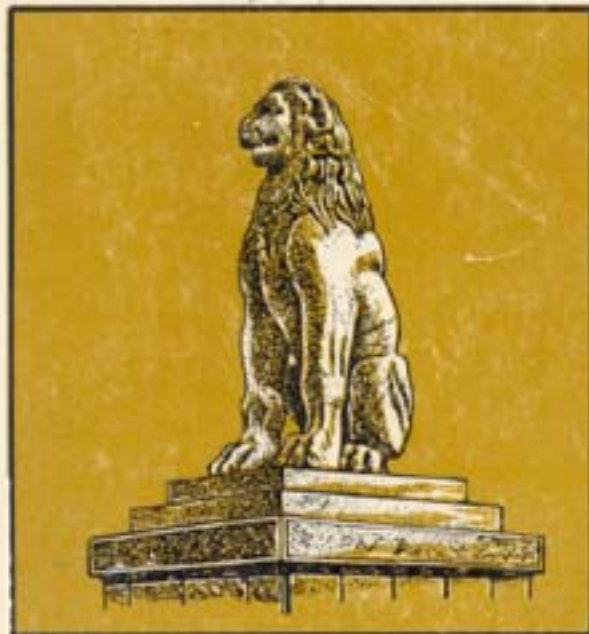

Enrique Véscovi

Elementos para una teoría
general del proceso civil
latinoamericano



universidad nacional
autónoma de méxico

**ELEMENTOS PARA UNA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO
CIVIL LATINOAMERICANO**

ENRIQUE VESCOVI

ELEMENTOS PARA UNA
TEORÍA GENERAL DEL
PROCESO CIVIL
LATINOAMERICANO

UNAM

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

México, 1978

Primera edición: 1978

DR. © 1978, Universidad Nacional Autónoma de México
Ciudad Universitaria. México 20, D. F.

DIRECCIÓN GENERAL DE PUBLICACIONES

Impreso y hecho en México

I. PROPÓSITOS Y ANTECEDENTES

1 PROPÓSITOS

La sustitución de los países por las regiones, como unidades, es un hecho que aparece cada vez más evidente en nuestra época. Se manifiesta con mayor claridad en el ámbito económico que en el político y jurídico, pero, fuera de la indiscutible influencia de aquel factor en los demás, resulta también, esta transformación, notoria en el propio campo del derecho.

Nuestra Latinoamérica no constituye una unidad; no obstante creemos —y aspiramos— que tiende a ello, alentada por una multitud de factores que nos acercan.

En el campo del derecho —que recibe con más retraso, pero ineludiblemente esas influencias— el fenómeno recién comienza, pero es cada vez más necesario en esta época de cambio. Ya existen múltiples instituciones comunes y se proyectan otras. La separación que aún existe entre nuestros países esperamos que sea superada por un imperativo histórico cultural y por otras múltiples razones. Este trabajo, en infinitésima parte, quiere contribuir a recrear una unidad latinoamericana, impulsada por muchos factores, aunque contrariada por otros que confiamos sean superados.

La realidad, el estudio de ese derecho positivo, nos demuestra sus múltiples factores unitarios debido, fundamentalmente, a un origen y a necesidades comunes. El conocimiento de ese derecho positivo es el primer objetivo. Creemos que en este aspecto (el conocernos más a fondo) estamos muy atrasados en nuestra área. Y consideramos importante progresar en él.

Resulta entonces este trabajo, en primer término, un estudio comparativo del derecho procesal civil latinoamericano. Luego y partiendo de éste, se podrá esbozar una teoría general del proceso civil latinoamericano,* para permitir que el trabajo acumulado de tantas personas pueda tener

* Invoco este título para el tratamiento de este tema, porque en esa calidad —de las que más me honra— he ahondado el estudio del derecho procesal civil latinoamericano, en una investigación realizada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, donde tuve el placer y el honor de ser acogido en medio de su selecto núcleo de investigadores.

Con ese material he redactado el capítulo correspondiente al Proceso ordinario de primera instancia en Iberoamérica para el volumen xv (*Civil Procedure*) de la *International Encyclopedia of Comparative Law*, en curso de publicación bajo los auspicios de la International Association of Legal Science.

una base común, orientación común y, por consiguiente, una meta común. Sobre todo cuando vemos que hay tantos problemas idénticos que reclaman soluciones similares.

La finalidad última es el mejoramiento de la justicia latinoamericana, valor esencial para la defensa de los derechos fundamentales del hombre. Inclusive, se ha proyectado elaborar un "código de proceso civil modelo", que sirva para ser adaptado a los distintos países habiéndose ya formulado, en una labor conjunta, "bases comunes" (*infra*, número 4 y nota 15). Este libro representa como un alto en el camino para repensar y asentar mejor las bases propuestas y para facilitar la colaboración de tantos valiosos juristas en la labor.

Se trata, entonces, de fijar algunas pautas de lo que podría ser una doctrina general, basada en el derecho positivo, es decir de los derechos procesales y organización judicial vigentes.

Por supuesto partimos de la base de que pueda existir una "teoría general del proceso". En este sentido y no siendo este libro más que un hito en la labor colectiva latinoamericana, debemos remitirnos a nuestras variadas reuniones científicas donde, sobre la base de medulares trabajos,¹ hemos concluido, acerca de la existencia de tal teoría general del proceso,² recomendando, inclusive, su incorporación a los programas de enseñanza del derecho procesal.³

Claro que en nuestro plan de exposición no seguimos el de esta teoría general sino el que nos impone el derecho positivo latinoamericano.

Este libro significa también un resultado, el de la labor acumulada de una doctrina y una jurisprudencia que constituyen ejemplo para el mundo científico por su desarrollo y madurez. La ordenación que pretendemos realizar es nuestro mejor homenaje a ellas.

¹ Entre todas las importantes ponencias presentadas destacamos la de Niceto Alcalá Zamora y Castillo. Todas sobre el tema 4o., "La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1968, p. 1.

² El punto de partida, acordado unánimemente en el Congreso, parte de la teoría unitaria del derecho procesal. Por supuesto del derecho procesal todo y no sólo del proceso civil que es aquel del cual tratamos en este libro. Como bien se subrayó en aquel encuentro científico, unidad no significa identidad de las diversas ramas.

³ Tiene por fin la creación de un curso en el que se expongan los principios comunes a las distintas ramas procesales. Debemos señalar que este curso ya existe en varios países latinoamericanos que han seguido las indicaciones de aquellas jornadas. Ello sin perjuicio de algunos adelantados que ya pudieron anunciar, en Caracas, que contaban con el mismo en los programas de sus facultades de derecho.

2 EL ÁREA LATINOAMERICANA. ENCUADRE HISTÓRICO-GEOGRÁFICO DEL TRABAJO

El derecho procesal latinoamericano y el Código Modelo no tienen pretensión de regir en forma efectiva en ningún país. Y este último sabemos que será sólo un proyecto que se deberá adaptar a las particularidades de cada uno de los que lo adopten.

Sin perjuicio de ello, resulta necesario realizar un encuadre histórico geográfico del tema, puesto que la pertenencia a una misma familia procesal, amén de otros factores comunes, es lo que hace posible el intento de construir una teoría común y proyectar un “código modelo”.

Nuestro derecho procesal se encuentra dentro de la familia del *Civil Law* en la cual está ubicado en el grupo que se separa y podríamos llamar hispanoamericano,⁴ es decir, España y los países de Latinoamérica en general.

En ese sentido los caracteres similares de los códigos latinoamericanos podemos decir que provienen de sus antecedentes hispánicos, siendo la influencia de la legislación española en el área uno de los fenómenos más significativos.

Esto explica el atraso en que aún se encuentra nuestra legislación, puesto que el proceso civil que rige en España, en el momento de la Conquista —que se ha extendido con pocas diferencias hasta el presente—, es el que rigió en Europa desde el siglo XII, incluido el fenómeno de la recepción, hasta el siglo XVIII.⁵ El proyecto que pretendió introducir un sistema más acorde con las nuevas tendencias de la época fue rechazado por la resistencia de abogados y magistrados.⁶

De ese modo, el proceso que influyó en los códigos latinoamericanos, es el romano canónico, a través de la inspiración de la mayoría de éstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (de 1855, más que la de 1831) y la Legislación de Partidas, en especial la Partida III, del siglo XIII, dedicada a esta rama del derecho y que responde a la mencionada ideología en la organización del procedimiento. Dicha Ley de Enjuiciamiento Civil fue una de las fuentes más indiscutibles de la mayoría de nuestros có-

⁴ Conforme Cappelletti, M. *Procédure orale et procédure écrite*, Milano, 1971, pp. 22/23.

⁵ Conforme y más ampliamente: Caenegem, R. van, “History of European Civil Procedure” en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. xv, cap. 2, pp. 27 y ss.; David René *Les grands systèmes de droit contemporains*, 6a. ed., París, Dalloz, 1974, p. 72.

⁶ Nos referimos a la “Instrucción del procedimiento civil con respecto a la real jurisdicción ordinaria” del marqués de Gerona, aprobada en 1853 y que se derogó de inmediato por escollar contra la incompreensión de sus contemporáneos... *Vid.*, Prieto Castro, *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, Madrid, 1953, I, núm. 193, p. 114.

digos. Los que encontramos en nuestra América, aun anteriores a ella, responden a la misma orientación, pues lo importante es que derivan del mismo sistema que regía desde mucho antes en la península ibérica. Por eso, no es de extrañar, que los textos más antiguos como la “Ley sobre el Modo de Conocer y Proceder en los Negocios Contenciosos” de Venezuela (Gran Colombia) de 1825⁷ como el “Código de Procederes de Santa Cruz” (Bolivia, 1833) o el Código de Procedimiento Civil de Venezuela (1836) respondan a las mismas características, en definitiva inspiradas en el derecho común (romano-canónico), traducido en la reglamentación procesal de la Partida III en territorio ibérico.

La tarea de formular un *derecho procesal civil latinoamericano*, entonces, se ve facilitada por el hecho de responder todos los derechos positivos que lo inspiran a una misma familia de derecho comparado. Esto por lo menos pensando en los países hispanoamericanos. La misma influencia, aunque la solución posterior haya sido diferente, ha sufrido el derecho portugués y el brasileño.⁸ Consideramos, entonces, a Brasil integrando nuestra comunidad procesal,⁹ y a Portugal incluido en nuestra “familia”.

En cambio, deben quedar fuera países como Puerto Rico que integran el sistema del *Common Law* (aun antes de su incorporación a los Estados Unidos), así como aquellos que pertenecen a otras familias, o al menos —pese a ser del *Civil Law*— no a la sub-familia que tratamos, y se rigen por otros principios, tales como códigos de influencia napoleónica: Haití y Santo Domingo, y otros que integran el grupo angloamericano del *Common Law*: Trinidad Tobago, Bahamas, Grenada, Jamaica y Surinam.

⁷ Es el profesor Luis Loreto quien reivindica para Venezuela —integrante de la Gran Colombia— la paternidad del primer código latinoamericano, en “Estado actual del derecho procesal civil en Venezuela”, *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1943, II, p. 207.

⁸ El derecho medieval que rige en la Península Ibérica hasta la Conquista, podemos decir que es el mismo, formado por el proceso civil romano canónico con influencia del derecho germánico. (Ampliamente, Couture, E. J. “Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano”, en *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1948, t. I, pp. 291 y ss.) Portugal luego introduce el jurado, que establece como principio constitucional, y se adopta la organización judicial francesa y, pese al proceso escrito, se da cabida al debate oral. Se introducen en el régimen del Código de 1876 elementos de oralidad y concentración. El Código brasileño de 1939 —que sirvió para unificar el régimen procesal federalista del país— se inspira en dicho código y en los proyectos italianos, estableciendo la oralidad y separándose, así, del resto de los países latinoamericanos. Esa misma orientación, con pocas variantes, mantiene el Código de 1973.

⁹ Pese a las diferencias de su sistema, Brasil forma parte de nuestro Instituto Latinoamericano de Derecho Procesal, y su importante doctrina es avanzada luminosa de nuestro derecho procesal civil latinoamericano.

3 DIVERSIDAD Y UNIDAD DEL DERECHO PROCESAL CIVIL LATINOAMERICANO

En este comprendemos todos los demás países de Latinoamérica, lo cual no quiere decir que exista una unidad procesal en dichos países. Inclusive hay dos de ellos, Argentina y México, que en homenaje a su federalismo, exagerado, en esta manifestación tienen códigos de procedimiento civil, penal, etcétera, diferentes, según las diversas circunscripciones territoriales (estados, provincias, territorios). Por lo demás ha existido una multiplicidad tan grande de reformas, más aceleradas en los últimos tiempos, que han cambiado, total o parcialmente los códigos de los diferentes países, de modo que la diversidad aumenta. Inclusive algunas reformas son muy recientes y de trascendencia. Así, en orden temporal inverso, señalemos el Código de Cuba, de 1974; de Brasil, de 1973; de Colombia, de 1974; de Argentina, de 1967; de Guatemala, de 1963, etcétera.

Y ello sin perjuicio de algunos otros dictados en las provincias argentinas y estados mexicanos.

La doctrina general, entonces, no puede entrar en detalles, pero sí abordar los grandes principios en que coincidimos. En primer lugar por ese origen común que continúa influyendo, pues, pese a todas esas reformas, los códigos, como veremos, no han cambiado en lo general la escritura que predomina en los procedimientos, ni abandonado los principios originarios. Y es justamente este hecho que determina en parte el retraso que toda la doctrina denuncia y pretende superar.

Por lo demás, la diversidad no es tampoco tan grande, ni entre los distintos países, como veremos, ni entre los diferentes códigos mexicanos,¹⁰ ni argentinos.¹¹ Y, por sobre todo, nos unen los importantes lazos de carácter cultural y espiritual, y —como se verá a través de este libro, por lo menos eso pretende demostrar su propia aparición— los propósitos y planes comunes para el mejoramiento del servicio de la justicia en el mundo latinoamericano, que queremos más unido, más cercano,

¹⁰ Inclusive los diversos códigos mexicanos se pueden agrupar en tres "familias", dentro de las cuales unos se inspiran en otros, siendo muy similares. (Más ampliamente, Alcalá-Zamora y Castillo, N., "Unificación de los códigos procesales mexicanos, tanto civiles como penales", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. x, 1960, pp. 265 y ss.

¹¹ En la Argentina en 1967 se aprobó el llamado "Código de la Nación..." que mediante convenios se ha ido extendiendo —con pequeñísimas variantes— a varias provincias, procediéndose así a un movimiento unificador. La cuestión de la oralidad, especialmente, continúa, sin embargo, marcando algunas diferencias para las provincias que aún no lo han aceptado. En todo caso se debe coincidir con J. Guasp en el sentido de que por lo menos se puede moldear un sistema coherente del proceso civil hispanoamericano "El sistema de una ley procesal civil hispanoamericana", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1956, pp. 69 y ss.

más uniforme, sin perjuicio de las inextinguibles particularidades de cada país.

4 LOS FACTORES AGLUTINANTES. LA "VIABILIDAD" DEL CÓDIGO MODELO. ANTECEDENTES

Pertenece a un mismo continente y nos unen importantes lazos: la historia, la lengua, la geografía —cuyos factores de separación se hacen cada vez menores— y un ideal común, aunque no totalmente definido, pero que se intuye y manifiesta, cada vez más, a través de múltiples organizaciones e instituciones.

Por último las necesidades de un mundo en el que los países parecen sustituirse por las organizaciones regionales que nos impulsan a una unidad, aún muy lejana en muchos aspectos.

Esta es la infraestructura; la superestructura está constituida por el régimen procesal referido, cuya unificación no parece tan lejana ni tan imposible.

Este intento de hacer un esbozo de una doctrina latinoamericana del derecho procesal supone la existencia de importantísimos antecedentes, por lo que esto aparece como un eslabón más de la cadena que vamos construyendo.

Resulta imprescindible señalar que partimos de un trabajo ya realizado, cuya faceta más destacada, a nuestro juicio —al menos en lo colectivo—, lo constituye la labor del Instituto Latinoamericano de Derecho Procesal. Especialmente a través de las jornadas realizadas hasta ahora y los temas tratados en ellas, respecto de los cuales, además de los valiosísimos trabajos presentados, resulta importantísimo material la lectura de las deliberaciones y conclusiones. Reseñemos entonces esos eventos y los temas tratados en cada una:

Primeras jornadas (Montevideo, 1957): 1) Garantías constitucionales del proceso; 2) Cooperación judicial internacional; 3) Proceso y regla moral.¹²

Segundas Jornadas (México 1960): 1) Ejecución de sentencia extranjera; 2) Oralidad. A lo que deben agregarse los temas tratados, conjuntamente, por el Primer Congreso Nacional Mexicano de Derecho Procesal, que funcionó simultáneamente con este temario: 1) Amparo (régimen procesal) 2) Unificación de códigos procesales; 3) Homologación de sentencia extranjera.¹³

Terceras Jornadas (San Pablo 1962 y 1er. Congreso de Derecho Pro-

¹² *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, 1958.

¹³ Los trabajos y conclusiones del Congreso se publicaron en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo x, 1960.

cesal Brasileño): 1) Mandado de segurança: 2) Despacho saneador: 3) Homologación de sentencia extranjera (*infra* nota 14).

Cuartas Jornadas (Caracas-Valencia, 1967): 1) Garantía procesal de los derechos humanos; 2) Iniciativa probatoria del juez civil; 3) Despacho saneador; 4) El principio de que las partes están a derecho.¹⁴

Quintas Jornadas (Bogotá, 1970): 1) El problema de la lentitud de los procesos y sus soluciones; 2) Bases generales comunes para códigos latinoamericanos de procedimiento civil; 3) Bases generales comunes para códigos latinoamericanos de procedimiento penal.

Justamente en esas jornadas —en las cuales todo esto culmina— actuaron el doctor Gelsi Bidart y el autor de este libro como relatores, y presentaron un anteproyecto fundado de bases,¹⁵ cuya labor consideramos integrante y fundamento del trabajo actual.

A esta labor colectiva creemos imprescindible agregar, por la valiosa colaboración que han prestado, la tarea de los congresos nacionales, en especial de dos países que son verdaderos adelantados en la materia: Argentina y México.¹⁶

Y ello sin perjuicio de múltiples reuniones bilaterales, de grupos de países o simplemente internas, sin la trascendencia de las mencionadas de Argentina y México, tales como las que nosotros llevamos a cabo con colegas de Argentina, Brasil y Chile, las que se han realizado en Centroamérica y en otros múltiples lugares, muchas de las cuales ni siquiera conocemos directamente.

5 EL MÉTODO. ALCANCE DE LA OBRA

Este libro parte de la realidad del derecho positivo latinoamericano y de la península ibérica. El estudio de éste, realizado especialmente con

¹⁴ Los trabajos de Sao Paulo no se publicaron en conjunto, aunque sus autores, al menos los relatores, los han incluido en diversos volúmenes. Tampoco se publicaron las conclusiones. Los trabajos y conclusiones de las IV Jornadas se publicaron, en su gran mayoría, en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, a partir del año 1967.

¹⁵ Gelsi Bidart, Adolfo y Vescovi, Enrique, *Bases uniformes para la reforma de la legislación procesal civil de los países latinoamericanos*, Montevideo, 1974; también en *La Justicia Uruguaya*, t. 63, sec. doct., p. 1., *supra*, nota 11, con referencia al trabajo de J. Guasp.

¹⁶ En el año de 1976 tuvo lugar en Viedma, Río Negro (República Argentina), el VIII Congreso Nacional Argentino y en Nuevo León, Monterrey (México), el VII Congreso Nacional Mexicano de Derecho Procesal. En general existen de cada uno de estos congresos importantes volúmenes que representan un valioso aporte a la doctrina procesal latinoamericana. Estos eventos han sido trascendentes en lo doctrinal, pero también para la legislación procesal de los países sedes y aun de otros que han aprovechado las enseñanzas, puesto que han sufrido importantes modificaciones que reflejan, en el derecho positivo, las directivas de esas reuniones.

el material obtenido en la labor realizada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se funda, especialmente, en los Códigos de Proceso Civil de los países del área, así como los de España y Portugal por razones históricas.

En esta labor comparatista no se utilizó el método tradicional del derecho comparado, de considerar cada una de las diferentes soluciones dada por los diversos derechos positivos, sino el más moderno de buscar la "solución típica"; es decir, aquella que se adopta (aunque sea mayoritariamente) en el área, para resolver cierto problema (económico, social, jurídico), siguiendo una determinada tendencia que, en lo general, es constante, sin perjuicio de señalar las tendencias que se apartan de ella.¹⁷

De esta manera se aprehende la solución de tendencia, en la legislación positiva latinoamericana, frente a cada determinado problema a resolver por un instituto.

De aquí partimos para evaluar la solución conforme a la doctrina latinoamericana en especial, sin perjuicio de proceder a compararla con la que existe en las otras familias procesales.

Tratamos de construir, de esta forma, ese esbozo de la doctrina procesal civil latinoamericana, que es la finalidad de este libro, para contribuir a la tarea de la redacción del código "modelo", asentado en una sólida base. O, mejor, aportamos una serie de datos para facilitar la labor que conduzca a esos objetivos.

II. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO CIVIL LATINOAMERICANO

6 PRESENTACIÓN GENERAL

El proceso en nuestra área es esencialmente *escrito*, es decir que no se admite —salvo excepciones—¹⁸ la oralidad y, por consiguiente, tampoco

¹⁷ Es la solución que se ha utilizado en la redacción de los diversos temas para la *International Encyclopedia of Comparative Law*, vid., artículo del prof. Drobnig en *Festschrift for Max Rheinstein*, vol. 1, pp. 231/33, en su traducción en inglés repartida entre los colaboradores de la enciclopedia. Separata de *Cornell Law Journal*, 1972, vol. J, núm. 2, pp. 113 y ss., especialmente pp. 13/24.

¹⁸ El régimen brasileño estableció el proceso oral ya en el Código de 1939, primero de carácter nacional, y unificó el régimen y luego en el de 1973. Este, señalan los autores brasileños, representa un retraso en materia de oralidad, tal como que no es imprescindible repetir la audiencia en caso de sustitución del juez (artículo 132) y que se puede juzgar la causa sin audiencia (de instrucción y juzgamiento) si hay ausencia de presupuestos procesales se está ante un asunto de puro derecho, etcétera (artículos 267/269, 330, 740, etcétera). En realidad se trata de casos claros en los que la audiencia está de más.

También ciertos códigos de algunas provincias argentinas, establecen el proceso

la concentración, la inmediación, ni la publicidad que son sus inmediatas consecuencias.¹⁹

La escritura y las actas lo dominan todo, tanto que en muchos países aún los interrogatorios de partes y testigos se hacen sobre la base de preguntas presentadas de antemano en escritos y se consignan en acta las respuestas. Sólo en los últimos tiempos, en una minoría de países, se admite —y generalmente sin dejar de procederse simultáneamente, de acuerdo con el viejo sistema— la posibilidad de que las partes o el juez repregunten (*cross-examination*), en el acto del interrogatorio.

El proceso, por consiguiente, sin *concentración*, se desarrolla en *fases preclusivas*. Así, por ejemplo, la interposición de cualquier excepción dilatoria deriva en un incidente (por supuesto también escrito), que suspende el trámite del juicio principal y que suele tener dos instancias, amén de que en algunos regímenes primeramente se falla y decide la excepción de incompetencia también en dos instancias, lo que hace posible dos decisiones, cada una con dos instancias (cuatro en total), como culminación de una simple incidencia y antes de proseguir el trámite principal. Es, por supuesto, un aliciente para la “chicana” y la pérdida de tiempo, que favorece la malicia.²⁰ Este sistema ha sido modificado en algunos regímenes, como veremos al realizar su estudio (*infra*, número 23). Varios códigos, especialmente aprobados ya en el siglo xx, proclaman la publicidad de la prueba, vista pública —y oral— de la causa, pero como verbal, al menos para el tratamiento de ciertas causas. En lo demás predomina la escritura. Algunos códigos establecen la recepción oral de la prueba, pese a ello (Colombia, Código de 1970, etcétera).

Luego encontramos la oralidad en ciertos procesos especiales en algunos países latinoamericanos, especialmente en materia laboral.

Pero en general y pese al optimismo de W. Millar (“La reforma procesal civil en la legislación de las naciones”, *Revista de Derecho Procesal, Buenos Aires*, 1950, pp. 12 y ss., especialmente p. 28/29) podemos decir que en los últimos tiempos se registra en Latinoamérica un retroceso de la oralidad (Venezuela, Loreto, *op. cit.*, *supra*, nota 7, pp. 214/215; Costa Rica, Baudrit, F., “La organización de los Tribunales de Justicia y los Procedimientos Judiciales en Costa Rica”, *Revista de Derecho Procesal, Buenos Aires*, 1944, pp. 472 y ss.; República Dominicana, Tavares, F., “Oralidad en el proceso de la República Dominicana”, *Revista de Derecho Procesal, Buenos Aires*, 1944, pp. 106 y ss.); etcétera.

¹⁹ Cappelletti, *op. cit.*, *supra*, nota 4, pp. 42/49.

²⁰ Decía E. J. Couture en 1945: “Por otra parte es menester recordar que el tiempo es algo más que oro, es Justicia. Quien dispone de él tiene en la mano las cartas de triunfo. Quien no puede esperar, se sabe de antemano derrotado... La naturalidad de nuestra justicia lenta nos envuelve y nos domina. Los magistrados apenas la perciben, porque su falta de contacto con los interesados les priva del espectáculo de su desesperación; los comerciantes lo dan todo por perdido cuando la reclamación de un crédito depende de la acción judicial. Sentencias ejemplares de nuestra jurisprudencia carecen, frecuentemente, de valor práctico, porque el estado de cosas del día de la demanda ya ha desaparecido el día de la cosa juzgada” (en “Exposición de motivos” del *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Montevideo, 1945, pp. 37/39).

remos, ello, en general, no altera sustancialmente, lo que acabamos de afirmar. La lentitud de los procesos representa, quizá, el más grave mal que los procesalistas latinoamericanos encuentran en sus sistemas, hasta el punto que es un tema constante de sus congresos²¹ y de sus trabajos, como puede observarse a través de las revistas especializadas. Y esa lentitud, como todos lo reconocen, representa siempre, más aún en estos tiempos vertiginosos y de inflación una denegación de justicia (*supra*, nota 20). Ella es, por muchos motivos, consecuencia de los otros caracteres estudiados.

El proceso es también *secreto* y no público, quedando fuera de todo control de la opinión general.

Los *poderes del juez* son muy limitados y esta propia limitación hace que el magistrado se habitúe a su función de “espectador”, dejando hasta de ejercer aquellos que posee.²²

En materia probatoria, por ejemplo, el juez se mantiene como espectador y rara vez dispone la realización de probanzas que la ley le permite decretar de oficio, especialmente a través de la institución, que se ha incluido en todos los códigos latinoamericanos, de la realización de *diligencias para mejor proveer* (*infra*, número 25, B, a).

En definitiva, recién comienza a actuar, normalmente, cuando el expediente se encuentra pronto para sentencia, porque las partes han hecho sus proposiciones, pruebas y alegaciones, en régimen de absoluta libertad y contradicción.

Así se entiende el principio *dispositivo* que analizamos enseguida (*infra*, número 7).

Por supuesto que se trata de respetar al máximo el principio de *igualdad* de las partes—inclusive con el alejamiento del juez de ellas— a través del contradictorio.

En materia de organización de tribunales, ellos son, en general, unipersonales en la primera instancia y colegiados en segunda, (tercera o casación).

Estas son las características más salientes del sistema, en una visión panorámica.

²¹ Como culminación señalemos que en las Quintas Jornadas Latinoamericanas, de Bogotá, el primer punto fue ese (El problema de la lentitud de los procesos y sus soluciones) y los restantes se referían a las bases para la reforma de los códigos procesales, civiles y penales (*supra*, parág. 4).

²² Esto, que es una realidad en nuestra área, parece ser un fenómeno general, al punto que Calamandrei ya señalaba en su “Elogio de los jueces escrito por un abogado”, que el peligro no radica en que los jueces abusen de los poderes que se les otorgan, sino más bien que no los usan adecuadamente.

7 LOS PRINCIPIOS PROCESALES: DESARROLLO

El principio *dispositivo* tiene plena vigencia en los códigos procesales civiles latinoamericanos. Solamente, en los más recientes se observa una reacción al respecto, introduciéndose algunas limitaciones.

Para su mejor análisis hemos dividido éste en varios subprincipios:

a) *El proceso debe comenzar por iniciativa de parte*, el Tribunal no puede hacerlo de oficio. Se aplican estrictamente los principios romanos de *nemo iude sine actore* y *ne procedat iure ex officio*. Curiosamente, son los códigos más modernos en Latinoamérica los que establecen expresamente este principio (Cuba, artículo 3º; Brasil, artículo 262; Colombia, artículo 2, etcétera). En los anteriores códigos, en general, no se expresa el principio, puesto que no hay una enunciación de ellos en la ley, pero está totalmente supuesto. Todos los códigos modernos (Brasil, artículo 262; Colombia, artículo 2, etcétera) hacen la exclusión de aquellos casos en que la ley permita la iniciación de oficio. También se admite la iniciación del proceso por el Ministerio Público en los casos en que tenga que actuar ("en que esté interesada la causa pública", Uruguay, C.O.T., artículo 171). Modernamente existe la tendencia a aumentar sus facultades, de conformidad a las tendencias de publicización del proceso (Cuba, artículo 47/49). En realidad se trata, en general, de casos muy excepcionales.

Nada hay que observar al mantenimiento de este "subprincipio" que responde, en general, a toda la concepción occidental del derecho y traduce la idea de la autonomía de la voluntad en el ejercicio de éste, lo que sólo ha sido objeto de limitaciones en los derechos del Este europeo, siguiendo el modelo del Código Soviético.²³ Nuestros sistemas (occidentales) sólo admiten la posibilidad de ampliar las funciones del Ministerio Público y de que éste actúe por terceras personas en defensa de sus derechos²⁴ o, también, la tendencia de la jurisprudencia

²³ Por ejemplo el Código soviético, al que siguen la mayoría de los de la familia socialista, establece que el juicio ejecutivo puede iniciarse no sólo por la parte, sino aun sin pedido de ésta por el Ministerio Público (*Prokuratura*) (artículo 351, ord. 3, Cód. R.S.F.S.R.). Las "Bases de procedimiento judicial civil de la Unión de R.S.S. y de las Repúblicas federadas" establecían que "El tribunal inicia el examen de un asunto civil... 2) por demanda del Fiscal... (artículo 6).

²⁴ *Id.*, especialmente Cappelletti, M., "La protezione d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil", *Extrait de la Revue Internationale de Droit Compare*, 1975, pp. 571 y ss.; también Cappelletti, M., y Jolowioz, J. A., *Public interest parties and the active role of the judge in civil litigation*, Milano-New York, Giuffrè-Oceana, 1975, pp. 5 a 153.

norteamericana al admitir las acciones colectivas (*class actions*) o la representación de los intereses generales por el *amicus curiae*.²⁵

La legislación y la doctrina latinoamericana generalmente ignoran este fenómeno de ampliación de la legitimación procesal.

b) El *impulso procesal* corresponde a las partes. Este principio que aún predomina en los códigos procesales latinoamericanos, en cambio, no es coherente con el concepto moderno del proceso y resulta rechazado por nuestra doctrina actual.

Los códigos latinoamericanos más modernos lo han sustituido por el impulso de oficio y la adopción de la regla de la perentoriedad de los términos, siguiendo los principios más adelantados y sin perjuicio de la disposición de los derechos en el proceso por las partes (*infra* inciso e). Por excepción ya lo encontramos en el Código de 1906 de Honduras (artículo 129). Así sucede, más recientemente (1967) con el Código de la Nación Argentina, que establece la perentoriedad en su artículo 155 (salvo acuerdo de partes con relación a actos específicamente determinados); el de Colombia (artículo 118); Cuba (artículo 795 y 39), estableciendo la regla del impulso de oficio, tal como se prevía en el proyecto Couture de 1945;²⁶ también el de Brasil (artículo 262). En los procesos por audiencia, lógicamente, la perentoriedad de los términos pierde mucho su sentido. Las Bases de Bogotá establecieron el impulso de oficio (tema I conclusión 11).

Consideramos adecuado establecer, expresamente, fuera del proceso por audiencias (oralidad) el impulso procesal de oficio y la perentoriedad como regla. Parece correcta la posición del Código de Brasil respecto de estos dos puntos: "El proceso civil comienza por iniciativa de parte, pero se desenvuelve por impulso oficial".

c) El *objeto del proceso (thema decidendum)* lo fijan las partes, principalmente el actor en la demanda, quedando delimitado por lo que el demandado acepte o controvierta. El fallo del juez debe ser *congruente* con lo pedido por las partes, sistema generalizado y acep-

²⁵ Pollock, E. E., "Class actions reconsidered; theory and practice, under Rule 23", *The Business Law Bulletin*, April, 1973, t. 28 p. 741. También trabajos sobre el tema en *Los Angeles Bar Bulletin*, t. 47, pp. 415 y s., y 72; sobre todo los trabajos de Grossman, "Class actions. Manageability and the fluid recovery doctrine", p. 415; y Masterson, W., "Class actions, the defense view point", p. 425, etcétera. *Vid., supra*, nota 24.

