

¿Diez años de “eugenesia” procesal? (Los arts. 426 y 427 CPC)^(*)

Eugenia Ariano Deho

Profesora de Derecho Procesal Civil en la UNMSM y en la U. Lima.

... demanda, sin el artículo determinativo, es instancia, petición, plegaria, humillación de súbdito: la demanda es autonomía, libertad, derecho, algo que pertenece al sujeto y que preexiste al juez, frente a la cual el juez es súbdito, o al menos está en posición de igual.

Salvatore Satta

SUMARIO:

1.- Premisa: la “nueva era” de la eugenesia procesal	195
2.- En los orígenes de los arts. 426° y 427° del CPC. La “eugenesia procesal” de la reforma portuguesa de 1926	197
3.- El nuevo dilema judicial: ¿admitir o no admitir?	202
4.- El otro dilema judicial: ¿“admitir” o “rechazar”?	207
5.- El dilema del frustrado actor: ¿apelar o no apelar?	208
6.- Las dudas existenciales de la Corte Suprema	210
7.- La violación de las esencias del proceso y la precariedad del admisorio	212
8.- Conclusiones y perspectivas	214

1. Premisa: la “nueva era” de la eugenesia procesal

Como es (demasiado) sabido los artículos 426° y 427° del CPC de 1993 permiten al juez *in limine* (o sea “en el umbral” del proceso), frente a interposición misma de la demanda, e *inaudita altera parte* (o sea sin oír previamente al demandado), declarar ya sea la inadmisibilidad como la improcedencia de la demanda misma.

^(*) Ponencia para el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil. A diez años del Código Procesal Civil Peruano, Universidad de Lima, 29 al 31 octubre de 2003.

Según lo que se nos ha explicado tal posible declaración formaría parte del «paquete» publicístico tendiente a reforzar la autoridad del juez, permitiéndole desplegar en este momento embrional del proceso «un primer control de los requisitos de admisibilidad y procedencia de la demanda»¹, y ello con la finalidad última de evitar que «tras un penoso y largo» proceso recién en la sentencia se termine emitiendo una mera resolución absolutoria de la instancia por ausencia de tales «requisitos».

Y justamente para evitar que esas resoluciones meramente «absolutorias» (o «inhibitorias», como las llaman algunos) se siguieran produciendo recién al final del proceso, el CPC de 1993, en una suerte de revolución copernicana, le dio al juez «la facultad de devolver o rechazar la demanda, cuando así lo considere»², al comienzo, vale decir se le permitió hacer morir el proceso en el momento mismo en que debía nacer...

La idea, en abstracto, parece genial. En efecto, facultar al juez para evitarle a las partes (y, de paso, a él) llevar adelante un proceso cuya primer acto (la demanda) se presenta *prima facie* como «no idónea» para que sobre ella se emita, en su momento, una sentencia de fondo, o sea permitirle hacer una suerte de «eugenesia» procesal que elimine de arranque aquellos «especímenes» procesales «inviabiles» a esos fines, parece de lo más saludable para el mejoramiento de la «especie» procesal: ¡que sólo sobrevivan (*rectius*, vivan) los procesos viables! Parecen decirnos los arts. 426 y 427 CPC.

Si no fuera porque desde el momento de la entrada en vigencia del CPC de 1993, la realidad aplicativa de los arts. 426 y 427 CPC mostró de inmediato que sus «higiénicos» fines la más de las veces conducían (y conducen) a inútiles (y a veces fatales) pérdidas de tiempo y, lo que es peor, no impedían (ni impiden) la emisión de sentencias meramente absolutorias. Vale decir que, en buena cuenta, no resolvimos el problema de fondo y más bien terminamos creando muchos otros.

¹ Así MONROY GÁLVEZ, *Postulación del proceso en el Código Procesal Civil*, en *Themis*, N° 23, 1992, pág. 34 (ahora en *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*, Comunidad, Lima, 2003, pág. 226, de donde en lo sucesivo se extraerán las citas del autor).

² Así, siempre MONROY GÁLVEZ, *Postulación del proceso*, cit., pág. 227. Nótese que el principal autor del Código cuando alude a la «devolución» hace referencia al art. 426 CPC (que no menciona para nada la «devolución») y que de hecho no provoca que se «devuelva» la demanda, sino que ésta se «archive»), mientras que cuando alude al «rechazo» hace referencia al art. 427 CPC (que no discurre de «rechazo», sino de «improcedencia» de la demanda). Ver más adelante, nota 25.

De allí que me parece oportuno analizar con algo de detalle los efectos perniciosos que, en mi concepto, han provocado en estos diez años de vigencia del CPC los arts. 426 y 427.

2. En los orígenes de los arts. 426 y 427 del CPC. La «eugenesia procesal» de la reforma portuguesa de 1926

Para ello quizá convenga comenzar por el origen de aquellas «facultades» -si así queremos llamarlas- que le dan al juez los artículos 426 y 427 CPC.

Como he tenido ya ocasión de decir en otra sede³ el más preciso origen de la «facultad» de declarar inadmisibles o improcedente una demanda se encuentra en la «revolución procesal» portuguesa del 22 de Setiembre de 1926, obra legislativa del padre del procesalismo lusitano, el profesor de la Universidad de Coimbra, JOSÉ ALBERTO DOS REIS⁴.

Tal reforma se basó en algunos muy familiares «postulados»: a) «aumentar los poderes del juez, transformándolo de inerte espectador en persona activa»; b) «evitar el dispendio inútil de actividades procesales»; c) «obligar al juez a tomar conocimiento desde el inicio la causa»⁵.

Y justamente para «evitar que se despliegue inútilmente la actividad judicial» y «obligar al juez a tomar conocimiento desde el inicio la causa» se le dio el poder (totalmente nuevo para los jueces portugueses⁶) de rechazar (*indeferir*) «in limine» la denominada *petição inicial* (nuestra demanda): «a) cuando la

³ Cfr. mi *Sobre el poder del juez de «sofocar desde su nacimiento las pretensiones fatalmente condenadas al fracaso»*, en *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 41, febrero 2002, pág. 91 y ss.

⁴ «La reforma del 22 de setiembre de 1926 no fue, en la evolución de nuestro derecho procesal, un episodio banal e indiferente: fue, al contrario, una auténtica revolución, que descendió hasta las raíces y el espíritu del sistema, procurando asentar sobre conceptos nuevos todo el funcionamiento de la máquina de la justicia»: DOS REIS, *O novo Código de processo civil português*, en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (suplemento VI), 1945, p. 343, cit. por LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, *Direito processual civil. As origens em José Alberto dos Reis*, Quid Juris?, Lisboa, 2002, pág. 156, nota 398.

⁵ Así el propio DOS REIS, *La riforma del processo civile portoghese*, en *Rivista di diritto processuale civile*, 1930, I, pág. 161, al presentar a los lectores italianos la reforma portuguesa.

⁶ El propio DOS REIS en su *Código de Processo Civil anotado*, II, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1949, pág. 373, al indicar la fuente del art. 481 de su CPC de 1939, nos dirá que «El Cód. del 76 no contenía disposición correspondiente al art. 481». Sobre el art. 481 del CPC portugués de 1939 hablaremos en seguida en el texto.

reconoce no apta; b) cuando es manifiesta la incompetencia del tribunal por razón de materia; c) cuando no hay duda que el proceso iniciado no es idóneo a la finalidad perseguida; d) cuando la injusticia de la pretensión del actor sea tan evidente que resulte inútil cualquier instrucción de la causa»⁷.

Fundamentando tal «neo-poder», Dos Reis señalaba que «En todos estos casos el planteamiento de la una acción en juicio representa un tentativo destinado a naufragar: el éxito de la causa está irremediamente comprometido. Y desde el momento que se trata de vicios que se denuncian de la simple lectura de la demanda inicial, el legislador ha considerado deber dar al juez *el poder de sofocar desde su nacimiento las pretensiones fatalmente condenadas al fracaso*. De este modo se ahorran al actor inútiles gastos y molestias y al tribunal un ejercicio de una actividad destinada a quedar estéril»⁸.

