

LOS PRINCIPIOS PROCESALES EN EL PROCESO CIVIL LATINOAMERICANO*

SUMARIO: *Introducción. I. Los principios procesales en la organización del proceso. Los poderes y deberes del juez y las partes en el proceso civil: 1. El proceso y sus sujetos: el juez y las partes; 2. Proceso dispositivo e inquisitivo; 3. El principio dispositivo. Plan de su estudio: A. En la iniciación del proceso, B. Los poderes del juez en la etapa de proposición, C. El impulso del proceso (de oficio o de parte), D. La fijación del objeto del proceso, E. La disposición de los derechos sustanciales por las partes; 4. Facultades del juez y las partes en la prueba; 5. Los poderes del juzgador en la sentencia: A. Demanda, prueba y sentencia. El principio de congruencia, B. Otros poderes del juez, C. Los poderes del juez en la segunda instancia; 6. Los poderes del tribunal de casación; 7. Los poderes del juez y de las partes en el proceso de ejecución. II. El principio de oralidad en el proceso civil latinoamericano: 1. Examen histórico-comparativo del proceso oral; 2. Oralidad. Proceso por audiencias. Precisiones terminológicas; 3. Oralidad y política procesal: A. Oralidad y justicia, B. Oralidad y otros principios procesales, C. Oralidad y medios económicos. La abreviación del proceso, D. Oralidad y justicia social; 4. La oralidad y la técnica procesal: A. Oralidad y diferentes tipos de procesos, B. Oralidad y tribunal colegiado e instancia única, C. Oralidad y jurado. Jueces técnicos y legos; 5. El desarrollo del procedimiento oral o por audiencias: A. El esquema del procedimiento, B. La audiencia preliminar; 6. Conclusiones: A. La realidad latinoamericana, B. Perspectivas y posibilidades de futuro. III. Los principios procesales en el curso del procedimiento: 1. Tiempo procesal: A. Tiempo y proceso, B. Celeridad procesal, C. Abreviación y garantías, D. La perentoriedad de los plazos 2. Principio de economía: A. Reducción o supresión de trámites, B. Principio de preclusión. Caducidad o perención de la instancia, C. Principio de eventualidad, D. Principio de concentración; 3. La economía de gastos: A. El principio de la gratitud de la justicia y de la ayuda legal a las personas carentes de recursos.*

* Cursillo dictado por Enrique Vescovi, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

INTRODUCCIÓN

En este cursillo estudiaremos los principios procesales, con especial referencia al procedimiento latinoamericano, en su realidad, en sus perspectivas, en nuestras aspiraciones. En especial estas últimas, por cuanto la realidad procesal latinoamericana no responde, en general, ni a las necesidades de nuestra época, ni a las modernas tendencias de la doctrina actual.

En efecto, nuestra área registra un gran atraso en el derecho positivo de nuestra disciplina, producto de circunstancias históricas, principalmente. Nuestros países han mantenido —con relativamente pocas diferencias— el proceso civil que regía en España en la época de la Conquista y éste es, a su vez el que rigió en Europa desde el siglo XII, incluido el fenómeno de la Recepción, hasta el siglo XVIII. De este modo, el proceso que influye en nuestros códigos latinoamericanos es el romano canónico, a través de la inspiración de 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.

Podemos decir que nuestro sistema, como el español, quedaron al margen de la evolución del derecho procesal producida en Francia, en especial con el advenimiento de la oralidad —que luego estudiaremos—, Italia, Alemania y demás países europeos durante los siglos XIX y XX

En este cursillo, entonces, a través del estudio de los principios, trataremos de realizar un examen de la realidad de nuestro proceso en el derecho positivo, en forma comparativa entre nuestros diversos códigos y en relación con los de países más adelantados, con el fin último de contribuir al progreso y mejoramiento del procedimiento civil en América Latina, que significa, en definitiva, el de la justicia, elemento esencial para el perfeccionamiento de nuestras democracias en desarrollo.

Quiero señalar que esta meta es también la que se ha propuesto el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, presidido por el maestro Alcalá-Zamora. En efecto, en sus ya siete jornadas y correspondientes trabajos, se han tratado diversos institutos procesales y finalmente se han aprobado “Bases uniformes para la reforma de la legislación civil y penal de los países latinoamericanos”. Sobre estas “Bases”, aprobadas en Bogotá en 1970, el profesor Clariá Olmedo —de Córdoba, República Argentina— ha redactado ya el anteproyecto de código sometido a una comisión de estudio. Y nosotros, juntamente con el doctor Gelsi Bidart, tenemos el cometido de convertir, también, en anteproyecto de código modelo de proceso civil, las “Bases” respectivas de Bogotá.

Y ahora, entremos de lleno en el desarrollo del cursillo.

I. LOS PRINCIPIOS PROCESALES EN LA ORGANIZACIÓN DEL PROCESO. LOS PODERES Y DEBERES DEL JUEZ Y LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL.

1. *El proceso y sus sujetos: el juez y las partes*

Como sabemos, el proceso es, según las teorías más aceptadas, una relación trilateral del juez y las partes. Es, como decía Carnelutti, un *actum triarum personarum*. Esto es, de la esencia de nuestra institución.

Bien, nos proponemos estudiar los poderes y deberes (y poderes-deberes) de estos sujetos procesales, en especial los del juzgador, por un lado, y las partes por el otro. En efecto, la diferente cantidad e intensidad de poderes que se acuerde a uno o a otros, caracteriza y diferencia las distintas organizaciones procesales.

Ha dicho Alcalá-Zamora que el juez puede ser, dentro del procedimiento, espectador, director o dictador, reclamando la posición intermedia; con ella se evita que, siendo espectador, no intervenga en el proceso, no cumpliendo su función pública de órgano del Estado o que, asumiendo el carácter de dictador, cercene los derechos de las partes.

En general, sin embargo, en el sistema positivo latinoamericano encontraremos a un juez *espectador* sin facultades de intervenir en el proceso, sin ser el director, el protagonista, que la doctrina procesal moderna reclama. No obstante, y siguiendo estas modernas tendencias, los nuevos códigos han acordado al juzgador más facultades que los de antaño para dirigir el proceso.

Me permito citar el ejemplo —que no es el único— del Código de la Nación Argentina de 1967, que establece estos “deberes” del juez:

Artículo.36... 5o. Dirigir el procedimiento, debiendo, dentro de los límites establecidos en este Código:

a) Concentrar en lo posible, en el menor número de actos, todas las diligencias que sea menester realizar.

b) Señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezcan, ordenando que se subsanen... .

c) Mantener la igualdad de las partes en el proceso.

d) Prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe.

e) Vigilar para que en la tramitación de la causa se procure la mayor economía procesal.

Estos son, por otra parte, los principios que establecen los más modernos códigos del área. (De paso debo aclarar que, al decir éstos, me refiero, por orden inverso, al de Cuba, de 1974/78, de Brasil, de 1973, de Colombia, de 1970, de Guatemala, de 1964, de México, de 1932, etcé-

tera, así como a reformas parciales en otros países. Y ello sin mencionar códigos de las provincias argentinas, de reciente aprobación, puesto que allí, como en México, hay un código por cada estado, esto es, provincia.)

Naturalmente que, como veremos en el desarrollo de este cursillo, el hecho de establecer en los códigos estos principios, no implica que en la realidad se realicen y adquieran vigencia. Pero antes de ello, trataremos de ubicar los sistemas positivos de conformidad con estos mayores o menores poderes del juez y las partes en el proceso. Simplificando, podemos decir que se enfrentan dos sistemas principales: el proceso dispositivo y el inquisitivo.

2. Proceso dispositivo e inquisitivo

El proceso dispositivo es el que asigna a las partes y no al juez, la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar al proceso y a los actos que lo integran. En el inquisitivo, en cambio, es el órgano jurisdiccional quien tiene esos poderes. Él es quien debe actuar por sí o investigar (inquirir).

Un proceso está dominado por el principio dispositivo, entonces, cuando las partes pueden iniciarlo libremente, tienen la disponibilidad de él y de los diversos actos que lo componen. En el inquisitivo, el juzgador es quien lo inicia, averigua, inquiera, decide con libertad, sin estar encerrado en los límites fijados por las partes.

En el procesal penal, la oposición se realiza entre el principio acusatorio, que es el dispositivo, y el inquisitivo (principio de oficialidad). En el primero, el ejercicio de la acción depende de la parte (acusadora) y las facultades del juez quedan limitadas. En el inquisitivo, es el juzgador quien toma la iniciativa y actúa libremente, investigando los delitos y llevando adelante el proceso.