²⁶ En Cuba se utiliza la expresión improrrogable. Entre nosotros se distingue (por el código y la doctrina) la improrrogabilidad, imposibilidad de que el juzgador extienda el plazo, de la perentoriedad, atributo del plazo procesal que caduca por el solo ministerio de la ley, sin necesidad de decisión judicial alguna (o acuse de rebeldía de la contraparte).

Conforme Aguirre Godoy, M., *Derecho procesal civil*, Guatemala, 1973, t. I. pp. 332 y ss.

tado por la doctrina más relevante en el derecho iberoamericano.²⁷ El juez sólo puede innovar el derecho (*iura novit curia*), no puede fallar ni *extra* ni *ultra petita*. La apelación queda determinada —en forma coincidente— por el pedido del apelante (*tantum devolutum quantum appellatum*) y, por consecuencia no cabrá la *reformatio in pejus*. Estos principios son seguidos por todos los códigos latinoamericanos, con la sola excepción del reciente Código cubano que, orientado por los principios de los derechos de los países socialistas, abre una brecha, aunque tímidamente, a las facultades del tribunal al respecto.²⁸

Parece también adecuado continuar con esta tendencia que, por lo demás, responde a la universalmente aceptada, salvo en los países del área socialista mencionada, al menos para el proceso ordinario.²⁹

Este principio se suele expresar diciendo que el fallo del juez debe ser *secundum allegata et probata*. No obstante, con referencia a la prueba, la cuestión es más discutible y la tratamos por separado. (*Infra*, número 25, B, a.)

En efecto, podemos decir que en gran número de códigos latinoamericanos, como consecuencia de modificaciones que han sufrido (aunque sean parciales), se ha permitido al juez procurar de oficio ciertas pruebas y, en los más recientes, se ha proclamado el principio de que debe procurar la búsqueda de la verdad, dentro de los hechos del proceso, para lo cual se le dota de poderes especiales.

Esta es la tendencia que señala la doctrina y que estudiamos luego. (*infra*, número, 25, B. a.)

d) Las partes pueden *disponer de sus derechos* en el proceso, mediante el desistimiento, la transacción o el simple abandono tácito del proceso, regulado mediante los institutos de la deserción y la caducidad de la instancia (o perención como le llaman ciertos códigos). (*infra*, número 35.)

Esta última se mantiene aún en los códigos modernos que establecen el impulso de oficio y la perentoriedad de los términos, lo que parece una contradicción.³⁰

²⁷Aragoneses Alonso, P., *Sentencias congruentes*, Madrid, 1957.

²⁸El artículo 46 del Código de Cuba permite resolver en la sentencia puntos no contenidos en las cuestiones planteadas por las partes (*infra*, núm. 29).

²⁹Digo esto porque en ciertos sectores procesales (proceso laboral, por ejemplo) se alzan voces tendientes a modificar o atenuar este principio, reclamando la *ultrapetita* y aún la *extrapetita*, al menos en favor de la parte más débil de la relación.

³⁰Así lo enseñaba Couture. Sin embargo, hay códigos modernos los cuales, concientemente, así lo han establecido. Así sucede, por ejemplo con el Código de la Nación Argentina que mantiene la institución de la caducidad de la instancia frente al impulso oficial. *Vid.*, Colombo, C. J., *Código procesal civil y*

La *oralidad* podemos decir que se encuentra ausente de los procesos civiles latinoamericanos.

Es cierto que muchos códigos, especialmente los que se aprobaron o modificaron dentro del siglo xx, incluyen la vista oral de la causa y establecen la recepción oral de la prueba, pero el análisis de ellos demuestra que no estamos realmente dentro del sistema de la "oralidad" recatemente entendido (*infra*, nota 25.)

Curiosamente y ello por timidez en encarar una reforma más a fondo, algunos códigos latinoamericanos, sin embargo, reservan la oralidad para los procesos sumarios (México, Colombia, etcétera) y la gran mayoría para los juicios de ínfima cuantía que se cometen, en general, a los magistrados de grado inferior y por consiguiente a aquellos a quienes se exigen menos requisitos y preparación. Como siempre se piensa, erróneamente, que la única ventaja de la oralidad es la celeridad y sencillez. También que acepta jueces menos preparados, cuando la realidad es, justamente, la contraria. En Bogotá se incluyó: "Debe procurarse la implantación del proceso oral como la solución más eficaz contra la excesiva duración del proceso, penal, civil o laboral."

Como expresáramos, en las *Bases*,³¹ ésta no es la razón fundamental por la que reclamamos la oralidad, sino porque es el "principio que mejor corresponde al modo de ser del proceso y a la finalidad que persigue". Puesto que si el proceso trata de poner en contacto a dos partes que disputan ante un tercero, no debe ser un monólogo, ni desarrollarse mediante el expediente de escribir una misiva a otro y recibir del mismo modo la contestación, sin efectuar un diálogo ante el tercero que debe participar en la *quaestio* como protagonista y desde un principio y no limitarse a ser el que pone el capítulo final de la "novela". La forma escrita "congela el diálogo" y le impide su desarrollo. De este modo y como bien se ha dicho, el proceso oral es el único que puede realizar los principios que todos proclamamos como los más eficaces para realizar los fines del "proceso", tales como la concentración, la intermediación, la publicidad, etcétera.³²

Creemos que pesó demasiado en Bogotá el argumento de la falta de medios, que consideramos inexacto³³ y el temor a una reforma profun-

comercial de la Nación (anotado y comentado), Buenos Aires, 1969, t. I, pp. 225/26.

³¹ *Op. cit. supra*, nota 15, pp. 86/91, esp. p. 90.

³² Siguiendo las enseñanzas de M. Cappelletti, hemos planteado en nuestra área rioplatense la conveniencia de la oralidad y su consecuencia, los principios enunciados: Vescovi, E., "Perspectivas de oralidad" (con ocasión de aprobarse la ley 7861 para la Provincia de Buenos Aires) en *Revista Argentina de Derecho Procesal*, 1972, p. 507.

³³ Como decíamos en el trabajo citado ("Perspectivas de oralidad", p. 513) se

da, que subsiste en nuestro medio judicial latinoamericano, muy apegado a su tradición.

Nos parece, que si todos convenimos en la superioridad del proceso oral,³⁴ debemos implantarlo lisa y llanamente, no quedándonos en un sistema ya superado a partir del siglo XVIII en todo el mundo. Por lo demás, en Latinoamérica lo vemos aplicado en Brasil, en varias provincias argentinas y en los procesos de menor cuantía. Y lo que parece contradictorio, lo proclamamos y aplicamos en la mayoría de nuestros países a procesos especiales y de mayor trascendencia social: laboral, de menores, agrario.

La oralidad se compagina mejor con el *tribunal colegiado* y la *instancia única*, no obstante, puede admitirse que coexiste con el unipersonal y la doble instancia, principios difíciles de modificar en nuestro continente y que, en definitiva, resultan una mayor garantía para el justiciable.

Los demás principios que el procesalismo moderno reclama para el procedimiento civil (y el resto), resultan menos discutidos en el ámbito latinoamericano, aun cuando varios de ellos no se apliquen en el derecho positivo, dado que son incompatibles con el proceso escrito que existe.

Así sucede con el de la *publicidad*, que varios códigos inclusive proclaman (por ejemplo Nicaragua, artículo 192), pese a no poderse realizar en la práctica. Ya vimos que en la vista de la causa, al menos, se trata de introducir, pero ello representa su aplicación, en general, a una pequeña parte del proceso.

Lo mismo sucede con la *celeridad* que se busca de muy diversas maneras, especialmente rechazando incidentes y recursos (o dando a éstos efectos sólo devolutivo o diferido). Ello sin desmedro de las debidas garantías, tal como se ha proclamado en Bogotá: "La anormal duración del proceso comporta una denegación de justicia, por lo cual debe reducirse al mínimo posible. Sin embargo, la celeridad, no debe traducirse en mengua del derecho de defensa ni de las garantías del debido proceso" (tomo I conclusión 1.)

compara siempre un mal sistema escrito (el real) con un sistema oral ideal; se pone el acento en que hay sistemas orales donde por falta de jueces las audiencias se demoran... Se olvida lo esencial: La justicia necesita la audiencia, la presencia del magistrado ante las partes. Inclusive resulta el medio más adecuado para reducir los incidentes y "chicanas" de los litigantes y, por ende, el tiempo perdido.

³⁴ Debemos aclarar a esta altura, que cuando hablamos de "oralidad" lo hacemos en el sentido mencionado (*supra*, notas 19 y 32) lo que técnicamente deberíamos llamar proceso mixto o por audiencias, como expresan ciertos autores con mayor rigor, de acuerdo con la idea que tenemos de la organización del procedimiento y que desarrollamos más adelante (*infra*, núms. 23 y ss.). No obstante, el término "oralidad", en el sentido que lo usamos, es ampliamente reconocido en todo el mundo procesal.

La celeridad no requiere ninguna norma expresa, aunque debe estar presidiendo la organización de todo el procedimiento.

En cuanto al principio de *igualdad*, traducido, entre otros, en el de bilateralidad, preside todo el derecho positivo latinoamericano, por lo que nada debemos agregar al mismo.

Representa una de las garantías fundamentales de todo el proceso. Y resulta claro que nuestro plan de organizar un proceso más ágil, más efectivo, más moderno, no es óbice para reconocer que deben respetarse las fundamentales garantías del debido proceso, que constituyen algo así como el *Derecho natural* de todo proceso.³⁵

También se ha proclamado, modernamente, la necesidad de la imposición de la *regla moral* en el proceso, estableciéndose el *deber de lealtad y probidad* de las partes, tal como se proclama en los más modernos códigos de otros países. Estos deberes, la exclusión del fraude y la adopción, por el juez, de medidas efectivas a ese efecto, para lo cual debe estar dotado de los necesarios poderes, resultan indiscutibles en nuestra época. Así debe establecerse en la legislación positiva (*infra*, número 5), como lo hacen los más modernos códigos del continente.

8 LOS PRINCIPIOS PROCESALES Y LOS PODERES Y DEBERES DEL JUEZ

Podemos decir en general y salvo excepciones, que el Juez en el proceso civil latinoamericano ha carecido de funciones y las que ha tenido las ha ejercido con gran parsimonia y mesura. Y muchas veces, directamente, no las ha ejercido.

Así, por ejemplo, casi todos los códigos contemplan la facultad del juez de rechazar la demanda que no se ajuste a los preceptos, generalmente detallados, que se establecen. Sin embargo, siempre sin estadística a la vista y en la necesidad de generalizar, podemos afirmar que pocas veces los magistrados hacen uso de esta facultad y esperan la actitud del demandado de oponer una excepción dilatoria.

Lo mismo sucede en materia probatoria. Todos los códigos latinoamericanos copiaron la institución española de las diligencias para mejor proveer que permiten a los jueces, antes de dictar la sentencia, ordenar determinadas probanzas. Sin embargo, con la misma salvedad anterior, diremos que en la minoría de las veces los jueces han usado esta tan importante facultad, necesaria en un régimen en el cual el juez tiene

³⁵ Ya en la época de la Revolución Francesa varios autores incluían ciertos derechos procesales, como "naturales". Luego fueron así incluidos en la "Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano", de 1789, y en la de "Derechos Humanos", de 1948, ampliando su contenido. También en múltiples declaraciones regionales.

muy poca intervención en la etapa probatoria y recién conoce bien el expediente cuando debe estudiarlo para dictar el fallo.

Poco han ejercido también, creemos, sus poderes sancionadores, que llegan a incluir el *Contempt of Court* (México, artículo 73, etcétera).

Frente a esta realidad se levanta el derecho comparado y la doctrina que tienden, en esta coyuntura histórica, a otorgar más y más poderes al juzgador. Sin llegar al juez "dictador" en el proceso, no hay duda que cada vez más nos alejamos, modernamente, del juez "espectador" para volcarnos a la figura del juez "director" o "protagonista" del proceso.³⁶

El principio dispositivo no está de ninguna manera reñido, como a veces se entendió en Latinoamérica, con la figura del juez activo y director del proceso, tampoco con la del juez imbuido de poderes necesarios para la búsqueda de la verdad, dentro de los hechos alegados por las partes. La neutralidad del juez debe estar limitada a la cuestión de fondo, esto es, no debe tomar partido por ninguna de las partes; pero el juez no puede ser neutral dentro del procedimiento donde está empeñado en la búsqueda de la verdad y la exclusión de la mentira, el fraude y la mala fe; pues ese es el fin del proceso y esa es su función como representante del Estado,³⁷ (*infra*, número 25, B.)

En este sentido debe realizarse una reforma de los códigos del área, incluyendo los deberes del juzgador proclamados por los procesalistas de Latinoamérica en Bogotá para: a) declarar inadmisibile la demanda (tema 1, conclusión 9), y darle el trámite que corresponda, cuando el señalado en ella aparezca equivocado (conclusión 10); b) integrar de oficio el contradictorio en los casos de *litisconsorcio* necesario (tema 1, conclusión 12, a); c) rechazar *in limine* la intervención de terceros y los incidentes que no correspondan, así como las pruebas inconducentes, impertinentes o innecesarias (conclusiones b, c, e y f); decretar las medidas de prueba que tiendan a subsanar o evitar nulidades (conclusión 12, d), así como las demás que persigan la averiguación de los hechos alegados. Y para todo ello consagrar como un deber, sujeto a sanciones, la utilización de las facultades oficiosas que la ley le otorga para el más rápido trámite del proceso y su oportuno impulso (conclusión 13, a).

En definitiva, el aumento de los poderes del juzgador aparece como una de las metas más indiscutibles en nuestra doctrina.

³⁶ Seguimos la terminología de Alcalá-Zamora y Castillo, en especial el prólogo al libro de J. Rodríguez U. (*infra*, nota 37) y también en "Situaciones intermedias y dudosas relativas al juzgador", en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, t. I, pp. 248 y ss.

³⁷ Ampliamente en Rodríguez U., J., *Autoridad del juez y principio dispositivo*, Valencia (Venezuela), 1968.

9) LA LEGISLACIÓN PROCESAL

En general, las *fuentes* de las normas procesales son, en Latinoamérica, las leyes escritas, no la costumbre ni la *jurisprudencia*. Esta última sólo tiene fuerza obligatoria en ciertos países y con relación a ciertas materias, sin perjuicio del recurso de casación muy difundido en el área.

Normalmente, también, existen dos cuerpos de leyes, uno referido a la organización judicial y otro al proceso civil.

Respecto del tema, en general, queremos destacar solamente ciertos aspectos fundamentales.

En primer lugar la existencia de algunos principios procesales de rango constitucional, los cuales, por consiguiente, se encuentra por encima del legislador ordinario.

Resulta, a nuestro juicio, conveniente establecer los principios constitucionales del proceso, especialmente aquellos que garantizan los derechos fundamentales y pueden considerarse “derecho natural”,³⁸ al punto de estar consagrados, inclusive, en las cartas universales de derechos humanos.³⁹ Estos principios implícitos, muy a menudo expresos, más modernamente constituyen lo que se ha dado en llamar “garantías del debido proceso”.⁴⁰ Y deben regir aunque para ello deba declararse la inconstitucionalidad de la ley.

La gran mayoría de constituciones latinoamericanas establecen normas expresas al respecto, pero en forma muy variada. Esta vía jerárquica es el modo para obtener una mejor garantía, especialmente cuando se admite, como sucede en general en el área, la posibilidad de que un juez cualquiera (sistema difuso), o un órgano especial (régimen concentrado), pueda declarar inconstitucional la ley y al menos inaplicable el caso concreto, si no derogarla.

Fuera de los principios fundamentales no parece conveniente incluir en la constitución otras normas procesales, manteniendo el principio de que el orden y la formalidad de los juicios corresponde a la ley, como se establece, en la mayoría de los sistemas analizados.

Y no cabe duda —para quienes emprendemos una tarea que tiene por meta final la redacción de un código modelo para Latinoamérica— que dicha ley debe tener carácter general dentro del Estado (y no provincial o estatal). Es decir, que parecería lógico alinearse en la posición

³⁸ *Supra*, nota 35.

³⁹ Así sucede en la Declaración Universal de Derechos Humanos (especialmente artículos 8 y 10).

⁴⁰ En realidad la existencia de estos principios ha sido muy recientemente señalada por la doctrina. *Vid.*, Couture, E. J., “Las garantías constitucionales del proceso civil”, *op. cit.*, *supra*, nota 8, t. I, pp. 17 y ss.; Fix Zamudio, H., *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, 1974.

de quienes reclaman a Argentina y México la *unificación* de sus códigos procesales, cualquiera que sea el medio para lograrlo, así como lo ha obtenido Venezuela y Brasil, países también federales y de gran extensión y diversidad de Estados miembros, sobre todo en el último caso.

Otro aspecto de importancia práctica es delegar determinadas competencias en favor de la norma reglamentaria que permite su mayor agilidad, dejando a la ley la fijación de los principios e instituciones generales con sus caracteres principales.⁴¹

La potestad reglamentaria es conveniente, en esta materia, colocarla en los tribunales superiores de magistraturas u otros órganos especializados e independientes del Poder Ejecutivo, como sucede en algunos países del área.

III. LOS SUJETOS DEL PROCESO. EL TRIBUNAL. EL MINISTERIO PÚBLICO

10 EL TRIBUNAL. PRINCIPIOS QUE LO RIGEN

La organización judicial es una de las cuestiones que más depende de las condiciones geográficas, socioeconómicas y las propias divisiones políticas, diferentes según los países; factores que hacen variar dicha organización y adaptarla a condicionantes y necesidades diversas.

En consecuencia en este libro no pueden sino mencionarse los principios más generales y comunes con referencia al tema. También quedará afuera de un "código modelo" como ha quedado, casi totalmente, excluido de las bases comunes para la reforma.

No obstante ello, existen ciertos principios comunes que debemos resaltar y otros que proclama, casi unánimemente, la doctrina latinoamericana. Ya que, no hay duda que sin el cumplimiento de ciertos principios se resentirá el funcionamiento de la organización (dinámica) y, en definitiva, del proceso civil, que es el que nos ocupa. Una correcta organización y, sobre todo, jueces aptos serán la base fundamental de un procedimiento adecuado. No hay duda que podemos decir sin equivocarnos: dadnos buenos jueces y habrá buena justicia, aunque las leyes no sean perfectas.

⁴¹ Esto, por lo demás, deriva de la ineficacia actual que ha demostrado el Poder Legislativo, en general en nuestra área, para cumplir su principal función de dictar normas generales, entre otras para mejorar la organización y el funcionamiento del proceso. Y entonces cabe la posibilidad de aumentar las funciones del Poder Ejecutivo, como sucede en muchos casos o la de darle a los tribunales superiores de justicia facultad reglamentaria. Solución que se ha usado, recientemente, en el Uruguay con respecto a varias materias: fijación de los turnos, organización interna de las oficinas judiciales, etcétera. (Ley 13355 de 1965).

En primer término y con carácter general, debemos destacar la importancia de la función jurisdiccional en el imperio del derecho y en la defensa de los derechos humanos, tareas que resultan trascendentes en la actual época de cambio.⁴²

Entrando en los principios, debemos enunciar, en primer término, el de *independencia* que junto a los de autoridad y responsabilidad se consideran los esenciales.

La independencia tiene diversos aspectos. Es, en primer término, *independencia política*. Este es el sentido general que se da por los distintos tratadistas a la expresión "independencia del Poder Judicial" y se considera la base esencial en la que debe asentarse la autonomía técnica, es decir la necesaria para el ejercicio de la función jurisdiccional.

Dicha independencia se inicia, en todo caso, con la elección. Al respecto existen en nuestro subcontinente latinoamericano diversos sistemas y una gran preocupación en la doctrina por evaluar los mismos, apuntando los inconvenientes de cada uno.⁴³ En Bogotá los procesalistas latinoamericanos confrontaron sus diversos regímenes de designación de jueces y las posibles interferencias políticas que representan un cercenamiento de dicha independencia y autonomía. En general y aun cuando no se tradujo en una conclusión (base) se reconoció que el sistema más difundido de nombramiento por el Poder Ejecutivo, aun cuando sea por medio de ternas propuestas al Poder Legislativo, significa un cercenamiento a aquellos principios. Se admitió, en general y también sin votación, que los sistemas del colegio elector independiente (régimen peruano) o el que existe en Uruguay de elección de todos los magistrados y funcionarios por el superior tribunal judicial⁴⁴ pueden ser los más cercanos al régimen preferido.

A la independencia en la elección debe seguir consecuentemente la mayor *autonomía* para el funcionamiento, especialmente en lo técnico aunque también en lo administrativo.

⁴² Vid., Gelsi Bidart, A., "Proceso y época de cambio", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1968, p. 65.

⁴³ Así: Devis Echandía, H., *Derecho procesal civil*, t. I, y *Compendio de derecho procesal, Bogotá*, 1972, t. I, pp. 97 y ss.; Gómez Lara, C., *Teoría general del proceso*, México, 1974, pp. 179 y ss.

⁴⁴ En Uruguay la Suprema Corte de Justicia es elegida por la Asamblea General y es ella quien tiene las funciones administrativas, correctivas y directivas del Poder Judicial. Designa a todos los jueces y funcionarios; tiene un presupuesto global que maneja con independencia.

La Constitución de 1967 estableció, inclusive, que si a los 90 días no se procede a llenar la vacante producida en la Corte —para lo que se exige una mayoría especial— entra automáticamente el ministro de los Tribunales de Apelaciones con más antigüedad. Se complementa así nuestro sistema de captación. Últimamente, sin embargo, se proyecta crear el Ministerio de Justicia con lo que la designación pasaría al Ejecutivo.

La independencia tiene también, como aspecto esencial, la dimensión *económica*, tanto en lo que se refiere al Poder Judicial en sí, como al magistrado, resultando en ambos casos complemento indispensable para el ejercicio correcto de la función.

Y en este aspecto resulta negativo el hecho de que, en nuestra área, se denuncie por todos los interesados la falta de cumplimiento de este postulado, resaltando la pobreza del Poder Judicial y de sus integrantes, al menos con respecto a los otros poderes del Estado. Ello justifica que los procesalistas latinoamericanos hayan reclamado en Bogotá la existencia de un mejor presupuesto para el Poder Judicial en el que se asiente luego, la independencia y la propia responsabilidad que se exige.

El mejor es el modelo de Costa Rica donde, por norma constitucional el 6% del presupuesto nacional corresponde al Poder Judicial y se administra autónomamente por éste.

El principio de *autoridad* es complemento indispensable de la tarea asignada. Y, en contraposición con éstos se señalan los principios de imparcialidad y responsabilidad de los jueces que constituyen algo así como los deberes de la magistratura.

La *imparcialidad* resulta un elemento estructural de la propia función jurisdiccional;⁴⁵ sin ella no sería concebida. La *responsabilidad* corresponde a los magistrados individualmente y se trata en el siguiente párrafo (*infra*, número 11).

Por supuesto la independencia judicial supone —y requiere— el imperio del derecho y el respeto de las garantías fundamentales por parte del poder político, punto que está fuera de discusión y resulta ajeno al tema que tratamos.⁴⁶

11 ESTATUTO DEL JUEZ. DEBERES, DERECHOS. GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD. RESPONSABILIDAD

En lo relativo a la designación del juez en sí no existe en los regímenes latinoamericanos que hemos compulsado, el sistema del ingreso por concurso (oposiciones) ni la carrera judicial, como tal.

En esto ha insistido la doctrina, en general, las propias agrupaciones de magistrados, las facultades de derecho en sus reuniones y, también las jornadas latinoamericanas de derecho procesal. En la segunda de éstas

⁴⁵ Así Barrios de Angelis, entre nosotros, define la función jurisdiccional como "el poder deber público que se atribuye a órganos estructuralmente imparciales, para excluir la insatisfacción jurídica", en "Teoría general del proceso". "Enseñanza de la misma", *Revista de la Facultad de Derecho*, 1967, t. 18, p. 101.

⁴⁶ Es indudable que la crisis del derecho o de los derechos y el desconocimiento de éstos apareja la de todo el sistema. Aquí salimos del campo jurídico para introducirnos en el de las valoraciones políticas.

(y 1er. Congreso Mexicano de Derecho Procesal) se votó por aclamación una conclusión sobre la implantación de la carrera judicial, con garantías de independencia económica y funcional para el magistrado (inamovilidad, etcétera). Y se expresó que ella suponía: a) el ingreso por oposiciones, admitiéndose, para ciertos casos, el nombramiento directo; b) el ascenso por méritos; c) el retiro reglado y d) la responsabilidad de los funcionarios judiciales.⁴⁷

Tal idea se reiteró en la conclusión 1a. del tema II de Bogotá que dijo: "Debe establecerse un sistema de designación de los jueces que asegure su independencia, su capacidad y condiciones morales y establecerse una carrera judicial que les de seguridad, dignidad y adecuada remuneración y que garantice su derecho al ascenso cuando cumpla los correspondientes requisitos, mediante el régimen de concurso, si existe pluralidad de candidatos. El Ministerio Público debe gozar de un estatuto similar al de los jueces."

En cuanto a los deberes, como contrapartida de los derechos, están establecidos en algunos códigos, aun cuando en forma más bien genérica. En todo caso se garantiza la imparcialidad por ser, como dijimos, un elemento esencial en la función. En tal sentido se admite la *recusación* de los jueces que puedan tener algún impedimento que ponga en peligro dicha garantía.

Los códigos de Latinoamérica, en general, siguiendo sus modelos de España y Portugal (L.E.C., España, 1881, artículo 189 y C.P.C. portugués de 1939, artículo 127) establecen a texto expreso causales de recusación. En algunos casos se distingue el impedimento que obliga al juez a denunciarlo y excusarse, de la recusación (que contiene las causales de impedimento y otras menos graves) que permiten la posibilidad, para las partes, de recusar al juez (Uruguay, artículo 783 y siguientes) mediante un procedimiento contradictorio y prueba que permita dar garantías al magistrado y a la propia función.

Varios códigos, la mayoría, unifican los procedimientos de impedimento y recusación (Colombia, artículos 141/142; Brasil, artículo 134, etcétera) y establecen una causal genérica ("toda otra... que afecte la imparcialidad").

Además establecen la posibilidad de que el juez se excuse (excusación) por motivo íntimo o reservado que, en todo caso, debe poner en conocimiento del superior que lo debe autorizar (Brasil artículo 134, *in fine*; Uruguay, artículo 791).

⁴⁷ Ampliamente: trabajos y debates sobre este tema. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. X, pp. 355 y ss.

También: Sentís Melendo, S., "Administración de justicia y carrera judicial", *Teoría y práctica del proceso*, Buenos Aires, 1958, t. II, p. 3.

Es raro el código que exige al recusante la prestación de una fianza (Costa Rica, artículo 17). En cambio la mayoría requieren que se acompañe con la demanda de recusación la prueba o, al menos, que se indique la misma. Y se da oportunidad al recusado que acepte la causal; en caso contrario se promueve un contradictorio incidental.

En la mayoría de los códigos este incidente provoca la suspensión del proceso (Venezuela, artículo 119; Colombia, 146, etcétera); en algunos no (Brasil, artículo 138-1); en otros sólo se suspende antes de dictarse sentencia interlocutoria o definitiva (Uruguay, artículo 794). Es una consecuencia del procedimiento escrito en el cual el juez recién "interviene" en el proceso en dicha etapa. En algunos, siguiendo el modelo español, el proceso no se suspende hasta la sentencia, pero el juez queda apartado del pleito (L.E.C. artículo 200 y 201, México, artículo 186).

No cabe duda que si se propugna un proceso por audiencias, con un papel activo del juez, éste debe dejar de intervenir en caso de ser recusado, lo que debe provocar la sanción al litigante malicioso que no prueba, luego la causal. También la exigencia de la prueba junto con la demanda.

Resulta una originalidad, en los regímenes estudiados, el de la *recusación sin causa* que admite el Código argentino, siguiendo una institución ya tradicional en ese país que consagraba el antiguo derecho español, pero suprimió la L.E.C. de 1855. Así dice la ley 17454 (y artículo 14, del Código de la Nación Argentina "Los jueces de primera instancia podrán ser recusados sin causa... También podrá ser recusado sin expresión de causa un juez de la Corte Suprema o de las Cámaras de Apelaciones..."). La doctrina argentina aun la más moderna ha defendido este sistema como mayor garantía para los justiciables,⁴⁸ pero creemos que representa una concesión demasiado amplia al derecho individual contra el carácter público del proceso y de la organización de la magistratura.

Los restantes códigos latinoamericanos no admiten este instituto, salvo en algún caso limitado, siguiendo la solución más moderna al respecto.

También se consagra, en general y como contrapartida de los poderes y deberes del magistrado, la responsabilidad del mismo. En algunos casos introduciendo la posibilidad de dicha responsabilidad a través de la recusación al magistrado, en otros estableciendo un juicio independiente con mayores garantías para el juez (L.E.C. artículos 903 y siguientes;

⁴⁸ Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1969, t. II, pp. 305/306. Señala este autor que la mayoría de los códigos provinciales también consagran la institución, aun los más modernos como el de Mendoza, salvo los de Entre Ríos y San Luis.

Uruguay, artículos 132 y siguientes del Código de Organización de los Tribunales).

La responsabilidad puede ser disciplinaria, civil o penal si se comete delito.

La responsabilidad para los jueces por su actuación, en los casos específicos previstos (legalidad) y mediante un procedimiento especial, es aceptado por todos (conclusión 2 del tema II de Bogotá). En cambio no hay unanimidad en cuanto a la extensión de dicha responsabilidad al caso del error inexcusable⁴⁹ que se consagró en las mismas jornadas y que incorporó el propio Código colombiano de 1970 (artículo 40, *supra* nota número 49).

Son estos los caracteres más generales a destacar en el tema.

IV SUJETOS DEL PROCESO

12 LAS PARTES

En general los códigos latinoamericanos no definen el concepto de parte en el proceso, limitándose a indicar quiénes lo son. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia tiene una idea clara de la parte procesal distinguiendo, aunque con algunas vacilaciones, los conceptos de parte (procesal), de los legitimados para pretender y de los sujetos de la relación sustancial (partes en sentido sustancial).⁵⁰ Se sigue en esto la enseñanza de los maestros italianos, especialmente de Giuseppe Chiovenda.

La *capacidad* se regula, en general, en el derecho de fondo, remitiéndose los códigos procesales a él, sobre la base de que son capaces para litigar quienes tienen capacidad general ("Quien tiene personalidad jurídica, tiene personalidad judicial", dice el Código de Portugal artículo 5). La doctrina lo considera tema de la teoría general del derecho.

⁴⁹ Este punto fue discutido en Bogotá. No obstante en la base 13, c) del tema I se establece: "Responder civilmente por los perjuicios causados a las partes por sus demoras injustificadas en proveer, para lo cual debe establecerse un procedimiento breve ante el superior; sin perjuicio de la responsabilidad que le resulte por su dolo, fraude, abuso de autoridad o error inexcusable". El nuevo Código de Colombia también establece la responsabilidad de los jueces "cuando obren con error inexcusable salvo que hubiera podido evitarse el perjuicio con el empleo de los recursos que la parte dejó de interponer" (artículo 40, número 3).

No olvidemos, por lo demás, que la ley de Enjuiciamiento Civil ya establecía la responsabilidad civil de los magistrados "cuando en el desempeño de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusables..." (Artículo 903 de la L.E.C. 1881).

⁵⁰ Así sucede, por ejemplo, en la República Argentina, con un clásico como Alsina, H., *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2a. ed., t. II, p. 413 o un moderno como Palacio, Lino, *op. cit.*, *supra*, nota 48, t. III, pp. 8/12.

Uruguay, artículos 132 y siguientes del Código de Organización de los Tribunales).

La responsabilidad puede ser disciplinaria, civil o penal si se comete delito.

La responsabilidad para los jueces por su actuación, en los casos específicos previstos (legalidad) y mediante un procedimiento especial, es aceptado por todos (conclusión 2 del tema II de Bogotá). En cambio no hay unanimidad en cuanto a la extensión de dicha responsabilidad al caso del error inexcusable⁴⁹ que se consagró en las mismas jornadas y que incorporó el propio Código colombiano de 1970 (artículo 40, *supra* nota número 49).

Son estos los caracteres más generales a destacar en el tema.

IV SUJETOS DEL PROCESO

12 LAS PARTES

En general los códigos latinoamericanos no definen el concepto de parte en el proceso, limitándose a indicar quiénes lo son. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia tiene una idea clara de la parte procesal distinguiendo, aunque con algunas vacilaciones, los conceptos de parte (procesal), de los legitimados para pretender y de los sujetos de la relación sustancial (partes en sentido sustancial).⁵⁰ Se sigue en esto la enseñanza de los maestros italianos, especialmente de Giuseppe Chiovenda.

