

Sujetos del proceso .....	p. 28
Actos procesales .....	p. 36
El procedimiento .....	p. 41

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 inexcusable<sup>49</sup> 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).<sup>50</sup> 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.

<sup>49</sup> 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 obran 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).

<sup>50</sup> 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 psicosíntica 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.<sup>51</sup>

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.<sup>52</sup> 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.<sup>53</sup>

<sup>51</sup> Guasp, J., *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, p. 199.

<sup>52</sup> 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.

<sup>53</sup> Así, por ejemplo, ver Marques, J. F., *Instituções 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*, São Paulo, 1962, t. I, p. 385.

También se analiza en el área la sustitución de las partes,<sup>54</sup> estableciéndose, sólo en los códigos modernos, reglas para la enajenación de la cosa litigiosa (Brasil, artículo 42). Los demás, en su mayoría, se limitan a establecer la nulidad —relativa— de la enajenación de la cosa litigiosa, 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 (reinvindicatoria, 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.<sup>55</sup>

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.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> 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.

<sup>55</sup> 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.

<sup>56</sup> 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., “Litisoconsorcio y desapropiacion” en *Estudos de Direito processual civil*, vol. I, p. 513; “As tres figuras do litisconsorcio”, p. 201; Barbosa Moreira, J. C., *Litisconsorcio unitario*, Rio de Janeiro, 1972; en otros países del área: Aguirre Godoy, M., *Derecho Procesal Civil*, Guatemala, 1973, t. I, pp. 386 y ss.; Devís 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 juez 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).<sup>57</sup> 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-consocial*). 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 autoris*): 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 forzosa de los terceros, que en los que llamamos más modernos (Colombia,

<sup>57</sup> 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 I).

#### 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 (*Pubblico 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 ruinosa 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.<sup>58</sup>

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

<sup>58</sup> Cappelletti, M., y Jolowicz, J. A., *op. cit.*, *supra*, nota 24, esp. párrgs. 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).<sup>59</sup> En lugar de este tipo de sanción, en

<sup>59</sup> 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”.<sup>60</sup> Pese a esto en varios países del área se organiza la profesión en colegios, en forma minuciosa, tal como aquí se reclama.<sup>61</sup>

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 I). 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.

<sup>60</sup> 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.

<sup>61</sup> 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”,<sup>62</sup> 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,

<sup>62</sup> 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 *ficta* 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)<sup>63</sup>

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.<sup>64</sup> 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”.

<sup>63</sup> 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.

<sup>64</sup> 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 I, 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 *subsanar 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).<sup>65</sup>

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 reconvención.<sup>66</sup> 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).<sup>67</sup>

<sup>65</sup> 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”).

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

<sup>67</sup> 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*<sup>68</sup> 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.<sup>69</sup> 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.

<sup>68</sup> Sentís Melendo S. “La pericia in futurum”, *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1943, p. 267.

<sup>69</sup> 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.<sup>70</sup>

## 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-

<sup>70</sup> 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,<sup>71</sup> 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 juez<sup>72</sup>, y tiende a resolver un litigio<sup>73</sup>, 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 accesorio<sup>74</sup> que no tiene

<sup>71</sup> 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).

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

<sup>73</sup> No podemos compartir la tesis de que “no hay proceso, ni contencioso porque no hay conflicto previo, ni jurisdicción voluntaria, puesto que todas las interacciones 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).

<sup>74</sup> 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 prevención<sup>75</sup> 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.<sup>76</sup>

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 conexa con éste, el obstáculo consiste en la definición legal, de la mayoría de los códigos latinoamericanos, que consideran “artículo o incidente” una cuestión conexa 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.

<sup>75</sup> La ley uruguaya (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.

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

Máximo cuando estas medidas son solicitadas, no previamente, sino dentro del juicio, pero anticipadamente a la etapa prevista<sup>77</sup> (*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 medio<sup>78</sup> o de facilitación<sup>79</sup> 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.<sup>80</sup> 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.<sup>81</sup>

<sup>77</sup> 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.

<sup>78</sup> 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.