Luego, mientras antes el juez portugués era «una especie de autómatas, movido por las partes a su arbitrio»⁹, la reforma de 1926 lo transformó en una «persona activa»... tan activa que debía preocuparse por evitar al actor ¡inútiles gastos y molestias!, pero, obviamente y sobre todo, ahorrarle al tribunal «estériles» actividades.

Así las cosas, y pese a la fracasada resistencia opuesta por la clase forense a la reforma de 1926¹⁰, tal poder fue luego trasladado por el propio DOS REIS al Código de 1939 (tómese nota en plena dictadura «corporativa» —o sea fascista— de Antonio de Oliveira Salazar) que en sus arts. 193 y 481 tuvo la ocasión de desarrollar y precisar los alcances y *modus operandi* del poder de «*indeferimento liminar*», el que fue así justificado:

«Fue el principio de *economía procesal* que inspiró las reglas consagradas en el art. 481. La intención es evitar el dispendio inútil de actividad judicial (...) La no admisión («*indeferimento*») liminar presupone que por motivos de *forma* o por motivos de *fondo*, la pretensión del actor está irremediamente comprometida, está enderezada a un fracaso cierto. En tales circunstancias no tiene sentido que la demanda («*petição*») tenga seguimiento; dejarla avanzar

⁷ DOS REIS, *La reforma del processo civile portoghese*, cit., pág. 162.

⁸ DOS REIS, *La reforma del processo civile portoghese*, cit., pág. 162 (cursivos míos).

⁹ DOS REIS, *op. ult. cit.*, pág. 158.

¹⁰ Cfr. CORREIA DE MENDONÇA, *Direito processual civil. As origens em José Alberto dos Reis*, cit., pág. 157.

es desperdicio manifiesto, es practicar actos judiciales en pura pérdida. Se impone, por esto, al juez el deber de yugular («*jugar*») la acción naciente»¹¹.

“Economía procesal” pues. Una economía naturalmente en “protección y beneficio para el actor” y no ciertamente como “un instrumento de persecución y violencia”, como algunos malévolos abogados portugueses habían osado sostener¹².

El paternalismo contenido en este «poder» yo creo que salta a la vista: el juez le «ahorra» al actor un largo y penoso proceso (que *el juez* considera inútil) y se lo hace «morir, al nacer»¹³ en virtud de ese auto «in limine», que una vez firme «vale lo mismo que valdría un juzgamiento idéntico proferido en el auto de saneamiento («*despacho saneador*») o en la sentencia final»¹⁴. ¡Cuánta generosidad! ¡Cuánto ahorro!

A la par en el art. 482 se consagró el poder del juez de «no recibir» la «*petição*» por falta de «requisitos legales o por no ir acompañada de determinados documentos, o cuando presente irregularidades o deficiencias que sean susceptibles de comprometer el éxito de la acción», en cuyo caso el juez o, de frente, podía emitir un auto de «*não recebimento*» (sea de «devolución»), o lugar de ello «ser *contemporizador* y tolerante»¹⁵ (o sea «buena gente») «invitando al actor a completarla o corregirla, señalando el plazo para la presentación de nueva demanda»¹⁶.

¹¹ DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, cit., II, pág. 373.

¹² Lo refiere el propio DOS REIS, *op.*, ult. cit., pág. 374.

¹³ Así siempre DOS REIS, *op.*, ult. cit., pág. 390.

¹⁴ *Idem*, pág. 393.

¹⁵ *Idem*, pág. 395.

¹⁶ *Idem*, pág. 395 y s. Hay que decir que Chiovenda en el art. 8 de su Proyecto había previsto también una «invitación» del juez a completar o corregir la demanda («Si la demanda presenta irregularidades u omisiones, si en particular la indicación de los hechos y de las pruebas no es suficientemente clara y precisa, la autoridad judicial puede *invitar* al actor a completarla o corregirla asignándole un plazo para la nueva presentación en la secretaría»). Y en la exposición de motivos del proyecto, tuvo a bien precisar que para garantizar la observancia de las normas sobre los requisitos de la demanda judicial (o sea los indicados en el art. 4 del proyecto) la «*exceptio inepti libelli* no basta», y consideraba más eficaz «la acción preventiva del juez»: «En el nuevo proceso (y esa es una de sus notas fundamentales) la demanda judicial antes de ser notificada es presentada a la autoridad judicial (...). La autoridad judicial llamada así a participar en la causa desde este momento inicial, debe examinar la demanda y, si ésta presenta irregularidades u omisiones, si en particular la indicación de los hechos y de las pruebas no es suficientemente clara y precisa, *puede invitar al actor a completarla o corregirla*, asignándole un plazo para la nueva presentación (...). Si bien el actor no pueda ser

La económica idea del proceso que puede «morir al nacer» debe haber gustado mucho a los brasileños, tanto que el CPC de 1939 la terminó consagrando en su art. 160¹⁷ y de allí pasó al arts. 295-296 del Código de 1973¹⁸.

Pero la sugestiva económica idea debe también haber entusiasmado a los procesalistas latinoamericanos de habla hispana, tanto es así que en las *V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal* realizadas en Bogotá en junio de 1970 entre las conclusiones del Tema I (relativo al «problema de la lentitud de los procesos y su solución») se propuso que «El juez debe estar dotado de amplias facultades para declarar inadmisibile la demanda, siempre que ésta carezca de los requisitos formales exigidos en la ley procesal, y para rechazarla cuando se ejercite una acción especial sujeta a término de caducidad y éste haya vencido»¹⁹. Qué duda cabe, todos de acuerdo: ¡la lentitud de los procesos bien se puede evitar cerrando las puertas del proceso! Ciertamente nada más «rápido»...

De allí que no sorprende que en el Proyecto de Código-Tipo para Iberoamérica, nuestro «poder eugenésico» (o por usar las palabras de Dos Reis de «*sofocar desde su nacimiento las pretensiones fatalmente condenadas al fracaso*») encontrará su oficial recepción.

constreñido a mejorar la demanda y tenga la facultad de representarla tal cual, es presumible que, puesto en aviso por la *invitación* del magistrado, él comprenderá en el mayor número de casos la conveniencia de cumplir; que más bien, la necesidad misma de presentar la demanda al examen preventivo del juez bastará por sí sola para que las partes se atengan fielmente a las prescripciones de la ley»: CHIOVENDA, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra* (1919), en *Saggi di diritto processuale civile*, al cuidado de PROTO PISANI, II, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 52-53 (cursivos míos). Sobre esta «invitación» a completar o corregir la demanda en el proyecto chiovendiano, cfr. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi*. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936), Giuffrè, Milano, 1991, pág. 207 y s.

¹⁷ Cfr. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, II, Revista Forense, Rio de Janeiro, 1947, pág. 32 y ss. Sobre el art. 160 del CPC brasileño señalaba Liebman (no sin sorpresa): «Lo que mayormente llama la atención es el hecho de que el juez debe de oficio «indeferir» la petición inicial, es decir negarse de darle trámite y de citar al demandado, cuando encuentre que una de las partes es incapaz o que la demanda es «manifestamente inepta», agregando que «esto es lo que queda de la antigua exceptio inepti libelli, que el juez debe hoy tomar en consideración 'in limine' y de su propia iniciativa»: LIEBMAN, *Istituti di diritto comune nel processo civile brasiliano*, en *Ricerche sul processo. Il processo civile brasiliano* (1948), al cuidado de PICARDI y GIULIANI, Maggioli, Rimini, 1988, pág. 26.

¹⁸ Cfr., entre muchos, JOSÉ RAIMUNDO GOMES DA CRUZ, *A petição inicial*, en Revista Forense, Vol. 363, set. oct. 2002, pág. 99 y ss.