La *capacidad* se regula, en general, en el derecho de fondo, remitiéndose los códigos procesales a él, sobre la base de que son capaces para litigar quienes tienen capacidad general ("Quien tiene personalidad jurídica, tiene personalidad judicial", dice el Código de Portugal artículo 5). La doctrina lo considera tema de la teoría general del derecho.

⁴⁹ Este punto fue discutido en Bogotá. No obstante en la base 13, c) del tema I se establece: "Responder civilmente por los perjuicios causados a las partes por sus demoras injustificadas en proveer, para lo cual debe establecerse un procedimiento breve ante el superior; sin perjuicio de la responsabilidad que le resulte por su dolo, fraude, abuso de autoridad o error inexcusable". El nuevo Código de Colombia también establece la responsabilidad de los jueces "cuando obren con error inexcusable salvo que hubiera podido evitarse el perjuicio con el empleo de los recursos que la parte dejó de interponer" (artículo 40, número 3).

No olvidemos, por lo demás, que la ley de Enjuiciamiento Civil ya establecía la responsabilidad civil de los magistrados "cuando en el desempeño de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusables..." (Artículo 903 de la L.E.C. 1881).

⁵⁰ Así sucede, por ejemplo, en la República Argentina, con un clásico como Alsina, H., *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2a. ed., t. II, p. 413 o un moderno como Palacio, Lino, *op. cit.*, *supra*, nota 48, t. III, pp. 8/12.

Por excepción algún código incluye cierta especialidad para el proceso, relacionado con los institutos de habilitación para comparecer en juicio y nombramiento de curadores *ad litem*, en ciertos casos especiales (de colisión de intereses semi-capacidad, etcétera).

Los códigos también regulan las alteraciones de la capacidad de la parte, admitiendo, por supuesto, que puede continuar por sí el proceso quien deviene capaz; mientras que no puede hacerlo el que se incapacita, pudiéndose declarar la nulidad, como cuando fallece la parte. Sin embargo, en muchos códigos, se declara que estas modificaciones no hacen caducar el poder (procesal) que sigue válido, mientras no comparezcan en juicio el curador o los herederos en su caso.

Se distingue correctamente la capacidad, de la *legitimación*, que se finca en el interés derivado de la relación de fondo. Es decir, que se diferencia la cuestión de la capacidad, referida a la aptitud psicofísica del sujeto, de la legitimación, posición con respecto al objeto del litigio. Que requiere la "presencia" en el proceso de dichos sujetos (legitimados), para que pueda examinarse la pretensión de fondo.⁵¹

Sólo los códigos más modernos se refieren al interés, como condición para obrar, tal como sucede con el de Brasil, el cual determina que se ha de juzgar en una etapa previa y no en la sentencia de fondo (artículo 295, ordinal II y III). La mayoría de los códigos, sin embargo, siguiendo la estructura tradicional, no mencionan ni el interés, ni la legitimación, no obstante lo cual la doctrina y la jurisprudencia consideran estos elementos como presupuestos que se deben juzgar en la sentencia de fondo, antes de entrar en el mérito del asunto.⁵² En general, a diferencia de lo que legisla el Código brasileño se entiende, a nuestro juicio, correctamente, que no permite deferir la contestación ni podría ser motivo de la audiencia preliminar (*infra*, números 20 y 24).

La figura del *sustituto procesal* se estudia en el área, destacándose la evolucionada doctrina brasileña en el tratamiento de la cuestión.⁵³

⁵¹ Guasp, J., *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, p. 199.

⁵² Esto es, que no se le puede considerar susceptible de plantearse como excepción dilatoria, ni resolverse por una interlocutoria. Por lo contrario, se sostiene que se trata de una cuestión que se aprecia al dictarse la sentencia de fondo, aun cuando se la deba considerar —previamente— en el plano lógico e inclusive puede dar lugar a una sentencia de rechazo de la demanda, sin que se entre al fondo (mérito) de la pretensión procesal deducida. Y por consiguiente que permita el nuevo planteo de la demanda (por el verdadero legitimado, por ejemplo), sin que pueda oponerse la excepción de cosa juzgada (*Vid.*, Vescovi, E., "La falta de acción en el proceso", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XXII, núms. 85-86, sec. doctrina, p. 247). *Supra* núm. 20.

⁵³ Así, por ejemplo, ver Marques, J. F., *Instituições de direito processual civil*, 2a. ed., S. Pablo, 1962, t. II pp. 224 y ss., A nivel de manual: Amaral Santos, M., *Primeiras linhas de Direito processual civil*, Sao Paulo, 1962, t. I, p. 385.

También se analiza en el área la sustitución de las partes,⁵⁴ estableciéndose, sólo en los códigos modernos, reglas para la enajenación de la cosa litigosa (Brasil, artículo 42). Los demás, en su mayoría, se limitan a establecer la nulidad —relativa— de la enajenación de la cosa litigosa, por lo que algunos prevén, como regla especial, la anotación de la *litis* (Argentina, artículos 229 y 609; en el artículo 230 se regula la “prohibición de innovar”).

Los otros sistemas, los más tradicionales que son mayoría, regulan en la legislación de fondo o en la registral, la inscripción de ciertas demandas solamente (reivindicatoria, petición de herencia, etcétera).

En todo caso, todos estos institutos deben ser regulados en un futuro “código modelo”. El concepto de parte, como lo destaca correctamente la doctrina latinoamericana, tiene fundamental interés en la recta aplicación de las soluciones de los problemas relativos a la *litispendencia*, cosa juzgada, responsabilidad procesal, sustitución de partes, poderes, deberes y cargas procesales, etcétera.⁵⁵

La regulación debe seguir las orientaciones de la doctrina citada y el ejemplo del Código de Brasil, en lo que éste prevé especialmente, los institutos estudiados.

13 PROCESO CON PLURALIDAD DE PARTES. INTERVENCIÓN DE TERCEROS

El proceso con pluralidad de partes y las figuras del *litisconsorcio*, no están regulados en la mayoría de los códigos del área; sin embargo, se da por supuesta su existencia y en algunos institutos aparece su regulación indirecta, como por ejemplo en la figura del *procurador común*, que se prevé para el proceso con varias partes actoras o demandadas, para las que, en general, se establece, como regla, la comparecencia por un solo apoderado, la que puede decretarse de oficio por el juez.

Por todo ello la jurisprudencia iberoamericana ha podido recoger la doctrina más moderna en materia de *litisconsorcio* y distinguir el voluntario, del necesario y sus importantes consecuencias procesales.⁵⁶

⁵⁴ No conocemos, sin embargo, en Latinoamérica una obra especializada de la profundidad en el tratamiento del tema, como la de Ramos Méndez, E., *La sucesión procesal*, Barcelona, 1974.

⁵⁵ Así Reimundín, R., *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1956, t. I, pp. 187/188; Gómez Lara, C., *Teoría general del proceso*, México, 1974, p. 198.

⁵⁶ En estos países la doctrina ha analizado profundamente el tema y efectuado una precisa distinción del *litisconsorcio*, *Vid.*, por ejemplo, en Brasil: Machado Guimaraes, L., “Litisconsorcio y desapropiación” en *Estudos de Direito processual civil*, vol. I, p. 513; “As tres figuras do litisconsorcio”, p. 201; Barbosa Moreira, J. C., *Litisconsorcio unitario*, Río de Janeiro, 1972; en otros países del área: Aguirre Godoy, M., *Derecho Procesal Civil*, Guatemala, 1973, t. I, pp. 386 y ss.; Devis Echandía, H., *Nociones generales de derecho procesal civil*, Madrid, 1966, p. 376 y ss.

Los códigos más modernos lo regulan expresamente en sus dos formas y fijan los requisitos y procedimientos diferentes en cada caso (Guatemala, artículos 57/58; Argentina, artículos 88/89 y 94; Brasil, artículos 46/80; Colombia, artículos 50/51; Portugal, Artículos 28/29). Con referencia al *litisconsorcio* necesario facultan al juzgador a decretarlo de oficio, ordenando la integración de la *litis*.

La *intervención de terceros* está regulada en forma diferente en los códigos del área, debido a que muchos que siguen exclusivamente el modelo español, sólo establecen normas y procedimientos en el juicio ejecutivo, pero no contienen un capítulo general (España, artículos 488, 739 y 1532 y siguientes).⁵⁷ Otros, que seguramente se inspiran en el viejo Código de Bolivia, lo hacen en un capítulo general (Bolivia, artículos 317/322; Cuba, artículos 93/96; El Salvador, artículos 504/512; Uruguay, artículos 520/525; Venezuela, artículos 387/392), sin perjuicio de las normas especiales que se establecen en el juicio ejecutivo.

Por supuesto, que estos códigos, sólo se refieren a la intervención adhesiva (que llaman coadyuvante) y la excluyente, sin distinguir en la primera la simple o autónoma (*litis-consorcial*). Asimismo, sólo regulan la *intervención voluntaria*. La forzada sólo aparece en la moderna jurisprudencia que le da entrada, especialmente en la llamada en garantía, sin apoyo, en disposiciones expresas. Sólo pueden mencionarse las que regulan la citación de evicción, que el derecho de fondo establece al reglamentar la garantía de saneamiento en el contrato de compraventa.

Sólo los códigos más modernos regulan expresamente la *intervención forzada* de los terceros en juicio, permitiendo al juez, aun de oficio, integrar la *litis* como vimos más arriba. Incluyen la regulación de la figura del llamamiento o autoría (*laudatio o nominatio auctoris*): Brasil, artículos 62/69, Colombia, artículo 59, la denuncia de la *litis*: Brasil, artículos 70/76, Colombia, artículos 54/56 y por supuesto, la llamada en garantía. Brasil, artículos 77/80, Colombia, artículos 57/58.

De las informaciones que han podido lograrse en el área, sobre la utilización, en la realidad, de los poderes del juez, para hacer intervenir a los terceros, podemos extraer la conclusión de que son usados muy rara vez. Por supuesto que la utilización es aún menos frecuente en los casos de los códigos tradicionales, donde la jurisprudencia y la doctrina han aceptado sin disposición expresa la intervención voluntaria y aun la forzada de los terceros, que en los que llamamos más modernos (Colombia,

⁵⁷ Esto no significa una posición restrictiva respecto de la admisión del tercero en el proceso, tal como lo proclamara el inolvidable Mercader, Amílcar, *El tercero en el proceso*, Buenos Aires, 1960. Ver también Areal, J. L., "La noción de tercero en el pensamiento de Mercader" en *Problemática actual del derecho procesal* (libro de homenaje a Amílcar Mercader), La Plata, p. 157.

Brasil, a estos efectos) y que la prevén expresamente. Pero, aun en éstos, el instituto no funciona corrientemente, sino en forma excepcional.

El hecho de que dos códigos de tan distinto origen, como los de Brasil y Colombia tengan una regulación similar, demuestra la posibilidad de incluir en un "código modelo" normas como las allí previstas para regular los institutos, las cuales, por lo demás, siguen las orientaciones de la doctrina y jurisprudencia latinoamericanas (*supra*, nota 57). Recordemos, por otra parte, que en la reunión de Bogotá se estableció que se debe facultar al juez "Para citar de oficio a las personas que deben integrar el contradictorio en caso de *litisconsorcio* necesario... para rechazar *in limine* la intervención de terceros en el proceso..." (conclusión 12 del tema 1).

14 EL MINISTERIO PÚBLICO. LA DEFENSA DEL INTERÉS DE TERCEROS EN EL PROCESO

Fuera de la intervención directa del tercero a que nos referimos, en la cual se exige a éste, en general, un "interés propio" o "interés legítimo" en la causa, el instituto que, en general, se contempla en el área para la defensa de terceros que pueden estar afectados en el proceso, es el del *Ministerio Público*. Este se regula en casi todos los sistemas del régimen iberoamericano con este nombre o el de Ministerio Fiscal, que se usa en España y pasa a algunos países del subcontinente sudamericano, fuera de alguna otra denominación especial, como la de Ministerio Pupilar que se da en la República Argentina al encargado de la defensa de menores en el proceso.

La regulación del Ministerio Público, que se incluye en pocos códigos de procedimiento (aunque todos los mencionen) y más bien en los de organización de los tribunales o leyes especiales es, en general, la que responde a la estructura de este órgano en Francia (*Ministere Public*) e Italia (*Publico Ministero*).

La designación del Ministerio Público (idéntico en el área lusitana, es decir igual en español que en portugués) es la más común y sus funciones son las de representación en el proceso de los intereses de personas ausentes e incapaces (dementes, menores, etcétera). Asimismo se les legitima para representar la "causa pública", expresión que se repite en muchos códigos, y tienen inclusive, en ciertos casos, la facultad de iniciar la acción, siendo parte en el juicio (parte principal).

Estos casos, generalmente mencionados en la legislación de fondo a texto expreso, sólo nombrados con cierta generalidad en pocos códigos procesales ("allí donde esté interesada la causa pública"; "en las causas en que exista un interés público"), son, por ejemplo, los de nulidad del

matrimonio, impugnación de la paternidad, pérdida de la patria potestad, etcétera. En estos casos la posición del Ministerio Público es, como dijimos, de la *parte* (principal) en el proceso; en los demás casos (divorcio, etcétera, en los cuales hay un actor y un reo que defienden su interés, actúa en defensa de la causa pública (de la sociedad, etcétera) y su posición es la de *parte adjunta* (*partie jointe*).

En el área no se conoce, dentro del proceso ordinario en primera instancia, el fenómeno de otros sistemas (como por ejemplo el angloamericano) que, en ciertos casos, se permite la defensa del interés de terceros o del interés general, por ciertas partes (*class actions*, *social actions*, etcétera). Solamente se puede registrar este fenómeno en el proceso laboral, en que se admite la actuación de ciertos grupos (sindicatos, etcétera) en defensa del interés general del sector (aun de quienes, por ejemplo, no forman parte de ese grupo o persona jurídica o en alguna ley especial.)

Fuera del proceso ordinario y dentro del proceso constitucional, varios países del área admiten el ejercicio de una "acción popular". Por excepción el Código chileno la admite para el ejercicio de los interdictos posesorios especiales y de denuncia de obra ruinoso para defensa de los caminos, plazas y otros lugares de uso público (artículo 582.)

También frente a órganos administrativos (ley antimonopolios de Chile de 6/vi/39) o Tribunal de la disciplina del Mercado (España decreto 20/xii/74) o judiciales especiales (España: de contrabando y defraudación, ley 16/vii/74 o delitos monetarios ley 24/xi/38). También la reciente ley mexicana de defensa del consumidor que crea una procuraduría especial (diciembre de 1975).

Pero, en el proceso ordinario, no se conocen casos de admisión de una "legitimación colectiva", ni la admisión de la actuación de los cuerpos intermedios en defensa de los intereses de sus miembros o del interés colectivo, fenómeno que aparece en otras áreas.⁵⁸

El Ministerio Público debe regularse en ley orgánica o en la de organización de los tribunales, si ésta se hace por separado del código.

15 PATROCINIO EN JUICIO. ABOGADOS. PROCURADORES

Con relación al abogado y procurador, en general en la gran mayoría de los códigos latinoamericanos, siguiendo el régimen español (L.E.C. artículos 3 a 5 y 10/11 que, por lo demás, es similar al portugués (artículo 32/40), se establece la regla de que hay que comparecer por sí mismo o por procurador titulado y que, en ambos casos (también por

⁵⁸ Cappelletti, M., y Jolowicz, J. A., *op. cit.*, *supra*, nota 24, esp. parágs. 14/20.

regla, salvo excepciones), se requiere la firma letrada, esto es, el patrocinio del abogado. Queda fuera de esta investigación la cuestión de la compatibilidad o no de ambas profesiones (debemos decir, sin embargo, que, en general, en Latinoamérica no se sigue el tradicional sistema francés, sino el español de compatibilidad de ellas y, en algunos casos el propio abogado, con su título, ya puede ejercer la procuración, pues es, automáticamente, procurador).

Este régimen, aceptado pacíficamente, se reitera además en Bogotá, (tema II, Conclusión 4) donde se dijo:

Debe consagrarse la defensa letrada obligatoria, excepto en los procesos de mínima cuantía, cuando sea imposible obtener, en el lugar, la persona que la desempeñe. Las excepciones deben quedar libradas a cada país y región, pues se trata de una cuestión que depende de las condiciones de cada uno de ellos.

La consecuencia de la participación del abogado patrono en el proceso, es la regulación de su responsabilidad, la atribución al juez de poderes disciplinarios sobre el mismo, que pueden llegar a la consagración de multas, no sólo por su conducta perturbatoria del proceso, sino aun en relación a la defensa de su cliente.

Así, desde los códigos más antiguos, encontramos esta mezcla de defensa de la profesión y reclamo de responsabilidad en una tarea que se considera, desde muy antiguo, entre las auxiliares del juez. Así el Código de El Salvador, de 1857, a la vez que trata de garantizar los derechos de la profesión, inclusive fijando la remuneración de "1 por cada cuarto de hora de consulta verbal y por la vista de los papeles", establece que "sólo patrocinarán las causas que a su juicio sean justas o a lo menos controvertibles... y no usarán de sofismas ni sutilezas, sino sólo de raciocinios apoyados en la ley" (artículos 81 y 83.)

La defensa letrada obligatoria se ha ido implantando en todos los códigos o leyes que organizan la profesión de la abogacía, con las excepciones mencionadas y parece ser una solución indispensable. También se legisla sobre la responsabilidad, aunque sus límites y en particular las sanciones han sido un tanto discutidas últimamente, en cuanto se faculta a condenar en costas, no sólo a la parte, sino aun a su abogado, tal como se establece en el Código de la Nación Argentina (artículo 52) y en el de Colombia (artículos 73 y 74).⁵⁹ En lugar de este tipo de sanción, en

⁵⁹ El Código argentino en caso de conducta maliciosa o temeraria permite "imponer una multa a la parte vencida o a su letrado o a ambos conjuntamente, según las circunstancias del caso. La multa se fija entre el 10% y el 30% del valor del juicio (artículo 45). No se puede negar que la solución es polémica

otros regímenes se ha preferido la impuesta por el propio gremio, para lo cual se reclama la colegiación profesional obligatoria (tema II, conclusión 4, Bogotá), aun cuando ésta choca, en algunos países, con la propia regla constitucional o, según otros, con la norma de la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, aprobada por todos los países de Latinoamérica, que establece que "nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación".⁶⁰ Pese a esto en varios países del área se organiza la profesión en colegios, en forma minuciosa, tal como aquí se reclama.⁶¹

En todo caso nos afiliamos, hasta por el hecho mismo de haberse aprobado por el Instituto Latinoamericano, a los dos principios, colegiación obligatoria y sanciones gremiales, pero también posible responsabilidad del apoderado (o patrono). En efecto, en Bogotá, además de establecer el principio de la condena en costas a la parte vencida, se dijo que:

Siempre que en el proceso aparezca que una parte ha actuado con temeridad o mala fe, debe imponérsele la condena a indemnizar los perjuicios sufridos por la contraria; si tal conducta fuere del apoderado, se le debe imponer dicha condena solidariamente con la parte que represente, con derecho, para esta última, para repetir contra aquél cuando no haya compartido esa conducta. Para los efectos contemplados en esta conclusión conviene que la ley procesal determine expresamente los casos en que debe considerarse que existe temeridad o mala fe.

(Conclusión 8, tema 1). Esto último representa una mínima garantía. Además cabe requerir un estatuto detallado de los casos de responsabilidad y sus sanciones, como en toda ocasión que se deben imponer penalidades (Colombia, artículo 74; Brasil, artículo 17). (*Supra* nota 59).

La profesión de procurador no se halla, en general, tan reglada en el área.

Los códigos latinoamericanos contienen, en su gran mayoría, disposiciones que facultan al juez para nombrar *procurador común* en caso de varios litigantes integrantes de una misma parte (*litisconsorcio*), espe-

y ha dado lugar a múltiples discusiones en los países en que se ha establecido. No obstante, si se la rodea de las indispensables garantías, la creemos saludable.

⁶⁰ En las Segundas Jornadas de Derecho Procesal del Instituto Latinoamericano, celebradas en México en 1960, se trató el tema, concluyéndose que la colegiación obligatoria es un elemento fundamental para contribuir a la mejor administración de la justicia.

⁶¹ Así sucede en Guatemala donde, por disposición constitucional (de 1945), es necesaria la colegiación profesional para el ejercicio de las profesiones. Ampliamente: Aguirre Godoy, M., *op. cit.*, *supra*, nota 56, pp. 196 y ss.

cialmente si ejercitan una misma acción u oponen excepción. La regulación vigente parece correcta: obligación de comparecer por apoderado común y de designarlo y, en caso de desacuerdo, por el juez, recayendo en uno de los que han nombrado las partes, preferentemente y posibilidad de sustituirse de común acuerdo (Nicaragua, artículos 84, 86; México, artículo 53; Honduras, artículo 6; Guatemala, artículo 46, etcétera).

También resulta aceptable el sistema de regulación de la *gestión de negocios* por un tercero sin presentar el poder, en casos urgentes, con un simple plazo para hacerlo posteriormente, tal como establece el Código argentino (artículo 48):

En los casos urgentes podrá admitirse la comparecencia en juicio sin los instrumentos que acrediten la personalidad, pero si no fueran presentados o no se ratificase la gestión dentro del plazo de 60 días, será nulo todo lo actuado por el gestor y éste pagará las costas causadas, sin perjuicio de la responsabilidad, por los daños ocasionados.

Parece más ágil este sistema que el de la caución que conservan la mayoría de los códigos de Latinoamérica y que complica y retarda el procedimiento.

Nos referimos al sistema tradicional de la procuración oficiosa que proviene del sistema de la L.E.C.

V. ACTOS PROCESALES

16 LOS ACTOS PROCESALES

Existe una general uniformidad en los códigos procesales latinoamericanos con respecto a la regulación de los actos procesales, lo que facilita la tarea de redactar normas uniformes.

Con respecto al *tiempo*, hay una general conformidad en cuanto a la fijación y cómputo de los términos y a los días y horas hábiles para el cumplimiento de las diligencias judiciales, permitiéndose la realización de actos fuera de ellos, mediante habilitación especial, por decisión judicial, si hay causa de urgencia.

Los términos corren en general desde el día siguiente (en algunos del mismo día) al de la notificación última, si son comunes, y de la parte que corresponde, si son particulares. En algunos códigos se cuentan todos los días, en otros, los hábiles; depende realmente de la duración de los términos. Por ello resulta adecuada la solución del Uruguay de computar los términos hasta 15 días, contando sólo los días hábiles, y de más de

15 días contando todos los días (hábiles e inhábiles) (artículo 603), la de Honduras donde se cuentan todos los días hasta un mes (artículos 21/22), igual que la de Colombia (artículo 121), etcétera.

Siempre existe, en general, la disposición de que al impedido por justa causa no le corre término, que algunos códigos latinoamericanos incluyen sólo respecto de la contestación de la demanda, pero se entiende aplicable, analógicamente, a todos los casos

Con relación a la prorrogabilidad, que distinguimos de la perentoriedad, que en unos casos es la regla, en otros la excepción, parece más lógica la norma, de que si no se dice expresamente, el plazo es improrrogable. La perentoriedad también depende de una declaración de la ley; puede establecerse, como dijimos, como norma general expresa para todos los casos, junto con el impulso procesal de oficio (*supra*, número 7).

En cuanto a las *comunicaciones procesales* se suelen comprender las notificaciones y exhortos o cartas rogatorias, sean éstos en la esfera nacional o en la internacional.

Con respecto a las *notificaciones*, ellas son mucho más importantes en el proceso escrito y pierden significación en el oral (por audiencias), salvo algunos, especialmente el emplazamiento de la demanda, que es el que se rodea, con razón, de toda clase de garantías, sancionándose sus violaciones con nulidad absoluta (inexistencia), por virtud de que produce la total indefensión.

En un principio, los códigos establecieron el sistema de la notificación personal y a domicilio (primero en el real, luego en el que se ha constituido en los autos) y sólo se admitía la notificación en los estrados o por publicación para casos de excepción: el rebelde, el que se mudaba sin constituir nuevo domicilio, etcétera. Es el sistema de la L.E.C. española (1855 y 1881, artículos 264/281), que se recibe en la mayoría de los códigos de Latinoamérica del siglo pasado.

Posteriormente se desarrollan dos instituciones. La primera fundamentalmente es de origen venezolano y establece el principio de que "las partes están a derecho",⁶² esto es que, luego de que se entabla la demanda por el actor y se hace la primer notificación al demandado, las partes deben comparecer a estar a derecho, sustituyéndose la notificación por la fijación de la providencia en el tribunal (cartilla, inclusión en listas, etcétera) con lo que se entiende que la parte queda notificada.

Otra fórmula similar, que se desarrolla luego en algunos países, establece que en ciertos casos se practica la notificación en el domicilio de la parte (constituido a los efectos del proceso), pero en los demás,

⁶² Loreto, L., "El principio de que las partes están a derecho", en *Estudios de derecho procesal*, Caracas, 1956, No. 1, p. 29.

la mayoría (la regla, las otras son las excepciones) se realiza una notificación automática, ya sea por la inclusión en un estado de cada secretaría de Tribunal (Chile, artículos 50/53 y artículos 48/50) o por el transcurso de tres días hábiles (Uruguay, ley de 12-ix-936). Es decir, se establece la carga de comparecer (diaria, cada 3 días o en dos días fijos a la semana, como en el C.P.C. argentino) y la sanción es que se produce la notificación *facta* al vencerse ese reducido término. Igual sistema emplean Guatemala (artículos 66/67), Colombia (artículos 319/325), Paraguay (artículos 32/34), etcétera.

Este último, representa una forma, no tan perfecta, del sistema venezolano, el cual ha sido aprobado en el ámbito latinoamericano desde la Reunión de Caracas (tema número iv). El mismo principio se reproduce en Bogotá, pero redactado así: "Deben reducirse al mínimo las notificaciones personales o por cédulas e implantarse como regla general la notificación por constancia secretarial, de acuerdo con el principio de que las partes están a derecho en el proceso con la primera notificación personal que reciban." Esto de "reducirse al mínimo", quiere decir que, fuera de la primera, debe incluirse alguna otra notificación personal, tal como el caso de las sentencias, el llamamiento o emplazamiento a terceros, etcétera.

En cuanto a los *exhortos*, la cooperación interna es de precepto y la autonomía de las divisiones territoriales (federalismo) no debe obstar a ella. Su regulación depende de las reglamentaciones de cada país.

Con respecto a las *comunicaciones internacionales* (exhortos, cartas rogatorias), parece conveniente remitirse a los tratados y, en especial, al de Panamá que acaban de suscribir la mayoría de los países latinoamericanos en conferencia especializada convocada por la OEA, donde se regula lo referente a esta materia. En el mismo se reglamenta el principio establecido en Bogotá (conclusión 32, tema II). Puede incluirse alguna norma coherente con las del convenio internacional en el "código modelo".

En cuanto a las *audiencias* es necesario prever su regulación dado que se planea hacer un proceso con esa base. Los códigos vigentes contienen (salvo el de Brasil) una reglamentación muy breve y sólo en aquellos en que se prevé la vista de la causa en audiencia pública (Venezuela, Cuba, España, Nicaragua, México, Guatemala, Brasil, etcétera).

Resulta fundamental establecer el principio de la indelegabilidad de la función del juez, al que lo propiciamos en general, pero especialmente para la audiencia, pues si el juez faltare, aunque fuera momentáneamente, se perderían las ventajas de un sistema concentrado y de inmediación. Especialmente si, como dijimos, en Latinoamérica predomina,

en la primera instancia, el juez individual. Y este mismo régimen se admite para el proceso por audiencias, pero inclusive para el colegiado (al menos en la segunda instancia) preferimos la presencia de todo el tribunal y no la delegación de funciones en uno de sus miembros (juez instructor del régimen italiano o francés).

También será necesario establecer en el "código modelo" la continuidad de la audiencia, para respetar aquellos principios: la menor separación entre ambas (preliminar y conclusiva) y el fallo más inmediato, si es posible en la propia audiencia (*infra*, número 31).

En materia de nulidades, los Códigos latinoamericanos contienen una enumeración de las causales de las mismas entre las que incluyen, generalmente, la incompetencia absoluta, la violación a las reglas de la notificación y emplazamiento, la negativa a admitir pruebas, los defectos en las sentencias, etcétera.

En muchos otros casos, la ley prescribe formas para la realización de los actos, sin declaración expresa de nulidad, en caso de violarse esa forma. Modernamente, los códigos han declarado que en estos casos no puede seguirse nulidad, si el acto igualmente alcanzó la finalidad para la cual estaba destinado (Código argentino, artículo 169; de Colombia, artículo 154, número 4; de Brasil, artículo 244, etcétera)⁶³

De acuerdo con aquella enumeración, se aplica el principio establecido por toda la doctrina y resultante de la mayoría de las disposiciones positivas, de que fuera de los casos previstos en la ley, no podría haber nulidad. Es la solución de la mayoría de los códigos (tradicionales).

Sin embargo, la doctrina distinguió, tempranamente, de las nulidades comunes, una clase de nulidad (a veces se le llamó absoluta, otras inexistencia), que no podía ser convalidada (aun por el tiempo) y que igualmente existiría en caso de que la ley no lo estableciera. Se trataba de la violación de las normas que garantizan el debido proceso o colocan a las partes en una situación de indefensión.⁶⁴ Por ejemplo, el Código de Costa Rica (1937, artículo 385) acepta ese concepto de nulidad absoluta y lo admite sólo para el caso de "indefensión".

⁶³ En el derecho uruguayo, como en el argentino, la jurisprudencia es abundante, en el sentido de sostener que el acto viciado de una nulidad de forma es válido, si alcanza los fines propuestos e inclusive si se ha seguido un procedimiento diferente, pero de mayores garantías para el reclamante. En esto sigue la doctrina dominante que, a su vez, cita abundantemente estos casos jurisprudenciales: Gelsi Bidart, A., *De las nulidades de los actos procesales*, Montevideo, 1949; Berizonce, R., *La nulidad en el proceso*, La Plata, 1967; Palacio, *op cit.*, *supra*, nota 48, t. iv; Vescovi, E., *Derecho procesal civil*, Montevideo, Edit. Idea, 1975, t. iii.

⁶⁴ Ampliamente: Alsina, H., *op. cit.*, *supra*, nota 50, t. i, p. 649/51; Podetti, R., *Tratado de los actos procesales*, p. 487; Devis Echandía, H., *Compendio de Derecho procesal*, Bogotá, 1972, t. i, p. 478.

Recientemente, el Código de Cuba establece esta solución como norma jurídica (artículo 179). Allí habla de los casos previstos expresamente en la ley y “en cualquier otro en que por incumplimiento de las formalidades legales se produzca o pueda producirse indefensión o algún perjuicio irreparable a las partes”. Tal fue lo proclamado en Bogotá en 1970 “restringir las causas de nulidad procesal a las que taxativamente señale la ley y a las que produzcan indefensión” (tema 1, conclusión 16).

Parece lógico establecer un principio semejante, que la doctrina y la jurisprudencia han proclamado ampliamente.

Naturalmente que ello debe ser excepcional, pues la tendencia de los modernos Códigos —aun en Latinoamérica— es a evitar las nulidades y a no declararlas —aun existiendo— sino en determinados casos y sometidas a limitaciones, como veremos.

Justamente, el atribuir mayores poderes al juzgador, como es la tendencia unánime, lleva a que ellos procuren, como dice el Código de Venezuela, “la estabilidad de los juicios evitando y corrigiendo las faltas”, tratando, de este modo, de evitar nulidades (Venezuela, artículo 229).

De acuerdo con la tendencia mencionada, se establecen en los Códigos una serie de limitaciones, basadas en principios que hemos expuesto orgánicamente en nuestra obra *Bases uniformes para la reforma de la legislación procesal civil de los países latinoamericanos* (*supra*, número 15).

En primer lugar, la facultad del juez de *subsana de oficio* o a pedido de parte dichas nulidades (Costa Rica, artículo 385). En segundo lugar, el principio de *trascendencia* o sea que no hay nulidad sin perjuicio. Luego el de *iniciativa* de parte, para reclamar la nulidad (salvo la absoluta, que el juez puede relevar de oficio) y siempre que no se trate de la parte que causó la nulidad (según el principio del derecho civil de “nemo...”).

Por último, en lo que se refiere a las consecuencias o efectos de la nulidad, la misma, fuera de no proyectarse hacia el pasado, sólo se aplica a los actos que son consecuencia del declarado nulo o le dieron origen (“nulidad en cascada”) (Código de Colombia, artículo 158; Brasil, artículo 248, etcétera).

Finalmente, el principio de saneamiento o convalidación de la nulidad —salvo los casos de indefensión— que establece que si no se alega oportunamente o se consiente, luego no podrá invocarse. Los códigos modernos lo establecen siguiendo la doctrina, los antiguos lo incluyen, generalmente, en forma indirecta. Pero no parece discutido.

Creemos, que con estos principios, la regulación será simple y poco polémica, aun cuando se trata de un tema muy difícil y delicado.