En nuestros países latinoamericanos existe, en el proceso penal un sistema mixto, en general: el periodo de instrucción sumarial es inquisitivo, teniendo en esa etapa el juez amplios poderes investigatorios, sin perjuicio de los derechos de las partes. En el plenario, etapa del verdadero juicio, renace el principio dispositivo, organizándose mediante un sistema contradictorio, con amplios derechos de las partes (el Ministerio Público y el imputado).

El objeto de este curso será, como lo anunciamos, el proceso civil, donde profundizaremos un poco más en el estudio del principio dispositivo que es el que rige en todos nuestros países.

3. *El principio dispositivo. Plan de su estudio*

Creemos que la mejor forma de estudiar el principio dispositivo —y por oposición el inquisitivo— es analizarlo a través de los distintos actos del proceso. Eso nos permitirá ver cómo funciona en los diversos ordenamientos latinoamericanos, y compararlo con la más avanzada doctrina y los diversos ordenamientos positivos de otras áreas.

Entonces nos proponemos desglosar nuestro principio, analizándolo primero en lo que se refiere a la iniciación del proceso, luego, en lo relativo al impulso procesal, así como al objeto del proceso y a la prueba, para terminar con el análisis de los referidos principios en relación con la sentencia y los recursos. También deberemos considerar la disponibilidad del proceso en general, esto es, de los derechos (sustanciales) que en él se pretenden por las partes.

A. *En la iniciación del proceso*

En cuanto a la iniciación del proceso, nos seguimos rigiendo por los principios romanos de *nemo iudex sine actore* y *ne precedat iure ex officio*, según los cuales es indispensable la iniciativa del actor, deduciendo su pretensión ante el juez, para que pueda iniciarse el proceso civil.

Esta manifestación del principio dispositivo, absoluta en el área latinoamericana, bueno es aclarar que existe también en casi todos los demás países del mundo. Solamente, señalan los autores, que en los países socialistas, y para algún tipo de proceso, aparece la posibilidad de iniciación de oficio con carácter muy excepcional. En general la modificación se nota, más bien, por el lado de permitir la iniciación del proceso, más que por el juez, por cierta “parte pública”, tal como el Ministerio Público, el *Ombudsman*, las organizaciones colectivas, el *class action*, el *relator action*, según los más modernos fenómenos de ampliación de la legitimación procesal, que no tenemos tiempo de analizar ahora.

En América Latina, donde estos fenómenos no se conocen prácticamente, al examinar los códigos se nota que, curiosamente, los más modernos del área son los que establecen la prohibición de que el juez inicie el proceso de oficio. Así sucede con los de Cuba, Brasil, Colombia, etcétera. En los más antiguos no hay ninguna norma expresa, no obstante lo cual el principio rige indiscutible y absoluto.

En cambio, y como consecuencia de la más amplia libertad de disposición de los derechos, se permite sin requisitos a cualquier persona —jurídicamente capaz— iniciar cualquier tipo de acción.

En algunos códigos —la minoría— se limita el ejercicio de la acción

a la existencia de un legítimo *interés* en obrar. Esto sucede, por ejemplo, en los códigos de Brasil, Costa Rica y México (de paso diré que, cuando hablo de México, sin especificación, me refiero al Código de procedimiento civil para el Distrito Federal).

Se trata, en todo caso, de una limitación que autoriza a examinar, desde el principio, dicho "interés" en la pretensión deducida. En los demás países, por supuesto, también se exigirá el interés en actuar, pero no como requisito de previo examen sino de análisis al final del proceso, en la sentencia definitiva; esto es, como un presupuesto material de la actuación, que deberá ser juzgado antes que la razón de fondo o mérito de la causa, pero siempre en la sentencia definitiva.

Completando este estudio del principio dispositivo en la etapa de proposición del proceso, digamos que la misma conclusión establecida se aplica al *demandado*, en el sentido de que sólo pueden ser analizadas las *excepciones* que él oponga y que sólo puede haber contrademanda si el reo la deduce convirtiéndose en actor, y aplicándole los principios romanos recordados ya.

Es así que sólo ciertos derechos —entre los que no hay ninguno latinoamericano— permiten que el juez oponga, de oficio, la excepción de prescripción. En cambio se discute sobre la cosa juzgada; y nos hemos inclinado, en un libro reciente, por la opinión afirmativa.

Se trata, en todo caso, de casos de excepción, que no alteran la conclusión de que en esta etapa del proceso —de proposición— rige con toda su amplitud el principio dispositivo.

B. *Los poderes del juez en la etapa de proposición*

Casi todos los códigos de nuestra área, siguiendo la Ley de enjuiciamiento civil de España, facultan al juez para rechazar las demandas que no se ajusten a las prescripciones que los mismos establecen que debe contener, en forma por demás minuciosa.

La opinión de la doctrina, en general, es que los jueces no han usado estas facultades en la forma como debieran hacerlo, conforme a la previsión del texto de los códigos.

Pese a ello, la doctrina insiste en la necesidad de mantener y aun de ampliar dichos poderes. En las "Bases" de Bogotá, mencionadas, en la introducción, se estableció, además de estas facultades, la general del juez para "darle a la demanda el trámite que legalmente le corresponda, cuando el señalado en ella parezca equivocado", así como para "declarar inadmisibles la demanda", etcétera.

El código de Brasil permite al juez, no sólo dicho rechazo *in limine*,

sino la posibilidad de realizar un pedido (invitación) a la parte a que acomode la demanda a los requisitos exigidos por la ley o, inclusive, para que complemente los presupuestos procesales.

En las "Bases" se establece la facultad del juez para "integrar de oficio el contradictorio, en casos de litisconsorcio necesario".

En el mismo sentido, los códigos más modernos del área, facultan al juez para integrar la litis de oficio, cuando se esté en presencia de un litisconsorcio necesario.

Todo ello nos demuestra que resulta importante y no viola el principio dispositivo, dotar al juez de poderes para encauzar el proceso desde el inicio, de modo de poder "prevenir nulidades" y evitar complicaciones posteriores.

C. El impulso del proceso (de oficio o de parte)

Un tema en el cual se pone de manifiesto la dirección del proceso, por el juez o las partes, es el impulso del procedimiento.

El régimen tradicional, que aún siguen la mayoría de los códigos latinoamericanos, es el del impulso de parte, considerado como una emanación del principio dispositivo. En este tipo de proceso, si las partes no lo solicitan el proceso no se desarrolla, previéndose, inclusive, la posibilidad de que el mismo quede paralizado, operándose la caducidad o perención de la instancia.

Los plazos son no perentorios, requiriéndose, en general, el acuse de rebeldía para que caduquen.

La moderna doctrina procesal, sin embargo, proclama el principio de impulso de oficio, entendiendo que no lesiona el régimen de dispositividad, dado que no altera la posibilidad de que la parte disponga de sus derechos en el proceso.

Y los códigos latinoamericanos más modernos han establecido el mismo principio, inclusive la regla de la perentoriedad de los términos (que estudiaremos en la última clase de este cursillo).

Estos principios, que fueron proclamados por nuestras "Bases" de Bogotá, han sido adoptados ya por los códigos de Cuba, de Brasil, de Colombia, de la Nación Argentina, etcétera.

Entendemos que se trata del mejor sistema y que el mismo es compatible con el principio dispositivo. Es congruente con la idea de que el juzgador es el verdadero director del procedimiento y que éste, además del interés de las partes, sirve al del Estado de imponer la vigencia del derecho objetivo en las relaciones interindividuales. Nos parece correctí-

sima la regla del código brasileño cuando dispone que: "El proceso civil comienza por iniciativa de parte, pero se desenvuelve por impulso oficial".

D. *La fijación del objeto del proceso*

Quizá en este punto se centra una de las bases fundamentales del proceso dispositivo: el objeto del proceso es establecido por las partes.

El *thema decidendum* lo establece el actor en su demanda, quedando el mismo delimitado por lo que controvierta el demandado en su contestación.

Este principio, como veremos después, está relacionado con los poderes del juez en la sentencia, en cuanto éste no puede decidir sino dentro de los hechos alegados (y también probados) por las partes.

Este "subprincipio", podemos decir que se mantiene inalterable, no sólo en nuestros países latinoamericanos sino, también, en todos los países conocidos, especialmente los sistemas occidentales.

Solamente podríamos encontrar una brecha, que no altera dicho principio en lo sustancial, en ciertos procesos por audiencias, en especial en los llamados procesos sociales.

Estos tipos de procesos son aquellos —estudiados entre ustedes por el maestro Fix Zamudio—, que partiendo de un derecho llamado social —en una nueva clasificación— se refieren a las materias donde existe un mayor interés público en la relación social, con el fin de proteger a una de las partes de dicha relación que aparece como más débil (especialmente por razones económicas, u otros factores de inferioridad). Así sucede con los procesos laborales o del trabajo, el rural o agrario, el de menores, etcétera. En ellos se introducen algunas modificaciones con carácter tuitivo para esa parte considerada más débil.

