

## EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL BRASILEÑO

NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO.—Investigador Emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México.

*A) Antecedentes. B) Examen del código: a) Estructura y longitud; b) Orientación, técnica legislativa y terminología; c) Observaciones al articulado*  
*C) Impresión de conjunto.*

1) *A) Antecedentes.* Hasta 1939 en la esfera del enjuiciamiento civil y hasta 1941 en la del criminal,<sup>1</sup> Brasil padeció un perturbador federalismo procesal, que hoy, entre los países más o menos federales de Iberoamérica,<sup>2</sup> sólo subsiste en Argentina y México, aun cuando en la primera con tendencia más acusada hacia la unificación de los respectivos códigos que en el segundo.<sup>3</sup> Prescindiendo de ahora en adelante de toda referencia a la justicia penal brasileña, recordaré que la empresa unificadora

<sup>1</sup> Cfr. Alcalá-Zamora, *Veinticinco años de evolución del derecho procesal: 1940-1965* (México, 1968), pp. 118-9.

<sup>2</sup> A saber: Argentina, Brasil, México y Venezuela. Colombia, que fue durante un treintenio Estado federal y que conoció entonces diversidad de códigos procesales, dejó de serlo en 1886: cfr. Martínez Sarmiento, *Historia del derecho procesal colombiano*, en "Revista de Derecho Procesal" Argentina, 1943, I, pp. 439-69. Hoy rige en ella el "código de procedimiento civil" de 6 de agosto y 26 de octubre de 1970. En cuanto a Venezuela, se aplica en todo el país el "código de procedimiento civil" de 4 de julio de 1916.

<sup>3</sup> Ya que a partir de la ley 17.454 que el 20 de septiembre de 1967 sancionó el "código procesal civil y comercial de la nación", no sólo desapareció la dualidad entre el "código de procedimiento en materia civil y comercial de la capital de la República", de 18 de agosto de 1880, y la ley 50 de 14 de septiembre de 1863 "de procedimiento de los tribunales nacionales", sino que desde ese momento la mayoría de las veintidós provincias argentinas adoptaron textos similares a él: cfr. Danielian, *Las 22 provincias argentinas y sus códigos procesales en lo civil y comercial*, en "Crónica Judicial" (Buenos Aires) de 11 de julio de 1973, p. 11: si bien la de Corrientes retornó al viejo código de 1890: cfr. en el diario "La Nación" de 2 de diciembre de 1973, p. 12, la información *Un código procesal anulan en Corrientes*, o en "La Prensa" de igual fecha la noticia *Derogan en Corrientes el nuevo código procesal civil*. Acerca de México, véanse estos dos trabajos míos: a) *Unificación de la legislación procesal en México*, en "Anales de Jurisprudencia", octubre de 1948, pp. 487-98; "La Justicia", enero de 1948, cols. 9504-9, y "Revista Jurídica Veracruzana", 1948, núm. 6, pp. 401-8, y b) *Unificación de los códigos procesales mexicanos, tanto civiles como penales*, en

cristalizó merced al “*código de processo civil do Brasil*”, de 18 de septiembre de 1939, en vigor desde el 1º de febrero de 1940, encabezado por una *exposición de motivos* firmada por el entonces Ministro de Justicia y Negocios Interiores, Francisco Campos,<sup>4</sup> pero debido fundamentalmente, según en ella se proclama, a Pedro Batista Martins.<sup>5</sup> Abstracción hecha, a fin de evitar una lista muy larga, de las subdivisiones en 102 títulos y 73 capítulos, el texto de 1939 comprendía nada menos que diez libros (es decir, aunque con diferente sistemática, tantos como el alemán de 1877, muy censurado y censurable en este aspecto), a saber: *I, Disposiciones generales* (Arts 1-152); *II, Del proceso en general* (153-290); *III, Del proceso ordinario* (291-7); *IV, De los procesos especiales* (298-674), con la friolera de 38 títulos, varios de ellos, además, con bastantes capítulos (como el XXIII, con nueve); *V, De los procesos accesorios* (675-781); *VI, De los procesos de competencia originaria de los tribunales* (782-807); *VII, De los recursos* (808-81); *VIII, De la ejecución* (882-1030); *IX, Del juicio arbitral* (1031-46), y *X, Disposiciones finales y transitorias* (1047-52).

2) El código de 1939, amén de la ventaja inherente a la unificación realizada, reportó otro beneficio: el de provocar un florecimiento extraordinario de la literatura procesal brasileña, tanto en comentarios, como en exposiciones generales, monografías y artículos de revista, al que contribuyó también, casi coetáneamente, el ejemplar magisterio de un eminente procesalista italiano, Enrico Tullio Liebman, que perseguido por el fascismo de su patria, halló hospitalidad y formó brillantes discípulos en tierras brasileñas, y a la cabeza de éstos Alfredo Buzaid, autor del texto

“Revista de la Facultad de Derecho de México”, núm. 37-40, enero-diciembre de 1960, pp. 265-309 (ponencia para el “Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal”). Los dos mencionados estudios se reimprimirán en breve en el tomo I de mi *Derecho Procesal Mexicano*.

<sup>4</sup> Véanse, tanto el código citado como su exposición de motivos, en el volumen *Processo oral* (Rio Janeiro, 1940) editado por la “Revista Forense” en su “Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros”, que incluye o reproduce trabajos sobre el tema de Francisco Morato, Pedro Batista Martins, José Alberto Dos Reis, Chioyenda, Francisco Campos, Calamandrei, Bilac Pinto, Noé Azevedo, Eduardo Augusto García, Guilherme Estelita, Eduardo J. Couture, Gabriel de Rezende Filho, Semon, Roberto Lyra, Wolfgang Bernhardt, G. Cristofolini, G. Maranini, Hermes Lima, Saboia de Medeiros, L. Machado Guimarães y Siegmund Hellman. La exposición de motivos ocupa las pp. 251-67 y el código las 269-343, a las que siguen el índice general (pp. 347-9) y uno alfabético y remisivo del segundo (pp. 351-92), elaborado con sumo cuidado y minuciosidad por el Dr. Caio Mário da Silva Pereira.

<sup>5</sup> Cfr. *Processo oral*, cit., p. 266 (exposición de motivos), así como del propio Batista Martins el artículo *De las nulidades en el proceso civil brasileño* (en “Rev. Der. Proc.” Argentina, 1944, I, pp. 382-97), firmado por él como “Autor del Anteproyecto del ‘Código de Processo Civil Brasileiro’” (p. 382).

legislativo que me dispongo a comentar.<sup>6</sup> Pero junto a esos dos tantos, que nadie podrá regatearle, tampoco cabe negar que distó mucho de ser una obra maestra: aparte de la cifra excesiva de libros, cuando con menos de la mitad habría bastado (según revela el actual código de 1973, que los ha reducido a cinco, e incluso pudo haberlos dejado en cuatro, en tres y hasta en dos, como después veremos: *infra*, núms. 5-9); del tremendo desequilibrio entre los mismos (contraste, por ejemplo, entre los siete artículos del libro III, los dieciséis del IX o los seis del X y los trescientos setenta y siete del IV, los ciento cincuenta y dos del I o los ciento treinta y ocho del II), y de defectos de menor bulto (terminológicos, por ejemplo), que no puedo ahora detenerme a señalar, tres fallas muy graves se aprecian en él: a) la astronómica cifra de procedimientos especiales, como si se hubiese aspirado a batir un *record* mundial en ese orden de cosas: si Becaña calificó de “Arca de Noé” a la ley de enjuiciamiento civil española, por haber dado entrada en su seno a una muy variada gama de juicios, no sé cómo habría caracterizado el derroche procedimental brasileño, de no haberle impedido su trágica muerte en Asturias al comienzo de la guerra civil española conocer el código de Batista Martins;<sup>7</sup> b) el deficientísimo sistema impugnativo instaurado, cuyas debilidades fueron señaladas, precisamente por Buzaid, con tanta energía como insistencia,<sup>8</sup> y c) el planteamiento de la oralidad en términos que no

<sup>6</sup> Véase Alcalá-Zamora, *La escuela procesal de São Paulo*, en “Inter-American Review of Bibliography”, julio-septiembre de 1955, pp. 145-52; reproducida en el diario “O Estado de São Paulo” del 10 de junio de 1956; en “Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile”, 1956, pp. 864-9, y en “Revista da Universidade Católica de São Paulo”, junio-septiembre de 1956, pp. 307-13.

<sup>7</sup> Cfr. su artículo *Caratteri generali del processo civile in Ispagna*, en “Studi di Diritto Processuale Civile in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento” (Padova, 1927; pp. 1-21), p. 19.

<sup>8</sup> Véanse, entre otros trabajos suyos, los siguientes: 1) *Do agravo de petição no sistema do código de processo civil* (1a. ed., São Paulo, 1945, p. V; 2a., 1956, p. 11), en cuyo prefacio sostiene que bajo ese nombre común el derecho brasileño “reúne por lo menos cuatro recursos cuyas condiciones de admisibilidad son sustancialmente diferentes”; 2) *Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no código de processo civil* (conferencia dada en 1953 y recogida en sus “Estudos de Direito”, I, São Paulo, 1972, pp. 79-119; reseña *mfa* “Rev. Fac. Der. Méx.”, cit., núm. 25-26, enero-junio de 1957, pp. 383-4, y ahora en mi “Miscelánea Procesal”, tomo I, México, 1972, pp. 418-20), en el que afirma que “de entre todas las partes del código, aquella que presenta mayores defectos es, sin duda alguna, la del sistema general de recursos: múltiple, complejo y erizado de dificultades, constituye una fuente permanente de tropiezos para los que litigan en el foro...” (p. 82); 3) *Exposición de motivos* (núm. 27 de la del anteproyecto y núm. 26 de la del código), cuando destaca que “en el dominio de los recursos, el derecho brasileño se resiente, entre otros, de dos defectos fundamentales: a) bajo el aspecto *terminológico*, el empleo de una expresión *única* para designar instituciones *diferentes*; b) bajo el aspecto *sistemático*, una cantidad excesiva de medios de impugnar las decisiones”. Consúltese también, entre otros, Barbosa Moreira, *O juízo de admisibilidade no sistema de recursos civis* (Río de Janeiro, 1968), p. 11.

podían garantizar su éxito, aunque en este punto, mucho me temo que con el nuevo código las cosas sigan como antes. En efecto, si bien Buzaid no oculta que “el ideal sería alcanzar la oralidad en toda su pureza”, comienza por advertir que la ha mitigado en relación con la establecida por el código de 1939, ya que no cabe “por amor a los principios”, “sacrificar las condiciones propias de la realidad brasileña”, y deposita su esperanza en que una lenta evolución permita “alcanzar el ideal pleno de la oralidad” algún día.<sup>9</sup>

3) Esos factores reclaman radical remedio, y a procurarlo se dedicó Alfredo Buzaid, procesalista insigne, que ha consagrado años enteros a la tarea que se impuso, dado que los tres primeros libros del anteproyecto vieron la luz en 1964,<sup>10</sup> y el nuevo código se promulgó el 11 de

<sup>9</sup> *Exposición de motivos* del autor, núm. 21; idem del código, núm. 13. Su postura coincide, en el fondo, con la de Couture en su *Proyecto de código de procedimiento civil, con exposición de motivos* (Montevideo, 1945; véase *infra*, nota 15), a diferencia de su entusiasmo oralista en *Oralidad y regla moral en el proceso civil* (impreso en diversas publicaciones de Argentina, Uruguay, Brasil y Portugal durante los años 1938 y 1939); véase mi reseña del mismo en “Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia”, núm. 30, abril-junio de 1946 (pp. 316-28), pp. 323-4, y ahora en “Miscelánea”, cit., tomo I, pp. 26-7.

<sup>10</sup> Véase el volumen *Anteproyecto de código de proceso civil presentado ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores, pelo Professor Alfredo Buzaid* (Río de Janeiro, 1964), XII-144 pp., comprensivo del Índice (pp. III-XII), de la *Exposición de Motivos* (pp. 1-42) y del Anteproyecto (pp. 43-144). Comparado con el texto aprobado en 1973, los tres libros del anteproyecto abarcaban 17 títulos, 70 capítulos, 84 secciones, 20 subsecciones y 913 artículos, frente a 17 títulos, 73 capítulos, 88 secciones, 33 subsecciones y 889 artículos del código actual. Respecto de la *Exposición de motivos*, la del anteproyecto iba dividida en tres partes: *I, De los problemas de la reforma* (comprensiva de cinco capítulos: *I, “De las consideraciones preliminares”,* núm. 1; *II, “De la unidad del sistema”,* núms. 2-6; *III, “¿Revisión o nuevo código?”,* núms. 7-8; *IV, “Del sistema del código de proceso civil vigente”,* núms. 9-10, y *V, “De la parte general del anteproyecto”,* núms. 11-12); *II, Del método de la reforma* (con dos capítulos: *I, “De la orientación técnica”,* núms. 13-16: *I, “Los modelos del anteproyecto”,* núm. 13; *2, “De la terminología del anteproyecto”,* núms. 14-15, y *3, “De las definiciones legales”,* núm. 16; y *II, “De la orientación política”,* núms. 17-19: *I, “Reforma procesal y organización judicial”,* núms. 17-19 —a todas luces, estos dos epígrafes, con idéntica extensión y contenido, deberían haberse reducido a uno solo—), y *III, Del plan de la reforma* (con cinco capítulos: *I, “De la distribución de la materia”,* núm. 20; *II, “Del proceso oral”,* núms. 21-22; *III, “De las innovaciones”,* núms. 23-26: *1 (De las “Innovaciones constantes [es decir, que constan o figuran] del libro I”,* núm. 24; *2, “De las innovaciones constantes del libro II”,* núm. 25; *3, De las innovaciones constantes del libro III”,* núm. 26; *IV, “De los recursos”,* 27-43, y *V, “Conclusión”* (sin número, que habría debido ser, dicho se está, el 44). En cuanto a la *Exposición de Motivos del Código*, pese a extenderse a cinco libros y a 1220 artículos, ofrece una estructura más sencilla que la del anteproyecto: ha suprimido la división en partes, los doce capítulos se han reducido a siete, y los 44 números han descendido a 38 (en rigor, a 35, ya que faltan o se han saltado los números 14, 35 y 36). En definitiva, la exposición de motivos del código comprende los siguientes epígrafes: *I, ¿Revisión o nuevo código?”,* núms. 1-2; *II, “Del sistema del código de proceso civil vigente”,* núms. 3-4; *III, “Del método de la*

enero de 1973, para entrar en vigor el 1º de igual mes de 1974.<sup>11</sup>

4 B) *Examen del código*: a) *Estructura y longitud*. Yendo desde fuera hacia dentro, el cotejo del texto de 1973 con el de 1939 arroja el siguiente balance: los diez *libros* de éste se han reducido a cinco (*supra*, núm. 2, e *infra*, núms. 5-9), y los 102 *títulos* han descendido a 19. En cambio, la cifra de *capítulos* asciende desde 71 a 98, y figuran, además, como peldaños inferiores 124 *secciones* y 18 *subsecciones*. En total, frente a los 183 epígrafes de antaño<sup>12</sup> se alcanzan los 264 de hogaño,<sup>13</sup> con disminución mani-

reforma", núms. 5-10; I, "Los modelos del proyecto", núm. 5; 2, "De la terminología del proyecto", núms. 6-7; 3, "De las definiciones legales", núms. 8-10; IV, "Del plan de la reforma", núms. 11-25; 1, "De la distribución de la materia", núms. 11-2; 2, "Del proceso oral", núms. 13 y 15; 3, "De las innovaciones", núms. 16-25; a) "De las innovaciones constantes del libro I", núms. 17-20; b) "De las innovaciones constantes del libro II", núms. 21-22; c) "De las innovaciones constantes del libro III", núm. 23; d) "De las innovaciones constantes del libro IV", núm. 24; e) "De las innovaciones constantes del libro V", núm. 25; V, "De los recursos", núms. 26-34; VI, "Del procedimiento sumarísimo", núm. 37, y VII, "Conclusión", núm. 38.