VI. EL PROCEDIMIENTO

17 LOS PROCESOS PRELIMINARES (LAS DILIGENCIAS PREPARATORIAS.)
GENERALIDADES

Bajo la más variada denominación y contenido, casi todos los códigos latinoamericanos contienen un título sobre un grupo de procedimientos *previos* a la iniciación del juicio (demanda), cuyo origen proviene de la legislación española (Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, artículos 222 y 223, y partida III).

Las denominaciones van desde diligencias preparatorias de la demanda y colocadas en el juicio ordinario, hasta la de actos prejudiciales. Es decir, se habla de “diligencias”, “actos” “medidas”; la doctrina suele hablar, también, de “procesos preliminares”.

El contenido es variadísimo y casi depende de cada código. Además están los más modernos (Brasil, Colombia, etcétera), que no incluyen ningún capítulo especial y sólo prevén, en sus respectivos lugares, la anticipación de pruebas, las providencias cautelares y la complementación de la capacidad (designación de curadores, etcétera).

Siguiendo a la mayoría de los códigos, podemos clasificar los procedimientos referidos en *preparatorios* propiamente dichos, los *provocatorios* y los *conservatorios*. Esto según los que tiendan a *integrar* un elemento de la demanda; los que tienden a *provocar* la demanda y los que tienden a *asegurar* el resultado material o jurídico del juicio. Algunos incluyen también los procedimientos cautelares, al menos cuando tienen el carácter de previos al juicio. Y todavía hay quienes incluyen al prejudicial (entendido en sentido técnico y no el que muchos códigos usan).⁶⁵

A. *Diligencias preparatorias*. Estas se refieren a la etapa de *proposición*, es decir, a los procedimientos necesarios para integrar la demanda y podría ser, eventualmente, la contestación o la reconvencción.⁶⁶ Así se incluye la “declaración jurada sobre hechos relativos a la personalidad”, que tiende a completar los elementos que dicen relación con la persona del actor y que prácticamente incluye la mayoría de los códigos del área. Sólo unos pocos la sustituyen por la confesión, de la que es diferente (*infra*, B).⁶⁷

⁶⁵ En general la mayoría de los códigos sigue el modelo español, que establece un capítulo de llamadas “diligencias preliminares” (artículos 497/502) en la L.E.C. de 1881, igual al que regulaba la de 1855, con el nombre de “disposiciones”. Así sucede en Argentina (artículos 323/329); Uruguay (artículos 253/262); Paraguay (artículos 68/71); Honduras (artículo 250); Chile (artículo 290); Cuba (artículo 219); Guatemala (artículo 98 y siguientes) (“pruebas anticipadas”).

⁶⁶ Lovato, Juan J., *Programa analítico de derecho procesal civil ecuatoriano*, Quito, 1962, t. IV, pp. 210/11.

⁶⁷ Varios códigos hablan de “declaración jurada sobre hechos relativos a la

También se incluye, en general, la exhibición de la cosa mueble y su secuestro, esta última medida cautelar típica. En cambio, la simple exhibición, que reproduce la *actio ad exhibendum* romana, que tenía por fin que el actor pudiera cerciorarse si la cosa estaba en posesión del demandado y verificar su identidad, tal como nos ha venido de la legislación española (partida III, ley 16, título 2), es típicamente "preparatoria".

Se agrega, también, la posibilidad de solicitar exhibición de testamento, de los documentos que se refieren a la cosa vendida y la presentación de documentos que se refieren a las cuentas de la sociedad o comunidad, etcétera.

Se menciona también los procedimientos para designar tutor o curador a los incapaces.

B. *Diligencias conservatorias (asegurativas)*. Este grupo no se dirige a la etapa de proposición sino de instrucción del proceso. Se trata, en general, de diligencias de prueba anticipada, cuando existen razones para que se adelanten con el fin de conservarlas (asegurarlas). Por eso, en general, se regulan y subunen en las preparatorias, aun cuando su función es distinta.

Son las medidas que se incluyen entre las que tienden a asegurar el resultado *jurídico* del juicio (las cautelares serían las que tienden a asegurar el resultado material).

Los códigos latinoamericanos, en forma casi unánime, regulan la declaración anticipada de un testigo de edad avanzada o gravemente enfermo, etcétera. Otros agregan la confesión, que a veces difiere (o no) de la declaración jurada.

También algunos regulan la *pericia in futurum*⁶⁸ y las informaciones *ad perpetuam memoria*.

La enumeración es variada y la jurisprudencia ha discutido si pueden decretarse otras medidas fuera de las enumeradas, es decir, si su enumeración es o no taxativa.⁶⁹ En general se ha aceptado la anticipación de otras pruebas, si militan las mismas razones conservatorias (así una ins-

personalidad" (Uruguay, artículo 253 - 1o.); Couture, Eduardo J., ("Declaración jurada sobre hechos relativos a la personalidad", *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, tomo 38, p. 155) estudia la naturaleza de esta medida diferente a la confesión.

⁶⁸ Sentís Melendo S. "La pericia in futurum", *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1943, p. 267.

⁶⁹ En Uruguay, la ley de 1965 (número 13.355, de 18 de agosto), que introduce algunas modificaciones en el procedimiento, en la materia que estudiamos, por medio de dos disposiciones, resuelve varios problemas: se establece que la enumeración no es taxativa, que pueden aplicarse en toda clase de juicios y no sólo en el ordinario, que importan prevención y que pueden ser decretadas, en caso de necesidad, sin noticia de la contraparte.

pección ocular de un vehículo chocado, de una pared que amenaza ruina, etcétera).

En algunos juicios especiales, como el ejecutivo, se prevé, especialmente, en casi todos nuestros códigos, como diligencia preparatoria, el reconocimiento de firma del documento privado.

Se trata de procesos de igual naturaleza a los anteriores, salvo la diferencia apuntada, que se regulan, en la mayoría de los códigos del área, dentro del mismo capítulo. Sólo los nuevos códigos los incluyen en el capítulo de prueba (Colombia, artículo 294/301; etcétera).

C. *Los procesos provocatorios*. El típico proceso provocatorio es la *jactancia*, que se encuentra incluida expresamente en varios códigos: El Salvador, 1857, artículos 160/162 y 924/927; Chile, 1954, artículos 269/272; Guatemala, 1963, artículos 225/228; Uruguay, 1877, artículos 863/872; Bolivia, 1833, artículos 639/640, etcétera.

En Venezuela se establece el "retardo perjudicial", que no es el mismo instituto, pero permite también, al eventual demandado que, actuando como actor, "obligue al demandado a promover su demanda en un término que el juez señale" (artículos 672/674). En otros países se establece, además de la jactancia, un instituto por el cual se permite, cuando alguien sospeche que se está esperando su partida para promoverle demanda, que se apremie a la contraparte para deducirla (Uruguay, artículos 259/260; Bolivia, artículos 117 y 112).

En cuanto al arraigo hemos preferido incluirlo en la categoría de medidas cautelares, que estudiamos en seguida.

D. *Las medidas cautelares como "preparatorias"*. Muchos códigos incluyen, como dijimos, entre las "diligencias previas", a la demanda, ciertas medidas cautelares, especiales (secuestro de la cosa mueble, etcétera) o las generales. En estos casos la regulación responde a las reglas que rigen estas medidas, con los constantes requisitos comunes, en todo el derecho comparado; derecho o apariencia de su existencia (*fumus boni iuris*), peligro de perderlo en caso de demora (*periculum in mora*) y contracautela de la que a veces se exime. La especialidad es que los códigos establecen el levantamiento automático y la imposición de daños y perjuicios en caso de que no se inicie la demanda en un breve plazo perentorio, que fijan casi todos los códigos (entre 8 y 20 días).

En cuanto al *arraigo* es una antigua institución que subsiste en algunos códigos latinoamericanos, según la cual el actor, en determinadas circunstancias, (a veces exigiéndose un documento que haga verosímil su derecho) puede pedir al futuro demandado que no se ausente sin cumplir ciertas condiciones, originariamente, bajo apercibimiento de sanción penal en los más viejos códigos (Bolivia, 1833, artículo 104; El Salvador, 1857, artículos 153/55, etcétera), luego estableciendo la obligación

de permanecer o dejar representante (Perú, artículo 119). Y en caso de que no lo hiciere podrá, en algún régimen, ser “condenado sin más trámite a tenor de la demanda” (Costa Rica, 1937, artículos 139/141).

E. *La conciliación previa*. El requisito de conciliación, que la mayoría de los códigos admiten actualmente como *facultad* judicial, en su origen, en la legislación española, fue de carácter obligatorio y previo a la demanda (L.E.C. española, artículos 460/477).

Tuvo por fin evitar los juicios, considerados como un mal, y buscar una solución de paz; por ello se encomendó a jueces que estaban más cerca de los litigantes, como los municipales, y se estableció que las futuras partes fueran acompañadas por “hombres buenos” (cualquier español con ciertas condiciones mínimas). Esta institución fue tomada por los códigos más antiguos y sólo se mantiene en aquellos no modificados: El Salvador (artículos 164/169 y 188/195); Uruguay, donde tiene rango constitucional; España, etcétera. En los códigos modernos, en general no se registra, salvo en forma facultativa para el juez durante el proceso y “en cualquier estado de la causa”. El nuevo Código portugués, también en forma facultativa, regula la conciliación previa al juicio (artículo 470).

Se trata de una institución de origen germánico, que vuelve a adquirir, en la época moderna, una real importancia.⁷⁰

18. LOS PROCESOS PRELIMINARES. SU REGULACIÓN PROCESAL

Dentro de esta gran variedad resulta imposible, por supuesto, realizar una sistematización de la regulación procesal única o uniforme, válida para los diferentes procedimientos. No obstante ello, intentaremos fijar ciertas precisiones procesales que realiza fundamentalmente la doctrina, en función de la ausencia de textos y extrayendo los principios de la regulación aislada de distintos institutos.

A. *Naturaleza*. La mayor dificultad para estudiar la naturaleza de los procedimientos que los códigos latinoamericanos establecen con respecto a estas diferentes “medidas”, radica en su variedad, que determina que, a menudo, bajo el mismo rubro, se incluyan situaciones muy diferentes.

Algunas medidas parecen constituir verdaderos procesos, al menos en ciertos regímenes; otras pueden incluirse en la jurisdicción voluntaria; también otros pueden quedar fuera del campo judicial.

Entre los procedimientos no judiciales podemos citar una intimación notarial, que adquiere cierta validez en casi todos los sistemas; el agota-

⁷⁰ Couture, en *op. cit.*, *supra*, nota 8, p. 301, es quien señala el origen germánico de la institución, que en nuestra época readquiere su importancia a través del papel activo del juez, en la audiencia preliminar en el proceso ordinario y sobre todo en los especiales.

miento de la vía administrativa; el envío de un telegrama, etcétera. En cuanto a los de jurisdicción voluntaria, podemos citar el nombramiento de un tutor, o los del curador *ad litem* al incapaz que carece del mismo, que está incluido entre estas medidas en la mayoría de los códigos.

Aquí estamos en el campo de lo que no es discutido, en general. En cambio, en cuanto entramos en la mayoría de los restantes procedimientos, existen discrepancias doctrinarias acerca de su naturaleza que, por lo demás, se fundan en los conceptos también polémicos sobre el proceso y la jurisdicción voluntaria.

Como los códigos latinoamericanos en su mayoría tienen una regulación —y hasta un título o al menos un capítulo especial sobre estas “diligencias”—, debemos entrar a considerar, con cierta generalidad, la naturaleza de las mismas, especialmente de las propiamente preparatorias, incluyendo los asegurativos de prueba (*infra*, número 17).

Consideramos que estamos, en general y en la mayoría de los casos, en el proceso contencioso,⁷¹ como resulta de su regulación procesal. Es cierto que estos procedimientos no son introductivos de instancia y que no producen los efectos de la demanda, pero parece claro que estamos ante un proceso entre partes que va a ser resuelto por un juez⁷², y tiende a resolver un litigio⁷³, que sin la presencia del juez estas diligencias no tendrían sentido, ni siquiera podrían funcionar. Es por ello que todos los códigos latinoamericanos suponen (y a veces exigen) que el actor (en este proceso) indique contra quién propone la medida y qué clase de juicio piensa iniciar contra él.

Se trata, no de un proceso principal sino accesorio⁷⁴ que no tiene

⁷¹ Y decimos esto puesto que, sin perjuicio de los casos límites que indicamos en el texto, debemos reconocer que con respecto a casi todos los procedimientos, los autores discuten si estamos ante un proceso voluntario o contencioso, si es un proceso independiente o una fase, etcétera (más ampliamente Alcalá-Zamora, N., “En torno a la noción de proceso preliminar”, en *Scritti giuridici in onore della Cedam nel cinquantenario della sua fondazione*, Padova, 1953, t. II, pp. 265 y ss. y también en *Estudios de la teoría general e historia del proceso, 1945/1972*, México, 1974, tomo I, pp. 453 y ss., especial 462/464 y 468).

⁷² Contra, Alcalá-Zamora y Castillo, *op. cit.*, *supra*, nota 71, pp. 472/475, 480/481 y 498.

⁷³ No podemos compartir la tesis de que “no hay proceso, ni contencioso porque no hay conflicto previo, ni jurisdicción voluntaria, puesto que todas las interrelaciones preparatorias pueden efectuarse en sede notarial” como dice Briseño Sierra en *El juicio ordinario civil*. México, 1975, t. I, p. 41. Evidentemente hay una contienda que, aunque no planteada judicialmente, subyace en el fondo de la cuestión deducida, por lo que cabe exigir que se indique en qué consiste ella y quién será la contraparte. Salvo, por supuesto, los procedimientos puramente administrativos o los voluntarios que, como vimos, pueden integrar la lista de las llamadas “diligencias preparatorias” (*supra*, 18 A).

⁷⁴ En todo caso puede admitirse que es una fase de un proceso, dado que integra, con el principal, un todo que se dirige a un fin, la resolución del conflicto, que es el mismo en esta fase (preliminar) que en el proceso principal.

sentido sin el proceso principal. Por eso algunos códigos fijan el criterio de que hay prevención⁷⁵ y todos los que prevén la cuestión indican que las reglas relativas a la competencia, son las que corresponden al proceso principal.

Por eso, si bien algunos códigos rechazan expresamente la promoción de artículos previos o excepciones (Perú, artículo 216), no puede negarse que funciona el principio del contradictorio, aunque la contradicción pueda ser postergada en casos de urgencia.⁷⁶

Es muy importante esa conclusión —que debemos reconocer muy discutida— puesto que si estamos en un proceso contencioso (o fase del mismo), a falta de normas expresas funcionarán las reglas y principios procesales generales sobre los diversos aspectos (formas de la demanda, de las providencias del juez, presupuestos, impugnaciones, etcétera). Y debemos reconocer que, en general, la regulación es muy escueta y deficiente.

B. Presupuestos procesales. Si, por consiguiente, son procesos y por ende se desarrollan ante un *juez*, deben regirse por las normas generales de competencia, extraídas, como dijimos, de los elementos relativos al litigio principal. Es decir, se deberá tomar en consideración la pretensión que el que solicita la medida pretende deducir, a los efectos del lugar, cuantía, materia, etcétera.

Estaremos, también, en presencia de *partes*, cuya capacidad y legitimación se regirán por los principios generales y referidos al proceso principal.

Los códigos latinoamericanos, salvo excepciones, regulan los procedimientos preparatorios pensando en la actividad del actor (o futuro actor) del juicio principal, pero nada obsta a que, al menos, ciertas diligencias, puedan ser pedidas por la persona que “fundadamente tema ser demandada” (Chile, artículos 288, 273, 281, 284 y 286. El C.P.C. de la Nación Argentina dice “los que sean o vayan a ser parte en un proceso...”).

En cuanto al problema de que puede considerarse un *incidente*, al ser una fase del proceso principal y conexas con éste, el obstáculo consiste en la definición legal, de la mayoría de los códigos latinoamericanos, que consideran “artículo o incidente” una cuestión conexas con lo principal que se “suscita *durante* la tramitación de un pleito”. Sin embargo la doctrina, en general, considera que pueden plantearse incidentes antes, como éstos, o aún después, como durante la ejecución sentencial, considerando parte de aquélla, que todo el proceso de ejecución es un incidente.

⁷⁵ La ley uruguayaya (número 13.355, ya citada) estableció, expresamente, que estas diligencias importan prevención y fijan irrevocablemente el turno, como las intimaciones y medidas cautelares (artículo 68). *Vid.*, nota 69.

⁷⁶ Ampliamente, Colombo, C. J., *Diligencias preliminares en el proceso civil*, Buenos Aires, 1963, pp. 43/47. *Vid.*, *infra*, C.

Máxime cuando estas medidas son solicitadas, no previamente, sino dentro del juicio, pero anticipadamente a la etapa prevista⁷⁷ (*infra*, C).

También regirán las normas generales relativas a la sustitución de partes, intervención del Ministerio Público, presencia de abogados y procuradores, etcétera.

C. *Procedimiento*. El procedimiento comienza con un petitorio escrito, que a falta de normas especiales deberá seguir las normas relativas a la demanda (*infra* número 20). Se dan en los códigos algunas reglas, como la de indicar, el juicio a seguir y contra quién (nombre y domicilio del demandado, salvo que no se poseyere, etcétera). Es que, dada la naturaleza de este proceso, de servir de medio⁷⁸ o de facilitación⁷⁹ a otro, debe resultar de la pretensión que se deduce en él, sea el anuncio o la exteriorización de un propósito de litigar acerca del fondo (*supra*, nota 78).

El demandado es citado; se trata de una notificación que deberá ser personal, ineludiblemente, como así lo establece expresamente algún régimen: Uruguay, ley 13.355, artículo 4º.

En general los códigos latinoamericanos no exigen esta citación como previa, pues rechazan la posibilidad de deducir oposición (“En las diligencias preparatorias no son admisibles las excepciones y los artículos previos”, dice el Código peruano en su artículo 216). En consecuencia y en su mayoría, establecen que el juez —si se dan los presupuestos de admisibilidad— decreta la medida sólo con citación de la contraparte.⁸⁰ Quiere decir que ésta podrá deducir oposición, haciendo notar la falta de algún presupuesto o irregularidad (incapacidad, etcétera), lo que el juez resolverá “de plano”, como dicen algunos códigos (Perú, artículo 216), es decir sin sustanciación, sin que se origine un incidente.⁸¹

⁷⁷ En este sentido, la mayoría de la doctrina latinoamericana, aunque casi ningún código prevé el caso, admite que las diligencias preparatorias, especialmente las que se refieren a la etapa de instrucción, esto es, las de prueba anticipada, pueden solicitarse antes de la demanda o aun después, pero antes de la prueba, si se dan los mismos supuestos.

⁷⁸ Es Alcalá Zamora y Castillo quien habla de que es éste un “proceso medio” para desembocar en un “proceso fin”, en *op. cit.*, *supra*, nota 71, p. 468.

⁷⁹ Para J. Guasp, estamos ante un verdadero proceso, en la categoría de los llamados procesos de “facilitación”, que tienden a facilitar el desarrollo del principal, *op. cit.*, *supra*, nota 51, pp. 1325 y ss.

⁸⁰ Muchos códigos latinoamericanos, que regulan este procedimiento, prevén expresamente la citación. En el Código mexicano se dice “citación y traslado” (artículo 198). En el Uruguay, igual, y la citación implica que la medida se toma con notificación de la contraparte (aquí dice la ley “de la persona contra quien se pide”) y se espera tres días en los cuales cabe deducir, por ésta, oposición. (Artículo 206, C.P.C.).

⁸¹ Lovato, en Ecuador, cita la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de su país, rechazando la promoción de incidentes, pero entiende que puede darse

La mayoría de los códigos hacen excepción a la notificación cuando la medida lo requiera por razones de urgencia o cuando se tratase de "aquellas diligencias cuya eficacia y finalidad podrían frustrarse si se hiciesen conocidas antes de su cumplimiento" (Uruguay, ley 13.355, artículo 13, menciona, entre otros, intimaciones, inspecciones judiciales, exhibición de cosa mueble).

En todo caso, como vimos, funciona el contradictorio, por lo cual si no se notifica previamente, debe hacerse luego de cumplida la medida. Se trata sólo de una posposición del contradictorio, es decir, se notifica luego de ejecutada la medida y aquí cabe la impugnación.

Cuando se trata de diligencias probatorias anticipadas, varios códigos se remiten a la regulación de la prueba de la respectiva medida (así, por ejemplo, el argentino, que establece, como única diferencia, que en la prueba pericial se nombra un solo perito, artículo 327; Perú, artículo 221, etcétera). Se debe proceder, en cada caso, conforme al procedimiento de la prueba de que se trate.

La resolución del juez se debe considerar como una sentencia interlocutoria y no como una providencia de mero trámite. En los códigos se admite la apelación y con ambos efectos, para la que deniega la medida solicitada. En cambio, no hay total uniformidad con respecto a la que acepta la medida. Algunos códigos establecen la inapelabilidad (Argentina, artículo 327; México, artículo 195, etcétera), la mayoría adopta la apelación sin efecto suspensivo o a un solo efecto, como suelen decir los códigos. Sólo una minoría admite, en este caso, la apelación a ambos efectos.⁸²

El proceso preliminar comienza con la demanda y finaliza con esta sentencia, salvo que se trate de alguno excepcional que requiere ejecución. Luego se agrega al proceso principal, en casi todos los códigos, salvo alguno que prevé la posibilidad de entregar lo actuado al actor (Ecuador, artículo 137, con referencia a la diligencia de confesión).

La decisión, si es una sentencia interlocutoria y si estamos en una fase y no se termina el proceso, no pasará en autoridad de cosa juzgada, pero habría preclusión.⁸³

el caso de la producción de alguno, cuando se susciten cuestiones de incapacidad, personería, etcétera (*op. cit., supra*, nota 66, t. iv, pp. 209/210).

⁸² Es lo que se sostiene, generalmente, en Uruguay, donde, necesario es decirlo, casi no se conoce la apelación a un solo efecto en el régimen general del Código de Procedimiento Civil. Colombo, en Argentina, señala que: "Llama la atención que, no obstante la impugnabilidad de las diligencias preliminares concedidas, los Tribunales de alzada hayan examinado su admisibilidad, aun en casos en que expresamente declararon que eran irrecurribles" (*op. cit., supra*, nota 76, p. 46).

⁸³ Alcalá-Zamora y Castillo habla de cosa juzgada (*op. cit., supra*, nota 71). Couture enseña que, tratándose de cuestiones accesorias resueltas por sentencia interlocutoria, sólo hay preclusión, que impide la nueva discusión de las cues-

19 LOS PROCESOS PRELIMINARES EN UN CÓDIGO MODELO

Este tema no fue tratado en Bogotá, quizá por considerársele subsumido en otros. La primera decisión es si se incluye o no un título o capítulo independiente con este fin. Parecería la tendencia de los códigos modernos a no hacerlo.

Para desbrozar el camino, diremos que las diligencias de prueba anticipadas deben regularse, sea aquí o sea en el capítulo de prueba (como se hace en los modernos códigos), y las diligencias cautelares en el capítulo respectivo que las reglamenta, donde se establecerán las condiciones y consecuencias de la solicitud y su eventual decreto antes de iniciado el proceso.

En cuanto a la conciliación estamos de acuerdo, conforme a las Bases de Bogotá, en no establecerla como un requisito previo, sino posterior, ante el juez de la causa, en la audiencia preliminar y como obligatoria (*infra*, número 24). Nos parece esencial señalar la importancia que requiere este instituto en los más modernos procesos.

El arraigo entendemos que debe suprimirse. No se compagina bien con esta época de viajes continuos y de necesidades internacionales de traslado. Si acaso, podría incluirse una disposición que permita un emplazamiento urgente, lo que determinará la carga de comparecer con todas sus consecuencias. Y nada más.

Con respecto a los medios provocatorios entendemos que, fuera de la jactancia, los demás también responden a una época en que los viajes eran un acontecimiento extraordinario. El que tenga temor que le inicien demanda, dejará un apoderado o tomará las providencias necesarias. Si lo que desea es una prueba anticipada, dándose los presupuestos, podrá pedirla (como el futuro actor).

Nos queda la duda de la jactancia. Decía el maestro Chioventa, que no es necesario en los ordenamientos que admiten las acciones declarativas. Y, por supuesto que estas acciones estarán incluidas en el código modelo.

No obstante y sin perjuicio de respetar esa opinión, que parecen seguir los modernos códigos latinoamericanos (Colombia, Argentina, Brasil, etcétera), no creemos que la jactancia, si se la regula en forma sumaria y con la proposición escrita y realización de una sola audiencia, deje de ser un instituto conveniente de mantener. La acción declarativa, en general, se entiende que necesita un proceso ordinario y en muchos casos será demasiado trámite para resolver una situación que, con una sola audiencia o la simple presentación de la demanda y la contestación del tiones decididas (*op. cit.*, *infra*, nota 104, p. 198). Si se trata de diligencias probatorias, en su valoración, se apreciará la forma en que se han producido.

demandado, puede quedar terminada; salvo que se admita que la acción declarativa puede tramitarse en juicio sumario, tal como permite el Código de la Nación Argentina, dejando librado esto al pedido del actor, lo que parece inconveniente, (artículo 322, citado).

Cabrían, entonces, estas opciones: no incluir ningún capítulo especial y sólo mantener las diligencias de prueba anticipadas en el capítulo respectivo, o hacer ambas cosas, o en un capítulo anterior a la demanda incluir ambos procedimientos: los propiamente preliminares y los asegurativos (de pruebas anticipadas). Es decir, mantener la actual estructura de la mayoría de los códigos latinoamericanos, pero depurados de las medidas que estamos, prácticamente, todos de acuerdo en suprimir o incluir en otros títulos.

Como creemos que caben antes del proceso, otros que también se pueden designar con ese nombre o como fases (sean de carácter contencioso o voluntario), consideramos mejor la solución de incluir un título especial con estos procesos, propiamente preliminares y también con las diligencias de prueba anticipadas, dado que todos pueden (y deben) ser objeto de una regulación uniforme y específica.

Esta debe ser muy simple: petición escrita, noticia de la contraparte y eventual oposición y decisión del juez, quien debe diligenciar la medida en audiencia (salvo casos extremos: designación de tutor, etcétera), se trate de exhibir la cosa, de presentar los documentos, de diligenciar una prueba o la declaración jurada, etcétera.

La resolución del juez será apelable con efecto suspensivo (o diferido) si acepta la medida, si la rechaza, en ambos efectos. Todas las diligencias previas se pedirán en un mismo escrito y simultáneamente.

En lo que se refiere a los presupuestos procesales y demás normas de procedimiento, creemos que la regulación de los códigos actuales ofrece suficiente material para el código modelo. En tal sentido nos remitimos a lo dicho al estudiar cada problema (*supra*, número 18). Es decir, que la petición contendrá los requisitos de la demanda, en lo pertinente, se presentará ante el juzgado competente para el futuro juicio, se indicará quien es aquél contra el cual se pide y que procederá en todo juicio, salvo en los procesos sumarísimos o monitorios, etcétera. La enumeración es limitativa, pero no taxativa; el juez apreciará la necesidad y la urgencia de la medida; su resolución tendrá carácter de sentencia interlocutoria.

20 LA DEMANDA Y SU SEQUELA

Digamos, previamente, que ciertos códigos definen la "acción" y, en general, agregan condiciones para su ejercicio, entre las cuales incluyen el *interés* (actual) en ejercitar el derecho, tal como hace el Código ita-

liano vigente. (México, artículo 1; Brasil, artículo 4; Costa Rica, artículo 1º, etcétera).

Parece que toda definición resulta ajena a la tarea del codificador y, en cuanto al interés, cuya exigencia está fuera de duda, como toda la doctrina lo establece, tampoco consideramos conveniente incluirlo en las condiciones para el ejercicio de la acción. Y menos categorizarlo o definirlo, puesto que aquí la doctrina se encuentra ante varias discrepancias.⁸⁴

Consideramos preferible no incluir, ni una definición de la acción, ni establecer las condiciones al ejercicio de ésta: caso Costa Rica (artículo 1) que expresa que: "Para entablar una acción ante los Tribunales de Justicia se requiere: 1) Derecho real o personal que sirva de fundamento; 2) Interés actual en ejercitarlo; 3) Capacidad para gestionar judicialmente" véanse código de México, artículo 1; de Brasil, artículos 4 y 5, etcétera). Nos parece adecuado dejar a la doctrina y la jurisprudencia el estudio de estos requisitos necesarios para obtener una sentencia favorable.

Tampoco debe mantenerse una enumeración de acciones que, aún recuerda, en algunos códigos, el antiguo sistema de las acciones de la ley.⁸⁵

En cuanto a las formas de la demanda, los códigos son particularmente minuciosos en cuanto a los requisitos, que repiten de modo bastante uniforme. Esto facilita la preparación de disposiciones para un "código modelo", permitiendo reproducir disposiciones similares en casi todos los códigos, salvo algunos aspectos en los cuales hay que adoptar decisión frente a soluciones diferentes.

No se notan discrepancias cuando se expresa que la demanda debe contener la invocación al tribunal, los nombres y domicilios de las partes, los hechos en que se funda (generalmente se agrega en capítulos numerados), la cosa u objeto pedido, incluida la cuantía, con algunas excepciones, la causa y la petición concreta (*petitium*). Tampoco hay mayores

⁸⁴ En efecto, hay una gama de autores que va desde los que consideran que dicho interés no es otra cosa más que el propio derecho de fondo y lo llegan a calificar de la "quinta rueda del carro", hasta quienes lo incluyen dentro del concepto de legitimación, pasando por los franceses, que distinguen el interés de la "calidad" siendo esta última, sí, la legitimación, según el concepto más aceptado por la doctrina latinoamericana, siguiendo la opinión de la doctrina italiana (Conforme, a Devis Echandía, H., *op. cit., supra*, nota 56, p. 232 y ss., especialmente p. 247, 249 y 255) aunque ésta no tenga un concepto unitario sobre la cuestión.

También Vescovi, E., "El interés procesal" en *Revista Procesal*, México, año 3, pp. 237 y ss.

⁸⁵ Resulta éste un resabio, común a casi todos los códigos latinoamericanos, sobre todo los más antiguos. Inclusive en algunos, no tan antiguos, como los de México, existen ejemplos abundantes de la regulación de las diferentes acciones, en función de las distintas pretensiones basadas en el derecho de fondo. Así, por ejemplo, ver Briseño Sierra, *op. cit., supra*, nota 73, t. I, pp. 240 y ss.

diferencias al referirse a los documentos que deben acompañarse, tales como justificación de la representación y los documentos o pruebas anticipadas que se agregan o pretenden diligencias. Asimismo, no resultan mayormente discutibles, las disposiciones relativas a los requerimientos (de enunciación o de documentación agregada) que, para ciertos procesos especiales, hay que agregar a los generales. La lectura de casi todos los códigos iberoamericanos es una repetición de todos estos requisitos.

Con respecto a los hechos, los códigos del área se afilian a la teoría de la sustanciación, rechazando la de la individualización de la demanda.⁸⁶

En cambio, una cuestión esencial y sobre la que hay que tomar decisión, la constituyen las pruebas y ofrecimiento de éstas que debe acompañar a la demanda y la contestación, que es homóloga a aquélla. Es decir, si es o no ésta la oportunidad de agregar la prueba documental y solicitar el diligenciamiento del resto; o si sólo cabe exigir lo primero o dejarlo todo para la etapa de instrucción.

La disposición de la L.E.C., que siguen la mayoría de nuestros códigos, sólo se refiere a "los documentos en que funde su derecho" (artículo 503, L.E.C., 1881; Uruguay, artículo 289; Costa Rica, artículo 197; Cuba, artículo 229; Paraguay, artículos 73/74; México, artículos 96/98; Guatemala, artículos 107/108; Honduras, artículo 262; o Venezuela, artículo 237, "razones e instrumentos en que se funde"; etcétera) y la doctrina y jurisprudencia es muy restrictiva de éstos, declarando que son aquellos constitutivos de la relación jurídica que se invoca (el contrato, el título de propiedad, etcétera) o extintivos o impeditivos (en cuanto los invoca el demandado). Porque la sanción invariable de esos códigos a esa carga de acompañar documentos es que luego no podrán ser presentados (a menos que se justifique que no se conocieron, que eran posteriores...). Algunos códigos, aún, admiten que la demanda se presente con documentos o sin ellos (Bolivia, artículo 124), admitiendo que se mencionen y ofrezca la prueba, (Perú, artículo 308).

En cambio, los más modernos códigos con excepción del último, el de Cuba (que sigue la línea tradicional que mencionamos), establecen que el actor en la demanda y el reo, en su contestación, deben acompañar ya sea todos los documentos (código argentino, artículo 333;) ya sea la

⁸⁶ Como es sabido, la teoría de la sustanciación, exige que se suministre una concreta (y numerada, dicen los códigos) relación de los hechos idóneos para la sustanciación de la norma jurídica que se pretende se declare en la sentencia. La de la individualización sostiene que basta con la sola determinación de la relación jurídica objeto de la pretensión o del litigio (individualización). Más ampliamente: Fairén Guillén, V., en "La demanda en el proceso civil español" en *Temas de derecho procesal*, p. 403 y ss.; también en *La transformación de la demanda en el proceso civil*, Santiago de Compostela, 1949; y Alsina, en *op. cit.*, *supra*, nota 50, t. III, p. 35; y Areal, J. L., y Fenochietto, C. E., *Manual de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1970, p. 91/96.