Con ese motivo, en ciertos derechos se establece como función del juez en la audiencia preliminar (de la que hablaremos luego) la de "ayudar" a dicha parte a plantear su demanda y, en consecuencia, se le faculta para "sugerir" alguna modificación o ampliación de la pretensión deducida por la parte. Es natural que esta función debe ser desempeñada con prudencia, para no quitar al juez su condición de imparcialidad, que siempre debemos seguir considerando como de esencia de la función jurisdiccional.

Digamos, solamente, que en algunos países latinoamericanos, en las materias mencionadas (trabajo, agrario, menores) se admite, dentro de estrictos límites, que el juez pueda "asesorar" a la parte, aclarando su demanda, especialmente en la audiencia, dado que estos tipos de procedimientos se desarrollan oralmente.

E. *La disposición de los derechos sustanciales por las partes*

Es de esencia del proceso dispositivo, y consecuencia del régimen de autonomía de la voluntad del derecho privado, que las partes puedan disponer, dentro del proceso, de sus derechos sustanciales.

Así como la parte puede (o no) iniciar el proceso, podrá desistir del mismo, ya sea mediante renuncia a su derecho (de fondo) en forma total, o parcialmente, mediante un acuerdo o transacción.

También se admite la renuncia tácita, mediante el abandono del procedimiento.

Sin entrar en detalles incompatibles con la finalidad de este cursillo, queremos mencionar algunos institutos que implican renuncia a los derechos dentro de un proceso.

En primer lugar el *allanamiento* (del demandado), que distinguimos en *admisión*, cuando se refiere a los hechos alegados; *reconocimiento*, en cuanto se trata de la aceptación del derecho; *confesión*, que es la admisión de hechos personales que perjudican al confitente, y *allanamiento*, que consiste en la aceptación de las pretensiones deducidas por el actor, sin necesidad de reconocimiento, ni admisión.

El *desistimiento*, que en general en los códigos y doctrina latinoamericanos se distingue cuando es de la acción o del derecho y cuando es del proceso (o la instancia, como dicen ciertos códigos). El primero, que responde al mencionado principio de libre disposición de los derechos, es unilateral, puesto que se admite en forma libre para la parte. En cambio el desistimiento del juicio es bilateral, en general; esto es, debe ser aceptado por la contraparte.

La *transacción* es un instituto de derecho de fondo, que se rige por las reglas del derecho civil y puede darse en el proceso ya iniciado.

Por último, el *abandono* del proceso es el realizado por inactividad de las partes y puede conducir a la *caducidad o perención de la instancia*, instituto del que nos ocupamos después.

4. *Facultades del juez y las partes en la prueba*

En esta materia también podemos encontrar en nuestra área latinoamericana dos grupos de códigos: los más antiguos, que no conceden al juez mayores facultades en materia probatoria, y los más modernos, que facultan al juzgador, en forma amplia, para decretar probanza.

Los primeros apenas conceden al juez facultades para decretar "diligencias para mejor proveer", los segundos, siguiendo en general los códigos europeos (en especial el italiano de 1940), le permite decretar

pruebas en cualquier momento, citando testigos e inclusive las partes para pedirles aclaraciones.

Y la doctrina en general, salvo excepciones, considera que esto no significa modificación del principio dispositivo sino que resulta indispensable al fin público del proceso de realización de la justicia, con motivo del conflicto privado entre las partes.

Con el fin de explicitar en forma más clara este tema de los poderes del juez y las partes en materia probatoria, me voy a permitir distinguir tres momentos: *cuando se decretan las medidas probatorias*, cuando se diligencian o desahogan las pruebas y cuando se aprecian o evalúan las mismas.

En la primer cuestión, como he dicho, los códigos tradicionales, que forman la mayoría en nuestra área, mantienen exclusivamente la facultad del juez de decretar las llamadas *diligencias para mejor proveer*; esto es con el fin de mejor sentenciar o decidir la litis, no en beneficio de las partes; por lo cual, si bien se considera al juez libre de decretarlas, se procura que no pierda su imparcialidad, no sustituyendo la actividad probatoria que no han ejercido aquellos que son quienes tienen la carga correspondiente. Y el juez debe fallar dentro de lo alegado y probado por las partes, *secundum allegata et probata*. También aquí reitera y respeta el viejo aforismo latino.

En general se admite que el juez decreta cualquier clase de prueba, a veces dentro de una enumeración que establece el propio código.

Otros códigos, más modernos, a partir del mexicano de 1932 (en sus artículos 278 y 279) facultan al juez para decretar, en cualquier tiempo, diligencias de prueba para la búsqueda de la verdad de los hechos alegados. Esto es, que se limita parcialmente aquel precepto latino.

Sin embargo, según la opinión de los autores latinoamericanos, esta facultad no es ejercida frecuentemente por el juzgador, lo que parece natural dentro del régimen procedimental existente. En efecto, si el juez no actúa en un proceso por audiencias, sino en régimen escrito, y no realmente el proceso sino cuando se le pasan autos para sentencia, es natural que no esté en las mejores condiciones para buscar la verdad de los hechos alegados, sino recién al final (que es cuando puede decretar las diligencias para mejor proveer). En realidad nos parece que estas facultades (que aprobamos) deben y pueden ejercitarse sólo en un proceso donde el juez asuma realmente el papel activo, de protagonista y director del mismo, del que ya hablamos.

Lo dicho debemos reiterarlo en el momento del *diligenciamiento o desahogo de las pruebas*. En mi país, el Uruguay, se estableció en 1965 el

régimen de interrogatorio cruzado, conocido en los países sajones por el sistema de *cross examination*, en el cual el testigo puede ser repreguntado —como suele verse en el cinematógrafo— por los abogados de las partes y el juez. En realidad, este último poco ha participado en los interrogatorios, fundamentalmente por desconocer los hechos a esa altura del proceso; además por temor a perder su imparcialidad o a prejuzgar, un temor del que están demasiado imbuidos los jueces de nuestro continente. Por eso el sistema, introducido dentro del proceso escrito, no ha dado los resultados esperados.

En cuanto a la apreciación de la prueba, se nota en casi todos los códigos, siguiendo la tendencia general de la doctrina, la modificación del viejo sistema de la prueba tasada o prueba legal, sustituyéndolo por el régimen de libre valoración racional de la prueba o de la sana crítica, que permite al juzgador efectuar su apreciación libremente, pero dentro de criterios objetivos y científicos.

En puridad debemos decir que todos nuestros códigos establecen un sistema mixto, en el que se mantienen, cada vez dentro de más estrechos límites, algunos criterios de valoración legal de la prueba juntos al más moderno de la libre apreciación racional.

5. *Los poderes del juzgador en la sentencia*

Resulta de fundamental interés estudiar los poderes del juzgador, en relación con los fundamentos —de hecho y de derecho— invocados (y probados) por las partes en la sentencia. Es ésta la etapa fundamental del juicio, cuando el juez emite su decisión.

Dentro de esta etapa haremos, todavía alguna distinción.

A) *Demanda, prueba y sentencia. El principio de congruencia*

El principio dispositivo —que se aplica prácticamente en todos los países del área y también del mundo occidental europeo y sus zonas de influencia— requiere que el juez deba fallar dentro de lo pedido por las partes.

Ya los romanos establecían el aforismo *ne eat iude ultra petita partium*, que hasta hoy se conserva en los códigos, según el cual el juez no puede fallar más allá de lo pedido, porque incurriría en el vicio de *ultra petita*.

Más modernamente, el principio ha sido elaborado y afinado por la doctrina y se conoce con el nombre de *congruencia*. Ya la L.E.C. española de 1881 lo establece al decir que “las sentencias deben ser claras,

precisas y *congruentes* con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito”.

Este principio, según la más moderna doctrina, tiene sus limitaciones subjetivas y objetivas y sus aspectos positivos y negativos. Es decir, hay incongruencia no sólo cuando se falla sobre un hecho no pedido —sea en la demanda o en las excepciones opuestas— sino también cuando se omite fallar sobre una pretensión deducida (esta última sería la incongruencia negativa).

Por lo demás, la falta está en fallar respecto de un *sujeto* que no es parte (o no fallar sobre alguno que ha sido parte en juicio) o cuando se incurre en exceso (o falta) con respecto a los *hechos* alegados (y probados) por las partes (incongruencia objetiva).

En nuestra área latinoamericana, sólo el código de Cuba de 1974 se aparta de este principio y permite —como el Código de procedimiento civil soviético y los demás que lo toman de modelo— que el tribunal, en ciertos casos, pueda sobrepasar los referidos límites.

