calidad en el plantel judicial. Creo, que en el Perú existe, o está por existir, una especie de escuela judicial como las que existen en mi país, en algunas provincias, y en muchas partes del mundo como España y Japón, donde los jueces concurren a aprender. Lo cual no tiene nada de malo. Creo que básicamente requiere una muy buena calidad en los plantel judiciales.

****¿La existencia de un ordenamiento procesal, en el Perú, que data de 1912, cuyo contenido incluso se remonta al siglo anterior puede significar un factor de freno para la implementación de la reforma? ¿En qué medida podemos superarlo?**

Hay un famoso dicho que se puede aplicar en este caso, "los abogados aprendemos rápido pero olvidamos muy pronto", es decir, nos cuesta mucho, mucha inercia, nos mantenemos siempre en el mismo lugar, y además lo que

ya conocemos no nos gusta que se cambie. Y me incluyo.

Creo que va a ser una brega dura. La aplicación del código va a generar seguramente resistencias en el Foro - es una conjetura mía - porque implica un cambio muy profundo. Cada vez que ha habido un cambio de código en mi país se han despertado polémicas y resistencias que a la larga se superan.

Hay otra famosa frase que tampoco es mía sino de Sócrates: "Conocer es amar, ignorar es odiar", y bueno, cuando los abogados y los jueces poco a poco conocen el código lo van a empezar a querer. Porque el tiempo es un gran escultor.

****Este nuevo código, respecto del anterior, ha representado un avance en cuanto a la Tutela Cautelar. Se pretende convertir al proceso cautelar en eso: en un proceso, y no en un simple mecanismo para conseguir una medida cautelar. ¿Cómo distingue un proceso cautelar de un procedimiento cautelar?**

El proceso cautelar tiene nivel intelectual y autonomía científica. Calamandrei, en su famoso libro sobre el proceso cautelar, fue el que diseñó la viga maestra. En la actualidad, en la doctrina europea ya hay tal proliferación de estudios y trabajos sobre el proceso cautelar, con tal nivel científico, con tanta importancia, que ya no es más un proceso sirviente, ya casi tiene entidad propia. Fíjese en esa novedad que ustedes incorporan: la Medida Innovativa. Es el anticipo cautelar de la sentencia de fondo, o sea, le conceden ya lo que probablemente el Juez de un proceso va a conceder en la sentencia. Es decir, tiene una importancia casi sustantiva. El proceso cautelar moderno tiene trascendencia sustantiva, lo cual ha hecho que haya tenido tal desarrollo intelectual el tema que sin duda ya no se

puede hablar más de un procedimiento cautelar, hoy podemos hablar de un proceso cautelar.

****A propósito de la medida innovativa, se considera que la medida cautelar en un proceso de amparo tiene la característica de ser una medida cautelar innovativa.**

Sí.

****Otra tendencia considera que la llamada "suspensión del acto reclamado" en el amparo es una institución que está al margen de la Tutela Cautelar, y es propia del Derecho Procesal Constitucional, por lo que no puede regirse por los mismos marcos que una medida cautelar.**

Es discutible. Cada autor y cada cultor de una disciplina obviamente le da más importancia a la propia. Podría ser que ambas verdades - como sucede - sean ciertas. Por ahí desde la óptica del Derecho Procesal Constitucional es así y desde la óptica de los procesalistas no es así. Esto se enmarca en otra gran cuestión: ¿existe un Derecho Procesal Constitucional como disciplina autónoma? No sé, creo que es opinable. Yo soy respetuoso y hasta amigo personal de muchos cultores de esa materia y de gran prestigio en el país, pero a veces entran dudas si es que hay una autonomía más allá de lo que sea literario. Por ahí que las dos verdades son ciertas. La ventaja es que si decimos que "la suspensión de los efectos del acto lesivo" es una medida cautelar, tiene atrás todo el bagaje, todo lo que representa ser una medida cautelar, todo lo que implica desarrollo doctrinario y jurisprudencial. Si decimos que es una figura propia y típica del derecho procesal constitucional, disciplina muy nueva y muy naciente, entonces tiene un bagaje mucho más reducido. Es un tema opinable.

