

Propósitos y antecedentes	p.	5
Los principios del proceso civil latinoamericano	p.	12
Los sujetos del proceso. El tribunal. El Ministerio Público	p.	23

I. PROPÓSITOS Y ANTECEDENTES

1 PROPÓSITOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2 EL ÁREA LATINOAMERICANA. ENCUADRE HISTÓRICO-GEOGRÁFICO DEL TRABAJO

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

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

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

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

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

De ese modo, el proceso que influyó en los códigos latinoamericanos, es el romano canónico, a través de la inspiración de la mayoría de éstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (de 1855, más que la de 1881) y la Legislación de Partidas, en especial la Partida III, del siglo XIII, dedicada a esta rama del derecho y que responde a la mencionada ideología en la organización del procedimiento. Dicha Ley de Enjuiciamiento Civil fue una de las fuentes más indiscutibles de la mayoría de nuestros có-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3 DIVERSIDAD Y UNIDAD DEL DERECHO PROCESAL CIVIL LATINOAMERICANO

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

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

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

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

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

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

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

4 LOS FACTORES AGLUTINANTES. LA “VIABILIDAD” DEL CÓDIGO MODELO. ANTECEDENTES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5 EL MÉTODO. ALCANCE DE LA OBRA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO CIVIL LATINOAMERICANO

6 PRESENTACIÓN GENERAL

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

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

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

También ciertos códigos de algunas provincias argentinas, establecen el proceso

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7 LOS PRINCIPIOS PROCESALES: DESARROLLO

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

Para su mejor análisis hemos dividido éste en varios subprincipios:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8 LOS PRINCIPIOS PROCESALES Y LOS PODERES Y DEBERES DEL JUEZ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁶ Seguimos la terminología de Alcalá-Zamora y Castillo, en especial el prólogo al libro de J. Rodríguez U. (*infra*, nota 37) y también en “Situaciones intermedias y dudosas relativas al juzgador”, en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, t. 1, pp. 248 y ss.

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

9) LA LEGISLACIÓN PROCESAL

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁸ *Supra*, nota 35.

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

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

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

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

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

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

10 EL TRIBUNAL. PRINCIPIOS QUE LO RIGEN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV SUJETOS DEL PROCESO

12 LAS PARTES

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

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

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

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

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