Así el Código cubano de 1974 admite que se resuelva “sobre aspectos no contenidos en las cuestiones planteadas por las partes” en las siguientes condiciones:

1o. que los nuevos aspectos... sean consecuentes o estén íntimamente relacionados con las pretensiones originalmente deducidas; 2) que los nuevos aspectos... se encuentren dentro del alcance de su competencia; 3) que antes de dictar sentencia, el tribunal instruya a las partes de los nuevos aspectos que aprecie, concediéndoles un plazo no mayor de seis días para que hagan las alegaciones y propongan las pruebas que estimaren convenir a su derecho.

Este artículo no se encuentra en el Código de 1978.

B. *Otros poderes del juez*

En relación con algunos otros poderes del juzgador, en esta etapa del juicio, queremos destacar:

a) *Las diligencias para mejor proveer*. Este instituto que, como dijimos, fue incluido en la L.E.C. española y reproducido, prácticamente, en todos los códigos del área, le permite al juzgador, en esta etapa, decretar diligencias probatorias.

Resulta casi la única iniciativa probatoria de los jueces en los códigos más clásicos y antiguos del área y ella es estudiada a fondo por la doctrina latinoamericana. Según la más recibida, el juez es libre de decretar

cualquier prueba, con muy pocos límites, aun cuando se entiende que no puede suplir, como dijimos, la carga de la prueba que tienen las partes.

Se afirma el carácter probatorio de las medidas, lo que significa que se regirán y apreciarán por las normas generales en materia de prueba.

Se entiende, también mayoritariamente, que ese poder del juzgador no está limitado por los derechos de las partes salvo por la posibilidad de éstos de asistir al diligenciamiento (testigos, pericias, etcétera), de referirse a las mismas en sus alegatos (si ya se cumplieron) o expresiones de agravio, etcétera.

b) *La admisión de hechos nuevos alegados por las partes.* En relación con el principio de congruencia, se hace la afirmación de que los jueces no pueden aceptar en su sentencia más hechos que los afirmados por las partes en sus escritos de demanda y contestación.

Sin embargo, la legislación española permitía alegar en los escritos de réplica y dúplica (hoy suprimidos en casi todos los códigos) y en una primera etapa del periodo probatorio “hechos nuevos de influencia notoria en la decisión del pleito”.

Una gran cantidad de códigos del área han establecido disposiciones similares, admitiendo la introducción no sólo de hechos posteriores —que algunos códigos permiten alegar hasta en segunda instancia, con ciertos límites (extintivos, modificativos, etcétera) sino los antiguos que no hubieren sido conocidos por las partes, lo que se les permite afirmar bajo juramento.

En general la doctrina distingue los *hechos nuevos* de los *diversos*, es decir, de los que implican un cambio de demanda —que no está permitida—, rechazando la alegación tardía de los últimos.

Son, en todo caso, *hechos nuevos* relacionados con el objeto de la pretensión. Ellos son no sólo los derivados de una demanda transformativa (intereses, daños, prestaciones accesorias, o a vencer, etcétera) sino las modificaciones operadas por las “deudas de valor”, lo que significa indexar las deudas debido a las variaciones operadas, etcétera.

De cualquier manera se excluyen los *hechos diversos*, que son aquellos que implicarían modificar la demanda. Y en la mayoría de los códigos iberoamericanos se prohíbe esta modificación luego de contestada aquélla. Es decir que sólo se podrán efectuar modificaciones derivadas de alegación de hechos diversos, y aun de situaciones jurídicas diferentes, antes de contestada la demanda.

c) *modificación del derechos “iura novit curia”.* El principio de autoridad, que se opone al dispositivo, aparece representado en la etapa de sentencia por el de: *iura novit curia*. Es decir, que el juez tenga la liber-

tad para aplicar el derecho a la relación controvertida en su sentencia, libertad que se manifiesta aun en la hipótesis de que los litigantes hubieran invocado la aplicabilidad de otras disposiciones legales.

Esto es, que el juzgador está encerrado dentro del círculo formado por los hechos alegados y probados por las partes, pero no se encuentra constreñido a aceptar el encuadre normativo propiciado por ellas. Como señala Calamandrei, el principio de *iura novit curia* no significa solamente que el juez tiene que conocer el derecho que debe aplicar, aun cuando las partes no lo aleguen, sino que puede modificar el que ellas invoquen. Y como técnico y como representante del Estado que impone la regla de derecho a la actuación de las partes, para lograr la vigencia de la norma objetiva, tiene la libertad de buscar la norma adecuada a la relación de que se trata.

Este principio reconocido prácticamente en todos los sistemas y en todas las épocas no altera el de congruencia ya estudiado.

La cuestión más difícil está en establecer la diferenciación entre objeto y la causa de la pretensión deducida en el juicio y la regla de derecho. Puesto que sólo esta última podrá el juzgador hacer valer libremente, mientras que estará atado por la relación jurídica invocada por las partes, conforme al hecho histórico que ellas plantean en la litis.

C. Los poderes del juez en la segunda instancia

El juzgador no sólo está limitado por la acción (pretensión) deducida por las partes en el juicio, en virtud del principio de congruencia respecto de la primera instancia, sino también en la sentencia de segunda (o tercera) instancia. En efecto, en la misma está doblemente limitado, en primer lugar, por virtud del principio de congruencia ya estudiado, está constreñido por los hechos alegados y las acciones deducidas en la etapa de proposición (demanda y contestación), en segundo término, está constreñido por la "nueva demanda", que significa la apelación, según una parte de la doctrina.

En principio, el recurso de apelación es el que abre la alzada. No existe en nuestros sistemas la revisión, de oficio, de las sentencias, como aparece en el sistema de "alta inspección" de los códigos soviéticos y de los países que en él se inspiran. Ni la apelación automática de nuestros sistemas para ciertas sentencias penales (en mi país, la que impone una pena mayor de tres años de penitenciaría).

Luego, y como consecuencia del principio dispositivo, se aplica aún en nuestros derechos, el romano de *tantum devolutum quantum appellatum*. Esto es, se considera que los tribunales de alzada, ni siquiera están imbui-

dos del poder de resolver todas las cuestiones planteadas durante la primera instancia, sino sólo aquellas que han sido objeto de la apelación. Esto es, lo contenido en los escritos que entre nosotros se llaman de expresión de agravios.

Esto ocurre en la doctrina iberoamericana. También en su jurisprudencia, a pesar de que, en la mayoría de los códigos, no surge de ninguna disposición expresa.

Asimismo se invoca la prohibición de la *reformatio in pejus*, que constituye una consecuencia de lo anterior. Ello significa atribuir al tribunal de alzada una competencia revisora restringida a los aspectos de la resolución impugnada que le resultan desfavorables a la quejosa. Por lo cual el superior no puede modificar lo resuelto por el *a quo* en sentido desfavorable a las pretensiones del impugnante, a menos que su contraparte hubiera recurrido de esa parte de la resolución del inferior.

Se afirma que este sistema, basado en la voluntad de las partes y su autonomía, se funda en que quien no recurre consiente lo desfavorable de la resolución dictada.

Naturalmente que el tribunal de segunda (o tercera) instancia tiene los mismos poderes generales que el inferior. Así podrá aceptar hechos nuevos que se hayan hecho valer eficazmente o resultantes de pruebas incorporadas en segunda instancia, incluso diligencias para mejor proveer, puesto que tendrá los mismos poderes, aunque más restringidos que el inferior, por los principios ya mencionados y porque hay una gran restricción para admitir probanzas en segunda instancia. Y con mayor razón la alegación de hechos nuevos.

En cuanto al principio de *iura novit curia*, el mismo se aplica enteramente, por lo cual aquí sí el tribunal de alzada es totalmente libre, como el de la primera, de aplicar el derecho, variando no sólo el invocado por las partes sino, también, el que fijó la sentencia apelada.

6. Los poderes del tribunal de casación

Una gran parte de los países del área han implantado el recurso de casación. Ya la Ley de enjuiciamiento civil española de 1881 lo incorporó al régimen procesal español. En México funciona, según el maestro Fix-Zamudio, el amparo como casación, cuando se da contra sentencias que violan la ley en el fondo o en la forma; pero, existe expresamente el régimen en Guatemala, Colombia, Venezuela, Uruguay, etcétera, y en la Argentina, en el régimen provincial, no habiendo prosperado la idea de implantar la casación nacional.

En materia de casación, por tratarse de un medio impugnativo sólo de

los aspectos de derecho (en principio, al menos aunque la evolución muestra algunas brechas en la institución francesa original), se consideran aún más restringidos los poderes del tribunal. Puesto que si debe limitarse a lo alegado por las partes y éstas sólo deben invocar cuestiones de derecho, éstas y no otras son las que deben tener en cuenta el tribunal, ya que, además las causales de casación son, en muchos sistemas, de enumeración taxativa en la ley que establece el recurso.