¹⁹ Cfr. en *V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal*, en *Revista de estudios procesales*, N°5, Rosario, Set. 1970, pág. 52.

Es así que en el inciso 1° del art. 33 (Facultades del Tribunal) del Código-Tipo se propuso que «El Tribunal est(é) facultado para rechazar 'in limine' la demanda cuando ella fuere manifestamente improponible, cuando care(ciera) de los requisitos formales exigidos por la ley o cuando se ejercit(ara) una pretensión especialmente sujeta a término de caducidad y éste haya vencido».

La propuesta -que los autores del Código Modelo consideraban que «representa(ba) una innovación del proyecto con respecto a casi todos los códigos iberoamericanos, no obstante encontrarse ya en el régimen brasileño»-²⁰, se justificó sosteniendo que «se trata[ría] de la posibilidad de que el Tribunal no sólo analice liminarmente los aspectos formales (externos) sino el contenido de la petición inicial. Esto es, no sólo la admisibilidad sino, además, la fundabilidad, lo que constitu(iría) un paso muy importante en el aumento de sus poderes. Naturalmente que se trata (ría) de un caso extremo en el cual surg (iera) *objetivamente* (esto es 'a priori', notoriamente) dicha improponibilidad, como si se solicitara el divorcio en un país que no lo admite, o el cobro de una deuda de juego cuando la legislación dice que esta sólo produce obligaciones naturales. Se trata(ría) de un caso en que *manifestamente* la pretensión no (pudiera) ser acogida, independientemente de los hechos alegados o las pruebas que se produ(jeran)»²¹.

Naturalmente no se consideró que ello podría colisionar de alguna forma con el derecho de acción y al proceso que el propio Código-Tipo declaraba en su art. 11, por cuanto, quién podría dudar que el juez «al rechazar *in limine*» la demanda efectivamente habría ya «oído en los estrados judiciales»²² al actor, y sólo «por un déficit en las condiciones de procedibilidad de la demanda, el tribunal no le (daría) curso»²³. A fin de cuentas, «los principios de *autoridad* y de *economía procesal* justifican el que el Juez no deba permanecer impasible ante la proposición de demandas cuya sustanciación sólo se traduciría en un inútil dispendio de actividad jurisdiccional»²⁴.

²⁰ Cit., por BERTOLINO, *Relaciones entre demanda manifestamente improponible, poderes del Tribunal y derecho al proceso*, en *Un Codice-Tipo di procedura civile per l'America Latina. Congresso Internazionale. Comunicazioni*, Roma, 1988, pág. 53.

²¹ Cit., por BERTOLINO, *op. cit.*, pág. 55 (cursivos en el texto).

²² Así PEYRANO, *El proceso atípico*, Ed. Universidad, Bs. Aires, 1983, pág. 55.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

Pues bien, en 1991-92, cuando se elaboró nuestro vigente CPC, todas las condiciones estaban dadas para que también nosotros ingresáramos a la nueva era de la «eugenesia procesal»... Resultado: los arts. 426 y 427²⁵.

3. El nuevo dilema judicial: ¿admitir o no admitir?

Si partimos de la premisa de que nuestro legislador quiso consagrar un sistema procesal «publicístico», en donde el juez «es el principal protagonista del proceso», en el que por su intermedio «la actividad procesal se orienta hacia lo indispensable, es decir se proyecta hacia una función útil y provechosa»²⁶, qué nos puede sorprender que tengamos los arts. 426 y 427 que en sustancia no son sino aquellos poderes que el legislador portugués le atribuyó a su juez «activo» en los arts. 482 («*não recebimento*») y 481 («*indeferimento liminar*»). De allí que el primer «día útil» tras el 28 de julio de 1993, justiciables (*rectius*, sus abogados) y jueces debieron hacer sus cuentas con el nuevo «cerebro»²⁷ que

²⁵ En realidad nuestro «científico» legislador procesal no estaba muy seguro ni sobre la terminología a emplear, ni sobre las específicas «causales» de «inadmisibilidad» e «improcedencia», tanto que en menos de un año cambió (públicamente) tres veces de idea. En efecto, si se observa el *Proyecto del Código de Procedimientos Civiles*, publicado en *El Peruano* en febrero de 1992, en su art. 431 se incluía entre los supuestos de «inadmisibilidad» el que la demanda contuviera «una indebida acumulación de pretensiones» (inc. 3) y la que presentara «defectos que impid(ieran) un pronunciamiento de fondo» (inc. 4); igualmente, en dicho Proyecto no se discurría de «improcedencia» sino —como en el Código-Tipo, equivalente español del portugués «indeferimento»— de «rechazo» de la demanda. Es así que en el art. 432 se decía que «La demanda será rechazada...». Entre los supuestos de «rechazo» se incluían el que «la vía procedimental escogida no correspond(iera) a la naturaleza del petitorio o al valor de éste» (inc. 4), el que «petitorio (fuera) incompleto o impreciso» (inc. 6) y el que contuviera «pretensiones incompatibles no propuestas en forma subordinada» (inc. 9). Promulgado el Código por Decreto Legislativo N° 768 (publicado en *El Peruano* el 4 de marzo de 1992), en el art. 426 se mantienen los supuestos de «inadmisibilidad» y en el art. 427 los de «rechazo» del Proyecto publicado en febrero, pero la palabra «rechazo» es sustituida por «improcedencia», la que queda sólo para los supuestos en los cuales declarada la inadmisibilidad el actor no subsane el «defecto» en el plazo fijado por el juez. Será con el Decreto Ley 25940 de diciembre de 1992, que los actuales supuestos de «inadmisibilidad» e «improcedencia» serán «reubicados» tal como hoy aparecen en el CPC. Cfr., por lo que atañe a la suerte de la «indebida acumulación de pretensiones» mi *Navegando en el mare magnum de la acumulación en el CPC (¿de regreso a la sensatez?)*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 48, setiembre 2002, pág. 85 y ss.

²⁶ Así MONROY GÁLVEZ, *La Ideología en el Código procesal civil peruano*, en *La formación del proceso civil peruano*, cit., pág. 418.

²⁷ «El tema de la Postulación del proceso (del art. 424 al 475), es la parte nuclear, es el cerebro del Código. Y allí el orden lógico de cómo se hace una demanda, mejor dicho de cómo se lleva un proceso no existe en ningún país del mundo»: así MONROY GÁLVEZ, *Algunas interrogantes*

presentaba el CPC: la «neo» etapa «postulatoria», con su «neo» regulación de la demanda: acto estrictamente escrito, en el que el actor debía echar sobre la mesa todas las «cartas» (ofrecimiento de pruebas incluido), pero, sobre todo, y justamente por ser escrito (art. 424), acto estrictamente formal, tanto que se llegó al colmo de establecer hasta las dimensiones de sus márgenes y de los espacios interlíneas (art. 130)²⁸, lo que es todo decir.

Pero lo más importante es que esos arts. 424 y 425 (y no se olvide el art. 130), estaban allí para cumplirse, porque bien lo advertía el art. IX del Título Preliminar del CPC: las normas y formalidades «previstas en este Código son imperativas»... De allí el art. 426 como guardián de la «imperatividad» de las «formas». Nada de cuchillos sin filo: o se cumplía (y se cumple) «a rajatabla» lo establecido en los arts. 130-424-425 CPC o la demanda sería (y será) *de plano* (e *inaudita altera parte*), declarada «inadmisible».

