

EL PROCESO ANORMAL

Manuel URRUTIA SALAS*

SUMARIO

I. *El concepto de proceso anormal.* II. *Proceso injusto.* III. *Proceso contra las buenas costumbres.* IV. *Tipos de procesos anormales.* 1. *Proceso convencional.* 2. *El proceso aparente.* A) *Concepto.* B) *Origen del proceso aparente.* C) *Algunas opiniones sobre el proceso aparente.* D) *Nuestra opinión.* E) *Casos de jurisdicción voluntaria.* 3. *El proceso simulado.* V. *El proceso fraudulento.* VI. *Remedios en contra del fraude.*

I. *Concepto de proceso anormal*

Si el fin del proceso es la justicia, todo proceso que no persiga este propósito es anormal. Cuando Calamandrei le respondió a Satta y le refutó su amarga concepción del proceso calificándolo de no tener ninguna finalidad, le dijo: "la finalidad del proceso no es solamente la búsqueda de la verdad; la finalidad del proceso es algo más, es la justicia, de la cual la determinación de la verdad solamente una premisa."¹

Este propósito de justicia puede disfrazarse dándole al proceso un aspecto de legalidad, pero en el fondo satisfaciendo un fin político, como ha sucedido en los grandes procesos históricos por ejemplo, el de Nuremberg, el de Juana de Arco, los procesos de Moscú, etcétera.

Como herramienta de justicia el proceso judicial surge en dos casos: cuando las partes *no quieren* el arreglo directo o cuando las partes *no pueden* conseguirlo sino por medio de sentencia, en virtud de prohibición legal. El primer caso da origen a los procesos dispositivos, en los cuales la libertad de las partes para manejarlo es más amplia y, en donde se puede llegar a feliz término por una transacción o conciliación, es decir, pueden concluir en un negocio jurídico, en una concordancia de voluntades cuyos efectos son queridos por las partes.

El segundo caso, esto es, los procesos inquisitivos, se presentan cuando la ley se opone a un arreglo directo y exigen siempre la intervención del juez, impidiendo la transacción o conciliación, de manera que la sentencia sea la conclusión obligada, si se quiere llegar al final. El divorcio, la nulidad del matrimonio, los procesos fiscales son de este tipo que Calamandrei llama, precisamente, "inquisitivos civiles".²

* Profesor de la Universidad de Chile.

¹ Calamandrei, *Proceso y Justicia*. R. D. Arg., 1952, tomo 1º, p. 18.

² Calamandrei, *Estudios* p. 227.

Es de observar que el proceso de divorcio puede terminar por conciliación, pero en el sentido de hacer desaparecer el conflicto y volver al estado anterior, como si nada hubiese sucedido, significado diverso al de conciliación en los otros procesos, en donde, cada parte, sacrifica un tanto de su pretensión en beneficio de la otra y siempre decidida por el juez, mediante resolución con intervención de las partes en conflicto. En el divorcio, la conciliación, a que se refiere el código, es el entendimiento directo de los cónyuges para dejar *sin efecto* el proceso, es decir, se trata de una conciliación privada a diferencia de la conciliación judicial o procesal como término del proceso.

Pues bien, sea inquisitivo o dispositivo, el proceso jurisdiccional requiere de sujetos jurídicos. La doctrina más aceptada distingue tres sujetos: el actor, el demandado y el juez, quienes forman la relación jurídica procesal, salvo el criterio de Golschmidt, para quien el juez, como autoridad, está fuera del proceso en una función profesional, al margen de la discusión que lo creó y, por lo tanto, sin ser parte en él.³

El objeto del proceso es obtener una sentencia que se pronuncie sobre una pretensión discutida por las partes, pretensión que origina el contradictorio. Sin partes no hay proceso y, para ser partes, hay que ir al proceso. La *pretensión discutida* origina el proceso de conocimiento o de cognición, o diferencia del proceso ejecutivo en donde, y en esto estamos con Carnelutti,⁴ la pretensión aparece no discutida, pero sí *insatisfecha* y de ahí la ejecución forzada para satisfacerla.

En nuestro Código se le llama "petición concreta" y es uno de los requisitos formales de la demanda cuya falta de precisión origina una excepción dilatoria.⁵ De la misma manera, el recurso de apelación se considera inadmisibile si no tiene peticiones concretas.