A tal punto se da esta restricción, que parte de la doctrina enseña que en este recurso no funciona el principio de *iura novit curia*.

Si bien entendemos que tal posición no es compatible, sin embargo resulta, al menos, tan restringido como en la apelación el poder del tribunal de casación. En efecto, en este instituto, que funciona como un recurso en nuestros sistemas iberoamericanos, los límites del tribunal resultan de las violaciones a la ley que invoca la parte recurrente. Pues en su interés es que se otorga dicho medio impugnativo, fuera de la defensa de la legalidad y la unificación de la jurisprudencia, que resulta del mecanismo de la institución. Entonces el juzgador está igualmente limitado por los motivos de impugnación aun cuando pueda, dentro de los mismos, innovar en el derecho (*iura novit curia*). De más está decir, también, que salvo el recurso en interés de la ley que en nuestros países no se conoce, el tribunal no puede fallar en favor de quien no recurrió en casaciones y en perjuicio de quien lo hizo.

Se trata, como se ve, de un instituto donde el principio dispositivo funciona plenamente.

7. Los poderes del juez y de las partes en el proceso de ejecución

En nuestros sistemas se mantiene el principio de que la ejecución sólo comienza a pedido de parte. Es una emanación del principio mencionado de *ne procedat iure ex officio*, al que ya nos referimos. En el régimen soviético y en algunos países de esa área se admite, por vía excepcional, la ejecución de oficio, lo que no se encuentra en nuestros sistemas.

Apenas si en los procesos sociales, en algún país aisladamente, se admite la ejecución parcial de la sentencia y en cierta forma oficiosamente en defensa de la parte más débil en la relación jurídica.

En materia de poderes del juez de ejecución se ha seguido, muy moderadamente, la tendencia a aumentar dichas facultades del juzgador.

Así resulta un ejemplo que creo de interés destacar, la reciente legislación uruguaya que establece el instituto de las *astreintes* o multas judiciales para obligar a cumplir los mandatos del juez, en especial en la etapa de ejecución del proceso. Lo contradictorio es, sin embargo, que no pro-

cediendo la ejecución sino a pedido de parte, este medio conminativo pueda ser aplicado de oficio.

También es digno destacar el instituto del *contempt of court*, copiado de la legislación, pero sobre todo de la jurisprudencia norteamericana que algunas legislaciones de Latinoamérica han aceptado. Inclusive podemos mencionar vuestro propio Código de procedimiento para el Distrito Federal.

Este instituto permite al juez, para hacer cumplir sus mandatos, no sólo imponer multas sino hasta decretar el arresto como medida sancionatoria.

Todas estas instituciones no desvirtúan la tendencia general de considerar que la etapa de ejecución y el pedido de medidas ejecutivas queda dentro del ámbito de los poderes de las partes. El juzgador se limita a adoptar las medidas que éstas solicitan, dentro de la legalidad.

Como vemos, pues, en general, el principio dispositivo se mantiene enhiesto dentro del área.

Sin embargo, se nota un aumento de los poderes del juzgador en casi todas las etapas del procedimiento, que tienden a convertir a éste en un director del proceso, según lo que ya afirmamos.

De todo ello debemos sacar la conclusión de que la tendencia general (que consideramos beneficiosa), es que, sin perjuicio del poder de disposición de las partes de sus derechos sustanciales, el juzgador adquiere un papel protagónico en el proceso que permite realizar en forma más adecuada la justicia.

II. EL PRINCIPIO DE ORALIDAD EN EL PROCESO CIVIL LATINOAMERICANO

1. *Examen histórico-comparativo del proceso oral*

Podemos decir que la oralidad predomina en el mundo contemporáneo, mientras que en nuestra Latinoamérica continúa el proceso escrito.

La oralidad, cuyo exacto contenido analizaremos en seguida, ha significado, según Mauro Cappelletti (uno de los máximos procesalistas contemporáneos), la introducción en el proceso de los postulados básicos de inmediación, concentración, eventualidad y apreciación racional de la prueba.

En especial los países romanistas, entre los que nos contamos, sufrieron una evolución a partir del derecho común (proceso romano-canónico) y a fines de la Edad Media que, bajo el nombre de "oralidad", implicaron la lucha contra los más antiguos sistemas. En especial contra el sistema

escrituralista, el del proceso secreto realizado en etapas separadas, sin contacto directo entre las partes y el juez. Ante el cual existía una actitud gran desconfianza que, entre otras limitaciones, establecía el sistema de apreciación de la prueba bajo el régimen de la tarifa legal de las mismas, que sometía al magistrado a una serie de reglas matemáticas para su evaluación.

De este proceso, dominado por el principio de que *quod non es in actis non est in mundo*, de larga duración, se sale, en virtud de la aplicación de los nuevos principios científicos, al término de la Edad Media. Y el Código de procedimiento francés, cuyos principios aceptan rápidamente Italia, Alemania y los demás países civilizados, invade al mundo. Otros sistemas como el austriaco de fines del siglo XVIII perfeccionan el régimen de oralidad, el cual, sin embargo, no es adoptado por España, donde la corriente conservadora rechaza y hace derogar el sistema adoptado que recogía este principio y, en su lugar, se aprueba la Ley de enjuiciamiento civil de 1855, que servirá de base a los países de Latinoamérica y que establece el sistema totalmente escrito, con todas sus consecuencias que luego estudiaremos.

Un rápido vistazo comparativo nos permite separar las siguientes familias en las cuales los comparatistas colocan los sistemas jurídicos contemporáneos:

—La familia del *Common Law* en la cual predomina el proceso oral (y el régimen del jurado). Pese a la fase de *pre-trial* y a cierta falta de intermediación, por virtud de los importantes poderes que se conceden a las partes, no hay duda que en ese sistema el verdadero proceso se realiza en la audiencia con la presencia del juez y las partes (*trial*). Y toda la prueba (hasta la pericial y documental¹) se recibe en ella.

—La de los países socialistas, en la cual predomina también el sistema de oralidad y el proceso se concentra en la audiencia pública, y se da a estos aspectos particular importancia.

—La familia del *Civil Law*, en donde se hacen ciertas subdivisiones. En primer lugar, en los países del centro y norte europeo (Austria, Bélgica, Holanda, Escandinavia) predomina el proceso oral con singular éxito. En Francia e Italia también subsiste la oralidad, pese a que existen reservas sobre el funcionamiento del sistema.

En cambio, en el tercer subgrupo (España y Latinoamérica) podemos decir que, salvo los países lusitanos (Brasil y Portugal), predomina el antiguo sistema de la escritura, que heredamos de España en el siglo XVIII, cuyo régimen ya se encontraba atrasado dos siglos con respecto al resto del mundo civilizado.

En conclusión, de esta brevísima incursión histórico-comparativa, podemos decir que en la mayoría de los países del mundo predomina el proceso oral o mixto, mientras que en Latinoamérica, con excepción del sistema brasileño, rige el proceso escrito, lo que consideramos un sensible retraso, como trataremos de explicar.

2. *Oralidad. Proceso por audiencias. Precisiones terminológicas*

Ante todo, debemos señalar que cuando decimos "oralidad" lo hacemos por usar un término de común aceptación en el lenguaje de los procesalistas, aun cuando sabemos de antemano que no hay ningún régimen de derecho positivo (salvo algún raro caso, como puede ser el del Tribunal de Aguas de Valencia) exclusivamente oral sino mixto.

Esto es —generalmente— con una fase de proposición escrita (demanda y contestación), luego con una o dos audiencias (orales) y después con apelaciones también escritas. Estamos, entonces, ante *procesos mixtos*, pero que se acostumbra llamar orales, en virtud de la existencia de la etapa fundamental de la audiencia ante el tribunal, entre las partes y con asunción de los elementos de prueba.

Sería más correcto entonces decir *proceso por audiencia*, aunque no es una expresión utilizada tan frecuentemente.

En conclusión, seguiremos hablando de oralidad, en la inteligencia que nos referimos a un proceso mixto o por audiencias, donde lo esencial es la comunicación entre el juez y las partes, realizado ese *actum triarum personae* de que ya hablamos cuando citábamos al maestro Carnelutti.

Es a este proceso al que brindamos nuestra adhesión. Con esto queremos reconocer que dentro del procedimiento no puede despreciarse un medio de comunicación tan preciso y depurado como la escritura. Lo que rechazamos, como explicamos mejor más adelante, es el proceso escrito y secreto, sin la concentración e intermediación que proporciona la celebración de la audiencia de prueba y del debate oral.