¿Podríamos acaso permitir lo contrario? ¿Podríamos en un proceso publicístico permitir una demanda que no cumpliera con los «requisitos legales» (inc. 1º), a la que no se le «anexara» lo que la ley exige (inc. 2º), que tuviera un petitorio «incompleto» o «impreciso» (inc. 3º) o que indicara una «vía procedimental» que no correspondiera a la «naturaleza» del petitorio (inc. 4º)? ¿Podríamos haber permitido tanta licencia como para que una demanda así llegara a su destinatario, o sea al demandado? Obviamente, en la lógica «publicística» ello era inconcebible. Ya no más esos simples decretos del juez que durante la vigencia del licencioso CPC de 1912 se expresaban diciendo «por presentada, traslado al demandado» (art. 309)²⁹. El art. 426 CPC le impu-

sobre el Código Procesal Civil Peruano, en *La formación del proceso civil peruano*, cit., pág. 600 (estoy tentada de asumir la aseveración: realmente ¡no existe en ningún país del mundo!).

²⁸ Agréguese el art. 131 CPC (que llega a establecer hasta el lugar preciso en que se debe firmar). El art. 130 es digno de leerse. Tras su lectura, casi se extraña el viejo papel sellado (abolido para simplificar los «trámites» en 1988). Si uno compara los arts. 424 y 425 del CPC con el art. 306 del CPC de 1912 palidece. En efecto, el «licencioso» viejo CPC se limitaba a establecer como contenido mínimo de la demanda: la designación del juez (inc. 1º), los nombres del demandante y demandado (inc. 2º), la determinación «precisa» de la materia que se demanda (inc. 3º) y los fundamentos de hecho y de derecho que la apoyan (inc. 4º), con la expresa libertad de presentar o no documentos (art. 308). La no indicación de las pruebas y la no necesidad de presentar los documentos (que sí se exigía en el Código de 1852) fue intencional, para dar «más amplitud y facilidad al litigante» (así en la Exposición de Motivos, cit. por J.J. CALLE *Código de Procedimientos Civiles*, Tipografía «El Lucero», Lima, 1912, pág. 158).

²⁹ Hay que decir que en nuestro viejo Código de 1912, en razón de que la demanda escrita debía interponerse ante propio juez, permitía que éste la «devolviera» al actor, si es que carecía de

so al juez el deber (y no precisamente la «facultad») de controlar esa demanda. Pero, el legislador no tuvo en cuenta dos cosas: a) que imponiéndole al juez el deber de controlar *in limine* el cumplimiento de los arts. 130-424-425 CPC se crearía un verdadero cuello de botella al comienzo del proceso: todas las demandas deben ser «controladas» por su juez «director», y ello requiere tiempo para que se la analice de arriba a abajo, para que no sólo se verifique que tenga todos los requisitos estrictamente «formales», sino también para «analizar» si el petitorio es acaso «incompleto» (?) o quizá «impreciso», si los anexos son los que deben ser, etc., etc.; y b) que siendo el formalismo —siguiendo la advertencia sattia— «una componente del espíritu humano»³⁰, en el dilema entre «admitir» o «no admitir» una demanda los jueces —por ser inevitablemente humanos— tendrían una cierta tendencia a buscar (por no decir inventar) la «forma» incumplida o el «anexo» no «anexado»...

En suma, el legislador a fin de hacer que su (idealmente) perfecto juez «admitiera» sólo demandas perfectas, le dio la perfecta ocasión para hacer surgir el «espíritu formalístico», sustrayéndole, de paso, en esta «sana» operación de «control» un precioso tiempo. Un tiempo, a su vez, de angustia para el justiciable que en la espera del «visto bueno» del juez, ve su demanda en el limbo, sin que llegue a destino (y que surja la «litispendencia»...).

Consecuencia: días y a veces meses de espera, para luego encontrarse con una declaración imponente: «Su demanda es inadmisibile». Pero el legislador peruano fue, al igual que su colega lusitano y brasileño³¹, «contemporiza-

alguna de las formalidades indicadas en el art. 306 (que por cierto como dijimos en la nota anterior eran muy pocas), «debiendo el juez precisar en la providencia el requisito que se ha omitido» (así el art. 307 del viejo código). Yo no sé cuánto uso «efectivo» se habrá hecho de esa —si así queremos llamarla— «facultad» durante la vigencia del CPC de 1912 (cfr., al respecto, GUZMAN FERRER, *Código de Procedimientos Civiles*, I, 4ª ed., Editorial Científica, Lima, 1986, p. 264), pero lo cierto es que la «facultad» estaba, por lo que mal puede decirse que teníamos una «regulación procesal limitativa de sus facultades» que impedía al «juez nacional calificar inicialmente la relación procesal que se intenta(ba) establecer cuando se demanda(ba)» (así, MONROY GÁLVEZ, *Postulación del proceso en el Código Procesal Civil*, cit., pág. 227).

³⁰ SATTIA, *El formalismo en el proceso*, en *Soliloquios y coloquios de un jurista*, Ejea, Buenos Aires, 1971, pág. 50

³¹ El art. 284 del CPC brasileño de 1973 señala que «Verificando el juez que la petición inicial no presenta los requisitos exigidos por los arts. 282 y 283, o que presenta defectos o irregularidades capaces de dificultar el juzgamiento del fondo, determinará que el actor enmiende, o complete, en el plazo de diez (10) días. Parágrafo único. Si el actor no cumple la diligencia, el juez rechazará (*indeferirá*) la petición inicial». Comentando esta disposición

dor y tolerante» frente a las demandas «formalmente» defectuosas y permitió que el juez le «ordene» al demandante que subsane la «omisión» en un plazo «no mayor» (*ergo*, puede ser menor) de diez días. Si «subsana» bien, caso contrario, si el demandante no cumple «con lo ordenado», la demanda debe ser «rechazada» (segundo párrafo del art. 426), o sea hacemos que el proceso muera cuando debía nacer. Es que la eugenesia procesal no quiere demandas «defectuosas» que no son corregidas cuando así lo «ordena» el juez (aunque se dé un día para «corregir» unos «defectos» que defectos bien pueden no ser...). Pero obviamente, no hay nada que preocuparse, pues el «rechazo» de la demanda no impide al frustrado demandante que la vuelva interponer: así de paso vamos mejorando la especie... (y mientras tanto no hay litispendencia alguna y la prescripción —y la usucapión— puede tranquilamente seguir madurando...).

Y esto ha provocado otro fenómeno (en particular en los distritos judiciales «grandes» en donde las demandas se distribuyen entre los diversos juzgados aleatoriamente): si cuando se «rechaza» una demanda por no «subsanción» se puede perfectamente reeplantear después, ¿por qué no «prevenir» esa eventualidad y presentar varias demandas iguales en la esperanza de que uno de los diversos jueces sea menos «estricto» que otro? Vale decir, ¿por qué no hacer *forum shopping*³², o sea ir a la búsqueda de un juez «amigable» (o mejor, no tan formalista) que tenga la gentileza de «admitirnos» la demanda?

GOMES DA CRUZ, *A petição inicial*, cit., pág. 110, señala que «No existe allí nada de 'paternalismo', ni de parcialidad. Se trata de un juez interesado en que la actividad procesal se desenvuelva de modo correcto, sin frustraciones» y aconseja que en lugar «de quedar constreñido, el abogado debe recibir la resolución, porque ella es irrecurrible, como colaboración que todos los sujetos del proceso deben prestar a la mayor efectividad de éste». ¿Paternalismo? ¿Pérdida de imparcialidad? Pero, ¡quién podría pensar en esas cosas! ¡Se trata sólo de colaboración (del juez) para la mayor efectividad del proceso! (que le enmienda la plana al abogado del actor para que corrija su «defectuosa» demanda). Muy significativo.

³² El denominado *forum shopping* no es otra cosa que la búsqueda de un juez «amigable» y en otros ordenamientos, por lo general, se verifica respecto de las demandas de medidas cautelares *ante causam* (o sea lo que nosotros llamamos «fuera de proceso», art. 636 CPC) y que se pueden obtener *inaudita altera parte*: no concedida la medida se va a otro juez igualmente competente *ante causam* en la esperanza de que esta vez sea concedida (cfr. al respecto, TARZIA, *Rigetto e riproponibilità della domanda cautelare*, en *Rivista di diritto processuale*, 1988, pág. 933 y ss.; para una dimensión «mayor», siempre en tema de medidas cautelares MERLIN, *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo*, en *Rivista di diritto processuale*, 2002, pág. 759 y ss.. Cfr., para una dimensión aún «mayor» del fenómeno (pues se refiere a la búsqueda del ordenamiento sustancial más «amigable»), FERRARI, «*Forum shopping*» e *diritto contrattuale uniforme*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, pág. 575 y ss.)