El contradictorio de la pretensión le da al proceso su realidad material, objetiva, sin perjuicio del allanamiento, pero que, al suceder, le quita al proceso su verdadera función de obtener la solución mediante sentencia.

Como en el proceso dispositivo las partes pueden componer el conflicto en forma directa, sin recurrir a los tribunales, sin necesidad del proceso, en virtud de un acuerdo que lo evita, aceptando o transigiendo la demanda, resulta anormal, desde el punto del derecho procesal que, después de iniciado el proceso, tras la pretensión de obtener una sentencia judicial, porque no fue posible la satisfacción del derecho fuera de él, se transija sin más y no se llegue a la solución que se pretendía, máxime si consideramos que la transacción o la conciliación importan pérdida de una parte de lo solicitado al tribunal.

Desde el momento en que el proceso es una lucha, un debate de razo-

³ Golschmidt, *Teoría del proceso*. "El juez mismo no puede ser sujeto u objeto de ligámenes jurídicos... el juez se halla por encima y, por lo tanto, fuera del derecho (p. 48).

⁴ Carnelutti, *Instituciones*, núm. 5, p. 32.

⁵ Art. 254 C. de P. C.

nes de hecho y de derecho, suscitado para hacer triunfar la posición que se defiende, ya sea como demandado, ya sea como demandante, la falta de ese debate, le quita al proceso su función específica, su razón de ser. No se va al campo de batalla a rendirse al enemigo, ni se concurre con la esperanza que éste se rinda. Un criterio semejante pueda admitirse respecto del proceso.

Desde este punto de vista, todo proceso que no termine por sentencia y concluya por algún otro medio, tiene un fin anormal. En tal situación se encuentran los procesos que terminan por transacción, conciliación, desistimiento de la demanda, abandono de instancia (caducidad del proceso dentro del procedimiento italiano), allanamiento, etcétera, porque en todos estos casos se omite el pronunciamiento sobre la pretensión discutida que lo motivó.

En cuanto al proceso en rebeldía se pueden dar diversas situaciones:

a) Que se produzca por falta de emplazamiento y se desarrolle el proceso sin intervención del demandado, porque, *no tuvo conocimiento*. En este caso tenemos un proceso nulo, por falta de relación procesal que autoriza a pedir la "rescisión" de lo obrado, aun cuando se haya dictado sentencia, porque esta sería dada en un proceso aparente en que falta el contradictorio, por estar ajeno el demandado a la relación jurídica;

b) Que el demandado no concorra a pesar de haber sido bien emplazado, en cuyo caso todo el proceso, tramitado por una sola cuerda, la del actor (proceso en una sola línea) es válido y la sentencia que se dicte tendrá pleno vigor. Es la sanción a quién no colabora con la justicia, sufriendo la carga de la comparecencia;

c) Que el demandado *se imponga* del proceso, pero por defectos en la constitución de la relación jurídica, ante la seguridad de la nulidad, deje transcurrir la tramitación para descubrir toda la defensa del actor y pedir después la nulidad, a fin de retrotraer la causa al estado de iniciarla de nuevo, pudiendo darse la situación, cuando esta comience, de prescripción de la acción.

Para nosotros el *proceso irregular* es el que viola la *regulación formal*, el esquema legal, la estructura jurídica, es decir, la forma, por cuyo motivo tiene como sanción la nulidad.

Y proceso anormal es el que no surge conforme a una *norma jurídica*, que se pretende satisfacer a través del proceso, llámese costumbre, ley, equidad, es decir, es un proceso ajeno a la realidad, porque no hay pretensión discutida, y la que aparece como causa del juicio, se simula, se inventa. El proceso nulo es un *proceso desarreglado*, el proceso anormal es un proceso —*desnaturalizado*, porque no se cumple el fin de ser garantía jurídica, ya que esta se ha podido obtener sin él—. Es un aprovechamiento del proceso como medio de satisfacer un goce determinado, en sustitución de la actividad o arreglo directo. Queremos decir que el proceso anormal *se coloca en el lugar* de un negocio jurídico directo que pudo ser satisfecho por

las partes, al margen de la justicia; en cambio, el proceso nulo es la realidad mal construida.⁶

La diferencia que anotamos se comprueba en el hecho de que anulado el proceso, comienza de nuevo y se levanta el edificio procesal, de acuerdo a la técnica que faltó en el primer caso. En cambio, en caso de proceso anormal no se inicia nada nuevo, si la anormalidad perjudica a terceros y se descubre; ni tampoco podrá surgir de nuevo, y con mayor razón, si a nadie perjudica y la figura resultó un acto lícito, como lo veremos más adelante.