<sup>11</sup> Para el estudio del nuevo texto he utilizado dos ediciones: a) la oficial: "República Federativa do Brasil: *Código de Processo Civil* (Departamento de Imprensa Nacional, 1974) (Lei Nº 5869, de 11-1-1973 com as corrigendas da lei Nº 5925, de 1-10-1973)"; un volumen de X-206 pp., y b) la titulada *Novíssimo Código de Processo Civil: Exposição de Motivos do Min. Alfredo Buzaid. Apresentação do Prof. José Luiz de Vasconcellos (F.M.U. e "Braz Cubas"). Índice Geral, Alfabético e Remissivo organizado pela Jurídica* (São Paulo, 1973; volumen de LIX-349 pp. La segunda de estas ediciones supera a la primera en dos importantes puntos: 1º, incluye la exposición de motivos (pp. XXIX-LIV), incomprensiblemente omitida en la oficial, y 2º, contiene (pp. XXI-XXVIII) una utilísima tabla de equivalencias entre los artículos del código de 1939 y los del de 1973, que asimismo falta en la oficial. Lleva, además una breve presentación del profesor Vasconcellos (pp. LV-LIX), en que destaca los avances e innovaciones más salientes del código de Buzaid. Las dos ediciones de que me he valido, cuentan con índice alfabético remissivo más minucioso (pp. 325-49) el de la particular que el de la oficial (pp. 199-206, aunque a doble columna, si bien discrepan bastante. Indicaré, por último, que la edición oficial tiene un artículo más (1220) que la particular (1219) como consecuencia de haberse intercalado en el libro V, entre los originarios artículo 1218 y 1219, un nuevo artículo de este número, con la consiguiente conversión del que apareció como tal, el 1220. Acerca del vigente código, véase, en Italia, Dinamarca, *Linee della riforma del processo civile brasiliano*, en "Rivista di Diritto Processuale", 1973, pp. 435-41; así como respecto del derogado, A. L., *Il nuovo codice brasiliano di procedura civile*, en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1941, I, pp. 353-5, y Liebman, *Il nuovo "Código de processo civile" brasiliano*, en rev. cit., 1942, I, pp. 59-64 (reproducido en su libro "Problemi del processo civile" —Napoli, 1963—, pp. 483-9, en el cual debe consultarse también otro ensayo suyo, de carácter histórico, el titulado *Instituti del diritto comune nel processo civile brasiliano*, inserto antes en los "Studi in onore di Redenti", vol. I —Milano, 1951—, pp. 579-607, y con anterioridad aún en "Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche", 1948, pp. 154-81 —reseña mía, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", 1949, núm. 6, pp. 199-201—).

<sup>12</sup> A saber: 10 libros, 102 títulos y 71 capítulos, distribuidos así: *libro I*: 10 títulos y 11 capítulos (Arts. 1-152); *libro II*: 11 títulos y 20 capítulos (Arts. 153-290); *libro III*: 1 título (Arts. 291-7); *libro IV*: 38 títulos y 24 capítulos (Arts. 298-674); *libro V*: 23 títulos y 2 capítulos (Arts. 675-781); *libro VI*: 4 títulos (Arts. 782-807); *libro VII*: 8

fiesta en cuanto a las rúbricas mayores (libros y títulos: 24, contra 112) y, por el contrario, aumento, notorio también, respecto de las menores (capítulos, secciones y subsecciones, que en 1973 suman 240, mientras que en 1939 no pasaban aquéllos de 71 y no se conocían en él las otras dos subdivisiones). Pero como en un edificio, los cimientos y las paredes maestras tienen más trascendencia que los tabiques, es evidente que la arquitectura fundamental del código vigente se revela más sobria y sólida que la del derogado. Con todo, habría sido a la vez posible y conveniente eliminar no pocos de los capítulos y de las secciones, así como las dieciocho subsecciones. En cuanto a número de artículos, el código de Buzaid cuenta con 1220 (véase *supra*, nota 11), en tanto que el de Batista Martins se detuvo en 1052, con una diferencia, pues, en menos, de 168 preceptos a favor del segundo; pero como en seguida se verá, aquél pudo con gran facilidad haber quedado en alrededor de 800 tan sólo. [Destacaré a este propósito que de entre los más recientes códigos procesales civiles hispanoamericanos, el guatemalteco de 1963 cuenta con 635 artículos y III disposiciones finales;<sup>14</sup> el argentino de 1967, con 822 (inclusive las disposiciones transitorias), y el colombiano de 1970, con 700. Y en la esfera de los proyectos, más atrás, el famoso de Couture de 1945,<sup>15</sup> con 613 únicamente. Fuera del continente americano, recordaré tan sólo los 831 del italiano de 1940<sup>16</sup> o los 924 del de la ciudad del Vaticano de 1946].<sup>17</sup>

títulos (Arts. 808-81); *libro VIII*: 6 títulos y 11 capítulos (Arts. 882-1030); *libro IX*: 1 título y 3 capítulos (Arts. 1031-46), y *libro X*: sin divisiones (Arts. 1047-52).

<sup>12</sup> Es decir: 5 libros, 19 títulos, 98 capítulos, 124 secciones y 18 subsecciones, repartidos del siguiente modo: *libro I*: 10 títulos, 44 capítulos, 63 secciones y 7 subsecciones (Arts. 1-565); *libro II*: 6 títulos, 27 capítulos, 10 secciones y 11 subsecciones (Arts. 565-795); *libro III*: 1 título, 2 capítulos y 15 secciones (Arts. 796-889); *libro IV*: 2 títulos, 25 capítulos y 26 secciones (Arts. 890-1210), y *libro V*: sin subdivisiones (Arts. 1211-20).

<sup>14</sup> Véase Alcalá-Zamora, *El nuevo código procesal civil de Guatemala*, en "Bol. Inst. Der. Comp. Mex.", cit., núm. 52, enero-abril de 1965, pp. 155-92, y en "Boletín del Colegio de Abogados de Guatemala", mayo-agosto de 1966, pp. 2-19 (reimpreso, bajo el *Número 16*, en mis "Estudios Procesales" —Madrid, 1974—).

<sup>15</sup> Al mismo (cfr. *supra*, nota 9) he consagrado estos tres trabajos: 1, *Impresión de conjunto acerca del proyecto Couture de código de procedimiento civil*, en "Jurisprudencia Argentina" (Buenos Aires) de 11 de mayo de 1946 y en "La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración" (Montevideo), junio de 1946, pp. 161-3 (ahora, en mis "Estudios Procesales", cit. *Número 23*); 2, *Reseña en la "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia"* (México), núm. 30, abril-junio de 1946, pp. 316-28 (ahora, en mi "Miscelánea Procesal", tomo I —México, 1972—, pp. 17-31), y 3, *Influencia en América, del proyecto Couture*, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales" (Montevideo), julio-septiembre de 1957, pp. 729-65 (ahora, en mis "Estudios Procesales" cit., *Número 24*).

<sup>16</sup> Véase Alcalá-Zamora, *Indicaciones acerca del nuevo código de procedimiento civil italiano*, en el tomo I, pp. 397-452 del *Sistema de Derecho Procesal Civil* de Carnelutti (Buenos Aires, 1944) (ahora, en mis "Estudios Procesales", cit., *Número 20*).

<sup>17</sup> Acerca de él, véanse estos dos trabajos míos: 1, *Ley de organización judicial y código de procedimiento civil de la Ciudad del Vaticano*, en "Bol. Inst. Der. Comp.

5) Concretándome de ahora en adelante a los *libros y títulos*, comenzaré por repetir, acerca de aquéllos, que “un código de enjuiciamiento civil *no puede tener menos de dos libros ni debe sumar más de cuatro*”,<sup>18</sup> y resulta que el brasileño de 1973 cuenta con cinco y, además, de longitud enormemente desigual (cfr. *supra*, nota 13): 565 artículos el primero y sólo 10 el último, y entre ambos extremos, 321 el cuarto, 230 el segundo y 94 el tercero. Es evidente que la denominación de “libro” le viene muy ancha al V, tanto por su reducida cifra de preceptos como por razón de su contenido, integrado en buena parte por disposiciones transitorias, entre ellas, el artículo 1218, que, como si no fuesen bastantes los del libro IV, mantiene en vigor, hasta que se incorporen en leyes especiales —fomentando así una pluralidad y dispersión a las que se debió haber puesto término—, nada menos que quince procedimientos del decreto-ley de 18 de septiembre de 1939, que, además, mezcla al buen tuntún materia contenciosa y voluntaria. Tales normas, con rasgos de cordón umbilical llamado a desprenderse del resto del código al cabo de un cierto tiempo de su entrada en vigor, no deberían, por lo mismo, proseguir la numeración del articulado permanente, sino haber iniciado una distinta. A su vez, los 94 artículos del libro III podrían haberse diluido, por razón de su finalidad, entre los libros I, II y aun IV, en su título II, ya que algunos de los incluidos como manifestaciones de proceso cautelar, son, a todas luces, procedimientos de jurisdicción voluntaria. (Expresamente reconoce esta perspectiva el artículo 861, al prescribir que “quien pretenda justificar la existencia de algún hecho o relación jurídica, sea para simple documento y *sin carácter contencioso* —cursivas mías—..., expondrá, en petición circunstanciada, su intención”).<sup>19</sup> Y puesto que del *libro III* hablo, destacaré la divergencia notoria existente entre el epígrafe del mismo (“Do *processo* cautelar”) y el de su título único (“Das *medidas* cautelares”), dado que ambos conceptos no son sinónimos, es decir, o se

Méx., cit., núm. 2, mayo-agosto de 1948, pp. 22-37, y 2, *Código modelo y modelo de códigos: el de procedimiento civil para la Ciudad del Vaticano*, en “Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales” de la Universidad Católica de Chile, 1963-1964 (1965), pp. 7-40. Ambos ahora, en mis “Estudios Procesales”, cit., Números 25 y 26.

<sup>18</sup> Alcalá-Zamora, *Principios técnicos y políticos de una reforma procesal* (Tegucigalpa, 1950), p. 10 (reimpreso en “Revista de la Universidad” de dicha capital, julio-septiembre de 1960 —pp. 7-38—, p. 13, y en mis “Estudios de Teoría General e Historia del Proceso”, tomo II —México, 1974; pp. 83-112—, p. 92).

<sup>19</sup> En cuanto a la “exhibición” de la sección IV, más que carácter cautelar, posee naturaleza “preparatoria”, según proclama el artículo 844 y, por tanto, constituye la modalidad más peculiar de pretensión de tipo preliminar: cfr. Alcalá-Zamora, *En torno a la noción del proceso preliminar*, en “Scritti giuridici in onore della Cedam nel cinquantenario della sua fondazione, vol. II (Padova, 1953; pp. 265-316), núms. 4, 5, 7, 15 y 29 (reproducido en mis “Ests. Teor. Gral. Hist. Proc.”, cit., tomo I, pp. 453-501).

trata de verdadero *proceso*, como estiman algunos, o de meras *medidas* (o providencias), cual opinamos otros.<sup>20</sup> Además, desde el punto de vista de la técnica legislativa, al cubrir el libro III y su título único exactamente la misma superficie (o sea, al coincidir dividiendo, divisor... y cociente), el aparente fraccionamiento del primero salía sobrando, a menos de haber eliminado el segundo y de haber ascendido a *títulos* los actuales capítulos I y II y, a su vez, a *capítulos* las quince secciones a que ahora se extiende el segundo de éstos.<sup>21</sup>

6) El *libro IV* podría ser también baja, sin más que distribuir el contenido de su título I ("De los procedimientos especiales de jurisdicción contenciosa") entre los libros I y II<sup>22</sup> y que dejar fuera del código la totalidad de su título II ("De los procedimientos especiales de jurisdic-

<sup>20</sup> En el primer sentido, por ejemplo, Carnelutti, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, vol. I (Padova, 1936; Buenos Aires, 1944), núms. 31 y 71-5. En contra, Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* (Padova, 1936; trad. Buenos Aires, 1945), singularmente los núms. 1-2; y pese al título, que podría hacer pensar en la tesis contraria, Allorio, *Per una nozione del processo cautelare*, en "Riv. Dir. Proc. Civ.", cit., 1936, I (pp. 18-44), núm. 1 (pp. 18-9) donde estima que las providencias cautelares no constituyen una categoría autónoma en el aspecto *procesal*, pero sí en el *substancial*, al entrañar la declaración o la ejecución de un preexistente derecho subjetivo substancial de tutela; así como Dos Reis, *A figura do processo cautelar* (sobretiro del núm 3 del "Boletim do Ministerio da Justica" —Lisboa, 1947), p. 23 (cfr. también la 47 y la 48), donde subraya su carácter *instrumental*, desde el momento en que "presupone necesariamente otro proceso (principal o definitivo)". Véase igualmente Alcalá-Zamora, *Derecho Procesal Penal* (en colaboración con Levene H.), tomo II (Buenos Aires, 1945), pp. 271-2. Agregaré que el código brasileño, en la rúbrica del capítulo II de los que integran el libro III, se vale todavía de un tercer, y distinto, vocablo: "Dos *procedimientos cautelares específicos*" (sobre el significado de *procedimiento*, cfr. mi libro *Cuestiones de Terminología Procesal* —México, 1972—, núms. 111 y 112, pp. 134-44, en relación con el 85, pp. 94-5). Véase *infra*, nota 103.

<sup>21</sup> A mi entender, caso de subsistir el libro III, su denominación y estructura deberían haber sido las siguientes: *Del aseguramiento procesal*: título I, *De las disposiciones generales*, y título II, *De las diferentes medidas asegurativas*: capítulos I-XV (las actuales "secciones" de tal numeración).