Como confirmación del fenómeno del «*forum shopping*» doméstico está la Directiva de la Presidencia de la Corte Superior de Lima N° 004-99-P-CSJL/PJ, del 2 de marzo de 1999, la cual, partiendo del hecho de haberse «detectado que una misma persona jurídica o natural, presenta ante el Poder Judicial, varias demandas (...), en las que las partes son las mismas y versan sobre la misma materia», a fin de «prevenir e impedir la ocurrencia de tales hechos», dispone que el personal del «Centro de Distribución General» (personal que por lo visto debe ser fino dominador de la teoría de la identificación del *streitgegenstand*...) recepcione las demandas y las distribuya «anexando el reporte (...) en el que conste el/o los ingresos anteriores», se ponga en conocimiento «el hecho» al administrador del «Centro de Distribución General», el que, a su vez, se lo comunicará a los magistrados «que conocerán dichas pretensiones», los cuales magistrados «además del cumplimiento de las normas procesales pertinentes» (¿cuáles?), «aplicarán de manera estricta las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que prevén sanciones por contravenir los deberes de buena fe y probidad que debe regir todo Proceso Judicial, poniendo en conocimiento esta situación, del Ministerio Público para los fines pertinentes». Ergo, según esta Directiva presentar varias demandas iguales sería una contravención a los «deberes de lealtad y probidad» procesales, que inclusive podría configurar un delito (que, naturalmente, no se indica cuál)!

¿Pero es que la Presidencia de la Corte Superior de Lima de aquél entonces no se preguntó la razón por la cual alguien se lanzaría a la antieconómica tarea de presentar varias demandas iguales en un mismo Distrito Judicial? ¿Es que no se preguntó si acaso ello era un acto desesperado de quien sabe que su demanda puede ser, *in limine*, «devuelta» o «rechazada», por lo que presenta varias iguales? ¿Es que no sabía que, en todo caso, «el hecho» no se resuelve «sancionando» sino aplicando el art. 29-30 CPC que contiene las viejas reglas del *forum preventionis*? ¿Es que no sabía que en el Perú la litispendencia se produce cuando se «emplaza» al demandado (art. 438 inc. 3) el que frente a dos o más procesos pendientes iguales puede reaccionar planteando la correspondiente excepción de litispendencia (art. 452-453)? Obviamente no, y se pensó que ello era un acto de «deslealtad». Lo que no está claro es el contra quién el demandante, al presentar varias demandas iguales, estaría siendo «desleal». Pero la propia «Directiva» es un buen indicio de cuán «antieconómicas» pueden terminar siendo las normas fundadas en el magno principio de «economía procesal», pues hemos transformado el inicio de un proceso en una especie de juego de azar: a mayor número de demandas iguales presentadas mayor probabilidad de ver (¡oh!, ¡qué victoria!) la demanda «admitida», con lo cual, paradó-

jicamente, la carga de trabajo de los jueces se ve absurdamente aumentada. Con el art. 426 CPC queríamos verticalmente que sólo las demandas «perfectas» se «sustanciaran», pero terminamos no sólo despertando el espíritu y la fantasía (humanamente) formalista de los jueces sino que (la experiencia se venga) les creamos más (inútil) trabajo.

4. El otro dilema judicial: ¿«admitir» o «rechazar»?

Pero si el art. 426 CPC, por lo general, a lo más conduce a una gran pérdida de tiempo para el juez y, sobre todo, para el demandante (tanto que a veces pareciera jugarse al cansancio³³), el otro, el art. 427, debe provocarnos una más severa preocupación pues permite que el juez (se me disculpen las continuas reiteraciones), *in limine litis e inaudita altera parte*, declare improcedente la demanda, cuando él «considere» que dan algunos de los supuestos indicados en sus siete incisos.

En rigor de verdad, el art. 427 CPC aunque colocado en el «cerebro del Código»³⁴ (o sea en la denominada «Postulación del proceso»), sería una norma que le señala al juez los supuestos en los que debe declarar, en la sentencia, la «improcedencia de la demanda», pues el segundo párrafo del artículo señala que sólo si «estimara que la demanda es *manifiestamente* improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos». *Ergo*, el adverbio «manifiestamente» sería la clave para su aplicación en el pórtico del proceso³⁵, por lo que ésta debería haber sido rarísima.

³³ Como se juega al cansancio cuando se declara la conclusión del proceso por no asistencia de las partes por segunda vez (sólo) a la audiencia de pruebas conforme al art. 203 último párrafo CPC (teniéndose presente que en el texto original del CPC la no concurrencia de las partes a cualquier audiencia determinaba su conclusión). Como esta «conclusión del proceso» no genera ningún efecto sustancial —a diferencia del «abandono» que si cancela el efecto interruptivo de la prescripción (art. 354 CPC y art. 1997 inc. 3 CC) e impide, por un año, replantear la demanda (art. 351 CPC)— nada impide que al día siguiente se interponga nuevamente la misma demanda. Por ello, bien se preguntaba SATTI, *L'estinzione del processo*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1957, pp. 1011-1013, «*A quoi bon*, hacer morir un proceso si su muerte es privada de toda finalidad, no sirve absolutamente para nada, sino a hacer más complicado lo que se creía simplificar? (...) Una extinción que opere en vacío, sin consecuencias sobre el derecho, a mí me parece inútil, salvo que su utilidad no se quiera ver en el cansancio que genera el deber comenzar todo de nuevo, y por tanto en la probabilidad de que la demanda no sea más replanteada».

³⁴ Que la denominada «Postulación del proceso» sea el «cerebro del Código», v. la nota 27.

³⁵ Así expresamente MONROY GÁLVEZ, *Algunas interrogantes sobre el Código Procesal Civil Peruano*, cit., pág. 603 y s., quien señala que las hipótesis de improcedencia «son excepcio-

Sin embargo, en estos diez años se ha hecho uso y abuso del art. 427 CPC «in limine» y no precisamente frente a demandas «manifiestamente» improcedentes. A fin de cuentas ¿quién lee los adverbios? Y la casuística de estas improcedencias *in limine* es innumerable y no se limita ciertamente a las demandas absurdas destinadas a tutelar situaciones que el ordenamiento, *en hipótesis*, no tutela (como los divorcios fundados en causales no previstas por la ley, o cuando ya se ha disuelto el vínculo, o el pago de deudas de juego, o la celebración del matrimonio frente a un pacto de esponsales, etc., que son todos «casos de escuela» que se suelen mencionar y que difícilmente se plantean en la realidad) sino en relación a demandas que, *en hipótesis*, son muy «procedentes» y que, sin embargo, *prima facie*, el juez, con toda fantasía, «rechaza» fundándose a alguno de los variados supuestos del art. 427 CPC.

Sin embargo, este dato de la realidad o no se quiere ver o, a lo más, viéndoselo, se recomienda simplemente «prudencia»³⁶. A falta de estadísticas oficiales sobre este fenómeno, el propio *forum shopping* al que aludíamos en el párrafo anterior es el más claro indicio de la magnitud que éste ha alcanzado: si frente a una demanda se corre el riesgo no sólo de que por un «quítame estas pajas» se declare inadmisibile, sino, lo que es peor, improcedente, pues bien vale el esfuerzo (y el costo) de presentar varias, siempre con la esperanza de que alguna de ellas pase la valla.