Por lo tanto, la idea de proceso normal no se contrapone a la idea de proceso vicioso, porque puede ser normal, en cuanto a la justicia de la pretensión y de la sentencia, y tener vicios que lo hayan podido derivar hacia la nulidad. Precisamente la casación de forma es un recurso que anula el proceso, pese a que esté bien resuelto el problema, es decir, fue normal su contenido de fondo, pero fue defectuosa su estructura procedimental. Nuestro Código ha limitado este efecto de la casación.⁷

Morón, considera que los términos proceso irregular y proceso anormal expresan una misma idea y los clasifica en tres especies: el convencional, el aparente y el simulado.⁸ Nosotros estimamos que lo irregular mira a lo *vicioso* y lo anormal a su *propósito* y a su *finalidad*, de modo que los casos señalados por Morón son procesos simplemente anormales, pero no irregulares, entendiendo nosotros, como irregular, la nulidad, mejor dicho, el vicio formal.

II. Proceso injusto

Proceso injusto es aquel que no se ajusta a una realidad material que se inventa para obtener una declaración del juez, como si esa realidad material fuera efectiva. Pero también el proceso es injusto por error y es corriente que esto suceda en cuanto al juez y de ahí el recurso de apelación y las instancias, para examinar si la aplicación del derecho fue la adecuada, precisamente, la apelación se define como el recurso que tiene por objeto enmendar con arreglo a derecho la resolución del inferior. El problema no tiene solución cuando el error lo comete la Corte Suprema, salvo el caso de la revisión.⁹

No es lo mismo entonces proceso injusto que sentencia injusta, el proceso injusto puede terminar por una sentencia justa, en cuanto lo resuelto está conforme a derecho, a lo que el proceso arroja como dato jurídico. Y la sentencia injusta puede ser el final de un proceso justo, en atención a que hubo error de juicio, *ius iudicando*.

⁶ Sobre los fines anormales del proceso, véase nuestro Manual.

⁷ Nuestra casación se rechaza si los vicios cometidos no influyen en lo dispositivo del fallo, no obstante ser recurso de forma.

⁸ Manuel Morón, *La nulidad en el Derecho español*, Barcelona, 1957, p. 121.

⁹ En materia penal la revisión es posible en todo tiempo.

Conforme a nuestra ley de protección a la infancia, procede el arresto, por el no cumplimiento de las pensiones alimenticias y después de dos detenciones, se otorga el derecho a pedir la separación de bienes. Bien puede suceder que se inicie un proceso de pago de pensiones innecesariamente, tras el propósito de obtener sorpresivamente la separación de bienes.

El proceso injusto puede darse en muchos otros casos, pero siempre importará una errada concepción, de buena o mala fe, de la pretensión procesal o una solución del juez. Es curioso observar que en determinadas circunstancias el proceso injusto se confunde con el proceso nulo. Y así por ejemplo: se demanda sólo el capital y se mandan pagar intereses o frutos no cobrados, la sentencia ha sido injusta, en cuanto se ha pronunciado sobre algo que no fue materia de la pretensión procesal y, al mismo tiempo, nula por *ultra petita*, conforme a nuestro sistema de la casación de forma que, incluso, puede manifestarse de oficio.

Cuando el proceso se fundamenta en la prueba de testigo, como único elemento de convicción sobre los hechos, es fácil incurrir en la injusticia, porque se está juzgando a base de una observación, no siempre realmente realizada, sino otras tantas mal interpretadas. De ahí que en muchos sistemas se admite la prueba en conciencia, como sucede entre nosotros en el proceso laboral.

En materia penal se da, en nuestro medio, con mucha frecuencia el proceso injusto, por invención de la acción penal tras el fin de una transacción rápida. La legislación del cheque, en nuestro ordenamiento jurídico, se presta a estos fines deleznable y el buen propósito del legislador, por darle al cheque la seriedad de un billete del Estado, se ha convertido en el arma usada ilícitamente por usureros y tinterillos.

La justicia humana, indudablemente, tiene que admitir su cuota de injusticia como una realidad propia del error y de las flaquezas del hombre.