<sup>79</sup> 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.

<sup>80</sup> 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.).

<sup>81</sup> 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 “aque-las 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.<sup>82</sup>

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.<sup>83</sup>

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).

<sup>82</sup> 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 irrecuperables” (*op. cit.*, *supra*, nota 76, p. 46).

<sup>83</sup> 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 subsu-mido 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 anti-cipadas deben regularse, sea aquí o sea en el capítulo de prueba (como se hace en los modernos códigos), y las diligencias cautelares en el capí-tulo 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 read-quiere 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 em-plazamiento 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 Chiovenda, que no es necesario en los ordenamientos que admiten las acciones declarati-vas. 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, etcé-tera), 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 gene-ral, 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).

Cabrá, 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 SECUELA

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.<sup>84</sup>

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.<sup>85</sup>

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 numéricos), la cosa u objeto pedido, incluida la cuantía, con algunas excepciones, la causa y la petición concreta (*petitium*). Tampoco hay mayores

<sup>84</sup> 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.

<sup>85</sup> 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 afilan a la teoría de la sustanciación, rechazando la de la individualización de la demanda.<sup>86</sup>

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

<sup>86</sup> 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 prejuza 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 “*demandas conjunta*”, que entendemos puede ser aceptada.<sup>87</sup>

## 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 (subjetiva).

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 subjetiva.

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 subjetiva).

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

<sup>87</sup> 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.<sup>88</sup>

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.

<sup>88</sup> 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,<sup>89</sup> 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.<sup>90</sup>

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

<sup>89</sup> 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. Devís 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.

<sup>90</sup> 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.<sup>91</sup>

## 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.<sup>92</sup>

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

<sup>92</sup> Torres Gudiño, 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.<sup>93</sup>

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.<sup>94</sup>

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”

<sup>93</sup> 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 “reformar 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.

<sup>94</sup> Torres Gudiño, *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,<sup>95</sup> 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*”;<sup>96</sup> 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.<sup>97</sup>

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

<sup>95</sup> 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.

<sup>96</sup> Ampliamente: Tarigo, E., *El juicio en rebeldía*, Montevideo, 1973.

<sup>97</sup> 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”).

Consideraremos 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 (Méjico, 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"<sup>98</sup>, 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

<sup>98</sup> 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.<sup>99</sup> Entre éstas cabe incluir las llamadas *mixtas*, por su efecto procesal: resolver previamente la demanda, sin entrar al fondo (mérito).<sup>100</sup>

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.<sup>101</sup> 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-

<sup>99</sup> 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.

<sup>100</sup> 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).

<sup>101</sup> 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).<sup>102</sup> 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,<sup>103</sup> 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,

<sup>102</sup> 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).

<sup>103</sup> 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*,<sup>104</sup> 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

<sup>104</sup> 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 conexa a inconexa.<sup>105</sup>

Raros son los códigos que se afilan 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 conexa 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 acon-

<sup>105</sup> 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 reconvención, 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 reconvención son los mencionados, que también comparte la más relevante doctrina latinoamericana.<sup>106</sup>

## 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,<sup>107</sup> 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.

<sup>106</sup> Amaral Santos, M., *Da reconvenção no Direito brasileño*, S. Paulo, 1958.

<sup>107</sup> 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.<sup>108</sup>

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*.

<sup>108</sup> 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. I, 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”.<sup>109</sup> 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.<sup>110</sup>

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

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

<sup>110</sup> 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

triaco, 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.<sup>111</sup>

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 (nominamiento 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, admis-

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.

<sup>111</sup> Grunsky, V. W., “Il cosiddetto modelo 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.<sup>112</sup>

Originalmente, en virtud del principio dispositivo absoluto que predominó en el área, se sostuvo que los jueces no podrían relevan 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-

<sup>112</sup> 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 Devís Echandía, consagra igualmente la posibilidad de que el juez decrete “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.<sup>113</sup>

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

<sup>113</sup> Barbosa Moreira, J. C., *O novo proceso civil brasileño*, São Paulo, 1975, p. 84.