<sup>22</sup> En mucha mayor medida al segundo que al primero, en el que aparte, como es natural, el capítulo XIV y último de la serie ("Del juicio arbitral") sólo encajarían dos o tres de los restantes. Más aún: varios de los actuales capítulos del título I, catalogados como de naturaleza *contenciosa*, tienen, a mi entender (como regla o, por lo menos, en ocasiones) índole *voluntaria*, según sucede con la "acción de división y de demarcación de tierras particulares" (cap. VIII), cuando no hubiere "contestación" (cfr. Art. 955) o "impugnación" (cfr. Art. 971); con el "inventario y partición" (cap. IX), que podrían desenvolverse sin contenciosidad alguna; con la "habilitación" (cap. X; cfr. Art. 1058, en relación con el 803), y con la "restauración de los autos" desaparecidos (cap. XII, cfr. Art. 1065, conectado asimismo con el 803), y aquí con independencia del carácter acentuadamente administrativo que ofrece este procedimiento. Si en el código de 1973 sobran procedimientos especiales, lo mismo contenciosos que voluntarios, se echa, en cambio, muy de menos la existencia de uno de carácter *monitorio*, que permitiría dar rápida salida a un enorme número de reclamaciones, como sucede en los países que lo acogen.

ción voluntaria”), puesto que el argumento aducido por Buzaid para incluir ésta en aquél no es convincente.<sup>23</sup> Y como los preceptos sobre jurisdicción voluntaria ascienden a 108 (a saber: del 1103 a 1210, ambos inclusive), a los que todavía habría que añadir los de tal índole ahora insertos en el libro III y en el título I del IV<sup>24</sup> y las diez *disposiciones* finales y transitorias (Arts. 1211-20) del libro V, etiquetadas como “artículos” (*supra*, núm. 5), la baja de esos tres sectores determinaría (la de los dos primeros en virtud de salida y la del tercero al cambiársele numeración y caracterización) una disminución considerable en el total normativo del código.

7) De esa manera, el nuevo código habría quedado en sólo dos libros, los actuales I y II; pero personalmente me agrada más su división en tres, o sea, anteponiendo a los citados uno de “*disposiciones generales o comunes*, a integrar con los que ahora figuran como títulos I a V del libro I (Arts. 1-261) —es decir, los referentes a jurisdicción y acción, sujetos del proceso (inclusive, dicho se está, la competencia del juzgador, en cuanto expresión de capacidad procesal objetiva, y, por descontado, también la subjetiva) y actos procesales—, así como por bastantes del título I (“De la ejecución en general”) del libro II.

8) Desde el *punto de vista sistemático*, la falla más visible del código la constituye el título IX del libro I, donde bajo el inexpresivo epígrafe “De los procesos en los tribunales” (sin duda, ante la insuperable dificultad de hallar un común denominador más exacto para tan heterogéneas materias) se incluyen en sendos capítulos: a) la *uniformación de la jurisprudencia*, tema importantísimo, pero de contenido fundamen-

<sup>23</sup> En efecto, tras recordar las opiniones brasileñas de Lopes da Costa y de José Frederico Marques, así como la mía, Buzaid invoca cual única razón para mantener la (seudo) jurisdicción voluntaria en el código la de que “por larga tradición”, en ella “siempre incumbe al juez la función de administrar los intereses privados” (*Exposición de motivos*, capítulo IV, núm. 12); pero en un texto donde tantas innovaciones se han introducido, no se habrían hundido las esferas si al juzgador se le hubiese liberado de intervenir en procedimientos sumamente heterogéneos en que, no ya sin inconveniente alguno, sino con positivas ventajas, puede ser reemplazado por otros funcionarios, a fin de dejarle adscrito sólo a su específica actividad jurisdicente, o sea la contenciosa. Véase *infra*, nota 72.

<sup>24</sup> Véanse *supra*, notas 19 y 22. Destaquemos que los procedimientos sucesorios, lejos de hallarse agrupados, se diluyen entre los títulos I (inventario y partición) y II (testamentos y codicilos; herencia yacente) del libro IV. Además, aun en el supuesto (*supra*, nota 23) de que la (seudo) jurisdicción voluntaria debiese continuar unida en el código procesal civil a la contenciosa, habría sido deseable que aquella apareciese encabezada por unas normas más elásticas y comprensivas que las actuales *disposiciones generales* de los artículos 1103-12, con objeto de poder acomodar a ellas la mayoría de los negocios inherentes a la misma y eliminar así en su ámbito un buen número de procedimientos *especiales*.

talmente substantivo y, por ende, de muy discutible inclusión en un código procesal, y ello abstracción hecha de que pugne o no con la independencia funcional de los llamados a pronunciar sentencia;<sup>25</sup> b) la *declaración de inconstitucionalidad*, que no es problema procesal civil, sino procesal constitucional, a encomendar a una jurisdicción de esta índole,<sup>26</sup> y por supuesto, dejando al margen la candente cuestión de si cabe compaginar la idea a que aquélla responde y el vigente régimen político que en Brasil impera, aun cuando, para disimular, exhiba la seudo ley fundamental de 1967, en vena ni siquiera de mascarón de proa, sino por lo retrógrada, de popa...; c) la *homologación de la sentencia extranjera*, que debió haberse llevado al capítulo inmediatamente anterior, o sea al VIII ("De la sentencia y de la cosa juzgada") del título asimismo VIII, o bien al artículo 584, que al enumerar los "títulos ejecutivos judiciales", menciona expresamente en su fracción IV "las sentencias extranjeras, homologadas por el Supremo Tribunal Federal", con tanto más motivo cuanto que el capítulo que ahora se ocupa de dicho extremo, se reduce a dos breves artículos (483 y 484), fáciles de condensar, por añadidura, y sin inconveniente alguno incorporables al citado 584 o a uno a continuación de él; y d) la llamada *acción rescisoria*, con alcance muy distinto de la de igual nombre del código procesal civil distrital mexicano,<sup>27</sup> ya que se corresponde con el recurso excepcional de revisión del derecho español<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Acerca de este extremo, véase mi libro *Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)* (1a. ed., México, 1947; 2a., 1970), núm. 124 y nota 357. Cfr. también Gelsi Bidart, *Diversidad en la jurisprudencia y principio de igualdad*, en "Revista de Estudios Procesales" (Rosario, Arg.), 1973, núm. 15 pp. 33-61.

<sup>26</sup> Puesto que la susodicha cuestión, como igualmente, en el Brasil, el *habeas corpus*, con el peculiar alcance que en él llegó a dársele, y el *mandato de segurança*, no pertenecen al ámbito del enjuiciamiento civil, sino a otras áreas procesales: cfr. los núms. 8-16 de la ponencia que bajo el título de *El mandato de seguridad brasileño, visto por un extranjero* presenté el 12 de septiembre de 1962 ante las Terceras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Sao Paulo. Impresa en el "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", cit., 1963, núm. 47 (pp. 295-324); incluida poco después en el volumen "Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño" (México, 1963, pp. 97-126, en unión de un trabajo de Fix Zamudio y de otro de Ríos Espinoza) y en el "Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político" de la Universidad de Salamanca, 1963, núm. 29-30 (pp. 3-27) y últimamente en mis "Estudios de Teoría General e Historia del Proceso", tomo II (México, 1974), pp. 637-65.

<sup>27</sup> Donde los artículos 464 a 467, que de ella se ocupan y que son de contenido esencialmente substantivo, la regulan como sección segunda del capítulo concerniente al juicio ejecutivo (el II del título VII) y, por tanto, cual una variante o adaptación del mismo.

<sup>28</sup> Y, por descontado, de otros ordenamientos (alemán, austriaco, francés, italiano, etcétera), con ese o con distinto nombre, tanto en materia civil como penal. En cuanto a su carácter *excepcional*, por mí señalado en uno de mis trabajos juveniles (a saber: *Los recursos en nuestras leyes procesales*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", enero y febrero de 1930, y luego en mis "Estudios de Derecho Procesal" —Madrid,

y que, por tanto, debió haberse incorporado sin vacilación alguna al final del título siguiente, el X, relativo a los "recursos", como máximo medio impugnativo, puesto que sirve para atacar sentencias de fondo con autoridad de cosa juzgada (cfr. Arts. 485, 494 y 495 Cód. Com.).

9) En menor medida, también es objetable el *fraccionamiento del procedimiento ordinario* entre los actuales títulos VII y VIII del libro I: (Véase *infra*, núm. 17) los capítulos I ("disposiciones generales") y II (precisamente etiquetado como "procedimiento ordinario") de aquél debieron unirse a los de éste; y en cuanto al III ("procedimiento sumarísimo"), pudo, corrida la numeración, componer el nuevo título VIII (dado que el VII se reservaría entonces íntegramente para el juicio ordinario), o bien haberse llevado al libro IV, a la cabeza de los procedimientos especiales contenciosos.

10) b) *Orientación, técnica legislativa y terminología*. Aun cuando Buzaid proclama que "el código de proceso civil se destina a servir en el Brasil" y que no se propuso "hacer obra académica",<sup>29</sup> sino, con palabras de Couture, resolver "los problemas que la realidad social, económica, cultural y ética presenta al legislador",<sup>30</sup> lo cierto es que, como demuestran las 63 notas que acompañan a la exposición de motivos, está fortísimamente influido por la doctrina brasileña<sup>31</sup> e italiana,<sup>32</sup> en primer

1934; pp. 23-65—, pp. 55-7 y 65), ha sido después acogida —eso sí, nombrándome unos y sin hacerlo otros— por diversos autores españoles; véase su lista en la nota 56 de mi artículo *A propósito de una planeada ley procesal civil hispanoamericana*, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", cit. 1956, núm. 27 (pp. 17-47), y ahora en mis "Estudios Procesales" (Madrid, 1974), Número 10.

<sup>29</sup> Véase *Exposición de motivos*, núms. 13 y 16.

<sup>30</sup> *Proyecto de código de procedimiento civil*, cit., p. 31. En la transcripción brasileña se ha repetido, por error, "social", en lugar de "ética", que es el adjetivo empleado, en realidad, por el original uruguayo.

<sup>31</sup> He aquí, salvo error u omisión, la nómina de expositores de la misma tomados en cuenta por Buzaid, con indicación (entre paréntesis tras de sus apellidos) de la notas de la *Exposición de motivos* en que se les invoca (sta misma pauta se aplica luego en las notas 32 a 37): Almeida e Souza, Manuel de (8, 15 y 24); Amaral Santos, Moacyr (23 y 30) Barbosa de Magalhães (16); Batista Martins, Pedro (20 y 30); Beviláquia (28); Bueno Vidgal, Luis Eulálio de (29); Buzaid (3, 47, 51, 52 y 56); Carvalho Santos (22); Castro Filho José Olympic de (56); Costa Carvalho (48); Gusmão (21); Gusmão, Chrysolito de (48); Lins Palmeira, Pedro (63); Lopes da Costa (1, 18 y 37); Machado Guimarães, Luis (16 y 55); Marques, José Frederico (3, 30, 39, 48 y 61); Matos Peixoto (8); Mendes Júnior, João (11 y 14); Mendonça Lima, Alcides de (3, 48 y 55); Moniz de Aragão, E. D. (48, 49, 51, 58, 61 y 63); Monteiro, João (12 y 21); Morato, Francisco (55); Pereira (9); Pereira e Sousa (10, 15 y 24); Paula Batista (27); Pontes de Miranda (18); Ramalho (10 y 15); Rosa, Eliczer (16, 56 y 57), y Ruy Barbosa (26). Además en el texto del número 37 de la *Exposición de motivos* se menciona, aparte de Pereira e Sousa, Paula Batista, Ramalho y Gusmão, ya citados, a Neves de Castro y a Correia Telles.

<sup>32</sup> Betti (5 y 7); Calamandrei (19); Carnelutti (7, 19, 31 y 32); Chiovenda (24, 40-43, 45 y 53); Fazzalari (36); Liebman (15, 23, 30-32, 46, 50, 56 y 62) y Zanzucchi (25).

lugar, pero también por la alemana,<sup>33</sup> rioplatense,<sup>34</sup> portuguesa,<sup>35</sup> española<sup>36</sup> y, hasta en alguna ocasión, por la francesa.<sup>37</sup> Pero no sólo la doctrina, sino asimismo la legislación de otros países ha repercutido sobre él, y verbigracia, del código portugués, y aparte el *despacho saneador*, que se encontraba ya en los derogados códigos lusitanos de 1939,<sup>38</sup> se ha tomado, según se reconoce, el *llamamiento al proceso*;<sup>39</sup> y aunque sin manifestarlo paladinamente, el *juulgamento conforme o estado do processo*, proviene a todas luces de la *Entscheidung nach Lage der Akten* del derecho alemán,<sup>40</sup> del mismo que, retornando ahora a la gravitación doctrinal, de Chiovenda se acoge el principio del vencimiento como base de la *condena en costas*<sup>41</sup> y de Goldschmidt la teoría del *recurso indiferente*.<sup>42</sup>

11) Veamos ahora algunos rasgos característicos de la *trayectoria del*

<sup>33</sup> Goldschmidt (25, 59 y 60), Lent-Jaucming (33), Rosenberg (25 y 32) y Schlegelberger (34).

<sup>34</sup> Alsina (4) y Couture (19 y 44).

<sup>35</sup> Dos Reis (16 y 18).

<sup>36</sup> Alcalá-Zamora (2, 31, 33, 35 y 38).

<sup>37</sup> Tissier (6).

<sup>38</sup> A saber: en los artículos 512 a 516 del portugués de 28 de mayo (en el actual de 28 de diciembre de 1961, véanse los Arts. 508-12) y en los 293-6 del brasileño de 18 de noviembre (en el vigente, Art. 331). Acerca del tema, consúltense estos dos trabajos de Liebman: *O despacho saneador e a legitimação das partes* (en "Revista dos Tribunais", vol. 138) y sobre todo, *O despacho saneador e o julgamento de mérito* (en "Revista Forense", noviembre de 1915), ambos reproducidos en sus "Estudos sobre o processo civil brasileiro" (S. Paulo, 1947), pp. 99-103 y 105-52, respectivamente. Con posterioridad, Lacerda, *Despacho saneador* (Porto Alegre, 1953); Buzaid, *Dos despacho saneador*, en "Revista de Direito Processual Civil", enero-junio de 1960, pp. 45-58, y luego, ampliado, en sus "Estudos de Direito" (São Paulo, 1972), I, pp. 1-44; Briseño Sierra, *El despacho saneador, cuestiones previas y condiciones procesales*, en "Rev. Fac. Der. Méx.", cit., 1962, núm. 48, pp. 603-37; Mendonça Lima, *Despacho saneador e defesa "inepta" do réu* (São Paulo, 1962; versión mimeografiada).

<sup>39</sup> Cfr. *Exposición de motivos*, núm. 17, en relación con el artículo 330 del código portugués de 1961, que con escasos cambios reproduce el 335 del de 1939.