“petición de pruebas que pretende hacer valer” (artículo 75, número 10, Código de Colombia) o “las pruebas con las que... pretende demostrar la verdad de los hechos alegados” (artículo 282, vi, Código del Brasil).

Parece ser esta línea más moderna la aconsejable, de acuerdo a la brevedad del juicio y, sobre todo, a la lealtad y probidad que se requiere de las partes en el proceso y que autoriza a exigir, desde el principio, que éstas muestren todas las pruebas que se pretenden invocar y que se poseen.

Esta actitud, que puede dejar en alguna posición de desventaja al actor, se subsana permitiéndole, en la audiencia preliminar, agregar petitorios de prueba basados en las excepciones del demandado y, para ambos, los hechos nuevos que puedan alegarse (*infra*, número 24). Esto no quiere decir que el objeto del proceso no quede fijado con la demanda (y su contestación), ni que en la audiencia se puedan alegar nuevos hechos y nuevas excepciones. Nos referimos sólo a los hechos nuevos, no diversos o diferentes que implican una modificación de la demanda (España, artículo 563; Argentina, artículos 331, 334, 335, etcétera) (*infra*, número 24).

En cuanto a las facultades del juez para rechazar aun de oficio las demandas inadecuadas, todos los códigos del área las establecen. Sin embargo, una rápida visión de la realidad iberoamericana demuestra que los tribunales de la mayoría de los países usan en forma muy limitada este poder y, aún sin estadísticas a la vista, puede afirmarse que sólo un pequeño porcentaje de demandas del juicio ordinario son rechazadas por el incumplimiento de los requisitos legales, salvo que se trate de infracciones muy notorias (no constitución de domicilio, etcétera).

Entendemos que esta actitud responde a la posición que, en general, adopta el juzgador en Iberoamérica de no intervención en el procedimiento, sino en su etapa final (juzgamiento) y el temor a que se le acuse de que prejuzga o, al menos, de que inclina la balanza de la justicia a favor de una de las partes.

Los códigos del área lusitana (Brasil, Portugal) siguiendo tendencias aún más modernas permiten al juez, no sólo el rechazo *in limine*, sino la posibilidad de realizar un pedido (invitación) a la parte a que acomode su demanda a los requisitos exigidos o, inclusive, a complementar los presupuestos procesales (capacidad, representación, etcétera). Corresponden a un sistema que se destaca, en el régimen iberoamericano, por acordar al juez un papel más activo en la conducción del proceso. Tal poder podría entenderse, también, implícito en otros códigos que responden a esa tendencia (Código de Colombia, de la Nación Argentina, etcétera).

Parece ser esta última la solución más adecuada, con tal que la facultad del juzgador se ejerza con referencia a los aspectos formales del libelo

sin entrar (como permite el Código brasileño, por ejemplo) a juzgar el "interés" o la legitimación que, como hemos dicho, corresponden a la sentencia final (*supra*, nota 52).

Para terminar este tema mencionamos la institución argentina de la "demanda conjunta", que entendemos puede ser aceptada.⁸⁷

21 LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES (PRETENSIONES). EL PROCESO ACUMULATIVO

Los códigos del área aceptan en forma amplia la acumulación de acciones (*rectius*: pretensiones) exigiéndose solamente, como requisitos más comunes, que las dos o sean incompatibles entre sí (salvo que una se proponga como sustitutiva de la otra), que se deban tramitar por el mismo procedimiento y sean todas de la competencia del mismo juez. Se trata de una acumulación de todas las acciones que el mismo actor tenga contra el mismo demandado. Es la solución seguida por el Código español (artículo 153) que se extiende a toda el área.

No se exige, pues, conexión (como dice expresamente el Código de Brasil, artículo 292, entre otros), basta sólo con la identidad de partes (subjética).

Esta acumulación de acciones (inicial) se diferencia de la de autos o procesos (sucesiva), la cual se puede producir una vez iniciados dos procedimientos ante el mismo juzgado o ante jueces diferentes, en expedientes (autos) separados.

Para la acumulación de autos o procesos se exige, aquí sí, la conexidad y sólo por excepción encontramos algún código que la admite en los mismos casos en que procede la de acciones (Colombia, artículo 149), esto es, con la simple conexidad subjética.

En cuanto a la conexidad, los códigos, en general, se remiten a la clásica regla de las tres identidades: sujetos, objeto y causa, aun cuando no exigen la total identidad sino que, en general, aceptan la acumulación con uno solo de los elementos objetivos (excluyendo la mera identidad subjética).

En su mayoría, además de establecer los casos, uno a uno, en que puede

⁸⁷ Dice el artículo 336 del Código de la Nación Argentina: "El demandante y el demandado, de común acuerdo, podrán presentar al juez la demanda y contestación en la forma prevista en los artículos 330 y 356, ofreciendo la prueba en el mismo escrito. El juez, sin otro trámite, dictará la providencia de autos si la causa fuere de puro derecho. Si hubiese hechos controvertidos, recibirá la causa a prueba". Quedan excluidas de esta disposición las acciones fundadas en el Derecho de familia. En general la doctrina argentina muestra aceptación del instituto. *Vid.*, Areal y Fenochietto, *op. cit.*, *supra*, nota 86, t. II, p. 120; Palacio, *op. cit.*, *supra*, nota 48, t. IV, p. 312.

haber acumulación, agregan (o anteceden) una expresión genérica que reza más o menos así: "cuando la sentencia dictada en uno de los juicios pueda producir cosa juzgada en el otro". Otras veces expresan: cuando de seguirse separadamente los dos pleitos "se divida la continencia de la causa". Y luego, al expresar, cuando se produce tal división, recurren a la regla de las identidades y a la mención de los diferentes casos de conexión.

La acumulación inicial, por supuesto, queda librada a la voluntad del actor y puede ser rechazada, sea por el juez, dentro de las facultades generales mencionadas, o a pedido de parte, mediante la oposición de una excepción dilatoria. La acumulación sucesiva también procede a pedido de parte; sólo los códigos modernos dan poderes al juzgador para resolver, de oficio, tal cúmulo (Brasil, artículo 105). En caso de ser solicitada esta acumulación sucesiva se promueve un incidente regulado expresamente en los códigos, con un procedimiento especial (incidente denominado de acumulación de autos). Si se acoge el pedido, los dos (o más) juicios, terminan en una sola sentencia.

Sin perjuicio de la ordenación, que debe ser diferente a la de los códigos actuales, que nos ha llevado —en homenaje a la brevedad— a tratar el tema del proceso acumulativo junto con la acumulación de pretensiones, nos parece correcto, para encarar la reforma de un "código modelo", regular ambas acumulaciones (y también el instituto de la desacumulación o desagregación) de acuerdo a los principios mencionados de los códigos modernos, haciendo funcionar las reglas de la conexión.⁸⁸

Inclusive parece adecuado consagrar, para la acumulación de acciones (*rectius*: pretensiones), la misma regla que para la de autos, como lo hace el Código de Costa Rica o el de Colombia. Y regular ambos cúmulos dentro del capítulo del "proceso acumulativo".

Las reglas procedimentales serán las que ya existen en la mayoría de los códigos, salvo la de permitir, además de la acumulación a pedido de parte, la de oficio, en ciertos casos especiales, que sólo algún código por excepción establece hoy.

El procedimiento (de la acumulación de autos) debe ser la vía incidental —ya que es un típico incidente—, concluido el cual los procesos se agregan; se hace esperar al más avanzado que el otro llegue al mismo estado, luego se tramitan juntos y se resuelven en una sola sentencia.

Convendrá, en general, otorgar al juez facultades para efectuar, ya sea la acumulación como la desacumulación (es decir, que se podrá decretar, también, de oficio) considerando el interés general y superior de la mejor marcha del proceso y el eficaz y rápido cumplimiento de los fines de éste.

⁸⁸ Aguirre Godoy, *op. cit.*, *supra*, nota 56, t. I, pp. 433 y ss. y 549 y ss.

22 EL EMPLAZAMIENTO DEL DEMANDADO

En cuanto al *emplazamiento* al demandado, nada tenemos que agregar a la regulación que existe en casi todos los códigos, tendiendo a que este acto se realice en la forma más garantizada posible. Esto es, pasando de la notificación personal, que se busca ante todo, a la cuasi personal (entrega de cédula a parientes, sirvientes, vecinos, en algunos códigos) y luego, en los casos en que no hay otro remedio a la notificación por publicación (edictos, etcétera). Por supuesto, en caso de que el demandado viva en otro lugar, se regula la notificación por exhorto (en lo nacional e internacional) que ya estudiamos (*supra*, número 8).

En el estudio del fraude procesal,⁸⁹ se incluye siempre un capítulo relativo a los defectos del emplazamiento y a la existencia de un proceso fraudulento, seguido por haberse emplazado maliciosamente a la contraparte. La moderna jurisprudencia de todos los países (inclusive la de los tribunales mexicanos en materia de amparo) es particularmente exigente en orden a proscribir dicho fraude. No está demás incluir disposiciones expresas en apoyo de esta tendencia.

El emplazamiento defectuoso ocasiona siempre una situación de indefensión y como garantía se declara que provoca una nulidad absoluta, que se reclama por la vía incidental, si el proceso está pendiente y el demandado lo conoce; de lo contrario, por una acción autónoma.

Inclusive, en algún sistema, esa garantía tiene rango constitucional.⁹⁰

Por supuesto, que todo lo relativo a la fijación y prolongación de plazos y términos queda librado a la organización de cada país, de acuerdo a sus necesidades, posibilidades, distancias, comunicaciones, etcétera.

La institución del *defensor de oficio* (o curador especial: Código de Honduras, artículo 1), que algunos códigos mantienen, representa una garantía más en ciertos casos en que hay que hacer un emplazamiento, cuyo medio contiene la mínima posibilidad de enterar al emplazado, (por ejemplo, el emplazamiento por publicación). No parece necesario, como se mantiene en algunos códigos, el nombramiento de defensor de oficio al

⁸⁹ El tema del fraude procesal fue tratado en las Primeras Jornadas del Litoral Argentino en Rosario de Santa Fe, con participación de procesalistas de diversos países de Latinoamérica. Para las Conclusiones ver: Gelsi Bidart, A., "Noción del fraude procesal" en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1970, p. 1. Devis Echandía, H., "Fraude procesal, sus características, configuración legal y represión" en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1970, p. 743. Vescovi, E., "Noción de fraude procesal; sus características, configuración legal y represión", en *Revista de Estudios Procesales*, Rosario de Santa Fe, 1969, núm. 2.

⁹⁰ Así sucede en Guatemala: Ley fundamental, artículo 53. Los procesalistas han considerado, por otra parte, que la efectiva notificación y emplazamiento al demandado se encuentra dentro de las garantías al debido proceso. Ampliamente, Fix Zamudio, *op. cit.*, *supra*, nota 40, p. 79 y notas núms. 241 y 242.

emplazado personalmente, por el sólo hecho de vivir en otro país; los medios de comunicaciones actuales no lo justifican. Si pese a ese emplazamiento no comparece al lugar del juicio (por supuesto si aquél ha sido el correcto, el que corresponde de acuerdo a las reglas de competencia internacional), debe funcionar el instituto de la rebeldía.

En cuanto a los *efectos de la demanda*, la solución en el derecho positivo, es muy variada. Consideramos conveniente incluir en la regulación procesal aquellos efectos puramente procesales: arraigo del asunto en el juzgado que tomó conocimiento y que, en ciertos casos, ha prevenido sobre otros (*litispendencia*), la indestructibilidad de la competencia y la fijación de los elementos que la determinan en ese instante (*perpetuatio jurisdictionis*), aunque cambie luego el valor de la cosa, etcétera.

Con respecto a los *efectos del emplazamiento*, provoca la *carga* de comparecer y contestar la demanda y la colocación de la cosa reclamada en calidad de litigiosa.

La mayoría de los códigos así lo consignan y se trata sólo de reordenar y unificar las diversas disposiciones.⁹¹

23 LAS ACTITUDES DEL DEMANDADO

Los diversos códigos de procedimientos civiles latinoamericanos regulan, en forma más o menos minuciosa, las diferentes actitudes que los demandados pueden asumir ante la demanda en el proceso. La jurisprudencia y la doctrina han trabajado ampliamente sobre el tema.

En primer lugar, como es natural, frente a la carga de comparecer y contestar se prevén las dos actitudes extremas, la comparecencia o la incomparecencia.

Esta última ocasiona el *juicio en rebeldía*, admitido unánimemente en Latinoamérica en materia civil, aunque rechazado en materia penal, inclusive por disposición constitucional.

La rebeldía determina la continuación del procedimiento sin la comparecencia del reo, a quien, en adelante, no se le notificará luego a domicilio, sino al auto que lo declara rebelde y la sentencia definitiva, en la mayoría de los países. El resto de las providencias se notifica "en los estrados" esto es, en forma *ficta*.

La declaración de rebeldía debe pedirla el actor. Por excepción, la jurisprudencia panameña admite que no es necesaria la declaración expresa de rebeldía, pues ella deriva del apercibimiento con que se le corre traslado de la demanda, ni tampoco que se le acuse rebeldía.⁹²

⁹¹ Se hará necesario, entonces, sistematizar ambos efectos. *Vid.*, Lovato, *op. cit.*, *supra*, nota 66, t. 5, pp. 63 y ss.

⁹² Torres Gudíño, S., *Derecho procesal civil*, Panamá, 1975, p. 55.

Los códigos, en general, admiten que el juicio siga sin la contestación del demandado a pedido del actor, quien debe acusar rebeldía de dicho acto procesal (contestación) y pedir que se declare rebelde del juicio al demandado.

Los efectos, en la mayoría de los ordenamientos, son que el juicio sigue, pero el actor debe, igualmente, probar sus afirmaciones.⁹³

Hay, en cambio, otras "sanciones" para el rebelde, como el embargo y secuestro de sus bienes, que casi todos los códigos admiten, por el solo hecho de la rebeldía, como una facultad del juez, no como una obligación de éste, tal como establecía la antigua legislación española.

Naturalmente que se admite la comparecencia del rebelde en cualquier etapa, tomando el juicio en ella, salvo que invoque una notificación errónea o una fuerza insuperable, para lo cual existe la institución de la pretensión de audiencia del declarado rebelde.

En consecuencia tendrá derecho a hacer prueba en la etapa correspondiente y en algún código se admite que lo haga en segunda instancia, si se ha apelado la sentencia (Uruguay, artículo 854).

En Panamá no se admite la comparecencia si no paga la correspondiente multa judicial.⁹⁴

La moderna doctrina procesal latinoamericana reclamó la adopción de otras soluciones que tiendan, más bien que a sancionar al rebelde (con multas, embargos, etcétera) a producir efectos procesales como la de la confesión *ficta* u otra similar, tal como han establecido los códigos europeos. Es así que, respondiendo a esas modernas tendencias, los últimos códigos latinoamericanos establecen efectos procesales de fondo para la rebeldía, asimilándola, ya sea a la admisión de hechos, confesión, etcétera.

Así sucede, por ejemplo, en diversos códigos, que expresan, como el de Brasil, que "se tendrán por verdaderos los hechos afirmados por el actor"

⁹³ Así sucede en la casi totalidad de los códigos, que hemos llamado tradicionales, que son la mayoría aún, en Latinoamérica. Por ejemplo, para Guatemala, enseña Aguirre Godoy, que el Código considera, en caso de rebeldía, "contestada la demanda en sentido negativo", pero señala que en algunos procesos (juicio de alimentos, de ínfima cuantía, de rendición de cuentas, de jactancia, de desahucio, interdicto de despojo) produce el efecto de una confesión *ficta*. Son, como lo destaca, casos excepcionales, casi todos de juicio oral (*op. cit., supra*, nota 56, pp. 463/464).

En Ecuador la jurisprudencia ha sido amplia en amparar al rebelde e inclusive se le admite la oposición de excepciones, luego del periodo, antes de la apertura a prueba, invocándose el artículo 105 del C.P.C. que permite "reformular sus excepciones" al demandado. *Vid.*, Peñaherrera, M., *Lecciones de derecho práctico civil y penal*, Quito, 1958, t. III, p. 463; Lovato, *op. cit., supra*, nota 66, pp. 189/190.

En los códigos mexicanos se registra una variedad de soluciones: *Vid.*, Briseño Sierra, *op. cit., supra*, nota 73, t. I, pp. 512 y ss.

⁹⁴ Torres Gudíño, *op. cit., supra*, nota 92, p. 55.

(artículo 319); Portugal, (artículo 488) que considera “confesados los hechos”; Venezuela, (artículo 276) que expresa “se le tendrá por confeso... si en el término probatorio nada probase...”; o Costa Rica, (artículo 228) que dice: “se dará por contestada afirmativamente la demanda en cuanto a los hechos...”; o México, (artículo 271) o Bolivia “se tendrá por confeso al reo” (artículo 152) salvo en lo que se refiere a relaciones indispensables. Por eso, en la mayoría de estos sistemas, se estima que en el juicio en rebeldía no es necesario abrir a prueba,⁹⁵ como se hace, en cambio, en el régimen general de los códigos tradicionales.

En los otros códigos el proceso sigue su marcha ordinaria; sólo en algunos se establece que el rebelde será condenado en costas (Uruguay, artículo 847) o que tal conducta “será apreciada por el juez como indicio en contra del demandado” (artículo 95, Colombia).

Independientemente de estas soluciones, los códigos en general, regulan, siguiendo la herencia de España, la institución de la “*pretensión de audiencia del rebelde*”;⁹⁶ es decir, que el que fue mal declarado rebelde tiene derecho a pedir la nulidad del emplazamiento o del acto defectuoso o a invocar una fuerza mayor insuperable, con lo que se plantea un incidente que puede terminar por sentencia que reponga el juicio “al estado de demanda”.

Algunos códigos no contienen prácticamente una regulación de la rebeldía o del instituto de pretensión de audiencia.

Como conclusiones para un “código modelo”, creemos que el instituto de la rebeldía debe estar regulado y producir efectos, no sólo para el que no comparece y no contesta la demanda, sino aun para el que no concurre a la audiencia preliminar, dado el carácter esencial de ésta. Así lo hemos establecido en el Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil para el Uruguay.⁹⁷

La sanción, en caso de no contestar o no comparecer ante el emplazamiento, parece que debe ser la que adoptan los códigos más modernos: tener por admitidos o confesados los hechos invocados por el actor. Por

⁹⁵ Así, inclusive, lo sostiene sin texto expreso para Costa Rica: Baudrit Solera, F., “La organización de los Tribunales de justicia y los procedimientos judiciales en Costa Rica”, en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1944, II, pp. 472 y ss., en esp., p. 491.

⁹⁶ Ampliamente: Tarigo, E., *El juicio en rebeldía*, Montevideo, 1973.

⁹⁷ El artículo 377 del Anteproyecto dice así: “...La inasistencia no justificada a esta audiencia, se tendrá como desistimiento de la pretensión por parte del actor, concurriendo el demandado. El Juez fallará de inmediato, si no comparece el demandado, y tendrá por valederos los hechos afirmados por el actor en la demanda, en todo lo que el demandado no haya probado lo contrario.”

Esta prueba se refiere a la documental que pudo haber agregado el reo si compareció y contestó la demanda.

supuesto que esto no se proyecta más allá de lo que permite la confesión: no afecta al derecho, se refiere a los hechos personales del demandado y no actúa allí donde la confesión no es admitida. Es decir, que no afectará los derechos indisponibles, etcétera (*infra*, el párrafo sobre "allanamiento").

Consideramos que en esta época no corresponde imponer las medidas cautelares ni de oficio, ni a pedido de parte. El hecho de la rebeldía, simplemente, será un elemento más incluido en el *periculum in mora* para la imposición de esas medidas si se dan los presupuestos generales.

El instituto de la pretensión de audiencia del rebelde, sea al que invoca haber sido mal declarado en rebeldía o el derecho de comparecer en cualquier momento, tomando la causa en el estado en que se encuentre, debe aceptarse tal como está regulado en muchos códigos vigentes, pero aquél será sólo un incidente de nulidad por defectos del emplazamiento y se regirá por los principios generales.

La otra actitud, la opuesta, es la de *comparecer* y *contradecir*.

En cuanto a las *defensas* y *excepciones*, sin entrar en la distinción doctrinaria, debemos decir que, en general, el derecho procesal positivo latinoamericano distingue las excepciones dilatorias (procesales, etcétera) de las perentorias o de fondo. Y en general, incluye otro tipo (mixtas, etcétera) entre las que menciono las de transacción, cosa juzgada, a la que algún código agrega la caducidad que distingue de la prescripción (Uruguay, artículo 246, número 9, referencia ley 13.355, año 1965).

En cuanto a la enumeración de las *excepciones dilatorias*, podemos decir que aun cuando algunos códigos incluyen una mayor cantidad de ellas, la lista generalmente coincide y no se presentará mayor discrepancia para enumerarlas. Entre ellas, algunos códigos incluyen la citación o el llamamiento de un tercero que, en general, produce también un efecto suspensivo sobre el procedimiento (*supra*, número 13).

El problema de discrepancia radica en el efecto y tramitación de estas excepciones. Algunos códigos —quizá la mayoría— siguiendo el sistema español, admiten que la oposición de dichas excepciones dilatorias —de enumeración taxativa en todos los casos— produce un incidente de previo y especial pronunciamiento de carácter suspensivo y, como es apelable y se establece que primero debe resolverse la de incompetencia y luego todas las demás que —por supuesto— se tramitan juntas, se dilata enormemente el procedimiento. Se ha dicho que ellas, en general, constituyen la "típica chicana" para dilatar los procedimientos que emplean los litigantes de mala fe. Entre esos códigos podemos citar: La L.E.C. española de 1881 (artículos 532, 535/539); Chile, artículo 303 y siguientes; Uruguay artículo 246 y siguientes; Cuba artículo 233/34; Honduras, artículo

286/288; Perú, artículos 312/319; Guatemala, artículos 116, 117 y 120; Paraguay, artículos 84 y 85, etcétera.

Frente a este grave inconveniente, los códigos más modernos han establecido algunos mecanismos modificativos del procedimiento tradicional. Primero se ha empleado el sistema de declarar que sólo algunas de dichas excepciones procesales son de previo y especial pronunciamiento y las demás se resuelven al final (México, artículos 35 y 36), como se hace en los procesos sumarios en casi todos los países en los cuales todas las excepciones se resuelven en la sentencia definitiva. En otros, se dispone que el demandado igualmente debe, en una posterior audiencia, contestar a la demanda (Venezuela, artículos 248/256); pero más modernamente, siguiendo el Código de Costa Rica, que según expresa su doctrina "ha dado excelentes resultados",⁹⁸ se establece que el demandado, sin perjuicio de oponer excepciones dilatorias y a que éstas puedan ser objeto de trámite separado y aun previo, debe contestar igualmente la demanda (artículo 221, Costa Rica; Argentina, artículo 350; Colombia, artículo 97 y 98). Es decir, debe concentrar todas sus defensas en un solo acto (principio de eventualidad).

Aunque teóricamente la diferencia no se aprecie, en la práctica se ha notado la enorme disminución de las excepciones dilatorias en estos países, dado que ya, de este modo, pierda una de sus principales funciones: alargar el plazo para contestar y obtener más tiempo para preparar la respuesta.

Parece, entonces, ésta, la mejor solución: concentrar todas las defensas del reo (todas las excepciones y también la reconvenión); aunque luego su tratamiento procesal se haga en forma diferente: las excepciones procesales en la audiencia preliminar y en el despacho de saneamiento, y las perentorias en la sentencia final.

Parece conveniente, además y esto en relación con las facultades del tribunal para examinar la demanda (*supra*, número 20), admitir la oposición de oficio de las referidas excepciones, salvo la de incompetencia relativa, etcétera. Así lo dice el Código portugués expresamente (artículo 499), sin perjuicio de reiterar las facultades del juez para rechazar la demanda, si no se ciñe a las reglas previstas.

En una regulación de este tipo, pierde sentido el establecimiento de diversos procedimientos para tramitar las varias excepciones, así como

⁹⁸ Así lo reconoce la doctrina costarricense, la cual, por lo demás, afirma, que la disposición del Código —que es anterior al argentino— fue inspirada en la doctrina procesal argentina (Lascano) y en las resoluciones de Congresos Argentinos (Baudrit, *op. cit.*, *supra*, nota 18, pp. 489/490). Los argentinos, sin embargo, adoptan la solución treinta años después.

la discusión de si las mixtas se han de procesar de una y otra manera como se plantea en el resto de los países.

En las bases para el código modelo se dispone que las excepciones serán contestadas en la audiencia preliminar por el actor, y el juez resolverá las realmente dilatorias (fuera de las otras actividades que veremos) (*infra* número 24), debiéndose establecer, en cada caso, cuál debe ser la actitud suya y cuál la de la parte. Así, por ejemplo, si se acoge la de incompetencia, deberá remitirse el expediente al juzgado competente; si es la de falta de personería, acordar un plazo para completarla, como en caso de falta de capacidad; si se acepta la de fianza de arraigo (si se mantiene esta institución, lo que no parece adecuado), fijar el monto de la fianza; etcétera, (véase Código de Colombia, artículo 59; Argentina, artículos 353, 354, etcétera).

El llamamiento a terceros opera el mismo efecto de estas excepciones (evicción, citación en garantía, etcétera), y el trámite variará luego, en cada caso (*supra*, número 13).

Reiteramos que nos estamos refiriendo a las excepciones que algunos códigos siguen llamando *dilatorias* y otros —más correctamente— *procesales*, para utilizar la distinción que se hace en Alemania entre impedimentos procesales y excepciones *materiales*; o simplemente *defensas*, como se designa en Francia, a las relativas al derecho de fondo, o *excepciones*, a las concernientes a la regularidad del procedimiento.⁹⁹ Entre éstas cabe incluir las llamadas *mixtas*, por su efecto procesal: resolver previamente la demanda, sin entrar al fondo (mérito).¹⁰⁰

En cuanto a las excepciones (defensas) de fondo, que algunos códigos llaman perentorias, resulta la mejor solución no enumerarlas, como no se deben enumerar las acciones.¹⁰¹ La enumeración que aún hacen algunos códigos latinoamericanos, además de responder a esta tendencia hoy superada, siempre es insuficiente, pues son innumerables las defensas (de fondo) que las partes pueden oponer y se resuelven en la sentencia definitiva.

Otra actitud que debe regularse, es objeto de diversas normas y repre-

⁹⁹ Conforme: Alcalá-Zamora y Castillo, en "Síntesis de derecho procesal civil", en *Panorama del derecho mexicano*, México, 1965, t. II, p. 218. Sarmiento Núñez, J. G., *Excepciones dilatorias*, Caracas, 1963.

¹⁰⁰ En Chile se permite al juez actuar opcionalmente: o las falla de inmediato, sin perjuicio de abrir un término probatorio dentro del incidente, si corresponde, o manda contestar la demanda reservándose para fallarla en la sentencia definitiva. Esto último, según la doctrina, cuando la cuestión suscitada, por su complejidad, requiere las garantías de la controversia (Conforme: Casarino Viterbo, M. *Manual de derecho procesal civil*, Santiago de Chile, 2a. ed., t. IV, p. 53.

¹⁰¹ Un caso claro de esta enumeración lo constituye, por ejemplo, el de los códigos mexicanos, lo que es criticado por la más relevante doctrina dentro del propio país. *Vid.*, nota 85.

senta un caso límite frente a otras actitudes similares, es la del *allanamiento*, previsto expresamente (a veces con designaciones diversas) en la mayoría de los códigos latinoamericanos, junto con otros institutos similares. Inclusive la doctrina tiene una gran confusión con relación a dichas instituciones.

Ciertos códigos sólo se refieren a la *confesión*. Así los de Uruguay y El Salvador, dicen que el reo debe responder, en su contestación "confesando o contradiciendo la demanda" (artículo 313, Uruguay, y 230, El Salvador).¹⁰² En el Código mexicano (Distrito Federal y Territorios, artículo 274) se habla sólo de confesión, que la doctrina entiende como allanamiento, en general. El Código de Colombia, habla de "allanamiento a las pretensiones de la demanda", pero luego agrega "reconociendo sus fundamentos de hecho..." (artículo 93). El de Venezuela, a nuestro juicio con más precisión, dice que "si el demandado conviniere en todo cuanto se le exija en la demanda", el proceso terminará, levantándose un acta..., lo cual pasa en autoridad de cosa juzgada (artículo 263). El argentino lo incluye entre los modos anormales de concluir el juicio (artículo 307), pero éste igual debe concluir por sentencia.

En realidad se trata, al parecer, de diferentes instituciones que hay que distinguir, sobre todo, por sus diversos efectos.

Nuestra doctrina, que ha trabajado el tema con mucha profundidad,¹⁰³ distingue:

a) la *admisión* que se refiere a los *hechos* alegados. Por supuesto esto debe eximir de prueba, dado que los hechos admitidos son una clase que no hay que probar.

b) la *confesión* que es la admisión de *hechos personales* que perjudican al confitente, puesto que sólo sobre éstos puede recaer dicha confesión. En general, suelen confundirse con el caso anterior y tampoco requieren prueba.

c) el *reconocimiento* que es la admisión y la aceptación del *derecho*, que en los casos anteriores no se reconocía. En efecto, la admisión de hechos a menudo está seguida por la contradicción del derecho o de los efectos jurídicos que pretende deducir de ellos el actor. En cambio,

¹⁰² En el C.P.C. uruguayo, sin embargo, hay otro artículo que dice: "Si el reo en su contestación confiesa clara y positivamente, podrá determinarse por ella la causa principal, sin necesidad de otra prueba o trámite" (322).

¹⁰³ Arlas, J. A., "El allanamiento en el proceso civil" en *Problemática actual del derecho procesal* (libro de homenaje a Amílcar Mercader), La Plata, pp. 169 y ss. Chao Laurenti, R., "Del reconocimiento y del allanamiento a la demanda" en *Estudios jurídicos en memoria de E. J. Couture*, p. 181 y separata; también Sentís Melendo, "El allanamiento a la demanda", en *Teoría y práctica del proceso*, t. II, p. 265.

el reconocimiento es amplio y, por supuesto, aquí sí corresponde dar por terminado el pleito sin ningún otro trámite.

d) el *allanamiento* es la aceptación de las pretensiones deducidas por el actor, sin necesidad de admisión ni reconocimiento. Es el caso de quien, sin pronunciarse sobre los hechos y el derecho, declara aceptar totalmente el pedido del actor, sea de hecho, realizando el acto debido (si se demanda el desalojo, entregando la finca, si el pago, pagando, etcétera), o de derecho, declarando ante el juez que se allana la pretensión deducida —que es un equivalente a la transacción (sin llegar a identificarse con ésta, pues no hay concesiones recíprocas)— y determina, también, la finalización del proceso.

Creemos que en una norma clara deben regularse estas diversas figuras, cualquiera sea el nombre que se les dé, de acuerdo con los conceptos que acabamos de exponer.

Por supuesto, deben quedar excluidas del efecto de cualquiera de estos tipos de aceptación —total o parcial, de hecho y/o de derecho— de la demanda, los casos en que tal manifestación de voluntad está prohibida o choca contra un principio de orden público. Estableciendo una norma, por ejemplo, como la del nuevo Código colombiano, que dice: “94. Ineficacia del allanamiento. El allanamiento será ineficaz en los casos siguientes: 1) Cuando el demandado no tenga capacidad dispositiva. 2) Cuando el derecho no sea susceptible de disposición de las partes. 3) Cuando el demandado sea la Nación, un departamento... 4) Cuando los hechos admitidos no pueden probarse por confesión. 5) Cuando se haga por medio de apoderado y éste carezca de facultad para confesar. 6) Cuando la sentencia deba producir efectos de cosa juzgada respecto de terceros. 7) Cuando habiendo litisconsorcio necesario, no provenga de todos los demandados”.

Esta u otra fórmula, quizá más genérica, debe marcar las excepciones al “allanamiento” y las figuras similares estudiadas.

La otra actitud del reo en su contestación es la *contradicción*,¹⁰⁴ cualquiera sea la forma que adopte. En general, ya sea negando los hechos o alegando otros (impeditivos, modificativos, etcétera) que transformen la situación jurídica que plantea el actor en su demanda. Los códigos latinoamericanos son particularmente exigentes, en general, en requerir una negativa firme y clara; algunos exigen que el demandado niegue separadamente cada hecho afirmado por el actor. Sin llegar a este formalismo creemos que debe exigirse la claridad en la negación o en la

¹⁰⁴ La más reciente doctrina latinoamericana prefiere usar la expresión amplia de contradicción (Devis Echandía, *op. cit.*, *supra*, nota 56, pp. 210 y ss.) *Vid.*, los conceptos expuestos por Couture, E. J., en *Fundamentos de derecho procesal civil*, 3a. ed. (póstuma), p. 196.

afirmación de otros hechos, como se hace para el actor en su demanda, so pena de que, en caso contrario, no estemos ante hechos controvertidos (sino, por el contrario admitidos), que son los únicos que deben ser objeto de prueba y del fallo judicial.