****¿Ud. le da la naturaleza de medida cautelar innovativa?**

Sí. Tengo inclusive trabajos dándole la naturaleza de la medida cautelar.

****¿Respecto de esta medida cautelar del amparo, es posible apelar?**

Desde las leyes de amparo argentinas, sí es apelable.

****¿En qué efecto se concede esta apelación?**

Si se ha dictado como toda medida cautelar, será en efecto devolutivo, se tendrá que cumplir o ejecutar mientras se tramita la apelación. Esa es la regla general en materia cautelar.

****Hacemos esta pregunta porque en el Perú existió una ley que daba a esta apelación un efecto suspensivo.**

La torna ineficaz. Decir medida cautelar es decir apelación con efecto devolutivo, con cumplimiento en el interín mientras se tramita la apelación. Si no se borra con el codo lo que se escribe con la mano.

****Esto fue justificado diciendo que la medida correspondía al Derecho Procesal Constitucional.**

Entonces no es tan intrascendente el encuadre.

****¿Qué comentarios haría ud. acerca del Nuevo ordenamiento procesal peruano?**

En un trabajo que publiqué para la revista Themis, le hago unas observaciones menores, hechas con toda cordialidad. Creo que en el balance general es un buen código, tiene excelencia teórica. Ignoro si puede funcionar en la práctica adecuadamente - es la

primera vez que vengo al Perú - pero desde el punto de vista teórico me ha llamado la atención por su modernidad.

****En el Perú se ha visto que el derecho procesal está en un plano rezagado respecto de la ciencia jurídica sustantiva. ¿Advierde lo mismo en otros lugares?**

No. Yo diría que más bien al revés, es decir, que los estudios procesales en algunos países, aún en la Argentina, han llegado a niveles tan especulativos, tan altos, que dejan de ser sirvientes, se transforma en filosofía procesal, las altas torres de marfil donde sólo corre el viento. Existe otra vez la vuelta al procedimentalismo, al problema de aquí y ahora.

****¿Qué debe hacerse en el Perú para que la ciencia procesal pueda desarrollarse y alcanzar ese nivel?**

Creo que si este código entra en vigencia va a ser un motor muy importante, porque de algún modo va a forzar a actualizarse. Estoy convencido de que será un motor de desarrollo de la ciencia procesal, porque va a ser - yo lo hago permanentemente - un código citado en toda Latinoamérica. En mis trabajos lo cito muy frecuentemente. En un trabajo, que los autorizo a reproducir en la revista (*), cito expresamente el código peruano, y lo hago muy a menudo. No lo hago por simpatía intelectual con ustedes, sino porque es un código avanzado. Eso va a revertir su actual tendencia en los estudios procesales y a aumentar el interés en los mismos.

****¿Qué destino le depara al derecho procesal?**

¿En el Perú?

****En general.**

Creo que bueno, por supuesto que bueno. Pero tiene que

actualizarse. En mi país, en los congresos, inclusive de derecho procesal, uno de los temas y de las condiciones se dedica al derecho informático, es decir, todo lo que sea computación aplicada al derecho. La materia procesal se presta mucho para el uso de la computadora. En la ciencia jurídica uno de los campos abiertos al futuro es la informática jurídica. En la Argentina acaba de salir el primer número de una revista jurídica dedicada a la informática jurídica, se llama Jurisrística.

Yo veo que no van a volver las épocas de la ciencia pura, de los problemas de escuelas, de la acción. Como que al procedimentalismo se le dió una base científica y retornamos. Estamos viviendo una nueva época procedimentalista con mejores raíces, con mejor nivel: el Nuevo Procedimentalismo.