<sup>40</sup> Incorporada a los §§ 251 a y 331-a de la *Zivilprozessordnung* de 1877 por la novela de 13 de febrero de 1924: cfr., por ejemplo, Rosenberg, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, 2a. ed. (Berlín, 1929), pp. 332-6. Véase el texto castellano de dichos preceptos, en la traducción del mencionado código efectuada por Prieto-Castro y que figura al final de la del *Derecho Procesal Civil* de Goldschmidt (Barcelona, 1936), pp. 803 y 814.

<sup>41</sup> Cfr. *Exposición de motivos*, núm. 17, en relación con las *Instituições de Direito Processual Civil* de Chiovenda, traducción brasileña de Guimarães Menegale, con notas de Liebman, 1a. ed., vol. III (São Paulo, 1942), p. 285 (pp. 207-11 de la 2a. ed., 1965) y, en definitiva, con la famosa monografía de aquél, *La condanna nelle spese giudiziali* (1a. ed., Torino, 1901; 2a., 1935), fundamentalmente el capítulo IV de la parte segunda (en la traducción castellana —*La condena en costas*; Madrid, 1928—, pp. 314-80).

<sup>42</sup> Cfr. *Exposición de motivos*, núm. 31, en relación con Goldschmidt, *Zivilprozessrecht*, § 64 (*rectius*, con 1a. p. 402 de la citada traducción española).

<sup>43</sup> En la *Exposición de motivos* (cfr. núm. 18), la referencia está hecha al artículo

nuevo código: a) consagra, en el artículo 262,<sup>43</sup> el principio dispositivo, pero a la vez aumenta los poderes de dirección del juzgador (cfr., entre otros, los artículos 125, 130, 151, 262, 266, 599, 601 y 881); b) tiende a la moralización del proceso (Arts. 14-20), si bien en este punto habrá de procederse con suma cautela, a fin de no confundir la velocidad con la precipitación, es decir, para evitar que la reacción contra el dolo procesal peque por exceso y llegue a cohibir a las partes en el legítimo ejercicio de sus derechos ante los tribunales;<sup>44</sup> c) en contra de una pauta, que comparto plenamente y a la que, en principio, el propio Buzaid rinde pleitesía,<sup>45</sup> el nuevo cuerpo legal consigna algunas definiciones, como sucede con las de conexión y continencia (Arts. 103-4), litispendencia (Art. 301) y cosa juzgada (Art. 467), esta última, según aquél declara, a tenor del criterio de Liebman;<sup>46</sup> d) sólo elogios merece la amplitud en cuanto a los medios de prueba utilizables, a saber: todos los “hábiles para probar la verdad de los hechos” (Art. 332), mientras que a propósito de su valoración, el criterio del juzgador se encuentra fuertemente mediatizado e inclusive cercenado por reglas legales o tasadas;<sup>47</sup> e) indiqué ya (*supra*,

266 del proyecto y no al código, lo mismo que la de los restantes preceptos mencionados en ella, tanto antes como después. En todos los casos he hecho la rectificación procedente, ya que no es el proyecto sino el código quien se encuentra en vigor.

<sup>44</sup> Muy significativo en este punto es el cambio de actitud que se advierte en Carnelutti mientras en 1926, con motivo del célebre caso Pecoraino, se alza *Contro il processo fraudolento* (así se titula su nota de jurisprudencia en “Rivista di Diritto Processuale Civile”, II, pp. 14-25), en 1938, en el núm. 505 de su *Sistema*, bajo la expresiva rúbrica de “Engaño”, considera lícito el empleo de una cierta dosis de astucia por parte de los litigantes. Acerca de la posible explicación de tan contradictoria postura, cfr. Alcalá-Zamora, *Causas y efectos sociales del derecho procesal (civil y penal)*, en “Estudios Sociológicos” (México, 1959 pp. 171-94), nota 3, y *Liberalismo y autoritarismo en el proceso*, en “Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli”, vol. I (Napoli, 1972; pp. 1-58) (mis dos trabajos, ahora, en “Ests. Teor. Gral. Hist. Proc.”, cit., tomo II, *Número 17 y 21*, respectivamente).

<sup>45</sup> Cfr. *Exposición de motivos*, núm. 8.

<sup>46</sup> “El proyecto intentó solucionar esos problemas [a saber: los suscitados por el artículo 6 del código civil y por las nociones de recurso ordinario y extraordinario, aquél y éstas a propósito de la idea en cuestión], perfilando el concepto de cosa juzgada elaborado por Liebman y seguido por varios autores nacionales: *Exposición de motivos*, núm. 10, en relación con Marques, Batista Martins y Amaral Santos.

<sup>47</sup> Cfr. Arts. 253-4, 364-80, 383-5, 387, 400-1, 405 (con la salvedad de su § 4) y 420, que restringen extraordinariamente el principio de libre convicción consagrado por el artículo 131 (véanse también, con alcance específico, los Art. 129, 130, 345, 386, 395, 402 —hasta cierto punto—, 405, en su § 4, 436-7 y 439), o más bien el régimen de sana crítica, ya que el juzgador “deberá indicar en la decisión los motivos que le formaron el convencimiento”. Para el deslinde entre ambos métodos valorativos de la prueba, véase Couturc, *Las “reglas de la sana crítica” en la apreciación de la prueba testimonial*, en “Jurisprudencia Argentina” de 27-VII-1940, en “La Rev. Der., Jurisp. y Admón.”, cit., octubre de 1940 (con sobretiro de 1941) y luego en el tomo II (Buenos Aires, 1949; pp. 179-227) de sus “Estudios

núm. 2) la tendencia amortiguadora en orden a la *oralidad*; f) si bien en comparación con el derogado código de 1939, el vigente ha simplificado el *mecanismo de los recursos*, todavía sigue siendo éste en Brasil una selva intrincada, con denominaciones extrañas (“agravo de instrumento”, “embargos infringentes” y “embargos de declaração”, de donde, sin duda el curioso nombre de *desembargadores* que reciben los magistrados brasileños,<sup>48</sup> alejadas de las normales en otros países de la misma ascendencia jurídica;<sup>49</sup> g) representan, en cambio, aciertos indudables, dentro del libro II: 1º, la *adopción de una sola vía ejecutiva*, aplicable por igual a la sentencia de condena y a los títulos extrajudiciales (cfr. Arts. 583-5),<sup>50</sup> y 2º, la *regulación del estado de insolvencia* en un número reducido de preceptos (Arts. 748-86), en contraste con la hipertrofia de otros ordenamien-

de Derecho Procesal Civil”; Alcalá-Zamora, *Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba*, en “La Rev. Der., Jurisp. y Admón”, febrero de 1945, pp. 33-42, y *A propósito de libre convicción y sana crítica*, en “Revista Jurídica de Córdoba”, Argentina, octubre-diciembre de 1948, pp. 513-22 (reimpresos en mis “Estudios de Derecho Probatorio” —Concepción, Chile, 1965—, pp. 29-52 y 79-89, respectivamente).

<sup>48</sup> Es algo así como si a los magistrados de apelación se les llamase *desagraviadores*, por el hecho de que el apelante haya de formular un *escrito de expresión de agravios* (cfr., verbigracia, los Arts. 704-5 cód. proc. civ. distrital mexicano de 1932). Además, el nombre “embargo” no es unívoco en la terminología procesal brasileña y, por tanto, resulta en ella equívoco (cfr. *infra*, núm. 14, *sub d*). Véase además, *infra*, nota 66.

<sup>49</sup> Como España, Francia, Italia y Portugal. Según opino, los recursos podrían reducirse a cinco especies: a) un *remedio* (no devolutivo), *reforma* (o *reconsideración*), frente a resoluciones de trámite; b) un *subrecurso*, *queja*, frente a resoluciones denegatorias de la admisión de un recurso principal; c) un *recurso ordinario*, *apelación*, contra sentencias definitivas de primer grado; d) un *recurso extraordinario*, *casación*, circunscrito, por tanto, a taxativos motivos por errores *in iudicando* o *in procedendo*, y e) un *recurso excepcional*, *revisión*, contra sentencias con autoridad de cosa juzgada, que reabsorbería al de audiencia al rebelde frente a tales decisiones (cfr. *Planeada ley hispanoamericana*, cit., núm. 12). A lo sumo, de autorizarse la impugnación independiente de las interlocutorias, podría intercalarse, entre queja y apelación (a fin de diferenciarlo de ésta en el nombre) uno de *alzada*. Y aparte, como figuras singulares quedarían la oposición, la tercería en alguna peculiarísima hipótesis (cfr. Art. 1543 en relación con el 919, ley enjº. civ. española) y la promoción de juicio ordinario al término de uno especial concluso mediante sentencia sin autoridad de cosa juzgada material: cfr. Alcalá-Zamora *Adición al § 64 del “Derecho Procesal Civil” de Goldschmidt* cit., y *Aciertos terminológicos e institucionales del derecho procesal hispánico*, en (“Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia”, 1948, núm. 38, pp. 43-108, y ahora en mis “Ests. Teór. Gral. Hist. Proc.”, cit., tomo II, Número 24, pp. 415-77), núm. 50.

<sup>50</sup> Cfr. *Exposición de motivos*, núm. 21, en relación con Liebman, *Processo de execução* (São Paulo, 1946), núm. 6 y el contraste que en dicha obra establece entre *acción ejecutoria* y *acción ejecutiva* (véase mi reseña del volumen, en “Rev. Esc. Nac. Jurisp.”, cit., 1947, núm. 35-6, pp. 370-1, y ahora, en mi “Miscelánea Procesal”, tomo I —México, 1972—, pp. 109-11).

tos,<sup>51</sup> así como, dentro de aquélla, la equiparación del deudor civil y del comerciante, poniendo término de ese modo a la artificial dualidad *concurso de acreedores y quiebra*;<sup>52</sup> h) en el abigarrado libro IV, no se ha logrado reducir a su mínima expresión la *cifra excesiva de procedimientos especiales*, contenciosos unos y voluntarios otros, que, además, no están bien deslindados, pese a su más aparente que conseguida separación en dos títulos, uno para cada sector; etcétera.

12) La *técnica legislativa* que ha presidido la redacción del código resulta, por lo general, impecable. Se esté o no de acuerdo con las soluciones acogidas en concreto por ellos, los preceptos están escritos en un estilo sobrio, digno y diáfano, que elimina de un plumazo los quebraderos de cabeza originados por el descuido en el manejo de la pluma. Al mismo tiempo, se ha procurado asegurar la unidad normativa de los artículos así como eliminar los tremendos altibajos que en cuanto a longitud se observan en otros textos procesales.<sup>53</sup> Así, pues, y a reserva de las críticas que haga dentro de poco al efectuar algunas *objeciones al articulado*, ahora sólo estamparé tres: a) la ya expuesta (*supra*, núm. 4) acerca del *excesivo número de capítulos* y, sobre todo, *desecciones* en que se divide el código, con poco esfuerzo reducibles acaso a la mitad, amén de las dieciocho *subsecciones*, que deberían haberse suprimido por completo; b) la *falta de epígrafes de los artículos*, porque aun careciendo de valor normativo y no siendo siempre fáciles de elaborar, contribuyen a facilitar el manejo del cuerpo legal;<sup>54</sup> y c) la innecesaria e inexacta indicación de

<sup>51</sup> Baste pensar en la *legge fallimentare* italiana de 16-III-1942, con sus 266 artículos, o en la ley mexicana de quiebras y de suspensión de pagos de 31-XII-1942, con 469 y 10 disposiciones generales y transitorias. En este punto, la encomiable brevedad del código brasileño en cuanto a la regulación del concurso de acreedores, coincide con la del cód. proc. civ. del Vaticano de 1946, que despacha el asunto en doce artículos (479-90).

<sup>52</sup> Como en España, donde bien que de manera consecutiva, la ley de enjuiciamiento civil regula en su libro II, por un lado el concurso de acreedores (título XII, Arts. 1130-1317) y, por otro, la quiebra (título XIII, Arts. 1318-96, amén de los consagrados a ella por la legislación mercantil substantiva). Véase *infra*, nota 95.

<sup>53</sup> "que a lo largo de un código haya, en la cifra de palabras por artículo, oscilaciones en la proporción de uno a diez a lo sumo (por ejemplo: que los preceptos no descendan de 40 ni rebasen las 400 palabras), se explica sin dificultad alguna, pero que junto a artículos con *once* palabras (como el 1908 y el 1996) existan otros con *más de mil* (a saber: el 63 con 1267 y el 2161, que abarca todo un título, con 1327) revela ignorancia, olvido o desprecio totales en cuanto al aspecto artístico de la tarca legislativa". Alcalá-Zamora, *Orientaciones para una reforma del enjuiciamiento civil cubano*, en "Revista del Colegio de Abogados de La Habana", enero-julio de 1942, y luego en mis "Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional" (Buenos Aires, 1944, pp. 95-138), nota 67.

<sup>54</sup> a) *Carencia de valor normativo*: por consiguiente, en caso de que el epígrafe no refleje con exactitud el contenido del precepto, es, naturalmente, éste el que ha

“parágrafo único” con que en numerosos artículos se etiqueta al que en rigor es su apartado segundo.<sup>55</sup>

13) El nuevo código ha sentido la preocupación de garantizar una *terminología constante y adecuada*. A este respecto, en los números 6 y 7 de la exposición de motivos se examinan dos substantivos —*litigio* (“lide”) e *instancia*— y un adjetivo—*cautelár*—. Acerca del primero de aquéllos, el código de 1939 acogía dos acepciones: en el artículo 96 lo hacía sinónimo de proceso, mientras que en los artículos 287, 684 y 687 lo utiliza para designar el contenido del pleito. De acuerdo con Carnelutti,<sup>56</sup> ahora se conserva tan sólo la segunda. La solución la reputo plenamente acertada, aunque mi noción de litigio sea más amplia que la del maestro italiano, como lo es también la del propio Buzaid.<sup>57</sup> En cambio, *instancia* —concepto acerca del cual, precisamente la literatura procesal brasileña cuenta con un brillante ensayo, como suyo, de Machado Guimarães—<sup>58</sup> ha sido

de prevalecer; b) *Dificultad de elaborarlos*: a veces, en lugar de unas pocas palabras, los rútolos comprenden frases enteras: cfr. Alcalá-Zamora, *El nuevo código procesal penal del Estado de Michoacán* (en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, cit., 1964, núm. 49, pp. 97-123), núm. 12,

<sup>55</sup> Así, salvo error u omisión, en cerca de 250 artículos, desde el 3 al 1212. Por otra parte, con dos o más párrafos, marcados, por añadidura con el signo gráfico correspondiente (§) y no con letras, como en el caso del llamado “único”, encontramos las siguientes modalidades: a) con *dos*, 83 artículos, desde el 18 al 1215; b) con *tres*, 27, desde el 12 al 1206; c) con *cuatro*, 10 (20, 94, 267, 301, 405, 672, 701, 999, 1017 y 1071); d) con *cinco*, 4 (265, 527, 982 y 1066); e) con *seis, siete y diez*, uno cada uno (219, 634 y 602, respectivamente).