Otra actitud, aceptada por todos los códigos es la *reconvención*, que todos exigen que se realice conjuntamente con la contestación (y, por ende, algunos, junto, también, con la oposición de excepciones procesales).

El único problema que, a nuestro juicio, plantea la contrademanda (que no analizamos, pues no hay discrepancias sobre su naturaleza y la necesidad de acumularla al proceso), es si debe o no tener *conexión* con la demanda, dado que ese parece ser el fundamento principal para admitirla: tratarla en el mismo proceso y resolverla en la misma sentencia. La razón de "economía procesal", parece que no puede llegar a que se traten conjuntamente cuestiones que no tienen ninguna relación entre sí, más aún si hemos rechazado la acumulación (de procesos) por la sola conexión subjetiva (*supra*, número 21).

Sin embargo y siguiendo la misma tendencia con relación a la acumulación de acciones (diferente al criterio exigido para la acumulación de autos), la mayoría de los códigos latinoamericanos se inclina por no exigir dicha conexión (causal o de objeto o hecho histórico) y admitir, según se interpreta, que el demandado reconvenga por cualquier pretensión que tenga contra el actor. Por supuesto, que será necesario que el juez sea competente y se pueda seguir por los mismos trámites, aunque no se diga expresamente, de conformidad con los principios generales.

En Ecuador se distingue la reconvención conexas a inconexas.¹⁰⁵

Raros son los códigos que se afilian a la que, a nuestro juicio, es la buena doctrina y debe ser establecida en un código modelo. Así podemos citar el Código de Costa Rica, que limita la reconvención, exigiendo que "el objeto tenga conexión" con el propuesto por el actor y prohibiendo que con ese motivo se traiga al juicio a una persona ajena, salvo los casos previstos (artículos 225 y 336). El Código de Brasil exige que "sea conexas con la acción principal o con el fundamento de la defensa" (artículo 315), lo mismo el de Guatemala (artículo 119) que reformó el antiguo sistema de amplitud.

En caso de que el reo no reconvenga podrá proponer separadamente su acción, pues ninguna limitación sufre en este caso, y luego pedir o no (o la otra parte o el juez de oficio) la acumulación.

De acuerdo a lo expresado oportunamente (*supra*, número 7) todos los plazos han de ser perentorios y el impulso de oficio. Por ello es aconsejable

¹⁰⁵ Conforme Peñaherrera, *op. cit.*, *supra*, nota 93, p. 465; Lovato, *op. cit.*, *supra*, nota 66, t. v, p. 184.

sejable establecer en el "código modelo" un plazo amplio para contestar la demanda, oponer cualquiera clase de excepciones y reconvenir, incluyendo la indicación de prueba. Creemos que este plazo, para el juicio ordinario, puede ser de 40 a 60 días (modificable en razón de la distancia, sólo en los países muy extensos y con dificultad de comunicaciones).

Si el actor ha tenido un lapso casi ilimitado debemos dar al demandado suficiente tiempo para preparar sus defensas, como una garantía esencial. No se olvide que debe solicitar toda la prueba en ese escrito.

Luego de la contestación (con o sin excepciones previas) viene la audiencia preliminar (*infra*, número 24). Solamente, si hay reconvencción, se dará un nuevo traslado al actor, tal como se hace ahora en todos los códigos estudiados. Este traslado, dada la conexión a exigir en el objeto de la contrademanda y a la actitud que debe asumir el actor, puede ser como máximo de 20 días. Los principios que deben regular la reconvencción son los mencionados, que también comparte la más relevante doctrina latinoamericana.¹⁰⁶

24 EL PROCEDIMIENTO HASTA LA PRUEBA. LA AUDIENCIA PRELIMINAR

Las excepciones dilatorias se resuelven en todos los códigos latinoamericanos mediante sentencia interlocutoria, continuando, luego, el proceso. Es decir, ordenando, nuevamente, que se conteste la demanda salvo aquellos, que representan la minoría, en los que ya se efectuó conjuntamente con la oposición de excepciones dilatorias.

Algunos mantienen aún el viejo instituto de la réplica y dúplica, que la mayoría ha suprimido,¹⁰⁷ curiosamente el Código de México de 1932 las restableció luego de estar derogadas (1884). Parece innecesario mantener esos nuevos escritos, con mayor razón en el procedimiento previsto para el "código modelo", el cual incluye la obligación de acompañar documental y solicitar las demás, en los escritos de demanda y contestación. También, dada la estructura que prevemos al proceso en esta etapa, mediante la audiencia preliminar, en la que podrán alegarse los hechos nuevos.

Porque en realidad, la réplica y dúplica, como una nueva exposición de cada parte, resulta sobrando, salvo que se trate de la alegación de "hechos nuevos" en el proceso, los cuales pueden regularse igualmente fuera de dichos escritos y siempre se han aceptado, en el proceso latinoamericano, aun después de cumplidos estos trámites.

¹⁰⁶ Amaral Santos, M., *Da reconvenção no Direito brasileiro*, S. Paulo, 1958.

¹⁰⁷ Así, por ejemplo, lo mantiene la L.E.C. española (artículo 546/548); los códigos de Bolivia, Perú, artículo 332, Chile, 311; inclusive el nuevo Código portugués, 507/511, México, etcétera.

Desde la legislación española nos viene este instituto por el cual se permite alegar (allí, aun después de la réplica y dúplica y durante el primer periodo del término ordinario de prueba) hechos nuevos, “de influencia notoria en la decisión del pleito”. Y en dicha calificación entran, no sólo los hechos históricos posteriores, sino aun los que las partes no hubieren conocido antes, lo que deberán jurar al alegar aquéllos (artículo 563 de la L.E.C. de 1881).

Esta disposición se ha pasado a muchos códigos latinoamericanos: Argentina, artículos 331, 334 y 365; Brasil, artículo 303; México, artículo 273; Honduras, artículo 302; Paraguay, artículos 110 y 111; etcétera.

Son, en todos los casos, hechos relacionados con el objeto de la pretensión, puesto que no se trata de ampliar ésta, sino de agregar un hecho calificador que puede modificar sus alcances. La doctrina ha dicho que se trata de hechos “*nuevos, pero no diversos*” al objeto de la demanda, pues si no se entraría en contradicción con la disposición incluida en casi todos los códigos, de que la demanda no se puede ampliar sino antes de la contestación y en este caso otorgando un nuevo plazo, al reo, para su respuesta.¹⁰⁸

En ellos se han pretendido incluir, no sólo los derivados de una demanda transformativa (intereses, daños, prestaciones a vencer, etcétera), sino también los modificativos o extintivos (Portugal, artículo 663), las modificaciones operadas en las “deudas de valor” por las variaciones monetarias, etcétera (*supra*, nota 108).

Las normas relacionadas son bastante uniformes y pueden reproducirse, sólo que el límite de la alegación debe acomodarse a la nueva estructura del proceso.

Culminada la etapa de *proposición*, los procesalistas latinoamericanos han coincidido en incluir la realización de una audiencia, dentro del nuevo proceso, que se designa con el nombre de “*audiencia preliminar*”, siguiendo los antecedentes existentes en el derecho positivo, las modernas tendencias de los códigos más adelantados, y las experiencias modernas sobre el particular.

Dicha etapa no existe en los códigos actuales, con excepción del despacho saneador portugués, incluido en los Códigos de Brasil y Portugal. En el resto se pasa a la etapa de prueba luego de la contestación (o de la dúplica).

Con la audiencia preliminar se pretende agotar la etapa de *saneamiento*

¹⁰⁸ Rillo Canale, O. L., “Hecho nuevo”, en *Enciclopedia Omeba*, t. XIII, p. 65; Vescovi, E., “*Hechos nuevos en el proceso civil*”, en *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Administración*, 190, núm. 72, p. 182. En el VI Congreso Argentino de Derecho Procesal se incluyó el tema: “Hechos nuevos. Su sistematización en los procesos civil y penal”, *Vid., Actas del VI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Tucumán, septiembre de 1970. vol. 1, pp. 75 a 110.

del proceso, intentar la conciliación y preparar el desarrollo de la audiencia de prueba y juzgamiento.

Es decir, que en forma esquemática el procedimiento se compondría de una etapa de proposición escrita (demanda, contestación, excepciones) y luego la realización de dos audiencias. Es por eso que algunos le llaman "proceso por audiencias", en lugar de "oral".

En las Jornadas de Bogotá se propuso el instituto que estudiamos y se aceptó unánimemente; en las de San Pablo y las de Caracas, donde se había votado, también por unanimidad, la inclusión del "despacho saneador en el proceso". Si bien no fueron publicadas las conclusiones de San Pablo, en Caracas se volvió a votar la siguiente conclusión: "Se depurará el proceso mediante el despacho saneador y otro instituto procesal de similares alcances" (tema II).

Y en Bogotá se dijo: "Es aconsejable consagrar una audiencia preliminar en la cual se intente la conciliación de las partes, se precisen los hechos en que haya desacuerdo o *thema decidendum* y se depure el proceso de defectos mediante el despacho saneador u otras medidas procesales" (conclusión 14 del tema II).

El instituto, contenido en el Proyecto Couture de C.P.C. para Uruguay de 1945 y aprobado para la Argentina por el artículo 21 de la ley 14.237, aunque pronto derogado, se origina inmediatamente en el régimen norteamericano del *pretrial*, en la audiencia preliminar austriaca, en el despacho saneador del derecho portugués y en la audiencia del *Summons of Directions* del derecho inglés. Couture se refiere al *pretrial* norteamericano y en especial a la Regla 16 de la *Federal Rule of Civil Procedure* y a la "Conferencia Preliminar del Juicio del artículo 37 del Código de Puerto Rico", de donde dice, toma el modelo que introduce en su "Proyecto".¹⁰⁹ El régimen fue consagrado en la Argentina, en el Código de la Provincia de Buenos Aires, en el que fue insertado por un solo artículo, sin ninguna otra reforma, por lo que no funcionó y pronto fue derogado.

El mismo instituto fue propuesto para el "Sistema de una ley procesal civil hispanoamericana" por Guasp, indicando como sus orígenes el despacho saneador del derecho portugués (y brasileño) y la *concordantia dubiorum* del derecho canónico.¹¹⁰

La práctica y la doctrina europeas consideran un éxito el sistema aus-

¹⁰⁹ Couture, E. J., *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, 1945; Barrios de Angelis, D., "La audiencia preliminar", en *Revista de Derecho Procesal Uruguayo*, 1975, núm. 1, p. 11; Gelsi Bidart y Vescovi, en *op. cit.*, *supra*, nota 15, pp. 67/69, 83/84 y 91/92.

¹¹⁰ Guasp, "El sistema de una ley procesal hispanoamericana", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, año 1956, p. 69. No creemos que pueda aceptarse la crítica que, de la solución y con referencia al planteamiento de Guasp, hace

triacó, similar al que se propone, al punto de haberse extendido recientemente —por vía de ensayo— a algunas ciudades alemanas, experiencia que se comenta muy favorablemente.¹¹¹

La finalidad del instituto proyectado que contiene en sí el despacho saneador, puede fijarse en los siguientes contenidos:

- a) intentar la conciliación;
- b) resolver las excepciones dilatorias que el actor contesta allí;
- c) saneamiento del proceso; examen de los presupuestos procesales, aun los no relevados mediante excepciones y de las posibles nulidades;
- d) si no corresponde prueba, resolver por el juez las excepciones “mixtas”, oír a las partes en sus alegatos y dictar la sentencia final;
- e) atender las solicitudes de prueba del actor sobre los hechos alegados por el demandado; de ambos sobre hechos nuevos;
- f) fijar los puntos que aún quedan en discrepancia (*thema decidendum*) y sobre los que deben recaer las pruebas;
- g) fijación de la fecha de la audiencia final y adopción de medidas para diligenciar la prueba que debe tramitarse en el ínterin (nombramiento de peritos, inspección de lugares, pedidos de informes, etcétera).

Resulta éste, por varios motivos, un momento fundamental del juicio y, fuera de duda, la presencia del tribunal se requiere, indispensablemente, bajo pena de nulidad absoluta. La indelegabilidad es completa aquí.

Según la experiencia de otros países y en especial la alemana reciente, el porcentaje de conciliación es muy grande, lo que significa, en definitiva, un gran ahorro de tiempo para el tribunal y las partes. Allí, aquél hace una propuesta, luego de retirarse a deliberar; además, si la misma no es aceptada, en esa audiencia se produce la prueba, por lo que las partes deben venir con ella (testigos, etcétera), lo que parece un tanto complicado (*supra*, nota 111).

En caso de no haber conciliación, la depuración del proceso aligera éste en forma muy notable, ya por el saneamiento, ya por la reducción de los puntos en discusión y de prueba (por conciliación parcial, admi-

Alcalá-Zamora y Castillo, a la luz de una experiencia mexicana, parcial (*Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 27, p. 22).

Sobre el despacho saneador hay una abundante bibliografía portuguesa y brasileña. *Vid.*, Buzaid, A., “De despacho saneador”, en *Estudos de Direito*, S. Paulo, 1972, p. 1, y bibliografía allí citada.

¹¹¹ Grunsky, V. W., “Il cosiddetto modello di Stoccarda e l’accelerazione del processo civile tedesco”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1971, p. 354

siones, etcétera), que es casi inevitable frente a un juez activo y que actúa con pleno conocimiento del litigio.

La función de saneamiento del proceso consiste en que el juez se pronuncia no sólo sobre las excepciones, sino sobre los presupuestos procesales y nulidades. Hace tiempo que la doctrina latinoamericana ha empezado a trabajar sobre el tema de los "impuestos procesales", siguiendo las enseñanzas especialmente de los autores alemanes, italianos y españoles. También la jurisprudencia hace abundante aplicación de los criterios, generalmente con precisión técnica.¹¹²

Originalmente, en virtud del principio dispositivo absoluto que predominó en el área, se sostuvo que los jueces no podrían relevar de oficio las excepciones dilatorias, salvo el caso de incompetencia absoluta.

Sólo algunos códigos más modernos, especialmente en el área lusitana, permiten al juez oponer de oficio ciertas excepciones, especialmente en la etapa de saneamiento del proceso.

Los demás códigos no admiten tal facultad; sin embargo, el desarrollo de la teoría de los presupuestos procesales ha permitido al juzgador analizar, aun de oficio, la falta de éstos que, según los códigos, sólo pueden plantear las partes por medio de las excepciones dilatorias. Es así, que ya no se duda que el magistrado puede conocer sobre la falta de legitimación o de interés en obrar, sobre la competencia por ser de la jurisdicción arbitral en el caso, la incapacidad de las partes, etcétera.

Es cierto que los códigos tradicionales ignoran, inclusive, la designación de "presupuesto procesal" y el único mecanismo que conocen para plantear la ausencia de éstos es el de las excepciones dilatorias y en el plazo perentorio inicial. Pero a medida que avanza la doctrina y la jurisprudencia se ha permitido al juez plantearlos de oficio y aun, a pedido de la parte, en una etapa posterior del proceso. En ese caso se juzgan en la sentencia definitiva, pero antes de entrar al fondo (mérito) de la controversia. Es decir, salvo los códigos de Brasil y Portugal y el moderno de Colombia, en algún caso, no hay un despacho previo (saneador), por lo que la oportunidad del juzgamiento de los presupuestos (si no funcionaron las excepciones dilatorias) es al final, antes, lógicamente, de considerar la cuestión de fondo.

En la audiencia preliminar proyectada se podrá, entonces, verificar la existencia de los presupuestos procesales y la ausencia de nulidades, de modo que si el proceso prosigue, lo será en condiciones perfectas para encarar la cuestión de mérito.

También en la referida audiencia se fijan definitivamente las cues-

¹¹² Couture, *op cit.*, *supra*, nota 104, p. 102; Viera, L. A., "La teoría general del acto jurídico y los presupuestos procesales", en *Estudios jurídicos en memoria de E. J. Couture*, p. 791.

tiones objeto de controversia y se prepara la audiencia posterior (de prueba y conclusión de la causa). Especialmente se adoptan las medidas necesarias para que funcione la prueba: designación de peritos, fijación de inspecciones judiciales, solicitud de informes, etcétera.

El juez, si no hay acuerdo en la audiencia, mediante ese "despacho" (sentencia interlocutoria) resuelve las cuestiones. Su decisión será irrecurrible (salvo que no haya lugar a la otra audiencia de prueba) o, al menos, recurrible en efecto diferido.

Es de notar que, sin implantar el proceso por audiencias, ni la oralidad, el moderno Código colombiano, inspirado en las enseñanzas y la labor de Hernando Devis Echandía, consagra igualmente la posibilidad de que el juez decreta "las medidas autorizadas para sanear los vicios de procedimiento que puedan existir o prever que se produzcan... , evitar que el proceso concluya con sentencia inhibitoria..." (artículo 403).

El juez, al dictar el despacho saneador, puede dar un plazo para el saneamiento; por ejemplo, para que se complete la personería o la capacidad, se preste fianza de arraigo, etcétera (*supra*, número 19).

También, según enseña la doctrina brasileña, puede darse el caso que dicha sentencia ("despacho") sea inútil o innecesaria. No habrá necesidad de dictarla, si se puede fallar directamente el mérito o existen causas de extinción del proceso (transacción, desistimiento, etcétera); no hay utilidad cuando aparece una nulidad insanable.¹¹³

El saneamiento se produce en virtud del efecto preclusivo del despacho saneador sobre los vicios anteriores, haciendo imposible que vuelvan a ser planteados en etapas posteriores.

VII LA PRUEBA

25 LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN DEL PROCESO. LA PRUEBA

Esta etapa tan trascendente del proceso está regulada, al menos en cuanto al procedimiento, en forma muy diversa en los países latinoamericanos.

Para su mejor comprensión es necesario dividir el tema entre el procedimiento, las facultades del juez y el estudio de los diversos medios de prueba.

A. El procedimiento probatorio

a) *Concepto y carga de la prueba.* Pocos códigos dan una definición

¹¹³ Barbosa Moreira, J. C., *O novo processo civil brasileiro*, Sao Paulo, 1975, p. 84.

de la prueba, salvo los muy antiguos. En cambio, varios de ellos, hacen una referencia al arduo problema de la "carga de la prueba", ensayando un concepto sobre tan difícil cuestión. En general y siguiendo el criterio tradicional, suelen decir que es "obligación" del actor probar los hechos alegados, si no deberá absolverse el reo. Pero, si éste afirmare alguna cosa, tendrá, a su vez, la obligación de probarla (El Salvador, artículo 253; Ecuador, 114 y 115; Panamá, 687; Nicaragua, 1079; Uruguay, 329; etcétera). Muchas veces esos códigos se limitan a reproducir los antiguos aforismos romanos. En el área lusitana, hay quizá una mayor corrección en la definición de la "carga de probar" (Brasil, artículos 333 y 334; Portugal, artículo 518).

No obstante, como es natural, ninguna definición conforma a todos los tratadistas y quizá sería mejor suprimirlas de un "código modelo". Por supuesto y con mayor razón, la definición de qué es prueba y cuáles son las clases de medios de prueba o las clases de prueba, tal como hace nuestro código, a las que se califica de plena y semiplena, etcétera (Uruguay, artículo 327; El Salvador, artículo 252; etcétera).

b) Periodos de prueba. El procedimiento de apertura a prueba es más o menos común en la mayoría de los países latinoamericanos; se dispone que el juez abrirá a prueba, salvo que no corresponda. En algunos códigos, como el de Venezuela, se detallan las causas que pueden determinar la no apertura de un periodo probatorio: asunto de puro derecho; cuando el demandado acepta los hechos; por acuerdo de partes; si en el caso sólo se permite la instrumental (artículo 278). En general, los códigos se refieren sólo al primer caso (asunto de puro derecho); el segundo lo constituye la admisión de que ya hablamos; el último puede dar lugar a discusión y puede significar que el juez entre a considerar la cuestión de fondo.

La mayoría de los Códigos exigen el pedido de parte; otros facultan al juez a abrir a prueba aun de oficio (Venezuela, 278; Argentina, 360; Uruguay, 382, etcétera).

Siguiendo las normas españolas (L.E.C. 1881 artículo 550 y 551) se acepta, en la mayoría de nuestros países, que la apelación sólo procede (y a ambos efectos), si el juez no abre a prueba, siendo inapelable el auto que dispone la apertura a prueba.

Este auto de apertura a prueba —que se dicta luego de la etapa de proposición— se llama, en muchos códigos latinoamericanos, interlocutoria, siguiendo la terminología del derecho intermedio.

En cuanto al término hay una división entre los códigos latinoamericanos; unos establecen un determinado periodo de prueba ordinario, tales como los de El Salvador, artículo 260; Guatemala, artículo 123;

Nicaragua; Paraguay; etcétera, entre 20 y 40 días y otros que establecen una división del periodo. Estos últimos, en general los más modernos, admiten que hay un primer periodo, menor, de proposición de las pruebas y otro, mayor, para diligenciarlas (evacuarlas, desahogarlas). Es el caso de la propia L.E.C. española (1881 artículo 533); de Argentina (artículo 367); Costa Rica (artículo 231); Honduras (artículo 309); Perú (artículo 349); México (artículo 290); Venezuela (artículo 282, aunque es en audiencias, pero se establecen 20 para promoverlas y 40 para evacuarlas); Uruguay, ley 13.355 (artículo 21), etcétera.

También admiten todos los países un periodo extraordinario de prueba, para lo cual siguen las huellas del régimen español: debe pedirse dentro de un primer periodo, indicarse la prueba a diligencias, etcétera. En algún caso se establecen multas para quien no diligencia esa prueba (Venezuela, 284), y utiliza el plazo sólo para alargar el juicio. Asimismo, en algunos códigos, se incluye un periodo —luego del primero— para solicitar “contraprueba”, es decir, aquella que tiene por fin desvirtuar lo que prueba la otra parte.

Por supuesto que en el proceso por audiencias todo esto queda suprimido.

c) *Las audiencias de prueba.* Muchos códigos latinoamericanos proclaman el principio de que la prueba se recibirá en audiencia pública. Sin embargo y salvo el régimen de Brasil, no funciona realmente la “oralidad” tampoco en esta parte y pese a dicha proclamación, puesto que se abre un término probatorio, se presentan interrogatorios escritos, en casi todos los países, sea para el testigo o la parte (posiciones o posiciones juradas, etcétera) y jamás se prevé una audiencia concentrada en la que se evacúen todas las pruebas, salvo en Brasil (336). En Colombia se permite al juez concentrar las audiencias (artículo 110).

Es cierto que la prueba testimonial y la de posiciones se reciben en audiencia y, según los casos, se da una mayor o menor participación al juez, pero fuera de que en muchos países tal disposición no se cumple en la práctica y los interrogatorios se efectúan por los funcionarios, el juez normalmente no está preparado, como demostramos en seguida, para intervenir activamente en la recepción de las pruebas.

Todo este procedimiento en el “código modelo” resulta modificado, puesto que la prueba debe pedirse en los escritos de proposición de las pretensiones y, completarse, en todo caso, en la audiencia preliminar. En ésta se dispone lo necesario para su preparación y recepción en la audiencia final. Allí, en forma oral, inmediata y concentrada, se deberá recibir toda la prueba con intervención activa del juez.

d) *Los medios probatorios.* En general también se notan dos sistemas: los que enumeran los medios de prueba en forma aparentemente taxativa

y los que se refieren a todos los legítimamente admitidos o hacen la enumeración, y agregan una frase general que obra a modo de válvula de escape.

En los primeros códigos, generalmente los más antiguos, podemos mencionar a Nicaragua (artículo 1117); Honduras (artículo 320); Guatemala (artículo 128); etcétera. También al de Cuba, pese a ser de 1974 (artículo 263), etcétera.

Entre los que hacen una referencia general, debe mencionarse a Brasil (artículo 332); los que son "legales o moralmente legítimos", etcétera. En este grupo hay que incluir a los que hacen una enumeración, pero agregan una frase que permite la admisión de cualesquiera medios no ilegítimos. Así: Uruguay, "y otros medios no previstos con tal que no estén prohibidos por la ley..." (artículo 344); Colombia: "cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez" (artículo 175); México: "sin más limitación que las pruebas no estén prohibidas por la ley, ni sean contrarias a la moral" (artículo 278). Lo mismo en Argentina (artículo 378 y 384), etcétera.

Indudablemente, cualquiera de estas fórmulas similares pueden ser adoptadas para un código modelo, en el que debe establecerse una amplia libertad para la utilización de los medios de prueba que no estén prohibidos por la ley ni, en su producción, violen los derechos fundamentales.

Para la producción de dichos medios se usarán las reglas establecidas para los análogos que regula el código (tal como se establece en los nuevos códigos: Colombia, Uruguay, ref. 1965; Argentina, etcétera) (*infra*, nota 137).

Quedan fuera de nuestra consideración otros detalles procesales regulados por nuestros códigos tal como el de la prueba tardía, que debe considerarse "inevacuable", si hay omisión de la parte, porque todo ello resulta superfluo en un régimen como el proyectado, en que la prueba se pide desde el inicio y se practica en la audiencia y regido por el impulso procesal de oficio.

B. Las facultades del juez en materia probatoria

En esta materia, también podemos dividir los códigos más antiguos y los modernos. Los primeros, en general, no conceden al juez facultades en materia probatoria, salvo las diligencias para mejor proveer, tomadas de la L.E.C. española, en disposición que nuestros códigos más o menos reproducen, inclusive luego de establecer, los más modernos, una facultad del juez para decretar pruebas en forma amplia.

Nuestra doctrina latinoamericana, profusa sobre el tema, en los últimos tiempos distinguió, siguiendo la universal y el moderno derecho compa-

rado, dentro del proceso dispositivo, la disposición del derecho de fondo y la de los derechos procesales.¹¹⁴ Es decir, que se afilió a la tesis de que había que admitir la máxima que el juez debe fallar *secundum allegata*, pero que podía superar el precepto: *e probata*. O, dicho de otra manera, que el principio dispositivo recta y modernamente entendido había que considerarlo con relación a la cuestión de fondo planteada en el litigio, pero no con relación al proceso y al procedimiento. Se llama la atención, de esta manera, respecto de que es necesario llevar hasta sus últimas consecuencias la diferenciación en que se asienta todo el procesalismo moderno entre derecho y acción. Y se señala, en especial y en forma unánime en las IV Jornadas del Instituto Latinoamericano de Derecho Procesal (Caracas-Valencia, 1967) (*supra*, nota 114), que muchos códigos de procedimiento, pese a reconocer que el derecho es una cosa de carácter privado y el proceso otra, de carácter público, siguen considerando a la prueba, que integra el proceso, como *sache des parteien*.

Y se proclama, sin llegar a introducir el sistema inquisitivo, aunque parte de la doctrina lo considera como tal,¹¹⁵ que el juez, que es neutral en cuanto a la relación de fondo surgida dentro del juicio, no lo es, en cambio, con respecto al proceso mismo y a la averiguación de la verdad o falsedad de los hechos alegados por las partes.¹¹⁶ Es decir, que el principio dispositivo debe entenderse como “el poder reconocido a los particulares de disponer de la propia esfera jurídica”,¹¹⁷ pero esto, realmente, no constituye un principio que se relacione con el proceso, sino con su iniciación (o desistimiento), por lo que algunos dicen que no es siquiera procesal, sino civil o sustancial. El proceso tiene un fin público

¹¹⁴ Una clara demostración de esto lo constituye el tratamiento del tema (“Facultades del Juez en materia probatoria”) realizado en las Cuartas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Venezuela (Caracas, Valencia), en 1967. En los importantes trabajos presentados al congreso por varios procesalistas latinoamericanos, se señaló la orientación a que hacemos referencia en el texto, que fue la que en definitiva adoptó la reunión en sus conclusiones. Ver los principales trabajos publicados en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1967, núm. 4.

¹¹⁵ Esa fue la posición que adoptó el tratadista Devis Echandía, en su ponencia a las Cuartas Jornadas, realizadas en Venezuela (*supra*, nota 114), que también se publica en la revista citada (p. 642/643). Sostiene que el otorgamiento de facultades probatorias al juez, transforma al proceso en inquisitivo. Sin embargo, la mayoría entendió que el principio dispositivo no se vulnera con la posibilidad de que el juez investigue la verdad real dentro de los hechos alegados por las partes (Ampliamente, Rodríguez, U., *op. cit.*, *supra*, nota 37); también así, lo sostuvieron casi la totalidad del resto de los concurrentes a las Jornadas. La cuestión, en todo caso, se resuelve en un problema nominal, pues en cuanto al fondo todos estamos de acuerdo.

¹¹⁶ Conforme: Rodríguez U., *op. cit.*, *supra*, nota 37.

¹¹⁷ Es lo que se expresa en la exposición de motivos del Código de Procedimiento Civil italiano.

de realización de la justicia, con motivo de resolverse el conflicto particular y en éste debe buscarse, por el órgano público, la verdad, para realizar fielmente ese cometido.

Consideramos las facultades del juez en tres momentos:

a) *Al decretar las medidas probatorias. Las diligencias para mejor proveer.* En la proposición de pruebas por las partes solamente, o también por el juez, radica una cuestión esencial. Podemos decir que los códigos latinoamericanos, salvo los más modernos, se colocan en la tesitura que mencionamos, de no dar al juez facultades en esta materia, salvo las llamadas "diligencias para mejor proveer".

Esta facultad es restringida, puesto que su objeto es dictar mejor la sentencia e invariablemente se establece la posibilidad de decretar determinadas medidas, que los códigos en general enumeran, siguiendo a la L.E.C. (salvo muy pocos, como el uruguayo, artículo 605), en el momento de dictarse la sentencia.

Las diligencias para mejor proveer, estudiadas ampliamente en la doctrina latinoamericana,¹¹⁸ parecen ser casi la única iniciativa probatoria que tienen los jueces en los códigos de corte clásico, los que consideran al juez un *espectador* del proceso y de la prueba y sólo cuando lo necesitan, para sentenciar mejor, le autorizan a decretar estas medidas. Por ello responden a estas características que la doctrina, generalmente, reconoce (*supra*, nota 118).

1) Su *finalidad* es sentenciar mejor, no en beneficio de las partes, pues ellas tienen la carga de vigilar sus derechos; 2) el juez es *libre* de decretar las medidas que desee, sin que las partes puedan pedir, ni sugerir las mismas; 3) se procura que el juez actúe con total *imparcialidad*, no beneficiando a ningún litigante, ni salvando sus omisiones o sustituyéndolo en sus cargas; 4) en cuanto a la *oportunidad*, se admiten antes de sentenciar y luego de la conclusión de la causa, tanto en primera como en las ulteriores instancias y, en general, antes de las interlocutorias; 5) su *carácter*, es *probatorio*, aun cuando en los códigos y a veces en la práctica latinoamericana, se admite otro tipo de medidas (por ejemplo, correr un traslado, pedir un dictamen del Ministerio Público, etcétera); 6) en cuanto a los *medios* permitidos, en general, la enumeración de los códigos del área sigue la amplitud de la ley española, permitiendo la gran mayoría. En Uruguay, donde no se enumeran, la jurisprudencia rechaza la confesión, lo que no parece razonable; en toda el área se admite la prueba testimonial, pero de los

¹¹⁸ Couture, E. J., *Teoría de las diligencias para mejor proveer*, Montevideo, 1932; Sentís Melendo, S., "Medidas para mejor proveer", en *Enciclopedia Omeba*, y amplia bibliografía allí citada; Rodríguez U., *op. cit.*, *supra*, nota 37.

testigos mencionados u ofrecidos por las partes, no de otros; 7) por último, se estima, en general, que la disposición de tales medidas es *irrecurable*.

Fuera de estos medios de prueba decretados en esta etapa y con tal carácter, generalmente los códigos suelen repetir, cuando se refieren a la inspección judicial (reconocimiento), que se decretará "a pedido de parte o de oficio". Esto, prácticamente, todos los del área. Algunos, quizá la mayoría, dicen lo mismo con respecto a la prueba pericial (experticia, peritación). Y, por supuesto, con respecto al trasnochado juramento decisorio, que se difiere por disposición del juez.

Pero bueno es aclarar que, en la práctica, los jueces latinoamericanos, rara vez hacen uso de estos medios de prueba de oficio; inclusive las medidas para mejor proveer, aunque no tan raras, son decretadas en la gran minoría de los juicios. Y, todavía, debemos reconocerlo, a veces con el propósito de interrumpir el plazo para dictar sentencia.

Esto, como veremos en seguida, resulta lógico en el proceso actual.