III. *Proceso contra las buenas costumbres*

Según Alcalá Zamora, el proceso que vulnera el principio de las buenas costumbres es un proceso nulo.¹⁰ Funda su opinión en el artículo 11 del Código Civil Español dado que las leyes que tienen por objeto el orden público y las leyes prohibitivas referentes a las buenas costumbres, no pueden quedar sin efecto por acuerdos o convenios internacionales ni por las sentencias nacionales, de manera que si una sentencia se dicta violando estos principios, no se produce cosa juzgada y se está en una especie de proceso nulo. En este supuesto el magistrado incurre en responsabilidad por violación del principio prohibitivo.

Morón, refuta al profesor español y estima que este proceso no difiere, en cuanto a la nulidad que produce, de los otros procesos nulos y el caso —dice— “debe resolverse bajo el prisma de los criterios ordinarios de in-

¹⁰ Citado por Morón, p. 146.

dagación, o sea los ya conocidos como medios para conseguir la nulidad".¹¹

IV. Tipos de procesos anormales

Prieto Castro distingue tres clases de procesos anormales, clasificación que también sigue Morón:

- 1º El proceso convencional;
- 2º El proceso aparente y
- 3º El proceso simulado.

Veremos más adelante que no son los mismos criterios para apreciar el proceso aparente y el proceso simulado, especialmente frente al concepto de proceso fraudulento.

1. Proceso convencional

Para el procesalista español Prieto Castro, "proceso convencional es aquel que persigue un fin procesal lícito mediante formas inadmisibles, es decir, derogando o alterando las partes, por acuerdo de ellas, las normas establecidas por la ley".¹²

Desde el momento en que se habla de proceso convencional se está reconociendo la existencia de un convenio, de un acuerdo, de una convención sobre la ley procesal. "Un pacto de esta naturaleza, por ir enderezado a la modificación de cualquier forma del curso normal del procedimiento, habrá de ser reputado, naturalmente, de convenio o pacto procesal",¹³ expresa Morón. Podemos entonces decir que, para calificar de pacto o convenio procesal, o mejor dicho, de negocio jurídico procesal, el acto, debe producir influencia en el proceso, aunque se realice fuera de él, como sucede con la cláusula compromisoria o convenio sobre competencia territorial, relativa u horizontal, como también se le denomina. Un pacto que sólo tenga influencia en la sentencia, en la decisión, no es un pacto procesal, no tiene —expresa Morón— ni matiz de procesal. Tal podría ser por ejemplo, el que las partes acuerden, antes del fallo, renunciar a las costas del proceso y le pidan al juez que no produzca esa condena. Carnelutti manifiesta el mismo criterio, al exigir que el pacto procesal tenga influencia en el proceso para ser considerado como tal.¹⁴

Dentro de los límites con que el acuerdo de las partes se puede manifestar en el proceso, ¿puede incluirse la derogación de la ley procesal? Como punto de partida es necesario decir que, de la misma manera que en el derecho civil, el acto jurídico procesal tiene la exigencia del objeto y la causa lícita. Pero, ¿hasta dónde llega la disposición de la ley procesal?

¹¹ *Idem.*

¹² Prieto Castro, *Derecho procesal civil*, p. 220.

¹³ Morón, *Op. cit.*, *supra*, nota 8, p. 121.

¹⁴ Carnelutti, *Sistema*, tercer tomo.

A nuestro juicio, la ley procesal es irrenunciable, en términos generales, antes de actuar en el proceso, porque son normas de derecho público, en cuanto regulan la forma de proceder no sólo de las partes sino del juez y de los oficiales públicos que intervienen. Mientras no entran al patrimonio del individuo ninguna ley es renunciabile, porque no se puede renunciar a lo que no se tiene.

Esta regla general tiene las excepciones que la ley misma contempla, como sucede con la competencia relativa que puede ser objeto de contrato antes del proceso y para el caso de que esto ocurra, y aun, la propia ley admite su convenio tácito o prórroga tácita. No sucede lo mismo con la competencia absoluta o competencia vertical que fija las jerarquías, materia propia de ley y no de convenio de las partes. En tal caso el defecto puede ser manifestado de oficio por el tribunal, lo que no obsta a que, en ciertos casos, pese a la competencia absoluta exigida por la ley, se produzcan todos los efectos legales, como si la sentencia la hubiere dictado un tribunal competente, porque la cosa juzgada sana los vicios no obstante se refieran a la nulidad absoluta. Las excepciones sin embargo son numerosas.¹⁵