<sup>56</sup> Cfr. *Exposición de motivos*, núm. 6, en relación con su *Sistema*, vol. I, p. 40 (o más exactamente, de la ed. italiana, que se corresponde con la 44 de la traducción española, de donde habría sido preferible hacer la referencia al número, o sea el 14), y con Betti, *Diritto Processuale Civile*, [Italiano, 2a. ed., Roma, 1936], p. 445 (*rectius*, núm. 133; véanse, además, y acaso en mayor medida, los núms. 1, 3 y 15). Con anterioridad al *Sistema*, el concepto de “lite” se encuentra ya elaborado por Carnelutti en sus *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, vol. I (Padova, 1919; reimpresión, 1930), núm. 44 (cfr. Calamandrei, *Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti: I, Lite e giurisdizione; II, Lite e processo*, en “Riv. Dir. Proc. Civ.”, cit., 1928, I, pp. 3-22 y 89-98, y luego en sus “Studi sul processo civile”, vol. II —Padova, 1930—, pp. 359-88, seguido en aquélla de sendas apostillas de Carnelutti, pp. 23-37 y 99-105).

<sup>57</sup> Dado que ambos reputamos el litigio como el *presupuesto procesal* y, por mi parte, en términos más amplios que el maestro italiano: cfr. de Buzaid, *Do agravo de petição*, cit. la. ed., p. 117, y de Alcalá-Zamora, *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción* (en “Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina” —Buenos Aires, 1946— pp. 761-820, y ahora en “mis” *Ests. Teor. Gral. Hist. Proc.*”, cit., tomo I, pp. 317-93), núm. 13.

<sup>58</sup> Cfr. su folleto *A instancia e a relação processual* (Rio, 1939), reimpresso en sus “Estudios de Direito Processual Civil” (Rio de Janeiro, São Paulo, 1969; reseña mía de este volumen en “Revista de Derecho Procesal Iberoamericana”, 1970, pp. 427-31), y respecto de él, el núm. 26 de mi trabajo *Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso*, en “Revista de Derecho Procesal” Argentina, 1952, I, pp. 212-77, y ahora en mis “*Ests. Teor. Gral. Hist. Proc.*”, cit., tomo I, pp. 377-432.

eliminado y sustituido por proceso, porque la diversidad de pareceres en torno a ella la había convertido en "una fuente de dudas y equívocos."<sup>59</sup> Finalmente, a *cautelar*, admitido en los diccionarios portugueses como verbo en desuso, pero no como adjetivo, se le ha dado entrada a fin de cobijar bajo él tres especies de procesos autónomos, a saber: los preparatorios, los preventivos y los incidentales. Coincido con Buzaid en la adjetivación del mencionado verbo, pero discrepo de él en dos direcciones: a) en la de calificar como *proceso* a los incidentes,<sup>60</sup> y b) en la de extender el calificativo a los preparatorios y a los preventivos, que pertenecen a otro género, el *proceso preliminar*,<sup>61</sup> en tanto que los procedimientos cautelares en estricto sentido se identifican con los de índole asegurativa o precautoria.

14) Sin embargo, las cuestiones terminológicas no se circunscriben a las tres a que acabo de pasar revista, únicas a que se refiere la exposición de motivos, sino que abarcan otras varias, de las que analizaré media docena: a) en el libro primero, tanto el epígrafe del título II como los de sus capítulos II, III y IV hablan de *procuradores*, lo que hace pensar en una actividad de representación, mientras que luego en el articulado el vocablo que casi siempre se emplea es *abogado* (cfr. Arts. 15, 36-40, 44 y 45), es decir, la persona que tiene a su cargo la función de *asistencia* letrada al cliente. Ante semejante discrepancia, surge la duda de si es que Brasil mantiene, en cuanto al patrocinio forense, una dualidad profesional sin justificación, alguna, a mi entender, pero todavía subsistente en algunos países,<sup>62</sup> o bien si es que se vale como intercambiables de dos deno-

<sup>59</sup> Cfr. *Exposición de motivos*, núm. 6, donde se recogen las opiniones de Pereira e Sousa, Ramalho, Mendes Júnior, Monteiro, Eliczer Rosa, Dos Reis y Barbosa Magalhães, más la citada de Machado, que, en el fondo, es la que se acoge, puesto que para él, "instancia significa proceso, entendido como relación jurídica". Por mi parte, entiendo que la *instancia* es el elemento procesal de la acción, en contraste con el material, representado por la *pretensión*: cfr. *Enseñanzas acerca de la acción*, cit., núms. 23-25.

<sup>60</sup> Para Vécovi, los incidentes constituirían *procesos accesorios* (cfr. su *Derecho Procesal Civil*, tomo I —Montevideo, 1974—, pp. 32-3), que a mi vez caracterizaría como *subprocesos*, por razones análogas a las que me han llevado a contemplar la queja como *sobrecurso* (*supra*, nota 49) y al coadyuvante como *subparte* (cfr. mis *Cuestiones de Terminología Procesal* —México, 1972—, núm. 150, pp. 201-2).

<sup>61</sup> Véase acerca del mismo mi estudio cit. *supra*, nota 19.

<sup>62</sup> Como España e Italia, aunque en ésta con divergencias muy acusadas en cuanto al número de procuradores entre el norte, por un lado, y el centro y el sur del país, por otro: cfr. Masé Dari, *Sei anni di esami di procuratore (Dati riassuntivi e considerazioni sparse*, en "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", 1956, pp. 893-912, *passim*). En cuanto a Francia, la dualidad *avocat-avoué* fue eliminada en virtud de la ley núm. 71-1130 de 30-XII-1971, subsistiendo, salvo por ahora en algunos casos, sólo aquél: cfr. Georges Rouhette y Bruno Oppetit, rúbrica *Droit Judiciaire Privé*, en la información concerniente a *France* del "Annuaire de Législation

minaciones de alcance muy distinto; *b*) en el propio título II del libro primero, pero ahora en el capítulo V, figura asociada al litisconsorcio, aunque en una sección para cada uno, la llamada *assistencia*, nombre que además de no tener nada que ver con la hace un instante mencionada, juzgo inexpresivo para bautizar la institución que regula, o sea la *intervención coadyuvante de terceros*, que así debería haberse designado, de no optarse por *tercería adhesiva*; <sup>63</sup> *c*) la palabra *acción* se utiliza en dos sentidos muy distintos: 1º, el correcto, en el título I del libro I (Arts. 3-6), a saber: como acto provocatorio de la jurisdicción,<sup>64</sup> y 2º, con el de juicio o procedimiento especial en el título I del libro IV, donde, además, se la contempla en atención a consideraciones privatistas y no procesales;<sup>65</sup> *d*) conviene aclarar que la voz *embargo* tiene en el texto comentado el significado de medio impugnativo (cfr. *supra*, núm. 12, *sub f*) y no el de secuestro;<sup>66</sup> *e*) en tanto el artículo 162 reduce, con acierto, no genéricamente los “actos” del juzgador, sino específicamente las *resoluciones* a tres categorías (sentencias, decisiones interlocutorias y despa-

Française et Étrangère” (Paris, 1972), pp. 383-6. Respecto de Inglaterra y de la diferencia en ella entre la actividad del *barrister* y la del *solicitor*, véase, por ejemplo, Megarry, *Lawyer and Litigant in England* (London, 1962), *passim* (reseña mía en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, 1965, núm. 53, pp. 560-5).

<sup>63</sup> De “oposição de terceiro” habló ya en 1958 Buzaid en una conferencia dada en Porto Alegre (*Deverá instituir-se no Brasil a oposição de terceiro?*, ahora recogida en sus “Estudos”, cit., pp. 271-85); y ya en relación con el código vigente, Luis Antonio de Andrade lo hace de “intervención de terceros”, precisamente a propósito de la comentada “assistencia”: cfr. su libro *Aspectos e inovações do código de processo civil (Processo de conhecimento)* (Rio de Janeiro, 1974), pp. 30-3; sin contar con que *terçaria* es palabra tan portuguesa como lo es castellana *tercería*, cuya italianización propuso, por su expresividad, Carnelutti al reseñar el *Tratado de la tercería* de Podetti (Buenos Aires, 1949) en “*Rivista di Diritto Processuale*”, 1950, I, pp. 90-1. Así, pues, sólo en el caso de que en los países lusitanos se atribuya al vocablo un predominante significado peyorativo (tercería como sinónimo de alcahuetería) —extremo que ignoro— se justificaría la posposición de que ha sido objeto. Por idénticas consideraciones, *tercerista* supera a *asistente*. Véase *infra*, nota 89.

<sup>64</sup> Cfr. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 1a. ed. (Buenos Aires, 1942), pp. 16 y 30-4; 3a. (1958), pp. 60-1 y 67-8, y Alcalá-Zamora, *Enseñanzas acerca de la acción*, cit., núm. 19.

<sup>65</sup> Es decir, conectada con todas estas instituciones: consignación en pago, depósito, anulación y sustitución de títulos al portador, rendición (“prestação”) de cuentas, posesión, denuncia de obra nueva; usucapión, división y demarcación de tierras particulares: cfr. los epígrafes de los capítulos I a VIII del título en cuestión.

<sup>66</sup> Salvo en el artículo 879, fracción II, donde, acaso por descuido, se habla de “obra embargada”. el código lo hace, como regla, de “*penhora*” cfr. especialmente en el libro II, título II, capítulo IV, los epígrafes de su sección I y de las subsecciones II a V de ésta, así como, entre otros, los artículos 612-5, 619, 649-50, 652, 659-60, 662, 664-5, 667-80, 685-6 y 708. A su vez, en el libro III, consagrado al proceso cautelar, la sección II del capítulo II de su título único se vale de la rúbrica “*secuestro*”. Añadiré, por último, que fuera del título sobre los recursos (el X del libro I), toda-

chos),<sup>67</sup> el 163 denomina *acordado* al “juicio”<sup>68</sup> proferido pelos tribunais”, de donde resulta que pese a su unidad de contenido, un mismo acto procesal (el pronunciamiento de fondo sobre la pretensión litigiosa) recibiría, sin ventaja alguna, dos nombres diferentes;<sup>69</sup> f) acerca de los efectos de la apelación (y, en general —añado—, de cualquier recurso), mientras el artículo 520 se refiere al “devolutivo” y al “suspensivo”, el 521 los engloba bajo la tradicional rúbrica de “ambos efectos”. Ahora bien: según he creído demostrar, para hablar con corrección de *ambos efectos*, hay que asociar dos clasificaciones diversas, a saber: la de los mismos desde el ángulo *jurisdiccional* y desde el punto de vista *ejecutivo*. Conforme al primero, se contraponen el efecto *retentivo* o *conservativo*, es decir, el que se produce cuando el medio impugnativo pertenece a la categoría de los *horizontales*, y el *devolutivo* o *remisivo*, que constituye la regla, cuando el recurso corresponde a la clase de los *verticales*, unos y otros según la geométrica nomenclatura de Guasp.<sup>70</sup> En cambio, el efecto *suspensivo*, que puede acompañar o no al devolutivo, nada tiene que ver con la retención o devolución del poder jurisdiccional por parte del juzgador *a quo*, sino con la ejecutoriedad (provisional) o no de la resolución impugnada, mientras se sustancia el recurso. De ahí que *suspensivo* a lo que se enfrenta, en realidad, es a *ejecutivo*.<sup>71</sup>

vía se habla de embargos como sinónimos de medios impugnativos en otros varios lugares del código; así, en el libro I, título VIII, capítulo VIII (sentencia y cosa juzgada: Arts. 463-5), en el libro II, título III (Arts. 736-47) y en el libro IV título I, capítulo X (Arts. 1046-54).

<sup>67</sup> Esta tripartición coincide esencialmente con la de Marcos Pelayo, al designar como *sentencias* a las resoluciones de fondo, como *autos* a las incidentales y como *providencias* (en México, *decretos*) a las de tramitación: cfr. su volumen *La administración de justicia* (Oviedo, 1925), p. 42.

<sup>68</sup> Acerca del alcance jurídico-procesal de este vocablo, véase mi *nota introductiva* al artículo *La premisa inarticulada en las sentencias*, del profesor brasileño Alípio Silveira, en “Rev. Fac. Der. Méx.”, cit., 1956, núm. 21, p. 61.

<sup>69</sup> Complemento confirmatorio de lo que aquí digo acerca del artículo 163, lo es el 165, en relación con el 458. En mi artículo sobre *Los recursos* (*supra*, nota 28) puse de relieve, en torno a ellos, los inconvenientes, tanto de la unidad de contenido y diversidad de nombre, como de su reverso la unidad de nombre y diversidad de contenido cfr. las pp. 29-46 de su reimpresión en mis “Ests. Der. Porc.”, cit. Y en *Cuestiones de Terminología*, cit., pp. 101-5, critico la innecesaria pluralidad de voces que utiliza la legislación española para denominar los requerimientos de cooperación exigidos por la marcha de un proceso, cuando con sólo tres (exhortos, oficios y exposiciones) de los ocho en circulación bastaría.

<sup>70</sup> Cfr. su *Derecho Procesal Civil* (Madrid, 1956), pp. 1382-3.

<sup>71</sup> Para más datos, cfr. Alcalá-Zamora, *Der. Proc. Pen.*, cit., tomo III, pp. 287-9, y *Cuestiones Terminología*, cit., pp. 90-2. Respecto del derecho brasileño, véanse, por ejemplo, en relación con el código de 1939, Machado Guimarães, *Efeito devolutivo da apelação*, en “Direito”, vol. I, 1940, y luego en sus “Estudos”, cit., pp. 216-26; Pontes de Miranda, *Comentários ao código de processo civil. Vol. V (Arts. 808-881)*

15) c) *Observaciones al articulado*. No, naturalmente, a todo él, porque entonces esta reseña se convertiría en un larguísimo comentario, sino a unos cuantos preceptos (en su mayoría del libro I) que aquí y allá han atraído mi atención. Y para facilitar la consulta y compulsa, me ocuparé de ellos por el orden en que se insertan en el código, con independencia de cualquier objeción sistemática que a su actual colocación pudiera dirigirse.