Una minoría, cada vez más creciente, de códigos modernos en latinoamérica, siguiendo el modelo europeo, faculta al juez para descubrir la verdad de los hechos alegados por las partes. Podemos citar como modelo, por su redacción y por su antigüedad (1932), la disposición del Código del Distrito Federal mexicano que establece, en su artículo 278: "Para conocer la verdad de los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezcan a las partes o a un tercero, sin más limitación..." Artículo 279: "Los Tribunales podrán decretar en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados". (Disposiciones reproducidas en los códigos de varios Estados.)

Parecida disposición contiene el Código argentino (1967) (artículos 36 - 2o. y 4o. y 452), así como muchos códigos de provincia. Ya se habían incluido estas facultades en la famosa ley 14237.¹¹⁹ También los de Brasil

¹¹⁹ Decía así el artículo 21 de la ley 14237 de la Capital Federal (ampliatorio del 57 del C.P.C.). "En cualquier estado del juicio los jueces y tribunales podrán disponer las medidas necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos manteniendo la igualdad de los litigantes..."

Vid., Areal, J. L., Finalidades perseguidas mediante el artículo 21 de la ley 14237", en *Jurisprudencia Argentina*, 1954, sección doctrinal, II, p. 38.

Bremberg, L., "El artículo 21 de la ley 14237 y sus primeras aplicaciones. Los poderes de instrucción del juez", *La ley*, t. 76, p. 298. La jurisprudencia argentina entendió, inmediatamente, que dichas facultades no podrían ejercerse para suplir la omisión o negligencia de las partes, pues ello implicaría una alteración del principio de igualdad procesal. Asimismo, declaró que la garantía constitu-

(artículo 342); Colombia (artículos 179, 180, 243 y 244) y Cuba (artículo 43).

Inclusive se establece, en alguno de esos códigos, el “deber de decir verdad”.

Resultan más extrañas las disposiciones de algunos códigos antiguos (El Salvador, 1857, artículo 259; Uruguay, 1877, artículo 332) que facultan al juez, sin limitaciones, a disponer pruebas de oficio en disposiciones que no han sido usadas jamás.¹²⁰

Asimismo esos códigos más modernos y también otros no tanto, en Latinoamérica, permiten al juez, en relación a las pruebas pedidas por las partes, *rechazarlas*, ya sea por estar prohibidas por la ley, por ser impertinentes, por inconducentes, etcétera. Dice el moderno Código de Colombia que “Las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará *in limine* las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas” (artículo 178). El de Costa Rica declara que el juez repelerá de plano “las pruebas sobre hechos reconocidos o admitidos, sobre hechos no alegados o invocados que no conduzcan razonable o jurídicamente al objeto del debate... las que chocan con las normas legales y las que, a su juicio, sean inútiles e impertinentes” (artículos 230 y 242).

Es decir, que amplían las posibilidades del juez, no sólo de decretar pruebas, si no, aun de rechazar las pedidas por las partes. Los códigos de corte clásico sólo permiten repeler de plano las inadmisibles, pero las impertinentes sólo pueden ser rechazadas en la sentencia definitiva.¹²¹

b) *En el diligenciamiento (evacuación, desahogo) de las pruebas.* En esta etapa los códigos tradicionales, que mantienen al juez como espectador, no le atribuyen casi facultades. Los otros, al menos los que ordenan la recepción de la prueba en audiencia (o, mejor en audiencias) permiten al juez intervenir en el interrogatorio de las partes y de los testigos. Así sucede con los códigos modernos; en el Uruguay, la reforma parcial

cional de la defensa en juicio requería que se acordara a las partes la posibilidad de ser oídas sobre el resultado de las medidas adoptadas e incluso la de producir prueba en contrario. (Conforme: Palacio, L., *Manual de derecho procesal civil*, t. II, p. 97.)

¹²⁰ Dice la disposición del C.P.C. uruguayo, incluida con ese texto ya en el año 1877, al aprobarse el mismo: “Cuando las partes hayan alegado hechos sin ofrecer pruebas, podrán los jueces ordenar de oficio la que corresponda sobre los hechos alegados”.

¹²¹ La norma que predomina en los códigos latinoamericanos establece que la prueba debe hacerse sobre los hechos controvertidos y las que no pertenezcan (al litigio) serán irremisiblemente desechadas de oficio al dictarse sentencia (Bolivia, 161; Chile, 122; Costa Rica, 242; Ecuador, 117; España, 55 y 556; México, 291; Paraguay, 109; Perú, 339; Venezuela, 292; Uruguay, 330).

La doctrina ha trabajado, entonces, en la distinción entre impertinencia e inadmisibilidad de la prueba. *Vid.*, Couture, *op. cit.*, *supra*, nota 104, pp. 236/240.

de 1965 (ley 13.355) admitió que el juez también repreguntará a los testigos y, según algunos, a las partes, en el acto del diligenciamiento de las pruebas, dispuesta a solicitud de ellas. Por supuesto que los códigos que, como acabamos de mencionar, dan mayores facultades al juez, incluso para citar a las partes y testigos, le permiten interrogarles ampliamente.

En materia de prueba pericial, casi todos los códigos del área permiten, tanto al juez como a las partes, solicitar de los peritos las aclaraciones a la pericia. Sin embargo, salvo el caso de Brasil, el perito no está presente en audiencia y las aclaraciones se piden, casi siempre, por escrito y el juez recién lo hará, normalmente, como diligencia para mejor proveer.

c) *En la apreciación (valoración) de la prueba.* En esta materia podemos afirmar que, salvo casos muy excepcionales, la mayoría de los códigos de Latinoamérica pertenecen a un sistema mixto, que establece un régimen de tarifa legal para algunas pruebas o ciertas reglas parciales respecto de algún medio de prueba (tal como la de que no vale la declaración de un solo testigo) y un sistema de libre apreciación racional (o sana crítica) para otros. Es decir, que ya no se puede afirmar que predomine en nuestros países latinoamericanos, ni mucho menos, el sistema de la tarifa legal o prueba tasada, como se hace por ciertos autores, un reducido número de modernos códigos ha adoptado, en forma casi única, el sistema de libre valoración o valoración racional o de la sana crítica, que tomamos como sinónimo.¹²² Es decir, como aquel régimen que permite al juez la libre apreciación, pero razonando y fundado en datos objetivos de la experiencia y la ciencia, de modo que pueda ser luego juzgada la forma como se realizó esa apreciación.¹²³ Así sucede con el Código de Guatemala, que establece como regla general la sana crítica (artículo 127), sin perjuicio de fijar reglas especiales en algún caso; y el de Perú (artículo 490); los de Argentina (artículo 386) y Colombia (artículo 187), que establecen sólo la sana crítica (este último, salvo las solemnidades que la ley sustancial establece), etcétera. En estos últimos, se dice, por ejemplo, en el de Colombia, que “el juez expondrá razo-

¹²² La doctrina latinoamericana, en forma prácticamente unánime, ha rechazado la distinción que pretendió fundar nuestro maestro Couture, entre apreciación racional de la prueba y sistema de la sana crítica (“Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial”, en *op. cit., supra*, nota 8, t. II, p. 181). Ver al respecto Alcalá-Zamora y Castillo, N., “Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba”, en *Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración*, t. 43, p. 33.

¹²³ Inclusive, aunque se hable —quizá con error— de apreciación “en conciencia”, o se mantiene la misma exigencia. Así el Código de Costa Rica dice que “en la sentencia se apreciará la prueba en conciencia, pero el juez, al analizar la que hubiere recibido, está obligado a expresar los principios de equidad o de cualquier otra naturaleza en que funde su criterio” (artículo 486).

nadamente el mérito que le asigne a cada prueba”, y en el de Argentina, sólo exige esta exposición respecto de las pruebas “esenciales”.

Otros mantienen muchas reglas de prueba tasada. En especial los más antiguos, aunque también algunos modernos, como el de México (artículos 402/424).¹²⁴

No tenemos duda que el sistema de libre apreciación es el que debe adoptarse, tal como lo enseñan todos los autores modernos y es el que proponemos, sin limitaciones para el “código modelo”.

d) *Conclusión sobre las facultades del juez en la materia probatoria.* No nos cabe duda, que en un código modelo, debe establecerse la amplitud del juez en las tres etapas: para disponer la producción de prueba, para evacuar o diligenciar la que él disponga o la pedida por las partes y para apreciarla.

Esto es lo que corresponde a la función del juez director del proceso, a la concepción que explicamos acerca del principio dispositivo y a todo lo que hemos venido diciendo en materia de organización del nuevo procedimiento.

Al respecto queremos hacer una importante observación: nos parece que los nuevos poderes que los modernos códigos latinoamericanos han dado a los jueces no pueden funcionar y no funcionan, si no es en un proceso *oral* o con los caracteres generales que la oralidad establece y que supone concentración, intermediación, publicidad, etcétera. Es cierto que en algunos países de nuestro continente, como dijimos, se dispone que la prueba se reciba en audiencia y en otros en “audiencia pública”, pero en la práctica todo esto, según nuestros informes, que debemos reconocer, no son muy completos, no ha funcionado. Y creemos podernos animar a decir que no puede funcionar.

En efecto ¿qué pruebas va a decretar el juez en la etapa correspondiente si no conoce el asunto?, y ¿cómo va a rechazar una prueba porque se refiere a un hecho confesado o inconducente, etcétera, si no ha leído el expediente? Por eso, es lo natural que sólo pueda decretar pruebas en el momento de la conclusión de la causa, es decir, cuando se le ha entregado el expediente para sentenciar y ha procedido a su estudio. Hasta ahora sólo ha sido un espectador. Por eso creemos que incurren en contradicción los autores (y los propios textos positivos) que facul-

¹²⁴ Son innumerables las reglas de valoración de la prueba que aún se mantienen en los códigos latinoamericanos, especialmente en materia de testigos, indicando —como en los derechos del Medioevo— las diversas formas que el juez debe seguir, de acuerdo al número o la declaración en favor o en contra de una parte, etcétera. Inclusive algún código dice que es necesaria plena prueba para resolver... y prevé qué pasa si ambas partes tienen a su favor la plena prueba... y cuántas semiplenas pruebas son necesarias si no existe aquélla, etcétera (ej. El Salvador, artículos 446/449).

tan al juez a decretar toda clase de pruebas o le imponen el rechazo de determinadas pruebas por impertinentes o inconducentes o inútiles o ineficaces, etcétera y rechazan el proceso oral.

Y también, que son inconsecuentes, cuando dicen que al juez se le deben dar facultades para decretar pruebas en el momento probatorio y no al final del proceso. ¿Cómo puede usar esas facultades un juez que no es protagonista del proceso desde el inicio? Sólo podría hacerlo el que lo conoce, que sabe lo que han pedido las partes y entonces sí puede apreciar cuáles son las pruebas necesarias y las innecesarias o inútiles y cuáles es menester complementar.

Por eso creemos que todo lo dicho sólo tiene sentido en un proceso como el propuesto, oral o por audiencias, en que el juez, luego de la proposición, asume un papel activo y debe conocer la controversia. Es el único modo de que ejerza sus facultades probatorias. En nuestro viejo proceso, de nada servirá darle al juez las facultades mencionadas, salvo la de libre apreciación de la prueba, si se trata del mismo proceso escrito, en el que se va formando el expediente a través de las actas y recién se le da al juez al final, para que pronuncie la sentencia.

Ni tampoco servirá que esté presente en una audiencia aislada del proceso, por ejemplo cuando una parte va a absolver posiciones en una causa que no conoce, en la cual quizá el próximo mes —entre el farrago de los otros cientos de juicios que tramitan en su tribunal— se le volverá a requerir su presencia para el interrogatorio de algunos testigos. Y luego, algún día, muy lejano, se le pasará todo el expediente para que lo sentencie.

Esto no es lo que se busca, ni puede obtenerse una mayor intervención del juzgador, sino cambiando todo el sistema. Sus “intervenciones” aisladas, en un proceso sin concentración y compuesto de fases preclusivas, no puede dar, lógicamente resultados. El juez continuará siendo tan espectador como antes.

C. Los distintos medios probatorios

a) *La declaración (de parte y de terceros)*. Nuestros códigos, en general, salvo el moderno de Colombia (artículo 194), por ejemplo, confunden la confesión con la *declaración de parte* y la regulan confusamente. Sólo los más modernos, como vimos, permiten el libre interrogatorio de las partes por el juez (México, Argentina, Brasil, Colombia, Cuba, etcétera).

La gran mayoría, en cambio, regulan la confesión y el interrogatorio de la parte, de acuerdo con el régimen general del proceso escrito y de no intervención del juez. Es decir, que admiten el interrogatorio de las partes

—y en general desde la contestación de la demanda hasta la citación para sentencia— por medio de “posiciones” (“posiciones juradas”), puestas por la contraparte, en un pliego escrito. Algunos permiten que el juez controle dicho pliego para determinar si las posiciones son claras, precisas, etcétera. (L.E.C. España, artículo 588; Venezuela, artículo 300; Costa Rica, artículos 251 y 254; Argentina, artículo 411; Honduras, artículo 346; Guatemala, artículo 133; México, artículo 313; Colombia, artículo 207; Cuba, artículo 268, etcétera.)

Otro número ya creciente de códigos, establece que la declaración se hará en audiencia, en la cual se prevé una intervención del juez, al menos como dijimos, para resolver sobre la pertinencia de las preguntas asertivas y otras cuestiones que se planteen, pero siempre sin intervenir directamente; otros, en minoría, le permiten intervenir solicitando aclaraciones o investigando la verdad. Así se establece, por ejemplo, en el Código de Guatemala (artículo 136). Además, los códigos que vimos, que permiten al juez preguntar a las partes y testigos en cualquier momento.

Ciertos códigos permiten que si la contraparte se encuentra presente, se realice entre ambas un intercambio de preguntas y repreguntas cruzadas, lo que constituye una especie de careo, con el fin de aclarar las cuestiones controvertidas (L.E.C. España, artículo 588; Costa Rica, artículo 260; El Salvador, artículo 418; Paraguay, artículo 132; Argentina, artículo 415; Guatemala, artículo 136; México, artículo 317 y 318; Cuba, artículo 272; etcétera).

Como siempre, sólo una minoría permite al juez intervenir, también, en ese intercambio en la búsqueda de la verdad.

Finalmente todos los códigos establecen que si el citado no comparece o no contesta o lo hace con evasivas, se le tendrá por confeso, aunque se permite al juez apreciar esta confesión libremente, porque, aunque los códigos, en general, dicen que la confesión judicial, en ciertas condiciones “hace plena prueba”, la doctrina llega a la conclusión que el juez la aprecia racionalmente.

Las mismas tendencias encontramos con respecto a las *declaraciones de terceros*: prácticamente, todos los códigos, exigen un interrogatorio escrito, presentado generalmente con anticipación, que puede estar en sobre cerrado y se abre en el momento de la declaración; hay códigos que permiten las preguntas entre las partes, con supervisión del juez (espectador), otros con su propia intervención, pero, en general, sobre la base de las preguntas presentadas de antemano por las partes. A veces se le encomienda sólo explicar las preguntas (Ecuador, artículo 253); aclarar las deposiciones (Bolivia, artículo 207); etcétera. Los menos permiten un interrogatorio libre por ambas partes (*cross-examination*),

inclusive algunos admiten el careo entre los testigos (Paraguay, artículo 196; Argentina, artículo 448; Ecuador, artículo 257; Colombia, artículo, 230; Cuba, artículo 344, etcétera).

La gran mayoría de nuestros códigos fijan un límite de testigos, por cada juicio, o más comúnmente, por cada hecho; a veces, también, un número máximo de preguntas, etcétera, en un exceso de reglas inconvenientes de establecer por anticipado y como norma general.

En la estructura del procedimiento del "código modelo", no cabe otra posibilidad que recibir la declaración, de parte o de tercero, en la audiencia de prueba, en forma concentrada con amplia intervención del juez. Éste debe conducir el debate y preguntar, atendiendo las sugerencias de las partes, pues de esa manera se va directamente al fondo de la cuestión, sin los larguísimos interrogatorios que preparan las partes, ni los vericuetos de sus complicadas preguntas y posiciones para sorprender al declarante. La sencillez y la simplicidad deben primar, sin perjuicio de agotar todos los medios de averiguación de la verdad, tarea que resulta más simple cuando el juez, es protagonista del proceso, puesto que lo conoce desde su inicio y que conduce la investigación, sin perjuicio del derecho de las partes a indicar preguntas o sugerir aclaraciones.

Las *tachas de testigos*, son establecidas por todos los códigos, fijando sus causales, generalmente o dando fórmulas genéricas. Algunos sistemas manteniendo el incidente de tachas como proceso conexo, para poner de manifiesto la falta de fe que merece el testigo con un nuevo periodo de prueba, pero sin sentencia especial. Otros lo han suprimido, pero manteniendo la "tacha indirecta", a través de los interrogatorios. De modo que la tacha siempre existe como una causa que disminuye la fe del testigo, pero surge del libre interrogatorio, en el que quedan de manifiesto los defectos o los vicios del testimonio, que no pueden ser regulados de antemano y que, en todo caso, quedan a la libre apreciación del juez.

Esta última será la mejor solución a incluir en el "código modelo".

El *careo* será uno de los tantos medios para buscar la verdad dentro de declaraciones contradictorias. Sólo en la audiencia concentrada se le puede realizar con efectividad.

Estas pruebas, como todas, están sujetas a la libre apreciación racional del juez (o "sana crítica"). Como vimos, si la confesión se produce al contestar, es decir, si se admiten los hechos, éstos quedarán fuera de la controversia. Aparece allí un acto de disposición del derecho (sustancial) que, ese sí, de acuerdo con el principio dispositivo, el juez no puede sobrepasar.

b) *La prueba documental*. Es variada la forma de legislación con respecto de los *documentos públicos*, en nuestros países, pero el contenido es bastante similar.

Unos códigos, definen esta clase de documentos —y luego, por exclu-

sión los privados—, otros hacen una enumeración de los mismos, otros reproducen las disposiciones del derecho civil (código civil), que se refiere a esta prueba. Se regula el valor de los documentos a los cuales se les atribuye el valor de plena prueba, en general, en algunos diferenciando su contenido (hecho de haberse otorgado, fecha, parte dispositiva, parte enunciativa, etcétera).

También se regula el valor de los testimonios, copias, etcétera y el posible cotejo con los originales —si existen— generalmente encomendado a un funcionario público.

En lo estrictamente procesal, podemos decir que en este tipo de prueba, aún en la mayoría de los códigos clásicos de Latinoamérica, se permite la presentación —de los públicos y aun de los privados— no sólo en el periodo de prueba, sino aun en etapas posteriores al juicio. Para ello, unos códigos requieren que no se les tuviera antes o se hallaren recientemente (Bolivia, artículo 187; Uruguay, artículo 374, etcétera) otros igual los admiten (Venezuela, artículo 317; Chile, artículo 348, etcétera).

Por supuesto, quedan excluidos aquellos en los que la parte funda su derecho que, como vimos, deben agregarse con la demanda (o contestación) y no son admitidos posteriormente (*supra*, número 20).

En los códigos más modernos, como dijimos, se exige que toda la prueba documental se acompañe con la demanda o contestación (Brasil, Colombia, etcétera, *supra*, número 24).

Con referencia a los *documentos privados*, la mayoría de los códigos exigen, para otorgarles su validez y efecto igual a los públicos, el reconocimiento judicial de la firma o que, a falta de comparecencia de la parte, se dé por reconocido por el juez. Así sucede aún en la mayoría de los códigos más antiguos y otros modernos: Honduras, artículo 336; Paraguay, artículo 141; Nicaragua, artículo 1152; L.E.C. española, artículo 604; El Salvador, artículo 420; Venezuela, artículo 324; Colombia, artículo 372; etcétera.

En cambio los códigos más modernos o aquellos que han introducido reformas, parten de la *presunción de autenticidad* del documento presentado por una parte y emanado de la contraparte, por lo que sólo se da un pequeño plazo perentorio para impugnarlos y si no se hace así, la validez queda reconocida (México, artículos 333 y 335; Chile, artículo 346; Uruguay, ley 13.355 artículo 32; Cuba, artículo 286; Portugal, artículos 542/43 y 538; etcétera).

Casi todos los códigos admiten, como forma de impugnación, dos: el simple desconocimiento, que puede dar lugar al cotejo, y la impugnación de *falsedad*, que origina un incidente nominado, con intervención del Ministerio Público, que se refiere a la falsedad material o ideológica, generalmente y que puede dar lugar, además, a una acción penal.

Problema importante y también regulado en forma diferente, según se trate de los códigos tradicionales o los más modernos, es la de los documentos en poder de la otra parte o de terceros.

Como es natural, los códigos tradicionales, no tienen reglas especiales y por consiguiente, de acuerdo al principio de disposición, incorrectamente entendido, con respecto a la verdad o falsedad de los hechos alegados, se niega la obligación o carga de exhibirlos, porque se sostiene que nadie está obligado a hacer prueba contra sí mismo (*nemo tenetur aedere contra se*). La doctrina moderna y el derecho comparado, que siguen los códigos más modernos del área, establecen, por el contrario, el deber de lealtad, el de colaboración general con la justicia en la búsqueda de la verdad, sea de las partes o de terceros y la exhibición bajo amenaza de sanciones.¹²⁵

Así resulta establecido en forma clara y amplia en los Códigos de Brasil (artículos 355/363), Colombia (artículos 283 y siguientes, Argentina (artículos 387/89), Portugal (artículos 554), etcétera. También, pero sólo con respecto a la parte, pero admitiendo el derecho del tercero de rehusar la exhibición de los que son de su propiedad exclusiva: Guatemala (artículos 181 y 182), Cuba (artículo 285), Costa Rica (artículo 275), etcétera.

En Brasil se establece la obligación de exhibir, no sólo documento, sino también toda "cosa", dedicándose una sección completa a este deber, al igual que en Colombia, pudiéndose llegar a tenerse por ciertos los hechos afirmados por el que pide la exhibición, si no aparece justificada la oposición de la parte: Colombia, artículo 285; Brasil, artículo 359. Otros sistemas, no tan avanzados, admiten una presunción contra el que se niega (Argentina, artículo 388) o imponen sanciones, tales como multa o arresto (Chile, artículos 349 y 274).

La solución más perfecta para adoptar parece la primera (Brasil, Colombia, etcétera).

c) *La prueba pericial (experticia, peritación)*. Con referencia a la prueba de peritos, cada vez en forma más creciente, aunque aún poco desarrollada en el área, se encuentran expertos adscritos a la administración de justicia, con el carácter de funcionarios. En Cuba, donde se quiere subrayar el carácter público del proceso, se menciona este tipo de expertos (artículo 304) y también el dictamen obligatorio de las instituciones oficiales (artículo 318).

Fuera de estos casos, los más modernos códigos establecen como regla,

¹²⁵ Marques, *op. cit.*, *supra*, nota 53, t. III, p. 419. E. J. Couture. "Sobre el precepto *nemo tenetur aedere contra se*" en *op. cit.*, *supra*, nota 8, t. II, p. 129; Palacio, L., "El deber de exhibición documental en el proceso civil", en *La Ley*, t. 88, p. 594.

que a los peritos los nombra el juez, aun cuando se hace excepción, en caso que las partes soliciten conjuntamente su nombramiento (Costa Rica, artículo 288; Brasil, artículo 420; Uruguay, ley 13.355; Colombia, artículo 236). El resto invierte la regla, los peritos son nombrados por las partes, generalmente, para lo cual se les convoca a una audiencia y si no se ponen de acuerdo los nombra el juez (L.E.C. 1881, artículo 616; El Salvador, artículo 391; Nicaragua, artículo 1266; Argentina, artículo 461; Honduras, artículo 359; Guatemala, artículo 165; México, artículo 347).

Prácticamente, en todos los códigos se dispone que esta prueba puede decretarse a instancia de parte *o de oficio*.

Se establece, en casi todos los códigos, siguiendo en esto el modelo español, en forma casi incambiada, que los peritos practicarán unidos las diligencias, a las que pueden asistir las partes (inclusive con sus asesores, en la L.E.C., artículo 626), quienes pueden hacer observaciones y deben retirarse cuando los expertos pasan a deliberar y a preparar su dictamen.

También se admite, en casi todos los países, que cuando se presenta la pericia, las partes (y también, en muchos códigos, el juez) pueden pedir aclaraciones o ampliaciones (y en algunos disponer el juez una segunda pericia: Brasil, artículos 437/39; Bolivia, artículo 256; Uruguay, artículo 428, etcétera).

Respecto de la valoración de la prueba pericial, hay códigos que nada dicen; otros, los menos, que establecen que el dictamen es obligatorio bajo ciertas condiciones (El Salvador, artículo 404, si es dictamen de dos y en la parte profesional, forma plena prueba; Paraguay, artículo 479: "Si tienen título y sus conclusiones son fuertemente asertivas, tendrán el valor de plena prueba").

En cambio, la mayoría, se inclina por darle libertad al juez para apartarse (generalmente se exige que "razonadamente") de la pericia (Guatemala, artículo 170; Cuba, artículo 319; Uruguay, artículo 429). En otros, se dice, directamente, que se apreciará según las reglas de la sana crítica, como sucede con otras pruebas (Chile, artículo 427; Argentina, artículo 476; L.E.C. artículo 632, etcétera) y Costa Rica, que admite la sana crítica, sin embargo, establece que si se trata de un avalúo, el juez no puede pasar, ni del máximo, ni del mínimo, que hayan fijado los respectivos peritos (artículo 300).

En el "código modelo" debe preverse la pericia (peritación, experticia), en forma amplia y, si la organización judicial lo permite, con el mayor número de expertos posibles del tribunal. El nombramiento se hará por el juez, salvo que las partes lo acuerden unánimemente, todo en la audiencia preliminar, además de requerirse, luego de la presentación previa

de su informe, su comparecencia en la audiencia final, a efectos de que las partes o el juez puedan pedir las necesarias aclaraciones.

Por supuesto, la valoración de esta prueba, como todas, debe ser sometida a las reglas de la sana crítica.

d) *La inspección judicial (reconocimiento, inspección ocular, etcétera)*. Esta prueba, cuyos diversos nombres mencionamos, aunque no todos correspondan exactamente a la misma actividad, existe en todos los códigos, siendo el ejemplo más claro de la prueba directa, vinculada, generalmente, con la pericial, desde que en casi todos aquellos se permite que el juez esté acompañado por un experto. En algunos, por excepción, se la combina con otras pruebas, permitiendo que el juez interroge testigos (España, artículo 636, etcétera). Por el contrario, en Venezuela, se permite que, en la prueba de testigos, el juez pueda disponer que sean interrogados “en el lugar a que se han de referir sus deposiciones”, (artículo 353) similar a lo que en el proceso penal sería una “reconstrucción”.

Habíamos dicho que esta prueba, en la mayoría de los códigos latinoamericanos, se establece que puede ser decretada a instancia de parte o de oficio (Argentina, artículo 479; Venezuela, artículo 338; Guatemala, artículo 172; Paraguay, artículo 211; Chile, artículo 412; El Salvador, artículo 409; Brasil, artículo 440; Colombia, artículo 244; Uruguay, artículo 431, etcétera). Una minoría sólo la admite a instancia de parte (L.E.C. España, artículo 633; Nicaragua, artículo 1255; Honduras, artículo 352, etcétera).

En todos los casos, en virtud del principio del contradictorio, se cita a las partes para la inspección, quienes pueden hacer observaciones. Asimismo, se levanta un acta, que es imprescindible en nuestro proceso escrito, en la que se recogen las observaciones del juez y del perito (que a veces puede presentar un dictamen por separado). Algunos códigos cuidan que las observaciones del juez no impliquen avanzar opinión o hacer apreciación sobre la cuestión sometida a su decisión.

Muchos códigos modernos, permiten que esta prueba se combine, también con nuevos adelantos científicos, acompañándose de croquis, fotografías, dibujos, etcétera.

En cuanto a la valoración no se observan, en general, reglas especiales. El Código chileno, por excepción, establece que “La inspección personal hace plena prueba, en cuanto a las circunstancias o hechos materiales que el Tribunal establezca en el acta, como resultado de su propia observación” (artículo 408).

Es natural que esta importante prueba debe mantenerse con la regulación general, permitiendo la libre facultad del juez para acompañarla con peritos, interrogar testigos, levantar croquis, tomar fotografías, etcétera.

En cuanto a la valoración, sin perjuicio de reconocer que lo que los jueces comprueban *de visu* constituirá, para ellos, un elemento esencial de prueba, debemos mantener la regla de la sana crítica fijada con carácter general.

En algunos otros países se regulan otros medios de prueba como la *prueba por informes*, en Argentina (artículos 396 y siguientes). En lo demás, como dijimos, se establece la norma que a falta de regulación se regirán por las que reglamentan los medios de prueba previstos y análogos, que parece ser la solución más indicada.

En cuanto a las presunciones, ellas, como sabemos, no son medios de pruebas, sino disposiciones relativas a la formación de la sentencia.

En cuanto al *juramento*, muchos códigos mantienen aún, al menos, el *decisorio* y otros también el *estimatorio*, que ha sido abolido por los más modernos códigos del derecho comparado.¹²⁶ No obstante, aún en los modernos códigos latinoamericanos (salvo los de Cuba y Brasil) se sigue manteniendo (Colombia, etcétera).

En un código modelo se regularán los medios de prueba y su producción, de acuerdo a lo expresado respecto de cada uno, el régimen de los medios no previstos,¹²⁷ el de la prueba trasladada¹²⁸ aboliendo el juramento (*supra*, nota 126).

26 LAS ACTUACIONES ANTERIORES A LA SENTENCIA. ALEGATOS. LA VISTA DE LA CAUSA

El sistema más difundido en el área es el de que luego de terminada la etapa de prueba, después de la publicación de probanzas (y eventualmente el incidente de tachas), se producen los "alegatos de bien probado", que hacen las partes por escrito, generalmente primero el actor y luego el demandado. En algunos códigos, por excepción, se hacen dentro de un plazo común. Es un resumen de las pruebas y su comentario; escritos a los que se da suma importancia.

En el área lusitana y en el sistema de las provincias argentinas "oralistas" hay una audiencia de conclusión de la causa y juzgamiento de carácter oral.

¹²⁶ Millar, *op. cit.*, *supra*, nota 18, p. 12.

¹²⁷ Por ejemplo, se puede tomar de base para redactar el artículo pertinente, la nueva redacción del artículo 349 del C.P.C. uruguayo, luego de la ley 13.355 (de 1965) que dice: "También podrán utilizarse otros medios probatorios, no prohibidos por la ley, aplicando anológicamente las normas que disciplinan a los especialmente previstos por la ley. Para su valoración se estará a las reglas de la sana crítica".

¹²⁸ Sobre el tema, como sobre todo lo referente a la prueba, puede verse el máximo tratado latinoamericano: Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial* (1a. ed. espec.), Buenos Aires, t. 1, p. 367.

En el resto de los países, en general, se procede, como dijimos, mediante alegaciones escritas. No obstante ello, puede señalarse una tendencia que, aunque minoritaria, se ha extendido, según la cual se celebra una audiencia final, en la que las partes hacen las alegaciones oralmente.

Es un intento hacia la "oralidad", con la finalidad de incluir, al menos al fin del procedimiento, una audiencia para la "vista de la causa" en forma oral y pública. Esta audiencia ya está prevista en la L.E.C. española (artículo 668). Sin embargo y siguiendo la tendencia señalada, es raro que, aun en los códigos que la establecen, dicha audiencia constituya, realmente, una "transformación del proceso escrito" que predomina en nuestra área.

Esto por varias razones: primero, porque en muchos casos la audiencia no se cumple en la práctica; en otros, es un mero formalismo, pero las partes agregan escritos ("memoriales") que se toman en cuenta y refuerzan la tendencia "escrituralista" del sistema. Como ejemplo, señalemos sólo dos sistemas positivos que demuestran cómo, pese a que se requiere imponer la oralidad como principio, éste se escamotea en la realidad. En el régimen español de la L.E.C. de 1881, se establece que para que se realice la audiencia pública, es necesario que sea solicitada, expresamente, por todas las partes (artículos 668/669 y 774/775). Si no cada parte retira los autos y hace sus conclusiones (artículos 669/671). Y, como es sabido, en estas alternativas, la escritura devora la oralidad.

En Venezuela, otro caso en que se prevé la audiencia pública para la vista de la causa, se establece expresamente que "quien informe verbalmente deberá presentar conclusiones escritas", incluyendo citas de disposiciones legales, sin lo cual "se tendrán por no hechos los informes verbales" (artículo 405). Y el código obliga a los jueces a leer en "audiencia" todas las actas del expediente como modo de control para las partes de que los jueces leen el expediente.

En ningún caso se registra una verdadera audiencia oral de discusión de la causa, con participación del juzgador y decisión inmediata de éste.

En el código modelo se debe prever que toda la actividad se desarrolle en la audiencia de prueba o de conclusión de la causa a la que sigue, inmediatamente la sentencia final. Sólo por excepción, en casos complicados, el tribunal podrá tomarse algunos días para dictarla. Si no, en la audiencia se dará a conocer el fallo, poniéndose luego los fundamentos.