El problema, que no encuentra mayor dificultad, cuando el acuerdo se refiere a las normas de la competencia, es más difícil de resolver, si la violación o los convenios se refieren a las leyes procedimentales que reglan la actividad del juez y de las partes en cada proceso. ¿Hasta que punto es admisible un estatuto fijado por los litigantes en desmedro de la norma legal? Recordemos que en el derecho romano existían las llamadas "leyes imperfectas" dictadas por Ulpiano, en virtud de las cuales los actos prohibidos por la ley, producían efectos en ciertos casos, cuando ya se habían cumplido. "*Multa prohibentur in iuri fini qua tamen facta tenent*".¹⁶ Recordemos también que las partes pueden entregar a un árbitro la solución del problema y en este caso se produce una derogación total del procedimiento.

Para nosotros el hecho de que puedan las partes entregarle a un árbitro todo el proceso y renunciar a toda forma de juicio, nada significa para considerar el alcance de la renuncia de la ley procedimental, pero en el proceso jurisdiccional, en donde el juez no lo establecen las partes, como sucede en el arbitraje, sino la ley. En este caso consideramos que, si la ley da el juez, la misma ley tiene que dar el procedimiento, porque es la manera que tiene la autoridad de expresar su poder jurídico, de modo que las partes jamás pueden tener semejante poder y crearse procedimientos propios, de carácter particular, para un proceso, mientras el juez que está actuando lo es en todos los procesos que se presenten o puedan presentarse.

Del hecho de la renuncia de ciertas normas —expresa Chiovenda—, no

¹⁵ No se produce cosa juzgada en casos de incompetencia absoluta por razón de la materia.

¹⁶ Véase Manuel Urrutia y Víctor Santa Cruz, *Nulidades procesales*.

se deduce que pueda permitirse el proceso convencional.¹⁷ Esto nos indica que si es admisible el convenio sobre *ciertos actos del proceso*, no lo es, sin embargo, *para todo el proceso*, cuyo estructura la fija la ley precisamente para ajustar a ella la actividad de las partes y del juez.

En la Edad Media era posible la derogación de todo el proceso y el acreedor, sin forma de juicio, por el mero incumplimiento se encontraba como si hubiera litigado y ganado por sentencia.

No puede haber un *proceso convencional*, pero sí, *actos convenidos con plena validez en un proceso jurisdiccional* y que importan negocios jurídicos procesales, admitidos, siempre que sean lícitos en la causa y en el objeto.

2. *El proceso aparente*

a) *Concepto*

El concepto de *proceso aparente* surge frente al concepto de *proceso real*, entendiendo por este último aquel en que la pretensión jurídica es efectivamente discutida, contrapuesta al interés del demandado. Si en el fondo, entre el demandante y el demandado, no existe esa discrepancia jurídica que caracteriza el asunto controvertido, no puede haber un proceso real que encuentra en su estructura la única manera de obtener la declaración jurídica conveniente al interés sostenido en el proceso. No siendo así, se cae en el proceso aparente.

La jurisprudencia nuestra ha definido el acto jurídico simulado diciendo que es "un hecho que se produce dando a un acto jurídico las apariencias de otro diverso que supone la celebración de actos, uno externo público ostensible y otro interno, privado, confidencial, que modifica o contradice el anterior".¹⁸

b) *Origen del proceso aparente*

El proceso aparente se conoció en el derecho romano como figura lícita en la *in iure cessio*. El verdadero dueño se dejaba demandar y no se defendía para que el actor venciera y de este modo se adquiría una cosa a través del proceso. De las cosas corporales se pasó a las incorporeales y sirvió para la emancipación de los esclavos (*manumissio vindicta*) y de los hijos. En el fondo, el sistema era una aplicación ficticia de la *vindicatio* que se aplicó en numerosos casos para llenar los vacíos de la ley.¹⁹

c) *Algunas opiniones sobre el proceso aparente*

Discrepan las opiniones en cuanto considerar el proceso aparente como proceso simulado. Para Chiovena son figuras diversas. El proceso aparente

¹⁷ Chiovena, *Principio*, tomo 1º, p. 124.

¹⁸ Repertorio, tomo v, p. 105, Jur iv.