16) *Libro Primero: Artículo 1*: No siendo, casi seguramente, la seudo *jurisdicción voluntaria* ni lo uno ni lo otro, debió haberse omitido su mención, junto a la contenciosa, en la norma que encabeza el código y haberse dejado a la doctrina la dilucidación de tal extremo.<sup>72</sup> En cambio, si se conectan a todas luces con la jurisdicción (huelga remachar que contenciosa) los artículos 88 a 90, ahora etiquetados como de “competencia internacional”, así como el 113 y el 301, fracción III, cuando hablan de “incompetencia absoluta”, es decir, de *injurisdicción*.<sup>73</sup> *Artículo 22*: No excluye la *mera defensa negativa* (véase también el 300); pero incluso en caso de vencer mediante ella el demandado, lo condena en costas a partir del despacho saneador y le priva de percibir del vencido los honorarios por el patrocinio forense (“advocaticios”), siempre que no aduzca en su contestación hechos impositivos, modificativos o extintivos. La solución la considero injusta, máxime frente a demandas temerarias o absurdas, respecto de las que no disponga de hechos de esas especies, y estimo que lo procedente, y únicamente cuando sea derrotado, es una fuerte agravación en la condena en costas. *Artículo 26 y 53*: Reconocen expresamente las tres formas de *autocomposición*, a saber: las dos unila-

(Río de Janeiro, 1949), pp. 145-50; Rodrigues de Rezende Filho, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. III, 2a. ed. (São Paulo, 1951), pp. 110-2; Marques, José Frederico, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV, 3a. ed. (Río, 1969), pp. 79-80; y en orden al vigente, Moreira Barbosa, *Comentários ao código de processo civil. Vol. V (Arts. 476 a 565)* (Río, São Paulo, 1974), núms. 110 (pp. 205-7) y 179-80 (pp. 334-6).

<sup>72</sup> El tema ha sido objeto en Brasil de un profundo análisis por parte de José Frederico Marques en su *Ensaio sobre a jurisdição voluntaria*, 1a. ed., São Paulo, 1952; 2a., 1959. Véanse asimismo mis dos trabajos sobre la materia: *Premisas para determinar la indole de la llamada jurisdicción voluntaria* (en “Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento” —Milano, 1951—, pp. 1-55) y *Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria* (ponencia general para el “Terzo Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile”, 1962, en “Atti” del mismo —Milano, 1969—, pp. 533-621); ambos ahora en mis “Ests. Teor. Gral. Hist. Proc.”, tomo I, *Números 4* (pp. 115-65) y *5* (pp. 167-236).

<sup>73</sup> *Injurisdicción*: cfr. Alcalá-Zamora, *Los conceptos de jurisdicción y de competencia, en el pensamiento de Lascano*, en “Rev. Der. Proc.” Argentina, 1954, I (pp. 299-344), pp. 311-4, (ahora, en “Ests. Teor. Gral. Hist. Proc.”, tomo I, *Número 3* —pp. 61-113, 74-8), y *Cuestiones Terminología*, cit., pp. 111-3.

terales (desistimiento y allanamiento) y la bilateral (transacción).<sup>74</sup> *Artículo 36*: Establece, en principio, la *carga del patricinio*, con dos justificadas excepciones y, por tanto, cierra la puerta a la demagógica y peligrosa libertad de defensa.<sup>75</sup> *Artículos 50 y 56*: Aun cuando las dos sean expresiones de *tercería*, mientras la coadyuvante o adhesiva se desenvuelve en el proceso entre las partes originarias, la principal o excluyente determina uno nuevo, con el tercerista, como actor frente a aquéllas, y de ahí que la primera, o sea la llamada "asistencia" por el código (*supra*, núm. 14, *sub b*) se encuentre más cerca del litisconsorcio, con el cual lo asocia, con acierto, el legislador brasileño (en el capítulo V del título II), que no de la segunda (a la que dedica el capítulo VI).<sup>76</sup> *Artículo 77*: No puntualiza, como tampoco los otros que completan la sección, en qué situación quede el primitivo demandado al incorporarse al proceso el *tercero llamado al pleito*: si sale de él, si se une al tercero como litisconsorte o si desciende a la condición de coadyuvante.<sup>77</sup> *Artículo 101*: Como de la competencia para la *homologación del laudo* se ocupa también el 1098 al regular el arbitraje, debieron haberse reducido a uno, o sea aquél, por preverla tanto en primero como en segundo grado (del que nada dice el otro), pero colocándolo, por su índole específica, en el libro IV, título I, capítulo XIV, a menos de trasladar éste, como indiqué (*supra*, nota 22), al libro I. *Artículo 110*: Considera el planteamiento de una *cuestión prejudicial penal* en un proceso civil, y en su apartado primero suscita un problema más de jurisdicción que de competencia, propio, por tanto, del título I, capítulo I que no del título IV, capítulo III, sección IV.<sup>78</sup>

<sup>74</sup> Acerca de ellas. véanse los siguientes trabajos míos: *Proceso, autocomposición*, cit., núms. 2, 5, 6, 8-10, 14, 16 y 49-52; *El allanamiento en el proceso penal* (Buenos Aires, 1962), versión actualizada y adicionada de *El juicio penal truncado del derecho hispano-cubano* (conferencias dictadas en La Habana en diciembre de 1941 e insertas en mis "Ensayos" cit., pp. 411-500), y *Unilateralidad o bilateralidad del desistimiento en el derecho mejicano*, en "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", 1970, núm. 3, pp. 475-525, así como las obras en ellos mencionadas.

<sup>75</sup> Para la crítica de la misma, cfr. Couture, *De la organización judicial y del régimen procesal* (Montevideo, 1945), pp. 43-5.

<sup>76</sup> Véase últimamente la excelente monografía de Montero Aroca, *La intervención adhesiva simple: Contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil* (Barcelona, 1972), pp. 4, 12-24, 32-3, 101-9, 159-74, *passim*.

<sup>77</sup> Un desarrollo más amplio de la cuestión aquí esbozada puede verse en mi libro *Examen crítico del código de procedimientos civiles de Chihuahua (Comparado con el del Distrito y Territorios Federales)* (Chihuahua, 1959), pp. 159-60.

<sup>78</sup> De ahí que, por ejemplo, la ley de enjuiciamiento criminal española de 1882 no se ocupe de las *cuestiones prejudiciales* en el título II del libro I, relativo a la competencia, sino en el título I ("Preliminares"), capítulo II. Códigos procesales penales más modernos, como el italiano de 1930 (cfr. libro I, título I, Arts. 18-21) o los de Córdoba (Argentina), tanto el de 1939 como el vigente de 1970 (cfr. en ambos libro I, título II, Arts. 9-13 en el primero y 9-12 en el segundo), tampoco regulan

*Artículo 127*: Autoriza restrictivamente, y al parecer sólo *ex officio*, el *juzgamiento de equidad*.<sup>79</sup> *Artículos 134 y 135*: Instauran con nitidez el deslinde entre *juzgador inhábil* y *juzgador sospechoso*, en lugar de mezclar las causas determinantes de una y otra situación.<sup>80</sup> *Artículo 145*: Acaso por influencia de Carnelutti,<sup>81</sup> el *perito* es incluido entre los auxiliares de la justicia (Arts. 115-7), en tanto que la *pericia* se regula como medio de prueba (Arts. 420-49). Las ventajas de semejante fraccionamiento son harto discutibles, y por análogas razones cabría haber obrado del mismo modo con los *testigos*, singularmente en un código que atribuye a sus declaraciones carácter nada menos que de "servicio público" (Art. 419), y dicho se está que por tal ha de entenderse el auxilio o cooperación que suministran a la actividad jurisdicente.<sup>82</sup> *Artículos 151 a 153*: En cambio, reputo plenamente acertado atribuir esa cualidad de auxiliar al *intérprete*, quien en contra del criterio de algunos códigos procesales, no constituye *medio alguno de prueba* y sí únicamente *medio de comunicación*<sup>83</sup> con per-

la prejudicialidad junto a la competencia, sino al ocuparse de la acción penal. En cuanto al código de procedimiento civil italiano de 1940, si bien se refiere a las cuestiones prejudiciales al tratar de la competencia (Art. 34), en otros lugares las relaciona tanto con ésta como con la jurisdicción (Arts. 187 y 279).

<sup>79</sup> Es probable que en esta solución haya influido Calamandrei, cuando en *Processo e democrazia* (Padova, 1954, p. 32; traducción, Buenos Aires, 1960, pp. 44-5) recuerda que durante los diez primeros años de vigencia del cód. proc. civ. italiano de 1942, acaso no se hubiese hecho uso una sola vez de los artículos 113 y 114, que facultan a las partes para transformar, ante jueces públicos, el juicio de derecho en juicio de equidad, muy probablemente, agrego, por la normal pugna de intereses entre ellas, determinante de que si a la una le conviene el segundo, la otra estime, con fundamento o sin él, que le resultará preferible el primero. En vista de ello, sin duda para evitar que semejante perspectiva sea en él letra muerta, el código brasileño encomienda al juzgador optar entre una y otra fórmula, sin perjuicio de que si ambos contendientes se ponen de acuerdo para transformar el tipo de juicio, su petición repercuta, casi seguramente de modo decisivo, en el ánimo de aquél.

<sup>80</sup> Como sucede, verbigracia, en la ley de enjuic<sup>o</sup> civ. española (Art. 190) o en el cód. proc. civ. distrital mexicano (Art. 170).

<sup>81</sup> Cuando en sus *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., vol. III, núm. 174 lo muestra como *auxiliar* que presta al juzgador una *colaboración subordinada* y una *asistencia localizada* (A su vez, en el núm. 209 del *Sistema*, cit., lo caracteriza como *encargado judicial*). Más datos acerca de la evolución de su pensamiento en este punto, en el *Apéndice* de Augenti a la 2a. ed. de *La prova civile* de aquél (Roma, 1947, pp. 291-3; traducción, Buenos Aires, 1955, pp. 244-5). Para la crítica de esta posición carneluttiana, cfr. mi *Der. Proc. Pen.*, cit., tomo III, pp. 120-2.

<sup>82</sup> Acerca del concepto de *colaboración*, que se sumaría a los de *acción* y de *jurisdicción* para entre los tres acotar el área del *proceso*, y dentro del cual estarían incluidos auxiliares, peritos, testigos, etcétera, véase el artículo de Carnelutti, *Dei rapporti giuridici processuali* (en "Riv. Dir. Proc.", 1963, pp. 349-61), uno de los más brillantes salidos de su pluma; cfr. mi reseña del mismo en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", 1964, núm. 49, p. 218.

<sup>83</sup> Cfr. mi *Der. Proc. Pen.*, cit., tomo III, pp. 127-8. Entre otros ordenamientos procesales que encuadran la actividad del intérprete como una incidencia de la

sonas o documentos (traductor), inclusive ajenos a toda finalidad probatoria, con los que no quepa entenderse, o enterarse de su contenido, sin él. *Artículo 154*: Sin duda con el loable propósito de librar al proceso del a menudo insoportable estilo curialesco y de restringir la deducción de incidentes y recursos basados exclusivamente en defectos formales consagra, como regla, el *principio de libertad de forma*.<sup>84</sup> Complemento suyo son los artículos 244 y 250.

17) *Artículo 213*: Circunscribe el concepto de *citación* a la del demandado, cuando en rigor se extiende a la convocación de cualquier persona (testigos, peritos, etc.), que haya de comparecer por mandato judicial en lugar y tiempo determinados para la realización de actos procesales de muy diversa índole.<sup>85</sup> *Artículo 234*: La definición (*supra*, núm. 11) que se *intimación* brinda, tiene alcance específico y debería, por tanto, haber sido reemplazada por una genérica de *notificación*, que falta en el código, y que no puede identificarse con las de tipo intimatorio (por ejemplo: se limita a comunicar la suspensión de una audiencia o el cambio de un sujeto procesal). *Artículo 258*: En sí, la *cuantía litigiosa* no es un "acto procesal", sino una expresión valorativa, y al repercutir sobre la competencia (cfr. Arts. 91-2), debió regularse dentro de ella. *Artículo 265*: Bajo la rúbrica de *suspensión*, agrupa motivos que lo son de ésta y otros que pertenecen al cuadro de la *interrupción* del procedimiento, como la muerte de una de las partes o la pérdida de la capacidad procesal.<sup>86</sup> *Artículos 267 y 269*: No se explica por qué, de las tres manifestaciones

prueba testifical, recordaré las leyes de enjuiciamiento españolas (Arts. 657-8 de la civil y 440-2 de la criminal) y los códigos de procedimientos distritales de México (Arts. 367 del civil y 204, en relación con los 183-7, del penal).

<sup>84</sup> Crítica del estilo curialesco: cfr. Beceña, *Casos de derecho procesal civil para uso de los estudiantes* (Madrid, 1925), pp. 23-4. A diferencia del código brasileño, que con carácter general instaura la libertad de forma, en México el distrital adopta dos posturas: como regla, el artículo 55, apartado 1º, consagra el principio de formalismo; pero en la esfera de la justicia de paz, el 41 del título especial a ella destinado prescribe que no "se exigirá ritualidad alguna ni forma determinada en las promociones o alegaciones que se hagan". Con todo, conviene no olvidar: a) que en sí, aunque en mayor o menor escala, los códigos procesales son de índole formal, y b) que las formas son esenciales para la tutela del derecho: cfr. Chiovenda, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto* (en "Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche", 1901, y luego en sus "Saggi di Diritto Processuale Civile" —Roma, 1930; vol. I, pp. 353-78—, p. 355; traducción —Buenos Aires, 1949; vol. II, pp. 123-54—, p. 125); véase también Gallardo, *Formalismo procesal*, en "Anales de la Universidad de Valencia", 1920-21, pp. 419-62.

<sup>85</sup> El artículo 273 de la ley de enjuiciamiento española expresamente habla de "citación de los testigos y peritos y demás personas que no sean parte en el juicio". En el mismo sentido, los artículos 120 y 121 cód. proc. civ. distrital mexicano.

<sup>86</sup> Cfr. Rosenberg-Schwab, *Zivilprozessrecht*, 10a. ed. (München, 1969), pp. 636-53; véase también mi *Der. Proc. Pen.*, cit., tomo III, pp. 199-206.

autocompositivas (*supra*, núm. 16), una, el desistimiento del actor (Art. 267, Frac. VIII), desemboque en extinción del proceso sin sentencia de fondo, mientras que las otras dos, es decir, el allanamiento y la transacción (Art. 269, Fracs. II y III), exijan aquélla. En realidad, las tres debieran ser medidas por el mismo rasero y ser objeto de la que he llamado *sentencia-acta*, en contraste con la que lo es en estricto sentido, o sea la *sentencia-pronunciamiento*.<sup>87</sup> *Artículos 271 a 275 y 282 y siguientes*: Dentro del género "procedimiento común", al que se contraponen los "especiales", incluye el "ordinario" y el "sumarísimo", aplicándose a éste como subsidiarias las disposiciones de aquél. Ello habría exigido ocuparse primero del ordinario y luego del sumarísimo; pero no sucede así, sino que tras un diminuto capítulo de un solo artículo (el 274), sobre el "procedimiento ordinario", viene la regulación del "sumarísimo" (Arts. 275-81), para luego reanudar, en título aparte aunque sea el siguiente (el VIII), la exposición de aquél en plan de Guadiana, el río español que desaparece y reaparece en las quijotescas llanuras de la Mancha. *Artículos 301 y 304*: El deslinde entre ambos (el primero colocado entre las normas acerca de la "contestación" y el segundo entre las referentes a "excepciones"), dista mucho de ser convincente, por lo mismo que aquél contiene asimismo una lista de excepciones (litispendencia, cosa juzgada, etcétera), más numerosa que la de éste, con la particularidad, además, de que la "incompetencia" aparece en ambos, a saber: la "absoluta" (léase, injurisdicción: *supra*, nota 73) en el 301 y la relativa (la verdadera) en el 304. *Artículo 319*: Proclamar de manera rotunda que "si el demandado no contesta la acción (entiéndase: demanda), se reputarán verdaderos los hechos afirmados por el actor", se me antoja solución peligrosa: habría que tomar en cuenta otros factores, como las causas determinantes de la falta de respuesta, la seriedad o temeridad, *prima facie*, de la pretensión deducida, etcétera. *Artículo 337*: En orden a la *prueba excepcional de normas jurídicas*, la encomienda a la parte que las invoque, tanto respecto de su tenor como de su vigencia, cuando así lo disponga el juzgador: luego, *a sensu contrario*, éste podrá proceder a su averiguación *ex officio*, solución que, en principio, debería constituir la regla.<sup>88</sup> *Artículos*

<sup>87</sup> Cfr. Alcalá-Zamora. *El Allanamiento*, cit., núms. 88-90.