Contra la sentencia habrá los recursos comunes, siendo escrita su interposición y fundamentación (expresión de agravios...)

VIII LA SENTENCIA

27 FORMACIÓN DE LA SENTENCIA. DISCORDIA

Como hemos dicho, en el área, el tribunal de primera instancia es unipersonal. Se conocen los tribunales colegiados sólo en los procesos especiales: laborales, de menores, etcétera.

Ciertos códigos del área muy escasos, establecen que la sentencia se pronunciará al finalizar la vista de la causa o en un plazo de breves días posteriores. Los demás, que en su mayoría no prevén dicha vista, otorgan al juez plazos más o menos prolongados una vez dictado el decreto de conclusión de la causa y elevados los autos para sentencia.

En ese lapso, generalmente, no hay normas reguladoras de la actividad del juez, fuera de la que le permite decretar diligencias para mejor proveer.

El juez, pues, en la generalidad de los casos, prepara la sentencia libremente y su forma está sujeta a ciertas reglas que determinan, también, ciertas normas para su preparación. Así, varios códigos establecen que los jueces verán los procesos por sí mismos, excluyendo, de esta forma, los relatores. En esta materia se encuentra y sólo en algunos casos excepcionales, la presencia de relatores o ponentes en los tribunales colegiados, que entienden en la segunda instancia o en el recurso de casación. Así, por ejemplo, el Código de Chile establece que en los tribunales unipersonales el juez examinará, por sí mismo, los autos..., pero en los colegiados tomarán conocimiento del proceso por medio del relator o secretario, sin perjuicio del examen que deseen hacer por sí mismos (artículo 101). Parecido sistema se usa en Cuba, en el cual se utilizan como jueces ponentes los profesionales adscritos a cada sala. Estos tienen otras funciones importantes, tales como practicar pruebas, proponer la redacción de autos y sentencias, etcétera (artículos 123/125).

Otro caso especial y peculiar, dentro del área, es el régimen venezolano, que permite a las partes solicitar la integración del tribunal con "asociados" para dictar sentencias definitivas o interlocutorias con fuerza de definitivas, en juicio de mayor cuantía (artículos 393/398). Éstos designados a propuesta de las partes actúan como verdaderos jueces *ad-hoc*. También se admite se solicite la consulta de un "asesor", en lugar de la presencia de asociados. Se trata de una especie de perito que emite un dictamen sobre la cuestión debatida.¹²⁰

Son, éstos, casos excepcionales, pues la solución típica es, como anticipamos, la simple exigencia que el juzgador vea por sí el proceso, como

¹²⁰ Pineda de León, P., *Lecciones elementales de derecho procesal civil*, Mérida, Venezuela, 1964, t. II, p. 240.

reacción al viejo sistema de los relatores de la Colonia, dejando luego en libertad a aquél. Sólo que, al exigir en las formas los resultados y considerandos y en la apreciación de la prueba sus fundamentos, resulta necesario al juez establecer los puntos en debate, los hechos y el derecho en forma congruente con las acciones deducidas (*infra*, número 29).

28 LA FORMA DE LA SENTENCIA

En la terminología de la región, al menos la española, se llaman *providencias* o autos de trámite, a los que tienen por fin sólo el impulso procesal. Algunos códigos, sin embargo, siguiendo al español, distinguen entre providencias que son las de mero trámite e impulso y los *autos* que deciden incidentes.

Luego se habla de *sentencias* —que en algunos códigos, son una especie del género providencias, que las incluyen a todas— que se dividen, en general, en *interlocutorias*, que son las que se dictan durante el proceso y deciden las cuestiones incidentales o accesorias, y *definitivas* las que, concluido el proceso, resuelven la cuestión de fondo. En los códigos que llaman *autos* a los que deciden incidentes (Cuba, España, etcétera), se les llaman sentencias, no sólo a las que concluida la instancia resuelven la demanda, sino, también, a las cuestiones que impiden entrar al fondo del asunto principal (Cuba, 142/146; España, 369). Por supuesto, se llama sentencia, tanto a la de primera, como a la de las ulteriores instancias, casación o revisión.

Los códigos, en general, establecen las partes de que se compone la sentencia y luego de los datos elementales (nombres, etcétera), se exige la inclusión de los hechos en que se fundan las pretensiones, así como los que sostienen por probados, en los “resultandos” y las consideraciones de derecho, en los “considerandos”. Finalmente, se establece que deben, en el fallo, resolverse las acciones deducidas condenando o absolviendo al demandado (*infra*, número 30) y resolviendo las condenaciones accesorias (costas). Ciertos códigos, hablan de las posibilidades de la absolución de la instancia (*infra*, número 30).

Algunos códigos establecen, asimismo, ciertas condiciones para el requisito de la firma.

En cuanto a las *disidencias* (discordias), en los organismos colegiados hay variados métodos de *integración*, recurriendo a veces a suplentes, en la mayoría de los casos, a miembros de otros tribunales, en último caso, a abogados designados (conjueces, etcétera). Y generalmente se busca obtener el número de votos necesarios a través de esos procedimientos y recién cuando se llega a ellos “hay sentencia”. Algunos sistemas, sin embargo, permiten una decisión *por mayoría*. Y otros prevén que en las

segundas (y sucesivas) votaciones, se produzca ésta sobre los dos temperamentos que tienen una mayor cantidad de sufragios. (Cuba, artículo 132).

En general las votaciones son *secretas*, aun en los casos de audiencia pública de conclusión. Una excepción lo constituyen las disposiciones del Código de México sobre la discusión pública de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia.

En general se establece el derecho (y en algunos casos la obligación) de consignar la disidencia por escrito y en forma fundada.

29 LA CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA

Se mantiene, en todos los códigos, el principio de congruencia, disponiéndose, en forma más o menos directa en todos ellos, que los jueces deben dictar sentencias claras y precisas, sobre todos los puntos litigados y con arreglo a las acciones deducidas por las partes. La doctrina iberoamericana proclama este principio¹³⁰ y se considera una consecuencia del principio dispositivo.

La excepción la constituye la disposición del Código de Cuba, que siguiendo la de los países socialistas, a su vez inspiradas en el Código soviético, dispone: "artículo 46... no obstante... podría resolver sobre aspectos no contenidos en las cuestiones planteadas con arreglo a las condiciones siguientes: 1) que los nuevos aspectos... sean consecuentes o estén íntimamente relacionados con las pretensiones originalmente deducidas; 2) que los nuevos aspectos... se encuentren dentro del alcance de su competencia; 3) que antes de dictar sentencia el Tribunal instruya a las partes de los nuevos aspectos que aprecie, concediéndoles un plazo no mayor de seis días, para que hagan las alegaciones y propongan las pruebas que estimaren convenir a su derecho".

Casi todos los códigos establecen que si la sentencia condena al pago de frutos, daños, etcétera, debe fijar, al menos, las bases de su liquidación. Otros prevén que en caso de fundarse la sentencia exclusivamente en un delito, deberá esperar a la resolución en la vía penal (prejudicialidad de la acción penal sobre la civil). Otras son más detalladas en cuanto al contenido de determinadas sentencias, según la acción de que se trate.

30 LA ABSOLUCIÓN DE LA INSTANCIA

Los códigos del área excluyen el *non liquet*. En muchos casos existen normas en los códigos de fondo, especialmente en el civil, siguiendo el

¹³⁰ Aragonese Alonso, *op. cit.*, *supra*, nota 27.

modelo del Código de Napoleón (artículo 4), que establecen que el juez debe siempre fallar, no pudiendo dejar de hacerlo so pretexto de oscuridad o insuficiencia de la ley.

En cambio, como es natural, la jurisprudencia, *sine discrepandi*, admite una sentencia definitiva que no entre a pronunciarse sobre el mérito, porque declare la nulidad de los procedimientos por ausencia de un presupuesto procesal, por ejemplo, por incompetencia absoluta e incapacidad de una parte, por falta de legitimación en la causa, etcétera. Es decir, una sentencia definitiva, pero no de mérito (fondo), que, en consecuencia, deja al actor la posibilidad de volver a ejercer válidamente la acción, puesto que no hay cosa juzgada sobre la pretensión deducida.

Esto, si bien no se establece expresamente en los códigos, surge indirectamente y lo acoge la doctrina y jurisprudencia, como decimos, pacíficamente.

En cambio, no se admite, en la mayoría de los códigos, la absolución de la instancia que aceptaban los prácticos españoles, inspirándose en la Partida III (título 22, ley 15), aunque no surgiera claramente de ésta. Según este instituto, cuando las pruebas no fueran suficientes, como para que el juez apreciara la razón o la sin razón de la demanda, podía “absolver la instancia”, lo que dejaba abierta, para el demandado, la posibilidad de volver a iniciar un nuevo juicio por la misma pretensión.¹³¹

Sólo por excepción, algunos códigos admiten, expresamente, la posibilidad de que la sentencia declare la absolución de la instancia. Curiosamente se admite tal cosa en códigos de los más antiguos (El Salvador, artículo 451) y alguno muy reciente (Portugal, artículo 660).

Prácticamente, la mayoría de los códigos, establecen directamente la prohibición de dictar una sentencia de absolución de la instancia (Venezuela, artículo 162). Los otros lo establecen en forma indirecta al exigir un pronunciamiento expreso, “condenando o absolviendo al demandado”, y toda la jurisprudencia (y doctrina) así lo reconocen, lo cual no plantea problemas dudosos de interpretación.

31 LA SENTENCIA EN EL “CÓDIGO MODELO”

En éste, como hemos dicho, la sentencia se debe dictar en la audiencia, salvo que por razones muy especiales el tribunal se reserve el fallo dentro de muy breves días. Siguiendo el sistema de los países oralistas, el tribunal, después de la audiencia, se retira a deliberar y luego emite el fallo. Ello es posible dado que el juzgador, como protagonista, ha vivido el desarrollo del proceso, se ha instruido directamente de la prueba y enton-

¹³¹ Conforme: Caravantes *Ley de Enjuiciamiento*, t. II, p. 288. Alsina, H., *Tratado de derecho procesal*, 2a. ed., p. 89.

ces, como algunos jueces del sistema lo explican, el fallo surge naturalmente al cabo del desarrollo del procedimiento. Sólo en caso de cuestiones muy complejas de hecho o a veces de derecho o de examen de mucha documentación (aunque ésta, recordemos, ya está agregada desde la proposición o a más tardar en la audiencia preliminar), se puede posponer el fallo. Dicha sentencia sólo contiene la parte resolutive; los fundamentos se consignan después, en un breve plazo de días.

Fuera de la sentencia, que se dicta luego de la audiencia preliminar, muy pocas interlocutorias se prevén en este proceso. Las resoluciones sobre incidentes de la audiencia, serán en general dictadas sobre la marcha (rechazo de pruebas, de repreguntas, etcétera); y como sobre éstas se prevé el recurso diferido, el cual recién al final cuando se recurre contra la definitiva será considerado, no hay tampoco interrupción del proceso.

Por supuesto que entendemos que debe mantenerse la distinción entre autos (decretos, etcétera) con contenido de impulso procesal y las sentencias que, según decidan lo principal o un incidente, se llamarán definitivas o interlocutorias.

Las que quedan consentidas o ejecutoriadas, pasarán en autoridad de cosa juzgada; con respecto a las interlocutorias, este efecto se discute, pero en todo caso, se producirá un efecto preclusivo respecto a las cuestiones decididas en ellas.

La cosa juzgada no es necesario definirla, de acuerdo a la técnica que seguimos. Funciona, normalmente, como una excepción.

Relativamente a las formas, basta unificar las actuales; con relación a la congruencia, se ha optado (Bogotá) por seguir con el sistema de los países del área (del que sólo se separan los países socialistas, como dijimos).

Con respecto a las formas que deben adoptar ciertas sentencias, según las acciones deducidas, parece lo correcto seguir la tendencia moderna de no establecer disposiciones especiales; el régimen contrario parece un resabio del viejo sistema de las acciones de la ley.

Queda excluida, por la inmediatez de la audiencia, la posibilidad de relatores, pues los jueces no sólo "verán" por sí mismos los procesos, sino que actuarán en ellos, sin admitirse la delegación, ni aun en los tribunales colegiados.

El problema más delicado se refiere al caso de disidencias, que queda reservado, en el área, donde como dijimos predomina en primera instancia el juez unipersonal, a los casos de segunda instancia, casación, etcétera.

En estos no hay más remedio que admitir las disidencias e integrar los tribunales con miembros de otras salas u otros cuerpos judiciales, preferentemente.

Es conveniente que las disidencias se expresen por voto fundado en cada caso, lo que constituye la consecuencia del principio de fundamentación de las sentencias.

También nos hemos pronunciado en nuestras reuniones latinoamericanas por la integración de los tribunales con jueces profesionales, con la calidad de abogados, rechazando la de los jueces legos, admitidos sólo en Cuba, siguiendo los preceptos de los países socialistas. Debemos reconocer, sin embargo, que dentro del área, algunos países han adoptado este sistema para ciertas ramas especializadas de la justicia, la laboral por ejemplo.

Tampoco parece conveniente la integración de los Tribunales con abogados, y el establecimiento de las consultas, tal como se admite en Venezuela (*supra*, número 27). Estas "consultas" podrán, en todo caso, presentarse por las partes en la audiencia final, dado que no tratándose de documentos probatorios, sino de simples opiniones de especialistas, se podrán agregar en la etapa de los alegatos. Pero la sentencia corresponde al órgano judicial exclusivamente.

32 LAS CONDENAS ACCESORIAS. LAS COSTAS JUDICIALES

Los códigos latinoamericanos establecen que cada parte debe participar del pago de los gastos del juicio, a menudo tributados por medio del impuesto de sellados o timbres, que se van pagando en el curso del proceso.

Este pago anticipado se convierte en definitivo cuando el tribunal, en la sentencia, hace las condenaciones accesorias, determinando qué parte debe soportar los mencionados gastos del juicio. Es decir, no sólo los gastos de la justicia —pagados generalmente mediante sellados o timbres, superado el viejo régimen colonial que perduró en algunos códigos en que se arancelaba cada actuación judicial— sino también los gastos de peritos (expertos) y de los asesores letrados de las partes, según el viejo arancel del marqués de Loreto, del siglo XVIII, que hasta hace poco seguían algunos códigos de la región.

La solución más recibida en el área es *el pago de las costas por el vencimiento*, esto es, el sistema objetivo. La mayoría de los códigos que lo aceptan, sin embargo, dejan una válvula de escape, permitiendo al juez, en decisión expresa y fundada, exonerar del pago aun al vencido, considerando los motivos especiales de su actuación.

La regla se impone, tanto para la primera como para las ulteriores instancias. Podríamos decir que en éstas es aún más firme la norma de que el que pierde la segunda (tercera, casación, etcétera) instancia debe soportar automáticamente las costas.

Por excepción, podemos señalar ciertos viejos códigos (caso España, artículo 1902, Código Civil, Uruguay, artículo 466, etcétera) y quizá alguno más reciente (Cuba, artículo 202), que establecen el régimen de la condena, atendiendo al elemento *subjetivo*: la conducta de las partes en juicio. El juez debe apreciar según se haya procedido por cada parte, de acuerdo a pautas subjetivas (culpa, malicia, temeridad...) y disponer que no hay condena, esto es, cada parte carga con sus costas, o hacer la condenación a una de ellas. Aquí, generalmente, la norma es la inversa: si el juzgador nada dice, no hay condena y cada parte paga las suyas, para condenar a una parte se requiere decisión expresa.

También, por excepción, podemos señalar que algunos códigos modernos que siguen la primer tendencia (condena por el hecho del vencimiento) admiten la posibilidad de ampliar dicha condena al pago de *multas o indemnizaciones* por la conducta maliciosa o temeraria de las partes. (Portugal, artículo 465). Es decir, que en estos casos, a pesar de que el legislador acepta el criterio objetivo, sin embargo, rescita el análisis del elemento subjetivo (mala fe, malicia, etcétera) para imponer una multa y una indemnización a pedido de la contraparte.

Recordemos que en Argentina se ha previsto la posibilidad de imponer una *multa*, además del pago de los gastos, por conducta maliciosa o temeraria. Y que la misma puede imponerse a la parte o a su letrado o a ambos conjuntamente (artículo 45) (*supra*, número 15 y nota 59).

En cuanto a la solución a adoptar, en Bogotá se estableció el principio de que las costas deben imponerse "por el solo hecho del vencimiento en las diferentes etapas del proceso" (conclusión 8 del tema 1). Parece ser la idea que se impone en la doctrina latinoamericana y la aconsejable, por ende, para el "código modelo".

33 LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

En el área latinoamericana, siguiendo la evolución histórica de la Península Ibérica, los códigos, en su mayoría, distinguen el procedimiento de ejecución de la sentencia (título ejecutorio) de aquellos que dan lugar al juicio ejecutivo (títulos ejecutivos).

En general los códigos del área han recogido la tendencia de la Península Ibérica, que puede considerarse establecida en la *Pragmática* de Enrique III, inspirada en el sistema italiano de la época,¹³² modificada luego por la *Pragmática* de Enrique IV.¹³³

¹³² Esta Pragmática de 1396 es luego reproducida en las Ordenanzas Reales de Castilla (ley v, tit. viii, libro iii), en la Nueva Recopilación (ley i, tit. 28, libro ii) y en la Novísima Recopilación (ley iii, tit. xxviii, libro xi).

¹³³ Esta Pragmática se reproduce luego en las Ordenanzas Reales de Castilla

Esto significa que nuestro régimen, históricamente, continuó con el sistema del *processus executivus* del derecho medieval, establecido por el sistema del proceso común (romano-canónico).¹³⁴ Es decir que, apartándose del sistema que luego adoptaron los códigos europeos —por influencia del derecho francés, de ejecución directa—, se mantiene un verdadero juicio cuando existen determinados títulos, el que comienza con la intimación y el embargo, pero admite la oposición de excepciones limitadas.

Cuando Enrique IV modifica el procedimiento anterior (*supra*, nota 133) se incluyen —erróneamente— entre los títulos ejecutivos la sentencia judicial y ésta se va a ejecutar, entonces, por dicha vía.

Es por eso que ciertos códigos del continente, la minoría, inspirados en la vieja legislación española, pero no en la Ley de Enjuiciamiento Civil (de 1855 ni en la de 1881), no hacen la distinción entre la ejecución de sentencia y el juicio ejecutivo basado en otros documentos.

Esta distinción resulta indispensable y es la que defiende la más relevante doctrina latinoamericana.¹³⁵

Entonces la ejecución de sentencia da lugar a un proceso muy abreviado, (generalmente constituido por una vía de apremio) y diferente del juicio ejecutivo.

Y la sentencia no se incluye entre los títulos ejecutivos, que originan un proceso con oposición de excepciones de naturaleza sumaria (y de estructura monitoria en algunos códigos modernos), con discusión de las excepciones (limitadas taxativamente) en el mismo procedimiento.

Estas soluciones parecen ser las aconsejables para la futura reforma de los códigos latinoamericanos.

(ley iv, tit. viii, libro iii), en la Nueva Recopilación (ley i, tit. 21, libro v y en la Novísima Recopilación ley iii, tit. xxviii, libro xl).

Fairén Guillén señala otro antecedente del juicio ejecutivo hispánico (el Ordenamiento Sevillano de 1360). Y en ese mismo trabajo atribuye a la Ley Toletana de 1480 el origen del error de equiparar el juicio ejecutivo a la ejecución forzosa, que arrastró a varios códigos de nuestro continente Fairén Guillén, V., "Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo en España: el Ordenamiento sevillano de 1360", en *Estudios de derecho procesal*, Madrid, 1955, p. 553, esp. p. 589.

¹³⁴ Ampliamente: Liebman, E. T., *Embargos do executado*, Sao Paulo, 1952. También, "Sobre el juicio Ejecutivo", en *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, p. 387; Podetti, R., "Tratado de las ejecuciones", en *Derecho procesal civil, comercial y laboral*, Buenos Aires, 1952, p. 12.

¹³⁵ Así, Podetti, *op. cit.*, *supra*, nota 134, p. 77.

IX VICISITUDES DEL PROCEDIMIENTO

34 LOS INCIDENTES

El procedimiento escrito es proclive a la promoción de incidentes, que los códigos iberoamericanos han tratado de regular, evitando que se conviertan en motivo de dilación de los trámites, que es lo que acaece, en la realidad.

Esto no resulta aplicable a los códigos del área lusitana, pues su proceso oral excluye muchos incidentes que se resuelven en las audiencias. Por lo demás, la institución del despacho saneador, permite la exclusión de las diversas causas de nulidad que son, a menudo, origen de aquéllos, dejando desde el inicio el procedimiento depurado de vicios que luego podrían plantearse.

El problema, pues, se plantea en el resto de los códigos que tienen un tipo de procedimiento escrito. En ellos, la regulación de los incidentes está sometida a una principal distinción: la de los nominados y los innominados. Los primeros son aquellos que, además de un nombre, tienen un procedimiento especialmente previsto, que es lo esencial. Son, por ejemplo, las excepciones dilatorias, en los códigos donde constituyen un incidente, los de recusación, acumulación de autos, etcétera.

En estos casos, hay un procedimiento, generalmente breve y sumario, que termina con una sentencia interlocutoria que, corrientemente sólo es apelable con efecto devolutivo, es decir, sin el efecto suspensivo. O, como dicen varios códigos que siguen el modelo español: a un solo efecto.

Para los demás casos, los códigos, en su mayoría, prevén un procedimiento tipo, salvo algunos pocos que siguen el modelo boliviano y se limitan a decir que se resolverán en procedimiento breve y sumario (artículo 91).

El procedimiento, similar al del juicio sumario, consiste en demanda, contestación, prueba y sentencia. No obstante y a efectos de prevenir la promoción de incidentes improcedentes, con ánimo dilatorio, que son frecuentes en este proceso escrito, existen, en casi todos los códigos, una serie de normas que mencionamos a continuación.

a) Se requiere que los incidentes tengan conexión con la causa y que se planteen todos conjuntamente. Esto es, que todos aquellos cuya causa ya existiera en el proceso, cuando se promueva el primero, deben ser, también, planteados los demás, so pena de que caduque la facultad de hacerlo. Por consiguiente se prohíbe el planteo sucesivo de la misma cuestión o incidente, lo cual ocurre a veces por disposición legal expresa; o bien de acuerdo con la jurisprudencia, la que siguiendo a la doctrina con toda razón así lo entiende de manera unánime.

En caso de que así no se haga, se faculta, en general, al juez, a rechazar de plano el incidente, en resolución que sólo es apelable a un solo efecto.

Sólo quedan algunos códigos tradicionales, que no otorgan esta facultad al juez, por lo que debe darse trámite a cualquier incidente, sin perjuicio de su rechazo posterior. Los códigos más modernos o sus reformas, al aumentar los poderes del juez, le van ampliando sus facultades para rechazar la promoción de incidentes y nulidades (Colombia).

b) Se limita el efecto suspensivo de los incidentes disponiendo que se forme "pieza separada", en su caso, para no interferir el trámite del expediente. Es decir, que se forma un expediente independiente, que se tramita unido con cuerda al otro, sin que éste se detenga, salvo en cierta etapa.

Para ello es necesario que el incidente no sea de "previo y especial pronunciamiento". En general, los códigos aceptan el criterio de que los incidentes no tienen efecto suspensivo, salvo que se trate de aquellos "sin cuya resolución sea imposible de hecho o de derecho la continuación de la causa". Éstos sólo son de previo y especial pronunciamiento y suspenden el curso de la causa principal.

c) El recurso contra la resolución final del incidente no tiene, en general, efecto suspensivo. Los códigos más modernos (Argentina, Colombia, Costa Rica) admiten el recurso de apelación con efecto diferido, que logra la misma finalidad. Es decir, que el recurso interpuesto no suspende el trámite, ni se concede en forma independiente. Se tiene por concedido para el momento en que el expediente va al superior, para conocer el fallo principal. En este momento, el juez *ad quem* conoce no sólo de la apelación de éste la sentencia definitiva, sino que puede ordenar la modificación de los procedimientos de acuerdo a la demanda incidental promovida y rechazada. Es decir, que se trata de concentrar el conocimiento de todos los recursos —sobre la sentencia definitiva e interlocutoria—, de modo de que el expediente vaya una sola vez al superior.

Es de notar que la demanda de nulidad en el trámite del procedimiento iberoamericano se produce en forma incidental y por la vía de los incidentes innominados que venimos estudiando. Quiere decir que estos mecanismos tienden a evitar la promoción innecesaria de incidentes y también la invocación de *nulidades*.

No obstante, el procedimiento, en general, en nuestra área, es susceptible de muchas interrupciones por esta vía, lo que contribuye a dos inconvenientes esenciales que los autores resaltan: la demora y el aliento a la mala fe (*supra*, número 7).

Los procesos por audiencias limitan las posibilidades del planteamiento

de incidentes de por sí. Por lo demás, al aumentarse las facultades del juez y restringirse las apelaciones (con el efecto diferido), se disminuye mucho el perjuicio y la demora que se causa por garantías para que se promuevan los que corresponden. Por otra parte, las funciones de la audiencia preliminar de saneamiento del proceso, el examen de oficio de los presupuestos procesales y de la preclusión de la discusión sobre esos puntos, depuran el proceso grandemente de cuestiones que, en el actual, son fuente segura de incidencias.

Por lo demás nos regiremos, en lo que a este tema se refiere, por las recomendaciones de Bogotá, entre otras:

El juez debe estar dotado, además, de las siguientes facultades: . . .

f) para rechazar, *in limine*, los incidentes que hayan sido propuestos antes por la misma causa que otro ya resuelto o sean repetición de otro que se está tramitando y cuando, a pesar de fundamentarse en causa distinta, ésta haya podido alegarse en uno anterior. . . (conclusión 12, tema 1).

Los incidentes deben limitarse a los de excepciones previas o procesales, nulidades, recusaciones y acumulación de procesos. Quien promueva cualquiera de éstos, debe alegar todos los hechos en que podría fundarlo en ese momento; y debe declararse inadmisibles los que se pretenda iniciar con base en hechos que se dejaron de alegar en aquél.

El trámite de los incidentes debe ser independiente del proceso, salvo el de excepciones previas (*supra*, número 23).

35 LOS MODOS ANORMALES DE CONCLUIR EL JUICIO

Sólo los más modernos códigos del área establecen el carácter perentorio de los plazos y el impulso de oficio: Argentina, Brasil, Colombia, Portugal, etcétera.

En consecuencia, existen diversos institutos que regulan la suspensión del proceso y, fundamentalmente, su extinción por el transcurso del tiempo. En especial la caducidad o perención de la instancia y la deserción.

Es curioso que estos institutos, especialmente el primero, se mantienen aún en los códigos que permiten el impulso oficial del procedimiento y los plazos perentorios.

Por lo demás, el carácter dispositivo del proceso y en especial en lo que se refiere a las pretensiones de fondo que en él se deducen, hace que se admitan todos los medios de extinción del proceso que la voluntad de las partes requiere, con el fin, justamente, de disponer de esos derechos. Por eso se regulan, en general en todos los códigos procesales del área, la

transacción y el desistimiento, sin perjuicio de ciertas disposiciones —en especial sobre el contrato de transacción— que figuran en el código civil.

A) El desistimiento

Esta forma de terminar los juicios es admitida por todos los códigos y constituye una consecuencia del principio dispositivo, entendido como disposición del derecho sustancial. Y por ello se acuerda como una facultad de la que la parte puede disponer libremente.

Ciertos códigos distinguen, con mayor precisión técnica, entre el desistimiento de la acción (pretensión) del derecho reclamado y el del procedimiento (o de la instancia toda). Y, entonces, consideran que el primero es unilateral y no requiere el consentimiento de la contraparte; es una manifestación de la autonomía de la voluntad, importa una renuncia al derecho y la pretensión no podrá, luego, ser vuelta a plantear en otro juicio.

En el segundo caso se trata de un negocio bilateral para el que se requiere el acuerdo de la contraparte, la que puede oponerse al desistimiento y solicitar que se dicte una sentencia definitiva sobre la demanda interpuesta, que la ponga a cubierto de cualquier reclamación posterior.

En caso contrario, es decir, si se produce el acuerdo de la otra parte el juicio termina de modo anómalo, la sentencia que acoge el desistimiento no agota el juzgamiento de la pretensión deducida, la que podrá ser vuelta a plantear.

B) La transacción

Otra forma de conclusión anormal del proceso, que obsta a la sentencia definitiva, es la transacción. Ésta, como dijimos, está regulada en el ámbito iberoamericano en el derecho de fondo, como un contrato, siguiendo el modelo del Código de Napoleón.

No obstante, los códigos procesales establecen, en general, que esta forma de hacerse concesiones recíprocas con relación al derecho de fondo, debe ser *aprobada judicialmente* para poner fin al proceso. Es decir que, en general, en el derecho se acepta su validez por sí, pero para tener efectos procesales requiere la aprobación del juez.

Como es natural, esta forma de disponer los derechos, estará sujeta a las limitaciones que derivan, principalmente, de ciertos derechos indisponibles o personas no autorizadas a disponer de ellos.

Inclusive, al regular los poderes al procurador, se exige, en casi todos los códigos, facultad especial para transar (como para desistir).

La facultad del juez, entonces, se limitará a controlar la forma de la transacción y a verificar si se trata de derechos disponibles y personas hábiles para efectuar la disposición. Ningún otro poder tendrá el juzgador, que deberá aprobar la transacción como corresponde a sus facultades, dentro de un sistema dispositivo.

C) La extinción del proceso por el transcurso del tiempo:
deserción, caducidad

En el procedimiento iberoamericano, en general, inclusive en los sistemas mencionados de impulso de oficio y perentoriedad de los términos, se incluye el instituto de la caducidad (o perención) de la instancia. Es decir, la extinción del proceso por el transcurso del tiempo sin actividad procesal de las partes. La *deserción*, que supone el abandono de la segunda instancia por el apelante, sin embargo, ha sido excluida de algunos códigos modernos: aun de aquellos que no establecen la perentoriedad de los términos. Simplemente admiten la continuación de la segunda (o tercera) instancia, aunque no comparezca o exprese agravios el apelante, por el impulso de la otra parte, permitiendo, por el superior, la revisión de la instancia, con la simple interposición de la apelación, esto es, aun en ausencia de expresión de agravios. En los códigos más antiguos continúa en vigor el instituto que supone la extinción del proceso por el abandono del apelante en la segunda (o tercera) instancia.

La *perención o caducidad de la instancia*, según las dos designaciones más usadas en el área, están reguladas prácticamente por todos ellos. Consiste en la anulación de la instancia, cuando no se producen, en cierto lapso, actos del procedimiento (en los menos: actos procesales de parte). En general se admite, que si bien la perención (caducidad) opera *ipso iure*, debe ser alegada expresamente por la parte que pretende beneficiarse de ella: si no se entiende renunciada, y la mayoría de los códigos vigentes admiten esta renuncia.

En cuanto a los efectos de la caducidad, en general, los códigos diferencian el caso en que se produzca en primera o en segunda instancia. Si lo es en la primera, sus efectos anulan la instancia, pero nunca la acción (pretensión) deducida, que puede ser vuelta a iniciar en otro proceso. Inclusive, puede aprovecharse de la prueba producida en el juicio entre las mismas partes. Cuando se produce la caducidad en segunda instancia, se declara que "da fuerza de cosa juzgada a la sentencia de primera instancia", o sea que ésta queda firme.

La perención, en casi todos los códigos analizados, debe ser declarada expresamente por el juez en una sentencia que, en general, se estima interlocutoria y que pone fin, de modo anómalo, al proceso.

Los plazos son variados, hay códigos que lo colocan en cinco años y otros en menos, hasta seis meses. Varios códigos, al ser reformados, han disminuido el plazo previsto originalmente para operarse la caducidad de la instancia.

En el "código modelo" no habrá inconveniente en aceptar el desistimiento, como emanación del derecho de disposición de las partes, distinguiendo las dos figuras mencionadas. También se debe incluir la transacción que podrá ser obtenida (y provocada) en la audiencia preliminar (conciliación).

En cuanto a la extinción del proceso se hace difícil que se produzca por el sistema de audiencias previsto. No obstante, no existe inconveniente en mantener el instituto, tal como lo requiere parte de la doctrina, en cuyo caso se regularía como en los códigos más modernos y con un plazo no mayor de seis meses.

Í N D I C E

Propósitos y antecedentes	p.	5
Los principios del proceso civil latinoamericano	p.	12
Los sujetos del proceso. El tribunal. El Ministerio Público	p.	23
Sujetos del proceso	p.	28
Actos procesales	p.	36
El procedimiento	p.	41
La prueba	p.	71
La sentencia	p.	90
Vicisitudes del procedimiento	p.	98

Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano, editado por la Dirección General de Publicaciones de la UNAM, se terminó de imprimir en los talleres de "Tipográfica AZTECA", Isabel la Católica No. 504, México 8, D. F. Tel. 5-30-85-85, el día 15 de Junio de 1978. Se tiraron 2,000 ejemplares, más sobrantes para reposición.