¹⁹ Ortolan, *Institutas de Justiniano*, tomo 1, p. 142.

es para el maestro italiano, "el empleo de formas procesales con el fin de constituir negocios jurídicos, como medios consentidos por el derecho".²⁰ Es, dice el autor citado, una figura meramente histórica destinada a suplir las imperfecciones del derecho.

Para Cintenisi el proceso aparente es una especie de proceso simulado que se contrapone al proceso simulado en sentido estricto o proceso fraudulento. Existe simulación, según este jurista, "cuando se emite, frente a un tercero, una declaración jurídica relevante que contrasta con la voluntad íntima de quien la hace".²¹ Y agrega, "puede haber simulación de ambas partes sin perjudicar a terceros, como sería el caso de dos juristas que entregaran al juez la solución de un problema jurídico que ellos resuelven en forma diversa, para que el juez dicte su fallo sobre el particular y determine quien de los dos tiene la razón, simulando un proceso".

Para Carnelutti el proceso aparente es un "proceso constitutivo impropio" admitido por el derecho para constituir negocios jurídicos, criterio semejante al de Chiovenda, con quien discrepa en cuanto sea una mera figura histórica porque el derecho moderno también la contempla — situación que veremos en nuestro derecho.²²

Carnelutti considera procesos aparentes o procesos impropios todos aquellos en que la pretensión procesal se simula, en cuyos casos incluye los procesos de interdicción, porque son procesos sin litis, en que el conflicto jurídico no existe.

A mi me parece —expresa Carnelutti— que el carácter necesario y suficiente para que se pueda hablar, con cierta corrección, de proceso simulado está en que el proceso y su resultado (la sentencia) tiene que existir y operar solamente con relación a terceros, no entre las partes, entonces se encuentra verdaderamente en el proceso una situación hasta cierto punto paralela que da lugar a la simulación negocial.

Completando su idea del proceso de interdicción expresa que "son procesos típicamente sin litigios porque entre el actor y el denunciante (del interdicto o inhabilitado) no media litigio, pues el primero obra en interés y no en contra del interés del segundo".²³

Para Morón "se puede hablar de proceso aparente para referirlo a aquellos procesos en que se persigue no la decisión de una controversia, sino un fin negocial lícito, agregando que la denominación debe admitirse con cierta reserva y sería mejor hablar de procesos con litis aparente".

Para Prieto Castro el proceso aparente es el usado por las partes con

²⁰ Chiovenda, *Instituciones*, tomo II, p. 52.

²¹ Carnelutti, "Monografía sobre el proceso fraudulento", en *Estudios*, tomo II, p. 70.

²² Carnelutti, *Op. cit.*, *supra*, nota 21.

²³ *Idem.*

fines negociales pero sin intención fraudulenta.²⁴ En el mismo sentido se pronuncia Guasp.²⁵

d) *Nuestra opinión*

De los diversos criterios expuestos surge un coeficiente común para estimar la definición del proceso aparente: Debe tratarse de un acto lícito, es decir, debe ser permitido por el derecho, es una simulación destinada a crear una relación jurídica sustancial por medio del proceso, en todos aquellos casos en que la creación de esa relación jurídica también es posible establecerla en forma directa y se recurre al proceso como un sustituto legal.

Pero no sólo puede surgir el proceso aparente como una decisión de las partes, que pudiendo elegir el trato directo prefieren el proceso, sino también en aquellos casos en que se exige la sentencia judicial, como único medio de establecer la obligación o la relación jurídica que se pretende. Entre estos últimos casos estarían los procesos impuestos por la ley, como el ejemplo del juicio de interdicción a que se refiere Carnelutti.

En los procesos aparentes creados por decisión de las partes que eligen este medio y no el directo para crear la relación jurídica, hay una sustitución de un medio por otro que la ley permite. La citación a confesar la deuda es un proceso aparente, porque lo mismo pudo hacerse fuera del proceso.

e) *Casos de jurisdicción voluntaria*

También en la jurisdicción voluntaria se simula el proceso y ello ocurre, por ejemplo:

1º Cuando se solicita la subasta pública de un bien raíz del incapaz, puede estar acordado de antemano el precio y el comprador, pero la ley exige la intervención de la justicia y realizar la subasta, de antemano convenida. (artículo 393 del Código Civil).

2º En la donación de bienes muebles conforme al artículo 402 del Código Civil se requiere el proceso y la declaración judicial consiguiente.