<sup>88</sup> En virtud del principio *iure novit curia*, "el juzgador tiene la obligación funcional de conocer el derecho nacional, general, vigente y legislado. *A sensu contrario*, queda exento de ella respecto del derecho extranjero (por no ser nacional), del *estatutario* (por su falta de generalidad), del *histórico* (por carecer de vigencia) y del *consuetudinario* (por no emanar del legislativo). Con todo, siempre que el juzgador esté en condiciones de adquirir por sí el conocimiento de tales normas, debería proceder a su averiguación *ex officio*": Alcalá-Zamora. *Uniformación de la prueba en el proceso civil de los países hispanoamericanos* (comunicación presentada a la

360 363: Como después algunos otros (por ejemplo, el 634), revelan la necesidad terminológica de diferenciar el mero "tercero", a que ellos se refieren y que no es parte ni aun subparte (*supra*, nota 60), y el *tercerista*, titular de una tercería, principal o adhesiva, que sí lo es.<sup>89</sup>

18) *Artículo 405*: Excluye, en principio, el testimonio de tres categorías de personas: "incapaces", "impedidos" (*rectius*, inhábiles) y "sospechosos"; pero permite, cuando sea "estrictamente necesario", que sean oídos los testigos de los sectores segundo y tercero, de donde se desprende que en ningún caso podrán serlo los del primero. La tajante exclusión de estos la considero infundada, y es indudable que, en ocasiones, un demente o un menor de dieciséis años (Frac. I y III del artículo) podrían aportar datos de interés y aun decisivos para la prueba de los hechos.<sup>90</sup> *Artículos 416 y 446*: El primero dispone que "las partes deben tratar a los testigos con urbanidad y no hacerles preguntas o consideraciones impertinentes, capciosas o vejatorias". Para ser impecable, la recomendación debería extenderse asimismo al juzgador y al ministerio público, en los asuntos en que intervenga, porque dada la posición que ocupan, es más temible en ellos que le echen el caballo encima a los testigos, mediante amenazas disfrazadas de advertencias.<sup>91</sup> Con finalidad análoga, el 446 pres-

"Conferencia Interamericana de Derecho Procesal" —Puerto Rico, 1962—; publicada en el "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", cit., 1963, núm. 46, pp. 97-114, y reimpresa en mis "Ests. Der. Probat.", cit., pp. 91-107, núm. 9. Más datos, en estos dos trabajos míos: 1) *La prueba del derecho consuetudinario* (en "Revista de Derecho Privado", 1934, núm. 248, pp. 145-57; reimpreso en "Ests. Der. Proc.", cit., pp. 429-60, y en "Ests. Der. Probat.", cit., pp. 3-20), y 2) *Consideraciones acerca del principio "iura novit curia" en el derecho mexicano*, en "Rev. Fac. Der. Méx.", 1961, núm. 41-42, pp. 388-401, y ahora en mi "Clínica Procesal" (México, 1963), pp. 225-37.

<sup>89</sup> Cfr. mis *Cuestiones Terminología*, cit., núm. 138, pp. 179-81, así como *supra*, nota 63.

<sup>90</sup> En octubre de 1963 fue asesinada en Viena una mujer galante, madre de un niño de dos o tres años, de quien el homicida sintió lástima y se contentó con encerrar en un armario. Pues bien: fue el pequeño quien facilitó los indicios que llevaron a la aprehensión del culpable. Nada digamos de los que tengan más de esa edad, especialmente en litigios familiares. En consecuencia, la pauta en materia testimonial debe ser máxima amplitud en la admisión y máxima cautela en la apreciación (a efectuar siempre conforme a las reglas de la sana crítica: *supra*, nota 47).

<sup>91</sup> Como afirma Sartorio, hay que partir de que el testigo "es una persona respetable, no un presunto falsario" (*De la prueba de testigos en el procedimiento federal*. —Buenos Aires, 1945—, p. 129); aunque, por supuesto, no se trate de una presunción absoluta. Por consiguiente, deben eliminarse los interrogatorios a base del acoso, el mareo y la amenaza. De ahí que la *cross examination* del derecho inglés (acerca de ella, cfr. Munkman, *The technique of advocacy* —London, 1951—, pp. 71-6; reseña mía en "Rev. Fac. Der. Méx.", 1952, núm. 6, pp. 160-2, y ahora en mi "Miscelánea", cit., tomo 1, pp. 302-4), constituya un arma de dos filos, que lo mismo puede servir para desenmascarar a un testigo reticente o renitente que para enredar al declarante dispuesto a decir la verdad.

cribe que el juez exhorte a los abogados y al ministerio público a discutir el pleito con elevación y urbanidad". Y ambos artículos reflejan la exquisita cortesía y la nobleza de sentimientos que, entre otras tantas cualidades relevantes, hacen de Buzaid una figura extraordinaria. *Artículo 421*: Probablemente por influjo italiano,<sup>92</sup> junto al perito nombrado por el juez, autoriza la intervención de "asistentes técnicos", designados por las partes. *Artículos 429 a 433 y 681*: Inducen a confusión terminológica con el emitido por los árbitros (cfr., verbigracia, Arts. 584, Frac. III, 1081 y 1093-1102), al denominar "laudo" al informe o dictamen pericial, con olvido de que el uno es una *decisión* y el otro tan sólo una *opinión*. *Artículos 436 y 439*: Tanto la primera como, en su caso, la segunda pericia serán apreciadas por el juzgador conforme a su libre convicción. Se descarta así la peligrosa fórmula de erigir los dictámenes en vinculativos, a manera de una especie de *veredicto técnico* sobre el que el juez jurista hubiese de asentar su sentencia (al menos, en la parte suya que trascendiese a ésta.<sup>93</sup> *Artículo 475*: Mantiene, sin justificación alguna a mi entender, la *apelación de oficio*, heredera del viejo trámite de la consulta y, lo que es más curioso, según el propio parecer de Buzaid en un precioso estudio sobre el tema, carente de razón de ser, desde el momento en que el juzgador puede ser reemplazado con ventaja como promotor de la misma, singularmente por el ministerio público.<sup>94</sup>

<sup>92</sup> Aludo a la figura de los *consultores técnicos* previstos por los artículos 323-5 del cód. proc. pen. de 1930 y por el 201 del cód. proc. civ. de 1940, que actúan en nombre de las partes, mientras que en los artículos 61-4 y 191-200 del segundo se da dicho nombre a los peritos designados por el juzgador.

<sup>93</sup> De acuerdo con la tesis de Florian, para quien permitir al juzgador valorar libremente los dictámenes periciales equivaldría a convertirle en *perito de peritos* (aun cuando, en realidad, se comporta como algo bien distinto: *crítico de peritos*): cfr. sus *Principi di Diritto Processuale Penale* (Torino, 1927), pp. 109 y 298-9 (en relación éstas con la opinión sustentada por Foramiti. *Della forza delle prove nei giudizi criminali, etc.* —Venezia, 1841—. p. 50). Para la crítica de su posición véase mi *Der. Proc. Pen.*, cit., tomo III, pp. 135-8.

<sup>94</sup> Cfr. Buzaid, *Da apelação ex officio no sistema do processo civil* (São Paulo, 1951; reproducido en sus "Estudios", cit., pp. 209-70; reseña mía en "Miscelánea", cit., tomo I, pp. 236-7). Para Pontes de Miranda, en la misma "el juez es recurrente, sin ser parte ni litisconsorte ni tercero perjudicado" y, por ende, se trata de una "apelación sin apelante", promovida por el juez, pero que podría serlo igualmente por el escribano, si bien, no por ello puede ser caracterizada como silente o tácita (cfr. *Comentários* y vol. cit., pp. 115-6). Rezende, a su vez, estima que la apelación necesaria o *ex officio*, "no es propiamente un recurso, sino una providencia legal dictada por motivos relevantes de orden público" (*Curso* y vol. cit., p. 103). En cuanto a Marques, discrepa en este punto de Buzaid y la considera "instrumento eficaz para evitar arreglos poco decentes entre jueces débiles e indignos de ese nombre y funcionarios relapsos de la administración pública", así como para suplir "la acción, no siempre eficaz y enérgica del ministerio público" (*Instituições* y vol. cit., p. 282). Con el nombre impropio de "revisión de oficio" (*supra*, notas 28 y 49), pero

19) *Libro Segundo: Artículos 587 y 588*: Con las salvedades del segundo, aplican a la “*ejecución provisional*” (es decir, a la procedente frente a sentencia impugnada sólo en “efecto devolutivo” —léase, *ejecutivo: supra*, núm. 14, *sub f*) las prescripciones concernientes a la “*ejecución definitiva*” (o sea a la fundada en sentencia con autoridad de cosa juzgada o en título extrajudicial, dada la unificación llevada a cabo en estos dominios por el vigente código: *supra*, núm. 11, *sub g*). Entiendo que, en buena parte, tales reglas se extenderán asimismo al ámbito de la *ejecución cautelar o asegurativa. Artículos 599 a 601*: Dentro de la corriente moralizadora del proceso, a que responde el código (*supra*, núm. 11, *sub b*), la *conducta del ejecutado* que a juicio del juez incurra en fraude, emplee ardidés o medios artificiosos para entorpecer el procedimiento ejecutivo, oponga resistencia injustificada a las órdenes judiciales o no indique dónde se encuentran los bienes sujetos a ejecución, y que una vez advertido al efecto persevere en su actitud, será sancionado con la prohibición de que “de ahí en adelante hable (léase, intervenga) en los autos”, “pena” (así se la llama, aunque impuesta en vía civil) que únicamente será levantada si el deudor promete enmienda y presenta fiador idóneo que responda por la deuda principal, intereses y costas. La reacción me parece excesiva, porque conculca el principio de bilateralidad, y creo que la advertencia de agravación importante en cuanto a las costas y la apertura de causa penal por obstaculizar dolosamente el funcionamiento de la justicia, serían medidas que conducirían al mismo resultado sin tantos riesgos. *Artículos 612, 748 y 751*: Mediante ellos, *ejecución singular* y *ejecución universal*, que en otros ordenamientos aparecen poco menos que dos mundos irreductiblemente distintos,<sup>95</sup> se aproximan y se muestran como lo que en rigor son, es decir, cual meras modalidades o especies de un mismo fenómeno. *Artículos 632 y 642*: Como en otros muchos códigos, <sup>96</sup> en ma-

regulada dentro del capítulo I (“De las revocaciones y apelaciones”) del título XII, la institución es asimismo acogida en el artículo 716 del cód. proc. civ. distrital mexicano (Para su crítica, cfr. Alcalá-Zamora, *Examen código Chihuahua*, cit., pp. 167-9, 171 y 234-5, y *Síntesis del Derecho Procesal Civil, Mercantil y Penal* —México, 1966—, pp. 98-9 y 306-7).

<sup>95</sup> Véanse *supra*, notas 51 y 52. La corriente unitaria prevalece, no en la legislación todavía vigente, pero sí en la doctrina española: cfr. Alcalá-Zamora, *Salgado de Somoza, en la literatura alemana sobre concurso de acreedores* (Madrid, 1932; reimpreso en mis “*Ensayos*”, cit., pp. 63-94); Prieto-Castro, *Naturaleza jurídica del concurso y de la quiebra*, en “*Revista de Derecho Procesal*” española, 1945, pp. 529-48; Vacas Medina, *La autonomía del derecho concursal*, en rev. cit., 1957, pp. 335-76; Idem, *La nueva ley concursal española (el anteproyecto)*, en “*Bol. Inst. Der. Comp. Méx.*”, 1959, núm. 36, pp. 67-84.

<sup>96</sup> Véanse, por ejemplo, los Arts. 923-5 de la ley enj<sup>ta</sup> civ. española o los 517 y 524 del cód. proc. civ. distrital mexicano.

teria de ejecución de sentencias, se asocian y a la vez se contraponen las consistentes en *hacer* y en *no hacer*. Al obrar de ese modo, "se olvida la importantísima diferencia que dentro del primer sector existe entre las de *hacer* propiamente tales, que se traducen en una actividad<sup>97</sup> constructiva y las de *deshacer*, que se realizan mediante una actividad *destruictiva* (demoler, suprimir, borrar, arrancar, extirpar, etcétera).<sup>98</sup> Un ejemplo muy elemental servirá para distinguir las tres hipótesis: una sentencia puede condenar: a) a levantar un muro (*hacer*); b) a no levantarlo (*no hacer*), y c) a demoler el que se hubiese levantado indebidamente (*deshacer*).<sup>99</sup> Artículo 649: Cataloga como "*absolutamente inembargables*" ("impegnhoráveis") el "anillo nupcial", los "retratos de familia" y los libros necesarios para el ejercicio de cualquier profesión: en principio, nada hay que objetar a la prohibición, pero en casos especiales, que mediante nota señalo, habría que matizarla o tamizarla.<sup>100</sup> Artículos 716 a 726: Denominan "usufructo" a una forma de ejecución que con más exactitud debería haberse designado como *anticresis forzosa*.<sup>101</sup> Artículos 754 a 758, por un lado, y

<sup>97</sup> En la Universidad Católica de Ponce (Puerto Rico) hay, o por lo menos había cuando en ella estuve en 1967, unas placas en que se leía "Se ruega *hacer* silencio" (en vez de "guardar" u "observar"), como si la omisión de ruido determinante del mismo consistiese en una actividad.

