

La prueba	p. 71
La sentencia	p. 90
Vicisitudes del procedimiento	p. 98

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

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

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

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

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

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

VII LA PRUEBA

25 LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN DEL PROCESO. LA PRUEBA

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

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

A. El procedimiento probatorio

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Las facultades del juez en materia probatoria

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Consideramos las facultades del juez en tres momentos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. Los distintos medios probatorios

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VIII LA SENTENCIA

27 FORMACIÓN DE LA SENTENCIA. DISCORDIA

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

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

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

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

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

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

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

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

28 LA FORMA DE LA SENTENCIA

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

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

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

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

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

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

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

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

29 LA CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA

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

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

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

30 LA ABSOLUCIÓN DE LA INSTANCIA

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

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

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

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

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

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

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

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

31 LA SENTENCIA EN EL “CÓDIGO MODELO”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

32 LAS CONDENAS ACCESORIAS. LAS COSTAS JUDICIALES

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

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

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

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

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

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

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

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

33 LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IX VICISITUDES DEL PROCEDIMIENTO

34 LOS INCIDENTES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Los procesos por audiencias limitan las posibilidades del planteamiento

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

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

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

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

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

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

35 LOS MODOS ANORMALES DE CONCLUIR EL JUICIO

Sólo los más modernos códigos del área establecen el carácter perentorio de los plazos y el impulso de oficio: Argentina, Brasil, Colombia, Portugal, etcétera.

En consecuencia, existen diversos institutos que regulan la suspensión del proceso y, fundamentalmente, su extinción por el transcurso del tiempo. En especial la caducidad o perención de la instancia y la deserción.

Es curioso que estos institutos, especialmente el primero, se mantienen aún en los códigos que permiten el impulso oficial del procedimiento y los plazos perentorios.

Por lo demás, el carácter dispositivo del proceso y en especial en lo que se refiere a las pretensiones de fondo que en él se deducen, hace que se admitan todos los medios de extinción del proceso que la voluntad de las partes requiere, con el fin, justamente, de disponer de esos derechos. Por eso se regulan, en general en todos los códigos procesales del área, la

transacción y el desistimiento, sin perjuicio de ciertas disposiciones —en especial sobre el contrato de transacción— que figuran en el código civil.

A) El desistimiento

Esta forma de terminar los juicios es admitida por todos los códigos y constituye una consecuencia del principio dispositivo, entendido como disposición del derecho sustancial. Y por ello se acuerda como una facultad de la que la parte puede disponer libremente.

Ciertos códigos distinguen, con mayor precisión técnica, entre el desistimiento de la acción (pretensión) del derecho reclamado y el del procedimiento (o de la instancia toda). Y, entonces, consideran que el primero es unilateral y no requiere el consentimiento de la contraparte; es una manifestación de la autonomía de la voluntad, importa una renuncia al derecho y la pretensión no podrá, luego, ser vuelta a plantear en otro juicio.

En el segundo caso se trata de un negocio bilateral para el que se requiere el acuerdo de la contraparte, la que puede oponerse al desistimiento y solicitar que se dicte una sentencia definitiva sobre la demanda interpuesta, que la ponga a cubierto de cualquier reclamación posterior.

En caso contrario, es decir, si se produce el acuerdo de la otra parte el juicio termina de modo anómalo, la sentencia que acoge el desistimiento no agota el juzgamiento de la pretensión deducida, la que podrá ser vuelta a plantear.

B) La transacción

Otra forma de conclusión anormal del proceso, que obsta a la sentencia definitiva, es la transacción. Ésta, como dijimos, está regulada en el ámbito iberoamericano en el derecho de fondo, como un contrato, siguiendo el modelo del Código de Napoleón.

No obstante, los códigos procesales establecen, en general, que esta forma de hacerse concesiones recíprocas con relación al derecho de fondo, debe ser *aprobada judicialmente* para poner fin al proceso. Es decir que, en general, en el derecho se acepta su validez por sí, pero para tener efectos procesales requiere la aprobación del juez.

Como es natural, esta forma de disponer los derechos, estará sujeta a las limitaciones que derivan, principalmente, de ciertos derechos indisponibles o personas no autorizadas a disponer de ellos.

Inclusive, al regular los poderes al procurador, se exige, en casi todos los códigos, facultad especial para transar (como para desistir).

La facultad del juez, entonces, se limitará a controlar la forma de la transacción y a verificar si se trata de derechos disponibles y personas hábiles para efectuar la disposición. Ningún otro poder tendrá el juzgador, que deberá aprobar la transacción como corresponde a sus facultades, dentro de un sistema dispositivo.

C) La extinción del proceso por el transcurso del tiempo:
deserción, caducidad

En el procedimiento iberoamericano, en general, inclusive en los sistemas mencionados de impulso de oficio y perentoriedad de los términos, se incluye el instituto de la caducidad (o perención) de la instancia. Es decir, la extinción del proceso por el transcurso del tiempo sin actividad procesal de las partes. La *deserción*, que supone el abandono de la segunda instancia por el apelante, sin embargo, ha sido excluida de algunos códigos modernos: aun de aquellos que no establecen la perentoriedad de los términos. Simplemente admiten la continuación de la segunda (o tercera) instancia, aunque no comparezca o exprese agravios el apelante, por el impulso de la otra parte, permitiendo, por el superior, la revisión de la instancia, con la simple interposición de la apelación, esto es, aun en ausencia de expresión de agravios. En los códigos más antiguos continúa en vigor el instituto que supone la extinción del proceso por el abandono del apelante en la segunda (o tercera) instancia.

La *perención o caducidad de la instancia*, según las dos designaciones más usadas en el área, están reguladas prácticamente por todos ellos. Consiste en la anulación de la instancia, cuando no se producen, en cierto lapso, actos del procedimiento (en los menos: actos procesales de parte). En general se admite, que si bien la perención (caducidad) opera *ipso iure*, debe ser alegada expresamente por la parte que pretende beneficiarse de ella: si no se entiende renunciada, y la mayoría de los códigos vigentes admiten esta renuncia.

En cuanto a los efectos de la caducidad, en general, los códigos diferencian el caso en que se produzca en primera o en segunda instancia. Si lo es en la primera, sus efectos anulan la instancia, pero nunca la acción (pretensión) deducida, que puede ser vuelta a iniciar en otro proceso. Inclusive, puede aprovecharse de la prueba producida en el juicio entre las mismas partes. Cuando se produce la caducidad en segunda instancia, se declara que “da fuerza de cosa juzgada a la sentencia de primera instancia”, o sea que ésta queda firme.

La perención, en casi todos los códigos analizados, debe ser declarada expresamente por el juez en una sentencia que, en general, se estima interlocutoria y que pone fin, de modo anómalo, al proceso.

Los plazos son variados, hay códigos que lo colocan en cinco años y otros en menos, hasta seis meses. Varios códigos, al ser reformados, han disminuido el plazo previsto originalmente para operarse la caducidad de la instancia.

En el “código modelo” no habrá inconveniente en aceptar el desistimiento, como emanación del derecho de disposición de las partes, distinguiendo las dos figuras mencionadas. También se debe incluir la transacción que podrá ser obtenida (y provocada) en la audiencia preliminar (conciliación).

En cuanto a la extinción del proceso se hace difícil que se produzca por el sistema de audiencias previsto. No obstante, no existe inconveniente en mantener el instituto, tal como lo requiere parte de la doctrina, en cuyo caso se regularía como en los códigos más modernos y con un plazo no mayor de seis meses.