3º En la expropiación que hace el fisco, no puede pagarse una suma superior a la fijada por el avalúo, aunque el fisco quiera hacerlo y necesita de la resolución judicial que le imponga como obligación emanada de un proceso, lo que el ya de antemano se le imponía por convencimiento propio. (Artículo 915 Código de Procedimiento Civil).

4º El pago de la doble indemnización establecida por la ley 7295 modificada después por la ley 13505, sólo se podía pagar por sentencia judicial y se simulaba el proceso entre el empleado y la autoridad para conseguirla.

²⁴ Prieto Castro, *Derecho procesal*, tomo 1, p. 12.

²⁵ Guasp. *Comentarios*, p. 91. Distingue el proceso aparente del proceso simulado en cuanto a la licitud o ilicitud.

3. *El proceso simulado*

El proceso simulado es un proceso aparente lícito, es decir, es una especie de proceso aparente. Así lo ha establecido nuestra jurisprudencia al decir: "La simulación, no mediando perjuicio de tercero, es perfectamente lícita en nuestro derecho, y así el artículo 700 del Código Civil da valor entre las partes a las escrituras privadas hechas para alterar lo pactado por escritura pública. (Repertorio tomo v, página 105, Juris. iv.)

Lo dicho para el acto civil rige para el acto procesal y por lo tanto, lo dicho en el proceso aparente antes tratado, rige para este capítulo. Lo sustancial en el proceso simulado, para que sea lícito, es que sea el producto de un acuerdo de las partes que aparecen en contradicción de intereses, sin estarlo en el fondo y, en segundo término, que no perjudique intereses de terceros y sea, precisamente, la búsqueda de ese perjuicio la razón del proceso.

V. *El proceso fraudulento*

En el proceso fraudulento hay, por cierto, un fraude jurídico, hay dolo, hay delito. Algunos toman como base la expresión simulación y dividen en dos tipos la simulación procesal: en procesos aparentes lícitos y procesos aparentes ilícitos.

Nosotros estimamos que el carácter general no lo da la simulación sino la apariencia y así habrían procesos aparentes lícitos o de simulación lícita y procesos aparentes fraudulentos, de simulación ilícita.

En el proceso fraudulento pueden cometerse dos clases de fraude: el fraude a la contra parte, del uno al otro, o fraude unilateral y el fraude bilateral, es decir, de las dos partes en contra de un tercero.

La invención de la pretensión jurídica en contra del demandado, para obtener una declaración a la cual no tiene derecho, configura el fraude unilateral; la invención de la pretensión jurídica, aceptada por el demandado para perjudicar a un tercero, determina el fraude bilateral. Por ejemplo: establecimiento de un crédito falso en contra del fallido para perjudicar a los verdaderos acreedores de la masa, es un fraude bilateral.

En nuestro medio se presentó un caso curioso. Las leyes del trabajo le dan preferencia al pago de los sueldos y salarios de los empleados y obreros, sobre los demás créditos de la masa. El patrón, en algunos casos de quiebra, se hacía demandar por sus empleados y obreros para succionar a la masa valores en perjuicio de sus acreedores efectivos.

El proceso fraudulento exige, por lo ya dicho:

1º Que el contradictorio sea falso, ya porque la pretensión se invente en contra del demandado, ya porque se invente en contra del tercero, por acuerdo de ambos litigantes (fraude unilateral y bilateral).

2º Que la falsedad de los hechos se sostenga en el proceso como una realidad, como una verdad, ocultando maliciosamente los hechos efectivos.

En el fraude unilateral el *contradictorio existe* de modo que no es apa-

rente el proceso, ni es simulado; el proceso es real, lo falso es la pretensión procesal que el actor inventa en contra de los intereses del demandado. En el fraude bilateral la pretensión procesal y el *contradictorio se inventan* en perjuicio del tercero.

En algunos casos el fraude bilateral, contradictorio y pretensión falsos, van en contra de la ley y no de un tercero, configurando el llamado "fraude a la ley". Entre nosotros este aspecto es trágico, frente a la nulidad del matrimonio que los cónyuges tramitan, de común acuerdo, para romper el vínculo matrimonial que nuestra ley de divorcio no permite. El desconocimiento de una realidad humana, la imposibilidad de la vida en común, lleva a la ruptura del hogar, por una falsa concepción jurídica y social, en donde no es ajena la intromisión religiosa, permiten, en nuestro medio, el incremento absurdo de las nulidades del matrimonio, tolerado por los jueces, admitido por la sociedad, pero negado por el legislador pacato y torpe.