5. El dilema del frustrado actor: ¿apelar o no apelar?

Como hemos apenas dicho el *forum shopping* doméstico causado por la presencia de los arts. 426 y 427 CPC puede explicitarse presentando varias

nales y el juez tiene que estar atento. Lo trascendente es el concepto 'manifiestamente' o 'evidentemente'...» y recomienda utilizar un «neo-principio» «que no está en el Título Preliminar pero que tendría que estar». Y ¿cual sería este principio? Pues el del «*favor processum* por el cual todo juez tiene que tener conciencia de que cuando tenga duda sobre la aplicación de una institución al caso, y la duda pasa porque el proceso concluya o no, debe *favorecer* el seguimiento del proceso y no su conclusión» (cursivas en el original). «Este principio — agrega — forma parte de nuestro sistema jurídico aunque no esté regulado». ¿De dónde saldrá este «principio»? No se sabe. No ciertamente del CPC que parece inspirado en su contrario: el proceso como simple concesión.

³⁶ Ver nota anterior. V., igualmente, la Casación N° 1812-2001/Lambayeque, del 5 de octubre del 2001, publicada en *El Peruano*, miércoles 2 de enero del 2002, pág. 8236. Inútil es decir que cuando se considera que sólo por intermedio del juez «la actividad procesal se orienta hacia lo indispensable, es decir, se proyecta hacia una función útil y provechosa» y se le da el poder tan grande de «sofocar desde su nacimiento las pretensiones fatalmente condenadas al fracaso», las exhortaciones al prudente ejercicio de tal poder no valen, pues éste ya se ha dado y hay que atenerse a las consecuencias. Frente a ello no queda sino suprimirlo.

demandas idénticas (o maquilladas para que *prima facie* no aparezcan idénticas), en la esperanza de que alguna logre abrir el proceso. Pero ello es un lujo que no cualquiera puede permitirse. En la generalidad de los casos frente a un auto de «rechazo» por «no subsanación» ex art. 426 o de «improcedencia» ex art. 427, se le presenta al frustrado actor un dilema: ¿qué hacer? ¿presentar una nueva demanda o apelar?

Y respecto a este dilema surge otro fenómeno interesante de analizar: los dos autos (el de «rechazo» por «no subsanación» y el de «improcedencia») no se notifican al que debía ser el destinatario de la demanda, o sea al —llamémoslo así, pero en rigor no lo es— demandado. *Ergo*, él queda del todo ajeno al hecho de que se le quiso demandar y que gracias a los filtros eugenésicos ello quedó en una mera intención. Con la consecuencia de que el porfiado actor podría perfectamente (y en ambos casos) reintentar su demanda y si esta vez tiene «éxito» y logra que ésta sea admitida el —ahora sí— demandado no sabría siquiera que la precedente demanda fue «rechazada» o declarada «improcedente» *in limine*. Ciertamente si la demanda fue «rechazada» por no haberse «subsanado» una cuestioncilla formal (como lo es la mayor parte de las veces) el saber de su existencia le serviría de poco en términos defensivos. Pero si se trata de una improcedencia por «petitorio jurídicamente imposible» (inc. 6 art. 427), por «falta de legitimación activa» (inc. 1 art. 427), o por lo que fuera, ¿es que acaso no podría ser que él planteara la respectiva excepción de cosa juzgada, en cuanto, si un juez ha ya considerado que lo que se demanda no se puede demandar o que quien demanda no puede demandar lo que está demandando y que *ne bis in idem*? Pero ello ni siquiera se plantea, pues el demandado no tiene modo de saberlo y el frustrado «proceso» (muerto al nacer) pasará al olvido y a engrosar los atiborrados archivos de nuestro Poder Judicial.

De allí que en la alternativa entre apelar de las resoluciones aquellas y plantear una demanda nuevamente, la razón recomienda optar por la segunda (o sea seguir con el *forum shopping*). Pero no siempre ello es posible porque hay supuestos en que o se admite «esa» demanda o nunca más se podrá demandar. El caso más claro es cuando se ejercita un derecho sujeto a caducidad (y ahora también respecto de la prescripción cambiaria, por la «extraña» regulación que de ella se ha hecho en la nueva Ley de Títulos Valores³⁷). Allí no puede haber dilema: ¡«apelar o morir»!

³⁷ Así v. los arts. 95.1 («El proceso judicial o arbitral cuya demanda haya sido presentada ante la respectiva autoridad judicial o arbitral antes que venzan los plazos de prescripción no será afectado por la conclusión de dichos plazos en el curso del respectivo proceso; salvo

Y si se apela del auto de improcedencia la ley señala algo de lo más extraño: «el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto» y «la resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes» (art. 427 *in fine*).

La disposición que tiene su fuente la redacción original del art. 296 del CPC brasileño (ahora modificado³⁸) y en el art. 119.2 del Código uruguayo, nos revela el mundo del absurdo del CPC: si no se apela de la declaración de improcedencia el demandado ni se entera, si apela sí; si no se apela la resolución «produce efectos» sólo para el actor, si se apela y se confirma «produce efectos para ambas partes», que es una notable forma de regular «el proceso»: ¡el contradictorio se provoca para la segunda instancia respecto a la «solitaria» resolución del juez que «consideró» la demanda improcedente! O sea que la resolución de primer grado se dicta sin previo contradictorio, la de segunda con él. ¡Así de extraño es el mundo del «proceso» publicístico!

6. Las dudas existenciales de la Corte Suprema

Pero ha sido esa «extrañeza» la que ha logrado que esas resoluciones de improcedencia lleguen a la Corte Suprema.

En efecto, en los años 1994-95 cuando comenzaron a llegar los «neo» recursos de casación a la Corte Suprema, muchos de ellos se dirigían contra autos de vista que confirmaban ya sea los de «rechazo» o los de «improcedencia» de la demanda (lo que es ulterior indicio de los dramas provocados desde el inicio por los arts. 426 y 427 CPC). Frente a esos recursos la Suprema no tuvo inicialmente vacilaciones: los recursos eran «inadmisibles» porque no se dirigían contra un «auto que ponía fin al proceso», pues «sólo con el emplaza-

que sea declarado en abandono» y 96.3 («los plazos de prescripción establecidos en este artículo son perentorios y no admiten interrupción, ni suspensión») de la Ley 27287, Ley de Títulos Valores.

³⁸ Según el original art. 296 del CPC brasileño de 1973 si la sentencia de «indeferimento» era apelada se citaba al demandado para que participe en la apelación (que era la solución pensada por Dos Reis en su CPC: art. 481 § 2º, segundo párrafo). El texto del art. 296 fue modificado por el ley 8.952 del 13.12.1994, el mismo que ahora establece que: «Rechazada (*indeferida*) la petición inicial, el actor podrá apelar, estando facultado al juez, en el plazo de 48 (cuarentiocho) horas, a reformar su decisión». Con lo cual si es que el juez no modifica su «sentencia apelada» (?) «los autos serán inmediatamente remitidos al tribunal competente, lo que quiere decir que no se piensa en ninguna participación del demandado en los actos posteriores» (así GOMES DA CRUZ, *A petição inicial*, cit., pág. 114). No hay duda: ¡siempre mejor!

miento con la demanda se considera existente un proceso»³⁹ y «no habiendo sido admitida a trámite la demanda (...) al haberse declarado improcedente (...), no existe proceso»⁴⁰. Ello suena de lo más «lógico»: si no existe proceso, mal se puede ponerle fin... Y debo decir que convengo con la primera premisa de nuestra Corte Suprema: «sólo con el emplazamiento con la demanda se considera existente un proceso», pero ciertamente no para negar un recurso de casación sino para negar la legitimidad de los arts. 426 y 427 que impiden que tal emplazamiento se produzca.