3. *Oralidad y política procesal*

Estudiaremos ahora la oralidad (proceso por audiencias) en relación con la política procesal y los principios que, a nuestro juicio, sigue la doctrina más relevante, y deben regirla.

A. *Oralidad y justicia*

Cuando dos personas tienen un problema —de cualquier tipo— que someten a la decisión de un tercero, lo natural es que reúnan y hablen,

y no que se comuniquen por medio de escritos. Es esencial que el proceso, como *actum triarum personae*, se desarrolle mediante la reunión de las tres partes, donde el juez oiga la verdad que ellas tienen que transmitirle, pueda interrogarlas, verlas y recoger directamente su impresión sobre el caso concreto que debe resolver.

La intermediación es esencial. No es posible que el juez no oiga a los testigos, ni a las partes, ni pueda confrontar las impresiones de sus dichos, y que éstas no vean al juez, como sucede en casi todos nuestros países. Resulta antinatural que el juez penal falle sin haber visto, ni oído jamás al procesado a quien condena, como sucede en Uruguay, donde en materia procesal penal el procedimiento es de igual modo, como se ha dicho, "desesperadamente escrito".

Más que una cuestión de enumeración de ventajas y desventajas, es de la esencia misma de la función de juzgar.

B. Oralidad y otros principios procesales

Los principios de intermediación, concentración, eventualidad y publicidad, que estudiaremos en la última clase de este cursillo, pero que todos conocen, son reclamados como los mejores para organizar todo tipo de procedimiento. Sobre esto no hay discrepancias.

Lo mismo sucede, con los poderes del juez en la dirección del proceso a los que ya nos referimos.

Y bien, ellos sólo serán posibles dentro del proceso oral o por audiencias que es donde verdaderamente hay concentración, donde se realiza la verdadera intermediación que pone en contacto las partes y el juez, donde cabe realizar plenamente la eventualidad en una o dos audiencias concentradas y donde puede darse la publicidad incompatible con un proceso escrito y con fases diferentes y alejadas temporalmente entre sí. Sólo allí el juez puede convertirse en verdadero director del procedimiento.

Resulta, entonces, el mejor argumento en favor de la oralidad el estudio y desarrollo de estos principios que, difícilmente, alguno de ellos puede tener cabida en un régimen de proceso escrito.

C. Oralidad y medios económicos. La abreviación del proceso

El costo del juicio oral (señalándose que es mucho más caro que el escrito) y la afirmación también de que en muchos países donde existe este proceso la fijación de audiencias dura por años, en vista del recargo de los tribunales (por lo que sería aún más largo), se manejan como argumentos esenciales, entre otros, contra el proceso oral.

Es natural que, centrando la cuestión en la forma de realizar justicia, los demás argumentos resulten desdeñables; no obstante, entendemos que las afirmaciones referidas no son exactas.

Se suele mencionar por los autores contrarios a la oralidad la demora y el costo de los procesos norteamericanos, utilizando datos de algunos estados y algunos tribunales (de los tantos y tan diversos que allí existen) que demostrarían que son los más caros del mundo, además de muy prolongados.

Frente a estos datos, podemos citar los ejemplos de los países del centro de Europa, de Escandinavia, etcétera, donde los procesos son los más rápidos y más baratos del mundo. En Austria, un tribunal tiene, además del juez, dos o tres funcionarios, el proceso es brevísimo y absolutamente eficaz.

Nos parece que se comparan dos extremos diferentes: un mal sistema escrito con un régimen oral ideal, en el que se deberían contar con todos los medios y un sinnúmero de jueces. Debemos admitir que si tenemos un proceso escrito pobre, tendremos también uno oral de escasos recursos, que es la tónica del poder judicial latinoamericano. Pero eso no nos lleva a descartarlo.

¿Por qué el proceso oral es más caro? Algunos dicen, porque requiere más jueces y más funcionarios y más medios técnicos. Cuando vemos funcionar el excelente proceso austriaco, comprendemos que tal cosa no es cierta.

Admitamos que se necesitan más jueces, pero es indudable que se requieran menos funcionarios, menos burocracia, lo que representa, por sí sólo, un gran avance. En nuestro proceso escrito, el personal y el lugar físico destinado a la realización de la justicia, son más reducidos que el que se dedica al desarrollo del trámite oficinesco, a la formación del "expediente": la burocracia judicial. Y esto es la negación de la justicia.

No podemos entender por qué se necesitará más personal para la misma cantidad de procesos, cuando en la oralidad se suprimen incidentes —que se resuelven, en su mayoría, en la misma audiencia—, hay menos recursos y "chicanas", se logran muchos más acuerdos o transacciones que eliminan procedimientos, y las exposiciones son siempre mucho más breves.

Nosotros hemos visto funcionar el pésimo proceso oral italiano y apreciamos sus ventajas frente a nuestro pésimo proceso escrito. En un tribunal de capital de provincia (Pavía) de juicios penales menores, en una mañana vimos despachar seis asuntos con audiencia de prueba, resumen de exposiciones de las partes y sentencia. En ese edificio funcionaban los

18 tribunales y los funcionarios en total eran 40. Esta proporción parecería increíble a nuestros jueces llenos de empleados. Todos los expedientes eran pequeños, las declaraciones eran breves, tomadas por el presidente del tribunal (con alguna intervención, sugiriendo alguna pregunta más, del defensor o el Ministerio Público), el cual dictaba las respuestas sintetizadas, en lo esencial, a un actuario, quien inclusive las escribía a mano en el expediente (Porque si grabamos la audiencia, como algunos piensan, volveremos a caer en la escritura).

Y he visto funcionar otros tribunales orales que son de más prestigio, como los de Bruselas, donde la oralidad es efectiva y la intervención del tribunal —sea el presidente o de otro miembro— es total y directa, con pleno conocimiento de la causa y con efectiva dirección del proceso. Y tuve la sensación de que estaba ante una justicia más efectiva y verdadera, aparte de ser mucho menos aparatosa y más breve, y seguramente menos costosa, por lo reducido de la organización.

Nos parece que si nuestros jueces pueden estudiar y sentenciar todas las causas que existen en sus juzgados, luego del pesado trámite escrito, por razonamiento lógico podrán ver, igualmente, el mismo número de procesos orales dedicándoles, al menos, el mismo tiempo.

Claro que si admitimos que los secretarios son los que hacen las sentencias, sabemos que esto no puede suceder en el sistema oral. Pero, ¿qué es lo correcto? Entonces, ¿no será mejor convertir en jueces a un número de funcionarios y dejar que la justicia esté en manos de quienes realmente debe dictarla?

En fin, parece que plantear estas interrogantes es contestarlas.

D. *Oralidad y justicia social*

Señalé anteriormente que existe la tendencia en casi todos los países —entre los cuales figuran varios latinoamericanos— a crear ciertos procesos llamados *sociales*, por servir a derechos sustantivos que tienen ese calificativo, donde el derecho y la justicia tratan de proteger a una de las partes que en la relación sustancial —y también en la adjetiva— aparece como más débil, por razones económicas u otras variadas.

En estos procesos, para los que se ha requerido una mayor urgencia y más eficaz y sencilla justicia, se ha recurrido, en general, a un régimen de tipo oral o por audiencias. Y entonces cabe preguntarse, primero, ¿cómo es posible que organicemos este tipo de proceso mejor en algún sector del derecho y no extenderlo a todo?, y, en segundo término, ¿cómo, si cuando queremos mejorar la justicia, por cualquier razón, recurrimos a

procesos por audiencias con intermediación, concentración y celeridad, vamos a negar las ventajas que ellos tienen?

Lo que los agraristas, los laboristas, los especialistas en menores o derecho de familia reclaman para sus disciplinas: intermediación, concentración, abreviación, simplificación de las formas, dirección efectiva del juez, etcétera, los procesalistas los proclamados como los mejores principios indispensables para todo tipo de procesos, porque está en la esencia de la prestación de la justicia el aceptar este tipo de procedimiento.

4. *La oralidad y la técnica procesal*

Entraremos ahora a la cuestión de la técnica del procedimiento en el sistema de la oralidad o del proceso por audiencias.

A. *Oralidad y diferentes tipos de procesos*

Existen muchos sistemas, como sabemos, en los cuales la oralidad se reserva para ciertos tipos de proceso. En unos lugares porque se ha hecho como ensayo, en otros porque se ha adoptado para los procesos sociales a los cuales nos referimos, en otros más porque se considera que la oralidad no es compatible con ciertas disputas en las cuales no se presentan cuestiones de puro derecho o muy complejas, etcétera.

Pese a todo ello, consideramos que razones de interés general hacen preferible implantar la oralidad para todo tipo de procesos. Y que aquellos en los cuales hay complejas cuestiones de títulos, que requieren un estudio de documentos, o de puro derecho, son excepciones que no justifican la dualidad.