Pero, sea cualquiera la figura, la verdad es que el fraude sólo se aprecia en la sentencia, porque antes de que esta produzca cosa juzgada el fraude es una posibilidad en suspenso. El problema tiene importancia para determinar la validez o nulidad de esa sentencia. El recurso de revisión provee a la solución, admitiéndolo, cuando el resultado positivo se ha conseguido sólo con la prueba de testigos, que hayan sido declarados falsos en juicio criminal, o cuando se establezca la falsedad de los documentos que determinaron la sentencia favorable a la pretensión inventada.

De estos casos podemos extraer como conclusión que habrá muchas situaciones jurídicas reales, dentro del proceso simulado, sea fraudulento o no, de manera que no todo el proceso es un fraude. Desde luego las resoluciones que va dictando el juez, tanto para darle curso al proceso como para resolver problemas incidentales que obedecen a hechos efectivos, no son fraudulentas, sin perjuicio de serlo en el contenido de la pretensión jurídica. Si se pretende establecer la falsedad con testigos y el juez rechaza el dicho de algunos, por no cumplir con los requisitos legales, ha realizado un acto que conforma a la verdad y a la vez jurídicamente lícito, ajeno al fraude que se haya establecido con el dicho de los demás testigos.

Ni estaría demás, expresa Carnelutti, pensar que el bacilo del fraude se encuentra más o menos en todo proceso, algo así como anidando en todo organismo animal una multitud de gérmenes patógenos, y depende de la bondad del mecanismo procesal que no corresponda o arruine con ello todo el proceso.²⁶

Las pasiones humanas no reparan en medios para convertir, a veces, a los jueces en cómplices insospechados del fraude, frente a la construcción jurídica, que a través de hechos falsos encausan su voluntad y su poder hacia un fin cuidadosamente ocultado por los litigantes.

²⁶ Carnelutti, *op. cit.*, *supra*, nota 21.

VI. *Remedios en contra del fraude*

El problema no es de fácil solución. En algunos códigos modernos, como el Jujuy —provincia argentina— el juez tiene una mayor amplitud para resolver el problema a través de una disposición que dice: “cuando determinadas circunstancias demostraren que las partes se sirven del proceso, para realizar un acto simulado o conseguir un fin prohibido por la ley, corresponde dictar decisión que obste a estos principios”. Y en otra parte le impone al juez la obligación de asistir y dirigir personalmente las audiencias bajo pena de nulidad.

En México se puede llegar a la nulidad del matrimonio, de común acuerdo, evitando el proceso fraudulento. Carnelutti aconseja que esta materia se tramite como un acto de jurisdicción voluntaria:

porque —dice— cuando las partes lo piden de común acuerdo, no sólo es útil y hasta lógico, sino mas bien peligroso todo el aparato procesal, fundado en el contradictorio, precisamente porque ese aparato juega naturalmente sobre actividades de las partes y la inamovilidad del juez... el control efectivo de la existencia de los presupuestos queridos para la producción del efecto que se trate de constituir, se consigue tal vez, mucho mejor, dejando al juez la libertad de movimiento que es característica del acto de jurisdicción voluntaria.²⁷

En nuestro sistema no hay medios de evitar el fraude y lo más que se concede es anular el proceso, cuando hay vicios que anulen lo obrado, pero la nulidad nada tiene que hacer con el fraude, como ya lo hemos señalado, dado que el fraude mira al fondo a la pretensión y la nulidad a la forma, o sea, a la estructura del proceso.

Mientras el juez tenga que ceñirse forzosamente a las leyes reguladoras de la prueba y, como su principal deber, sostener el cumplimiento de la ley, sin apreciación de sana crítica, el fraude procesal tendrá sus cultores con esperanzas de éxito. El fenómeno es importante en materia penal, dado que, por el recargo de trabajo y por el sistema mismo de instrucción del sumario por empleados, muchas veces irresponsables, y ni siquiera estudiantes de derecho, permiten la conformación de un sumario arreglado al interés que el empleado proteja, al margen de los verdaderos y sanos propósitos del juez.

El fraude procesal en definitiva no es falla del sistema jurídico sino falla del hombre y eso viene desde el comienzo del mundo.

²⁷ *Idem.*