Pero, de allí a poco, se produciría un vuelco. En efecto, la Corte Suprema al resolver una Queja por denegatoria de recurso de casación⁴¹, aun reiterando que «si bien es verdad que no hay proceso cuando se declara improcedente una demanda liminarmente, pues éste rechazo por sí mismo no produce efectos contra la parte contra quien se dirige la pretensión», «en la medida que para la apelación se cita al demandado y que la resolución recaída en segunda instancia sí produce efectos para ambas partes, no se puede hablar de ausencia de proceso», agregando algo muy importante: «la resolución confirmatoria que se expida con citación del demandado produce el efecto del inciso tres del artículo cuatrocientos treintiocho de la Ley Procesal», un efecto que no es otro que el de que no sea «jurídicamente posible iniciar otro proceso con el mismo petitorio» (!). En suma, lo que quiso decir la Corte Suprema es que ese «conocimiento» al «demandado» que el Juez hace de la apelación de *su* auto de improcedencia produce el mismo efecto que el «emplazamiento» de los arts. 430-438 CPC. Sólo que ese «emplazamiento» lo es para «contestar» la demanda y no precisamente para «defender» la corrección de la resolución de improcedencia expedida sin previo contradictorio por el juez *a quo*, que es lo realmente importante.

Pero lo cierto es que a partir de lo resuelto en esa Queja se abrió la puerta de la Corte Suprema para estas resoluciones y (dado que las resoluciones de la Corte Suprema son las únicas que se publican) enterarnos con un poco más de detalles los efectos perversos que los arts. 426 y 427 provocan⁴².

³⁹ Así en la Casación N° 345-94 del 21 de junio de 1995, respecto de la impugnación del auto de vista que confirmando el apelado había declarado inadmisibile la demanda y ordenado «el archivamiento de los autos».

⁴⁰ Así en la Casación N° 355-94, del 22 de junio de 1995.

⁴¹ Queja N° 189-95 del 30 de noviembre de 1995.

⁴² Si bien la Queja N° 189-95 abrió la puerta de la Suprema a los autos de improcedencia *in limine* de la demanda *ex art.* 427 CPC, quizá por extensión, también lo hizo a la de «rechazo»

Pero es muy sintomático que para abrir efectivamente un proceso (o sea dar curso al contradictorio) se tenga (pocas o muchas veces, poco importa) que tocar la puerta de la Corte Suprema, con todo lo que ello significa en términos de tiempo (y, como no, de dinero). Que son las paradojas de los procesos publicísticos fundados en el principio de «economía procesal».

7. La violación de las esencias del proceso y la precariedad del admisorio

Y aquí nos acercamos al verdadero meollo del problema: el juez tiene que emitir una decisión como la que le imponen los arts. 426 y 427 CPC «solitariamente» vale decir sin promover el contradictorio que *debería* ser su regla de oro⁴³.

Pero esta abierta violación de las esencias del proceso cometida por el legislador «del proceso» puede crear otros no pequeños problemas cuando el juez en definitiva «admite» la demanda (inicialmente o por revocatoria del «superior» o por decisión de la Corte Suprema, no importa).

Según el art. 430 CPC «Si el juez califica la demanda positivamente, da por ofrecidos los medios probatorios, confiriendo traslado al demandado para que comparezca al proceso». Muy bien, finalmente se arranca con el proceso. ¿Y qué es lo primero que puede hacer el demandado? Pues plantear excepciones procesales (las del art. 446 CPC, o, en la praxis, la nulidad del «admisorio», fundada en todo aquello que no puede cuestionar a través de las «excepciones» típicas). O sea que el demandado puede reponer sobre el tapete todo lo que el juez ya se «autocuestionó» al «controlar» la demanda. Con la consecuencia de que la ley establece la posibilidad de todo un «subprocedimiento» enderezado a

ex art. 426 último párrafo, pese a que cuando esta resolución se apela no se pone en conocimiento del «demandado». Mejor no digo más, pues podría removerse viejos dilemas existenciales. Cfr. la Casación N° 1472-2001/Lima, del 7 de noviembre del 2001, publicada en *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 42, marzo 2002, pág. 306 y s., que declaró infundado un recurso de casación interpuesto contra un auto de vista que confirmando el apelado tenía «por rechazada» una demanda de desalojo, en sustancia porque el actor no había «precisado» cuál fuera la causal para demandar el desalojo.

⁴³ Como bien señala CIPRIANI, *Derechos fundamentales de la Unión Europea y derecho de impugnar*, en *Boletín Cultural Cuzco*, N° 16, 30 de mayo del 2003, «mientras el derecho a la defensa es inviolable y pertenece exclusivamente a las partes, el contradictorio constituye un modo de ser del proceso y representa un límite para el juez, que está obligado a actuar siempre en contradictorio entre las partes, también cuando le parezca que sea perfectamente inútil convocar también a la otra parte».

la mera «admisión» de la demanda que se desenvuelve entre el actor y el juez (y que puede llegar incluso a la Corte Suprema), para que luego, lo resuelto se diluya en la nada, que es lo que ocurre cuando se estima una excepción (o una nulidad) relativa a una cuestión ya apreciada *de oficio* por el juez cuando «controló» la demanda⁴⁴.

Es decir para evitar «procesos» inútiles hemos terminado creando «subprocedimientos» y «resoluciones» del todo inútiles, pues el que la demanda sea «admitida» no significa absolutamente nada y nada le asegura a ese demandante que su proceso terminará con una sentencia y que esa sentencia será de fondo (que era la justificación de la presencia de los arts. 426 y 427 CPC).

En efecto, no sólo el demandado puede reponer en cuestión lo que ya el juez analizó al «admitir» la demanda con el planteamiento de excepciones y nulidades varias, sino que el propio juez tiene que replantearse, otra vez «solitariamente», en ese gran ornamento (que también tiene su origen en la «revolución procesal» lusitana de 1926) que es la resolución de «saneamiento procesal» del art. 465 CPC, en donde muy «sanamente» se podría declarar la «nulidad y conclusión del proceso», sin que sus motivos sean previamente discutidos por las partes (o sea violando el principio del contradictorio⁴⁵).

Pero, como por lo general la tan sabia resolución «de saneamiento» nada «sana», nada impide que el juez, tras haber «admitido» la demanda y declarado la buena salud del proceso *ex art.* 465 CPC, emita una sentencia meramente absolutoria de la instancia proclamando la «improcedencia de la demanda». ¿Cómo así? Pues porque el «poder eugenésico» del juez nunca se agota a estar

⁴⁴ De ello me di (recién) cuenta en mi *¿Jueces «directores» o jueces «Penélopes»? (Reflexiones sobre las vicisitudes de las excepciones procesales, el saneamiento y el contradictorio en el CPC de 1993)*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 43, abril 2002, pág. 59 y ss.

⁴⁵ Bien decía DENTI, en un célebre estudio de 1969, que cuando el juez levanta de oficio una cuestión prejudicial «se encuentra respecto a la exigencia del contradictorio, en la misma posición de la parte», y si «no se puede prescindir del contradictorio respecto a las excepciones de parte», «por análogas razones no se puede prescindir de él respecto a las excepciones levantadas de oficio: ambas, en efecto, en cuanto dan lugar a cuestiones prejudiciales, amplían el *thema decidendum* sobre las cuales las partes tienen derecho de debatir»; concluyendo que «las cuestiones prejudiciales tenidas en cuenta de oficio no pueden ser decididas, si el juez no las ha previamente sometido al contradictorio de las partes. La violación de este deber da lugar a nulidad de la decisión, que debe reconducirse a la categoría de las nulidades consecuentes a la violación de la regla del art. 101 del código de procedimiento civil»: *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, en *Dall'azione al giudicato*, Cedam, Padova, 1983, pp. 55, 56, 62 y 63.

a que ni el «admisorio» ni el «auto de saneamiento» son vinculantes para él y el art. 121, *in fine*, del CPC le permite que «excepcionalmente» (nuevamente, ¿quién lee los adverbios?) pueda emitir en la sentencia una simple *absolutio ab instantia*. Y no sólo lo puede hacer el *a quo*, sino también (faltaría) el *ad quem* en apelación (o consulta) y (¿cómo no?) también ¡la Corte Suprema! (art. 396 inc. 2.5).