Consideramos, en cambio, que como la implantación del sistema oral significa una profunda transformación del poder judicial y de sus auxiliares y en especial de la propia abogacía, resulta inconveniente la coexistencia de ambos sistemas.

En cuanto a la dualidad o la posibilidad de desarrollar en un mismo proceso, los sistemas: oral y escrito, ha demostrado la práctica que la "escritura devora la oralidad", quizá por una tendencia a la mayor comodidad, queda ésta así anulada.

Si en un mismo juzgado, por otra parte, hay procesos escritos y orales, la organización de la oficina no será adecuada. Porque la oralidad requiere de un cambio profundo, como hemos dicho, al reforzar la oficina del juez en incrementar el número de jueces, pero disminuir sensiblemente el de empleados o funcionarios. En el régimen oral desaparecen, prácticamente, las notificaciones, las actas hechas por la oficina, desde que

todo se realiza en la audiencia, se aminora un gran número de oficios, una gran parte del trámite (traslados, vistas, escritos, etcétera), y el expediente queda reducido. Mientras que la gran actividad se realiza ante el juez y sus auxiliares inmediatos en las audiencias.

Esto hace que los jueces se resistan a adoptar, en general, el proceso oral y prefieran la comodidad de ir al juzgado sólo dos o tres veces por semana y leer los expedientes tranquilamente en sus casas.

Pero lo mismo sucede con los abogados, donde la transformación debe ser aún mayor. En efecto, la presencia en la audiencia es indispensable y la actividad propia mayor. Y esto también es resistido por el gremio.

Pero en cambio, en ese esfuerzo de juez y abogados, resultará la resolución de un conflicto en una o dos audiencias, con el beneficio indudable para las partes. Y, en definitiva, también para los propios jueces y abogados.

Esta resistencia es tradicional. Alcalá Zamora —como todos los españoles— imputa a la oposición de jueces y abogados el atraso del procedimiento en España —del cual es consecuencia el de Latinoamérica— al rechazar la Ordenanza del Marqués de Gerona de 1853, que recogía aquellos modernos principios del código francés (italiano y alemán) y que fue derogada de inmediato y sustituida por el medieval sistema escrito de la L.E.C. de 1855. Ejemplos como éste se han repetido en la historia del proceso en varios lugares del mundo.

B. Oralidad y tribunal colegiado e instancia única

Por razones de principio, la oralidad se compagina más con el régimen de instancia única y ésta, para mayor garantía, requiere el tribunal colegiado.

Sin embargo, en virtud de lo dicho, sobre el derecho de apelación y la segunda instancia, considerada en algunos países europeos como una garantía constitucional, es natural que exista una resistencia a suprimir la segunda instancia. En nuestra evolución, desde la época colonial en la cual había hasta cuatro instancias, hemos llegado a suprimir la tercera —en Uruguay recién este año, sustituyéndola por la casación— pero no la segunda, que se considera como un derecho esencial del justiciable en nuestra Latinoamérica, pese a no estar incluida como principio constitucional, como sucede en algún país europeo.

Sólo en ciertas causas, generalmente de escaso monto, o también en algún tiempo de proceso en que se requiere suma urgencia, se ha admitido la instancia única. Si no se da ésta, también en beneficio de la abreviación se han buscado otros mecanismos (apelación a un sólo efecto, o con

efecto diferido, etcétera), pero mantenido la revisión por el tribunal de alzada. Inclusive, lo más frecuente en nuestros sistemas es el tribunal unipersonal en primera instancia y el colegiado en segunda y en casación (donde existe).

Frente a ese panorama, es necesario compatibilizar la oralidad con la doble instancia. Es cierto que en principio tal cosa es difícil, puesto que si se invoca la inmediación y concentración, se requiere que el juez reciba la impresión directa de la prueba, la que sólo repitiéndose en la segunda instancia, podrá dar cumplimiento en forma acabada a lo requerido por los principios de la materia.

No obstante, en virtud de las demás ventajas de ambos sistemas se admite —como existe en muchos países del mundo— la coexistencia de ellos. Es verdad que el tribunal superior, que muchas veces realiza una revisión más bien jurídica, no necesita la reproducción de la prueba, la cual, de todas maneras, puede realizarse en los casos en que los jueces así lo requieran, sea en forma parcial o (en algún caso excepcional) total.

Dentro del tribunal colegiado existe el problema del *juez instructor* o *juez de trámite* que, en general, existe en muchos países en los cuales el proceso se organiza por audiencias.

Resulta en todo caso esencial que la oralidad y sus principios consecuentes no se desvirtúen mediante esa institución, como sucede en algunos países en los cuales, especialmente la inmediación, esencia de la oralidad, no se da sino respecto a este magistrado, quedando sustraídas al colegio la asunción de medios probatorios, lo que desvirtúa el régimen.

C. Oralidad y jurado. Jueces técnicos y legos

Naturalmente que el sistema del jurado —que existen en los países anglosajonas y sus zonas de influencia— requiere el juicio oral: su funcionamiento no es posible en el proceso escrito.

Sin embargo, el sistema de jurados no existe en los países latinoamericanos y por diversas razones que no explicaremos por el momento, la doctrina considera, con nuestro apoyo, que tiene más inconvenientes que ventajas.

Entendemos que el técnico en derecho, el abogado, con la especialización que se crea conveniente desarrollar (en una escuela de jueces por la que tanto bregamos), es el habilitado para resolver los conflictos judiciales. Por eso no aceptamos el jurado popular elegido por sorteo, ni aun para pronunciarse un veredicto sobre los hechos —tan difíciles de valorar y separar del derecho— ni tampoco los tribunales laicos. Con respecto a és-

tos, la opinión que compartimos sostiene que los jueces deben ser técnicos y asimismo, deben estar asesorados por especialistas y peritos necesarios.

Hemos advertido que los tribunales laborales, que en ciertos países, como en México, se componen de delegados profesionales (de obreros y patronos); los de menores, que en algunos países se integran con sociólogos, médicos psicólogos, etcétera, los de camaradas, de los países socialistas, no dan el resultado esperado por su falta de especialización en dictar justicia, que es toda una técnica que estudia el derecho. No nos cabe duda que en cada caso el asesoramiento técnico es cada vez más necesario y los peritos, de uso más frecuente, deben ser funcionarios permanentes del poder judicial; pero la tarea de estudiar las pretensiones de las partes, evaluar la prueba y decidir la controversia es eminentemente técnica y no puede ser dejada a otros especialistas que no sean los juristas.

5. El desarrollo del procedimiento oral o por audiencias

Queremos hacer, para terminar, una referencia esquemática al tipo de proceso oral que la mayoría de los procesalistas latinoamericanos han propuesto como modelo, luego de meditados estudios y trabajos, y es el que han aceptado las Bases aprobadas en Bogotá.

A. El esquema del procedimiento

Este, llamado oral, pero que en realidad, como ya dijimos, es mixto, es el siguiente:

Comienza con una etapa escrita de proposición, en la cual el actor presenta su demanda y el demandado sus defensas. En principio, estas defensas deben ser todas a la vez, pues la oposición de una excepción dilatoria o mixta no es obstáculo a la contestación de la demanda. En estos escritos las partes deben solicitar todas su prueba y acompañar la documental que se propongan utilizar.

Después de la demanda se efectúa la audiencia preliminar, de la que enseguida hablaremos, y luego, en una segunda, se desahogan las pruebas, se hacen breves alegatos y se pronuncia la sentencia. Esta, en principio, es dictada al fin de la audiencia; luego que el tribunal se retira a deliberar y al volver emite su fallo; unos días después —por escrito— se exponen los fundamentos del mismo. Por excepción, el tribunal puede reservarse el derecho de fallar por separado, algunos días después, cuando se trata de asuntos más complejos o que requieren el estudio de documentos, etcétera, puesto que, en principio, cuando se trata de cuestiones de hechos que se prueban por testigos, informes o peritos, la decisión fluye natural-

mente de la audiencia, luego que el tribunal, concentradamente, recibe toda la prueba y oye las exposiciones de las partes, y está instruido, previamente, de la causa que se convierte ante él.

La apelación se efectúa por escrito y en la segunda instancia se oye a las partes en una audiencia, en la que puede repetirse alguna prueba ya realizada, u ordenarse alguna nueva y se dicta la sentencia.

En los juicios sumarios el procedimiento puede realizarse en una sola audiencia.

B. *La audiencia preliminar*

Creo del caso referirme, en especial, a este tipo de audiencia que se ha adoptado en las Bases para un código modelo de proceso civil para América Latina. Es similar al *pre-trial* norteamericano y a la conferencia preliminar del juicio del sistema puertorricense, se ha tomado del código austriaco, confeccionando por inspiración de Klein, que tanto resultado ha dado en Austria.