****En países como Argentina o Uruguay, se está trascendiendo de la ciencia procesal pura a un eficientismo. En el Perú recién aspiramos a alcanzar un desarrollo procesal similar al de esos países. ¿Es necesario, para ello, que transitemos primero por los grandes temas, acceder a la filosofía pura, para luego recién pasar al eficientismo?**

Creo que mínimamente. Podría ser que con la experiencia ajena el tránsito sea más rápido, es decir, lleguen al procesalismo puro, rápidamente aprendan, y salgan rápido de eso. Porque es bueno tener una base teórica, lo malo es creer que con pura teoría se resuelven los problemas prácticos de aquí y ahora: "que hago", "cómo hago", "a dónde voy". Eso con la "teoría de la acción" no se resuelve.

****¿Este gran desarrollo procesal responde a una mutación de ciertas instituciones civiles al campo procesal?**

Si, es verdad. Veamos lo que sucedió en mi país. En el año '68 se reformó el código civil, un código civil bastante antiguo, donde de algún modo la figura del Juez estaba recortada en el principio dispositivo. Ese año se crearon una serie de figuras jurídicas civiles: el abuso del derecho, la teoría de la imprevisión, la teoría de la lesión, que le dan una enorme cantidad de facultades discrecionales al Juez, recogidas en el Código Civil. Esto hizo que inmediatamente se sancionara una reforma del Código Procesal, donde de algún modo se incorporó, se reflejó, ese cambio en la legislación sustantiva. El Código tenía que reflejar de algún modo lo que sucede con la ley sustantiva, ese nuevo cúmulo de facultades.

****¿Podría producirse cierta resistencia de las personas que trabajan el derecho civil a ver las instituciones propias de su ámbito trasladadas al derecho procesal?**

Creo que el contagio interdisciplinario siempre es bueno. En mi país, muchas veces se hacen jornadas que abarcan a civilistas y procesalistas -hace poco hubo una en una ciudad, Junín, de mi país- en los que hay intercambios de ideas. Yo soy muy amigo de varios civilistas, algunos han venido por acá, Mosset Iturraspe, Alterini. El intercambio de ideas es muy bueno.

Una de mis últimas teorías, que ha tenido mucho éxito en la Argentina, se llama las cargas probatorias dinámicas: el esfuerzo probatorio debe oscilar de actor a demandado según sea el caso. Debe probar quien está en mejores condiciones de producir la prueba por las circunstancias de hecho, en lugar del esquema rígido: "el actor debe probar tales hechos, el demandado tales otros", ya no más, esto como regla, pero en casos especiales debe ser la circunstan-

cia concreta la que determine quién debe probar. Esta idea se plasmó en muchos fallos y en muchos trabajos. La están por incorporar al Código Civil Argentino en una próxima reforma, plasmar nuestras ideas en materia de responsabilidad profesional. La responsabilidad profesional del médico, por ejemplo ¿quién está en mejores condiciones de probar que hubo o no culpa médica? Es el médico que intervino en la operación, no la víctima que estaba inconsciente, o los parientes que estaban fuera del quirófano. ¿debe probar entonces invariablemente el actor? No. En algunos casos el que debe probar es el culpable, en este caso el médico. Esto está por incorporarse al Código Civil y es materia de congresos, certámenes de materia civil, a pesar de ser un tema que nació en el ámbito procesal.

****¿Qué principios procesales podrían orientar un ordenamiento procesal moderno, quizás la oralidad o algún otro?**

La oralidad, es un tema discutible. Principios insoslayables; el de la Inmediación por ejemplo, el contacto directo entre Juez, parte y elementos de prueba, se le contraponen el Principio de la Mediación, que regía en la edad media. Al Juez se le prohibía conocer a las partes para evitar que tenga simpatía o antipatía por las mismas, le cortaba lo que sucedía el secretario relator, de ahí viene el término relator. La Inmediación sí es un principio insoslayable.

El principio de Autoridad en el proceso, desde mi perspectiva publicística, es otro principio insoslayable que está en el código de ustedes. La Concentración Procesal, que los actos procesales sean los menos posibles y los más próximos temporalmente unos a otros, también es un principio insoslayable. Y la oralidad que es el gran tema, yo creo que es importante donde debe estar.

****Respecto al principio el de la doble instancia ...**

Yo soy un gran defensor de aquel principio.