8. Conclusiones y perspectivas

La pregunta es entonces ¿por qué no hacemos un poco de «economía» auténtica y liberamos al juez de primera instancia del «control» previo de la demanda (con lo cual le ahorráramos también harto trabajo a los jueces de apelación y a la propia Corte Suprema), y le dejamos al demandado que se comporte como buen demandado y plantee él, de ser el caso, las cuestiones procesales que estime? ¿Por qué no dejamos que el contradictorio (o sea el proceso) funcione?

La experiencia nos está diciendo que los arts. 426 y 427 CPC son fuente de «dispendio inútil de actividad judicial» por lo que no queda sino derogarlos. Pero no basta. El problema va más allá de ellos, el problema está en todo el «cerebro del Código» que fue diseñado dándole unos poderes al juez que calzaban muy bien en los años veinte-treinta del siglo pasado, y ya no a fines del mismo, si no fuera por más porque nosotros cuando se elaboró el CPC teníamos como leyes de la República (y no se olvide, en ese momento, con rango constitucional⁴⁶) a la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴⁷, al Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁸ y la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁹ que inequívocamente consagraban (y consagran) el derecho de toda persona a ser «oída públicamente y con todas las garantías» por un tribunal competente, independiente e imparcial «para la determinación de sus derechos y obligaciones». Pero evidentemente lo importante para los reformadores procesales era convertir al juez en el «protagonista» (y desde el

⁴⁶ La Constitución de 1979 establecía en su art. 105 que «Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma constitucional».

⁴⁷ Aprobada por Resolución Legislativa N° 13282 del 15 de diciembre de 1959.

⁴⁸ Aprobado por D. Ley 22128, del 28 de marzo de 1978. Ratificada «constitucionalmente» por la Decimosexta disposición general de la Constitución de 1979.

⁴⁹ Aprobada por el D.L. 22231, del 11 de julio de 1978 y luego (también ella) (re)ratificada en Decimosexta disposición general de la Constitución de 1979.

inicio) del proceso y no ciertamente desarrollar en las normas del CPC «todas las garantías» para que aquella persona (demandante y demandado) pudiera ser «oída»⁵⁰.

Pero diez años de experiencia de proceso civil «sombriamente dominado por el juez»⁵¹, deberían inducirnos a cambiar ruta y repensar cómo hacer auténticamente efectivo ese derecho a «ser oído», o sea replantear integralmente la fase introductoria del proceso civil.

En esa línea, toda nueva demanda debería dar la menor molestia posible al juez (y al aparato judicial), la que siendo una manifestación de libertad no tiene por qué ser «admitida» o «no admitida» (o sea, en sustancia, controlada⁵²). A fin de cuentas en un régimen de libertad, que cada uno (y sus abogados) cargue con la cuota de responsabilidad que la propia libertad acarrea («defectos» y «temeridad» de la demanda incluidos).

⁵⁰ Para justificar la presencia de estos artículos se ha dicho que «el derecho de acción ya se ejercitó al interponer la demanda y, por consiguiente, si ésta se declara inmediatamente inadmisibile o improcedente, no se ha violado derecho constitucional alguno del pretensor»; siendo «no sólo legal sino necesario» establecer que es obligación del juez pronunciarse sobre la admisibilidad y procedencia de la demanda: así, RAMÍREZ JIMÉNEZ, *Postulación del proceso*, en *Revista del Foro*, Lima, Año LXXXI, N° 2, 1993, pág. 54 y s.; Igualmente, TICONA POSTIGO, *Los ejercicios del derecho de acción y de contradicción en el Código procesal civil peruano*, en *Ius et Praxis*, N° 24, 1994, pág. 86, para quien «el ejercicio del derecho de acción no importa imprescindiblemente el derecho a una sentencia sobre el fondo, sino a un pronunciamiento —sea mediante sentencia u otra forma de resolución— sobre la pretensión y sobre la demanda en general; emitiendo juicios de admisibilidad, procedibilidad ‘in limine’ o finalmente fundabilidad. Todo ello dentro de la concepción publicista del proceso y de la acción». Yo no sé si después de diez años de experiencia con los arts. 426 y 427 se repetirían estas palabras.

⁵¹ La expresión es de SATTI, *El formalismo en el proceso*, cit., pág. 54.

⁵² Por ello bien decía hace muchísimos años Giuseppe Pisanelli, autor del Código italiano de 1865, que «la experiencia ha demostrado la inutilidad de la intervención del juez para autorizar la citación. Él no puede y no debe tomar en examen las cuestiones que puedan surgir de la demanda del actor; no puede por consiguiente denegar el permiso de la citación porque la demanda no esté fundada de hecho o de derecho, ni una demanda puede ser desestimada sino con una sentencia proferida en las formas prescritas por la ley y previa discusión de la causa en las formas por ella establecidas» (cfr. en MONTELEONE, *Sobre la exposición de motivos de Giuseppe Pisanelli al Libro I del Código de procedimiento civil italiano de 1865 (dos códigos en contraste)*, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LI, N° 27, octubre 2001, pág. 161).

Las demandas deben ser sí «controladas» pero por el más implacable de todos los «jueces»: su destinatario, el demandado. Y eso es lo que deberíamos asegurar: que ni bien la nueva demanda ingrese, llegue (sin ningún control previo), eficaz, certera y rápidamente, a destino⁵³.

⁵³ Todos sabemos que (desde siempre) el mayor problema de todo proceso civil es la primera notificación al demandado, aquella en que se le pone en conocimiento la existencia de la demanda en su contra. Y el problema se agrava si pensamos que el domicilio («dirección domiciliaria» dice el inc. 4 del art. 424 del CPC) del demandado lo señala el propio demandante, con la no rara posibilidad de que o se dé una «dirección» que no corresponde a la del domicilio del demandado o que sea demasiado fácil decir que sencillamente se ignora el mismo. Frente a ello, no es inusual el fenómeno de la «devolución» de la cédula de notificación por parte de un tercero que informa que el demandado «no domicilia allí»: Esta «cuestionilla» procedimental, que no ha mayormente preocupado las mentes de los «científicos» del proceso, es un problema abierto porque frente a esas «devoluciones» cada juzgado (y, en su caso, sala) tiene su propio «derecho viviente». ¿Qué hacer? No se sabe. De la misma manera es demasiado recurrente la notificación edictal (o sea por periódico) «bajo apercibimiento de nombrarse al demandado curador procesal», cuando se dice en la demanda (ciertamente, «bajo juramento») que se ignora el domicilio del demandado. Y todos sabemos, que ese «medio de notificación» (y el correspondiente nombramiento del curador procesal) se resuelve en una mera ficción. Nuestro legislador pensó (¿cuándo no?) resolver estos problemas con amenazas de sanciones al actor (y su abogado) que da una «dirección» falsa del demandado (art. 441 CPC) o que (sólo) alegremente afirmó el desconocimiento de su domicilio (art. 165 segundo párrafo CPC), amenazas que por lo general no evitan ni las «direcciones» falsas ni afirmar (jurando y perjurando) el desconocimiento del domicilio del demandado. A la solución efectiva de estos problemas deberíamos abocarnos, con soluciones como las de la LEC 2000 (arts. 155 y 156) que (no sé con cuanto concreto éxito) ha previsto que el primer emplazamiento o citación al demandado se haga en varios lugares, debiendo el demandante indicar «cuantos datos conozca del demandado y que puedan ser de utilidad para la localización de éste, como números de teléfono, de fax o similares», y frente al desconocimiento de estos «datos» surge la posibilidad de «averiguación del tribunal sobre el domicilio» del demandado en «Registros, organismos, Colegios profesionales, entidades y empresas...», todo ello con la finalidad de que la notificación edictal quede como «último y extremo recurso» (así en la Exposición de Motivos).