<sup>98</sup> La demolición, por ejemplo, es característica del interdicto de obra ruinoso, e incluso puede darse en el de obra nueva (cfr., respectivamente los Arts. 1676, 1682 y 1685 y 1663. 1669 y 1675 ley enj<sup>o</sup> civ. española o los 921 —que habla de "*desfazimento*" de la construcción o plantación hecha en detrimento del poseedor— y 936 del código brasileño).

<sup>99</sup> Cfr. Alcalá-Zamora, *Enjuiciamiento de animales y de objetos inanimados, durante la segunda mitad del siglo XX* (en "Rev. Fac. Der. Méx.", 1970, núm. 79-80, pp. 987-1030; en el "Libro homenaje a Amílcar A. Mercader" —La Plata, 1971—, pp. 93-109, y en mis "Ests. Procs.", *Número 38*), núm. 27.

<sup>100</sup> Si, por ejemplo, el *anillo nupcial*, en lugar de la habitual y sencilla sortija de oro con la fecha de la boda y el nombre del otro contrayente (que, además, con dificultad cubrirá el importe de una deuda por pequeña que sea), es una alhaja cuajada de costosa pedrería, susceptible de satisfacer con exceso una reclamación importante, no veo por qué haya de quedar sustraída al embargo; tampoco si el retrato familiar, en vez de una fotografía corriente, es un cuadro de un gran pintor, y nada digamos en cuanto al marco, si es de metales preciosos o una verdadera obra de arte; en cuanto a los libros, y aun perteneciendo al gremio de quienes viven de su utilización, también habría que distinguir entre los que realmente constituyen instrumento de trabajo y los de quienes se limitan a coleccionarlos (como podrían hacerlo con monedas, sellos postales, armas o relojes), sin consultarlos sino superficialmente y rara vez o bien para revenderlos con ánimo de lucro. Todo ello, claro está, sin perjuicio de revestir su embargo de especiales precauciones ni de facilitar su recuperación por parte de sus propietarios endeudados.

<sup>101</sup> La denominación "usufructo forzado de bienes inmuebles o de empresa comercial"; aparece en los artículos 563 a 570 del *Progetto di codice di procedura civile*, etc., elaborado por Carnelutti (cfr. *Parte seconda: Del processo di esecuzione* —Padova, 1926—, pp. 49-51); véanse también los Arts. 564-70 cód. proc. civ. Vaticano de 1946. En cuanto a "anticresis forzada", es rúbrica utilizada por Carnacini en *Contributo*

759 y 760, por otro: Integrante, el primer grupo, del capítulo II y el segundo del III del título IV, deberían haber figurado en orden inverso al actual, ya que los últimos son expresión de *concurso voluntario* (adscribible por su naturaleza al campo de la seudo jurisdicción de tal clase y descendiente de la *cessio bonorum*), mientras que aquéllos originan el *concurso necesario* (en el que la nota de contenciosidad se acentúa.<sup>102</sup>)

20) *Libro Tercero: Artículo 796*: Proclama, con acierto, que el proceso cautelar “es siempre *dependiente*” del proceso principal, y al hacerlo descarta la posibilidad de que alguno de aquéllos o en alguna ocasión funcione como *autónomo*; pero precisamente esa peculiaridad de las *medidas* asegurativas debió haber llevado a no etiquetarlas como *proceso* (cfr. *supra*, núm. 5 y nota 20).<sup>103</sup> *Artículo 798*: En consonancia con el reforzamiento del principio de oficialidad que el código registra (*supra*, núm. 11 *sub a*) el juzgador puede decretar *medidas provisionales distintas* de las especificadas en las trece secciones del capítulo II del libro III.<sup>104</sup> *Artículos 813, 815, 819 y 820*: Combinadas la posibilidad del *arresto* (Art. 813) y la falta de garantías para decretarlo (Art. 815: “en secreto y de plano”, cuando el juez lo estime indispensable) pueden conducir a la prisión por deudas,<sup>105</sup> no descartada enteramente por los artículos 819 y 820 sobre

a la teoría del *pignoramento* (Padova, 1936), p. 50, y con anterioridad a él, según reconoce en la nota 4 de la misma, por Pugliatti en el núm. 36 de su libro *Esecuzione forzata e diritto sostanziale* (Milano, 1935) y por los franceses Glasson, Tissier y Morel en su *Traité de procédure civile*, 3a. ed., vol. IV (Paris, 1932), núm. 1412; así como por Calamandrei en *Diritto agrario e processo civile* (comunicación redactada en 1935 y recogida en el vol. IV de sus “Studi sul processo civile” —Padova, 1939—, pp. 15-32), núm. 7, nota final. Por razón de las circunstancias en que mi vida se ha desenvuelto desde julio de 1936, tanto la obra de Carnacini como el ensayo de Calamandrei llegaron a mi poder después de haberme valido de la expresión *anticresis forzosa* (no “forzata”, como en Italia) en *Orientaciones reforma enjuiciamiento cubano*, cit., núm. 51, y en la *Adición al núm. 342 del “Sistema” de Carnelutti*.

<sup>102</sup> Cfr., verbigracia, Stein, *Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts*, 3a., ed. actualizada por Juncker (Tübingen, 1928), pp. 353 y 405, o Kisch, *Grundriss des Deutschen Konkursrechts*, 6-7a. ed (Mannheim, Berlin, Leipzig), 1929, p. 5.

<sup>103</sup> Acerca del contraste entre el proceso cautelar *autónomo* y el *dependiente*, cfr. el núm. 75 del *Sistema* de Carnelutti. Véase *supra*, nota 20.

<sup>104</sup> Trátase de un precepto cautelar tan elástico como en el derecho español el artículo 1428 de la ley de enjuiciamiento civil (acerca de él, Becñea, *Magistratura y Justicia: Notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial* —Madrid, 1928—, pp. 344-7, o Rodríguez Valcarce, *Medidas cautelares*, en “Rev. Der. Proc.” española, 1947, pp. 244-9) o antes aún el olvidado 27 del reglamento provisional para la administración de justicia de 1835.

<sup>105</sup> Preconizado el retorno a ella por Prieto-Castro en su artículo *Correcciones al derecho sobre ejecución forzosa en la ley de enjuiciamiento civil*, en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, mayo de 1952 (pp. 513-49), pp. 528-9. Véanse, además, los artículos 902 y 905 del código comentado. Un impresionante cuadro de la

suspensión y cese del mismo. *Artículo 835*: Implanta la *caución de arraigo del juicio* respecto del actor, aunque aplicada, eso sí, sin espíritu discriminatorio por igual a nacionales y a extranjeros, siempre que residan fuera del Brasil o hayan de ausentarse durante el transcurso del proceso.<sup>106</sup> *Artículo 881*: Lo mismo que antes los artículos 599 a 601, pero ahora a propósito de la medida cautelar conocida como “*atentado*”, prohíbe al demandado intervenir (“falar”) en el proceso mientras perdure su actitud dolosa: como es natural, doy por reproducida la crítica que entonces hice (*supra*, núm. 19) a tan desmesurada reacción.

21) *Libro Cuarto: Artículo 890*: Reputar contenciosa y no voluntaria la actitud del deudor que *motu proprio* solicita la *consignación* de la suma o cosa debidas, revela, entre otros varios preceptos que podrían ser traídos a colación,<sup>107</sup> la falta de un nítida divisoria entre ambos campos dentro del heterogéneo y prolífico libro cuarto. *Artículo 1055*: La “*habilitación*” de que trata, nada tiene que ver con la de dicho nombre que otros códigos prevén a favor del menor de edad que tenga, sin embargo, el mínimo de años exigido por el legislador para comparecer en juicio,<sup>108</sup> sino que concierne a algo tan distinto, como la sucesión en el proceso cuando fallezca cualquiera de las partes. *Artículo 1113*: Aun aceptando por un momento que ciertas manifestaciones de seudo jurisdicción voluntaria deban mantenerse en los códigos procesales (*supra*, núm. 6 y nota 23), carece por completo de asidero que se conserven en ellos las *subastas voluntarias*, realizables sin la menor dificultad por notarios, *martilleros* (como en Argentina) o establecimientos mercantiles; y si bajo el nombre de “*enajenaciones judiciales*”, lo que el legislador brasileño quiso regular fueron las ligadas con procedimientos (especiales) contenciosos, en tal caso, debió, o llevarlas al título I de este libro IV, que es el que de ellos trata y no al II, referente a los voluntarios, o incorporarlas al libro II, como una fase, la culminante, de la ejecución procesal mediante expropria-

prisión por deudas en Inglaterra es trazado por Dickens en *Aventuras de Mr. Pickwick* (1836-7), capítulos XL a XLVII.

<sup>106</sup> Aunque circunscrito al demandante extranjero, se halla consagrada por el artículo 534 de la ley de enjuiciamiento civil española. Acerca de él, véase mi dictamen *La excepción dilatoria de arraigo del juicio*, primero en mis “*Ests. Der. Proc.*”, cit., pp. 507-42, y luego, adicionado en mi “*Clínica Procesal*”, cit., pp. 23-40.

<sup>107</sup> Véanse, además del 861 (*supra*, núm. 5), los artículos 912, 955, 971, 982, 1029, 1031, y 1065, así como *supra*, nota 22.

<sup>108</sup> Cfr., por ejemplo, los Arts. 1994-2001 ley enjt<sup>9</sup> civ. española. En cuanto a México, rebasaba la mayoría de edad desde los 21 a los 18 años (Art. 646 cód. civ.), la *habilitación* de los menores comprendidos entre los citados límites (Art. 938, frac. I, cód. proc. civ. distrital) perdió su razón de ser y fue eliminada por la reforma de 23-XII-1969: cfr. mi *Triptico procesal mejicano*, en “*Revista Argentina de Derecho Procesal*”, 1971 (pp. 161-76), pp. 165-6.

ción. *Artículos 1120 a 1124*: Tampoco veo la necesidad de que la *separación* ("desquite") *matrimonial* por acuerdo de los cónyuges, que a fin de cuentas se reduce a una homologación y a una dación de fe, requiera la intervención judicial y no pueda ser aprobada por un notario.

22) C) *Impresión de conjunto*. Hubiese deseado comentar la obra legislativa de Buzaid cuando se hallaba en fase de proyecto, porque entonces algunas de mis observaciones acaso hubiesen sido tomadas en consideración por persona tan sensible a la crítica, como el insigne autor del nuevo código. Por desgracia, el texto del proyecto jamás llegó a mis manos. Frustrada esa oportunidad, y aun en el supuesto de que en el Brasil estén previstas esas revisiones periódicas de los grandes cuerpos legales que en algunos países se prescriben y que rara vez o nunca se efectúan,<sup>109</sup> no me hago la ilusión de que mis acotaciones vayan a provocar reformas en el código recién puesto en vigor, aunque bueno sería que al cabo, por ejemplo, de cinco años, a la vista de la literatura que provoque y de los resultados prácticos de esa primera etapa que, en términos automovilísticos podría denominarse de *rodaje*, se proceda a un reajuste y retoque del mismo.<sup>110</sup> Con todo, aun suponiendo que no se lleve a cabo ninguna modificación en él, el código Buzaid representa un documento de superlativo interés dentro de la codificación procesal iberoamericana, a la que a lo largo de mis treinta y dos años largos de residencia en el nuevo mundo he consagrado numerosos estudios,<sup>111</sup> hasta el punto de que en unión del proyecto Couture de 1945 (*supra*, nota 15), inexplicablemente relegado al olvido en su patria, del código de 1963 compuesto para Guatemala principalmente por Mario Aguirre Godoy (*supra*, nota 14) y, en el ámbito del enjuiciamiento criminal, del redactado para la provincia argentina de Córdoba por Alfredo Vélez Mariconde, con la colaboración (no creo

<sup>109</sup> Véanse las disposiciones adicionales 1a. a 3a. del código civil español, especialmente la última, a cuyo tenor, la Comisión General de Codificación elevaría cada diez años al Gobierno una propuesta acerca de las reformas que convendría introducir en el mismo.

<sup>110</sup> Es probable que, como con frecuencia sucede con los nuevos códigos procesales, que alteran hábitos de trabajo a veces fuertemente arraigados en las profesiones forenses, el brasileño suscite resistencias durante algún tiempo. Ellas no deberán, en modo alguno, conducir a su derogación, ya que es incomparablemente superior al de 1939, ni tampoco a reformas parciales a tontas y a locas; pero sí, a la luz de su experimentación y de las objeciones fundadas de la crítica, a una revisión dentro de algunos años.

<sup>111</sup> Véanse los *Números 8-9* (Argentina), *16-17* (Guatemala), *18* (Honduras) y *23-24* (Uruguay) de mis citados "Estudios Procesales", más una crecida cifra de reseñas y comentarios legislativos en los diversos tomos de mi "Miscelánea Procesal", principalmente en el IV, de próxima publicación. Véase nota siguiente.

que muy intensa) de Sebastián Soler,<sup>112</sup> constituyen los cuatro modelos a tener ante todo en cuenta en cualquier empresa sería de renovación de la justicia que en los países de este continente se comenta. Y precisamente por estar persuadido de que al código brasileño habrán de dirigirse de ahora en adelante las miradas de cuantos en América aspiren a transformar a fondo sus premiosos mecanismos procesales, es por lo que, aun cuando *prima facie* a deshora, lo he examinado con detenimiento, sin ocultar, llegado el caso, mis discrepancias, que, como más, es muy probable que sean erróneas, pero destacando también sus méritos, sobresalientes, los cuales, en conjunto, predominan de manera abrumadora sobre los preceptos y soluciones objetables.

<sup>112</sup> A saber: el de 2-VIII-1939, reemplazado, pero dentro de la misma trayectoria, por el de 8-III-1970. Para su estudio, véanse mis siguientes trabajos, a primera vista ajenos al código de Córdoba de 1939, pero íntimamente relacionados con él, dado que los cuatro textos a que se refieren se basan en el mencionado cuerpo legal: 1) *La reforma del enjuiciamiento penal argentino (Con motivo del proyecto Vélez Mariconde-Soler de código para la capital)*, en "Rev. Der. Proc." argentina, 1945, I, pp. 1-63, y ahora en mis "Ests. Procs.", Número 8; 2) Reseña de la obra en dos vols. de Vélez Mariconde, *Código Procesal Penal de Mendoza: I, Exposición de Motivos; II, Texto* (Córdoba, 1953), en "Rev. Fac. Der. Méx.", 1954, núm. 14, pp. 233-4 (ahora, en "Miscelánea Procesal", cit., tomo I, pp. 369-71); 3) *Proyecto de código procesal penal argentino para la capital y la justicia federales*, en "Rev. Fac. Der. Méx.", 1961, núm. 43-44, pp. 843-54 (ahora, en "Ests. Procs.", Número 9); y 4) *La reforma procesal penal en Guatemala*, en "Rev. Fac. Der. Méx.", 1962, núm. 46, pp. 211-36 (más tarde, en "Bol. Col. Abogs. Guat.", cit., septiembre-diciembre de 1966, pp. 2-13; ahora, en "Ests. Procs.", Número 16).