****Se ha recogido en el nuevo ordenamiento la posibilidad de pactar el no recurrir, el no acudir a una segunda instancia en un proceso. ¿Cómo cree usted que afecta esto a la segunda instancia? ¿Le resulta afectando?**

En mi país se puede pactar la renuncia a la apelación, no al recurso de nulidad. En realidad, pienso que se puede pactar todo, no creo que esté tan mal porque al fin y al cabo si se plantea el recurso de nulidad y luego se pacta entre los Abogados que no lo va a sostener, aunque nada se diga de hecho ya es pacto. Es dudoso. Soy desde punto de vista teórico un defensor de la doble instancia, no estoy contra el pacto, puede haberlo. Pero soy un defensor de la revisión de los fallos judiciales, no me parece que la instancia única sea conveniente en la mayoría de los casos. Soy un defensor de la revisión de las sentencias pero los pactos no me parecen mal.

****Quizás el pacto para no apelar no implique vulnerar a la segunda instancia, porque en todo caso se tiene la posibilidad de acudir a ella, sólo que anteladamente se está renunciando a esta facultad. Uno no entra al proceso sin tenerla.**

Yo no creo que la afecte. En mi país la renuncia a la apelación está prevista legalmente y nunca se la ha cuestionado. Lo que sí se ha cuestionado es la posibilidad de renunciar al recurso de nulidad, donde está involucrado el orden público, intereses superiores, pero en cuanto a la apelación no hay inconveniente.

****¿Qué expectativas tiene respecto a un código modelo, la**

expectativa de que influya o de que sea asumido con carácter obligatorio para todos los países?

¿El Código Procesal modelo para Iberoamérica?

****Sí, exacto.**

Yo creo que eso ha sido creado como molde académico. Creo que es absolutamente improbable que sea adoptado legalmente. No porque sea defectuoso, al contrario, es un código muy bueno. Pero en las realidades políticas tan distintas que vivimos, con una América tan invertebrada donde es muy difícil que nos pongamos de acuerdo tantos países, es como realidad deseable pero es imposible. En mi país, que es un país federal, tenemos 22 provincias, cada provincia puede diferir en su Código Procesal, pero los códigos de fondo son materia nacional, federal y tenemos códigos para todos los gustos. En lugar de tener un código único para todo el país, hay muchos códigos.

****¿Existe coherencia entre los códigos de las provincias en Argentina respecto del avance en la ciencia procesal o hay algunos que se han retrasado?**

Hay de todo, algunos muy antiguos, hay algunos que tienen 60, 70, 80 años y otros modernos.

****¿Cómo logran compatibilizarse aquellos que están rezagados con el Código Procesal de la Nación?**

El Código Procesal de la Nación, de mi país, de nacional tiene el nombre nada más, solamente se aplica en capital federal, es decir, en el distrito federal y en los juzgados federales de todo el país. De nacional no tiene más que el nombre.

****¿Eso no plantea ningún problema?**

Ninguno. Se aplica solamente en el ámbito federal muy reducido y en los juzgados federales que hay en cada provincia.

****Tal vez eso responde a la realidad de cada provincia.**

Bueno, hubo una gran discusión entre la mayoría de los autores de Argentina que propician un Código Procesal Único para

todo el país. Tengo mis dudas porque si América es invertebrada, mi país es muy invertebrado. Nosotros tenemos la realidad del norte de mi país, que es totalmente distinta a la del Sur, y de la capital federal y la de mi ciudad por ejemplo. La densidad económica y cultural es totalmente distinta. Quizás la solución sea adoptar un modelo único que podría ser el de la nación pero respetar los localismos y las realidades distintas. No se puede solucionar con un código pensado en función de una ciudad como

Buenos Aires con una densidad económica y cultural muy grande, muy alta, lo que sucede en el norte de mi país, no tiene nada que ver con lo que sucede en Buenos Aires, en Rosario. Entonces, quizás un modelo único, pero respetando los localismos.

(*) NOTA DE REDACCION:

Carga de la Prueba. Actualidad. Dos Nuevos Conceptos: el de Imposición Procesal y el de Sujeción Procesal.