Según Guasp proviene de la *concordantia dubiorum* del derecho canónico y existe en el derecho portugués.

Fue incorporada al código de la Provincia de Buenos Aires, en la Argentina, aun cuando el régimen fue pronto derogado por no haber funcionado efectivamente.

El sistema consiste en que, una vez planteada la litis, se convoca a esta audiencia. Ésta tiene varias funciones:

En primer lugar, en ella el tribunal intenta la conciliación.

En Alemania, preocupados los legisladores por la duración de los juicios, que en promedio duraban de seis meses a un año, resolvieron ensayar un sistema en el cual el tribunal, luego de deducidas las pretensiones de las partes, se retira a deliberar y propone una solución de conciliación. Este ensayo que comenzó en Stuttgart, dio excelentes resultados por la gran proporción de causas conciliadas y se ha extendido a otras ciudades.

Es, entonces, un modo de resolver las causas apenas iniciadas que, inclusive, disminuye el trabajo del tribunal. En este intento de conciliación es imprescindible que el juez, que dirige la audiencia, conozca plenamente las pretensiones y defensas de las partes.

En esta audiencia también se resuelven las excepciones dilatorias, que el actor contesta allí y se examinan los presupuestos procesales, con el fin de sanear el proceso de nulidades.

El derecho brasileño, siguiendo el portugués, tiene la institución del *despacho saneador*, que los procesalistas de América consideran muy interesante y que han planeado adosar a esta audiencia preliminar. Por

ella se resuelven en este momento y en forma definitiva todas esas cuestiones, de modo que el proceso quede, para siempre, saneado de estas objeciones o de posibles nulidades.

Así, si se alega que una persona no es capaz, se resolverá en la audiencia que complete su capacidad, o su personería, o también, que se complete la demanda o la contestación con los elementos necesarios o que se integre la litis, etcétera.

La audiencia preliminar tiene como fin, si no hay conciliación, fijar los puntos en discusión (*el thema decidendum*), de modo que la prueba recaiga sobre ellos. Puesto que es muy posible que, aun cuando las partes no resuelvan todas sus controversias y discrepancias, al menos acuerden ciertos puntos que desde entonces quedarán al margen del juicio, desbrozando el camino.

Asimismo se fija la audiencia final y, en vista de las pruebas pedidas por las partes en sus anteriores escritos (o aun en esta audiencia preliminar), se disponen las medidas necesarias para que se puedan receptor en ella (se designan los peritos, se fija la fecha de una inspección judicial, etcétera).

Es natural que en esta audiencia, como en la de prueba, se deben ejercer los poderes de dirección que el juzgador debe tener y usar en este procedimiento.

El papel protagónico del magistrado, que hemos reclamado, es esencial en las audiencias para ordenar el debate.

6. Conclusiones

Nos permitimos reseñar algunas de las conclusiones que podemos extraer de esta plática.

A. *La realidad latinoamericana*

En Latinoamérica, prácticamente, no existe el proceso oral.

Podemos hacer la excepción de Brasil y de algunas provincias argentinas. En el resto, sólo algún tipo de procesos, como los llamados procesos sociales, en los cuales se ha aceptado la oralidad como forma de obtener una justicia sobre todo más rápida, pero también más eficaz y de carácter tuitivo.

Fuera de estos casos de excepción, sólo encontramos procedimientos escritos.

Creemos que esto se debe al origen histórico que ya hemos descrito y al espíritu burocrático heredado de la Colonia, así como a la resistencia

general a los cambios de cualquier índole que se nota en nuestros países de esencia conservadora.

Todo esto, sin embargo, representa una rémora.

B. Perspectivas y posibilidades de futuro

Hemos sostenido que el proceso oral no es más caro que el escrito; no obstante, como toda reforma de estructura, que necesita ciertos medios para realizarse y sobre todo con la idea general del mayor costo, uno de los factores que frena la reforma, es la consustancial pobreza de nuestros órganos de justicia.

En efecto, si bien los presupuestos dotan de grandes medios y modernas técnicas a los demás poderes del Estado, en general el judicial es el más pobre y carente de elementos de toda índole. Es éste un mal endémico en nuestra Latinoamérica, mismo que ha sido denunciado en múltiples congresos y reuniones, reclamándose soluciones económicas para este importantísimo poder estatal. En general se señala como ejemplo el de Costa Rica, donde un porcentaje del presupuesto nacional se destina invariablemente al poder judicial, el cual lo maneja libremente. En ese país el referido poder tiene los medios necesarios para cumplir sus fines.

En cuanto a los técnicos (abogados), podemos decir que en Latinoamérica los hay en número suficiente como para encarar la reforma. Lo que puede faltar es una mejor preparación de los jueces, lo cual debe ser obra de las facultades de derecho, institutos de investigación, de estudios superiores o de postgrado, etcétera. En ese sentido nuestra prédica debe llevar a crear lo que se ha dado en llamar una escuela de jueces o de preparación de magistrados que, según tenemos entendido, ya funciona, aun cuando en forma incipiente, en vuestro país.

Resulta misión esencial de los juristas colocar al derecho acorde al desarrollo de su época, y no desconocer los cambios y transformaciones. Creemos que constituye una importante y trascendente tarea para todos nosotros el dedicarnos a conocer nuestra realidad judicial latinoamericana, con el fin de perfeccionarla, con lo que haremos un bien a nuestra justicia y, en definitiva, a nuestras democracias. Entendemos que el tema que hemos tratado constituye un aspecto de esta reforma. Sea ésta u otra, lo esencial es mantener el espíritu abierto y vigente para lograr un constante perfeccionamiento de una de nuestras principales instituciones.

III. LOS PRINCIPIOS PROCESALES EN EL CURSO DEL PROCEDIMIENTO.

1. *Tiempo procesal*

A. *Tiempo y proceso*

El proceso es un conjunto de actos que se desarrolla en un lapso determinado. Cuesta tiempo. Ese tiempo significa la demora en obtener un pronunciamiento judicial, desde que las partes reclaman la protección jurisdiccional de sus derechos. Significa también el lapso en el cual dichas partes realizan un esfuerzo, inclusive económico. Es decir aquel durante el cual se producen los gastos que demanda el procedimiento.

En todas las épocas se ha pedido una aceleración del proceso con el fin de ahorrar ese tiempo, esos gastos, ese esfuerzo, o disminuirlo a términos razonables. Dicha reclamación es mucho más vehemente en nuestra época de urgencia, de vida acelerada, en la cual choca, más que nunca, la lentitud de la justicia; en momentos en que factores como la inflación aumentan la denegación de justicia, que implica el solo retardo judicial, aun cuando la sentencia favorezca a quien tiene la razón.

Son muchos los autores que señalan que la justicia lenta no es justicia. Como decía Couture, al cabo de una magnífica página sobre el tema: "el tiempo en el proceso es más que oro, es justicia".

A tal punto se ha llegado a la mencionada conclusión —en el sentido de que la excesiva demora contradice la esencia de la función jurisdiccional—, que se ha erigido en principio constitucional el de obtener la *decisión de la causa en un plazo razonable*. Y varias constituciones, inclusive latinoamericanas, establecen este principio, el cual es recogido por la Convención Europea.

Esto implica, pues, que se considera que la demora excesiva de la justicia implica la violación de derechos humanos de los justiciables.

Resulta, entonces, de gran importancia, el estudio de este tiempo procesal y de los medios de abreviar el desarrollo del procedimiento.

B. *Celeridad procesal*

La tendencia actual, es procurar la aceleración de los procesos. Cuando en 1970, como he referido ya, se reunieron en Bogotá los procesalistas de Iberoamérica, además del tema de las bases para los códigos modelos, procesal, civil y penal, se consideró un tercer tema llamado "El problema de la lentitud de los procesos y sus soluciones".

Es que al lado de los antiguos valores que la justicia realizaba, aparece

el nuevo de la *celeridad* que, como dijimos, se plasma en principios aun de rango constitucional.

Cuando en mi país se discutió recientemente la aprobación de una ley que, en lugar de la tercera instancia, introdujo el recurso de casación, se replanteó este problema teórico. Mientras que el legislador organizó un recurso de casación para todas las materias de carácter ordinario, la doctrina reclamó, en homenaje a la celeridad, la supresión de dicho recurso para ciertos procesos y el establecimiento del carácter extraordinario del recurso, no impidiendo ni la formación de la cosa juzgada, ni la ejecución de la sentencia. El legislador invocaba la necesidad de establecer una nueva revisión por la Suprema Corte, con el fin de asegurar la mejor aplicación del derecho y la unificación de la jurisprudencia. La doctrina invocaba el nuevo valor de la celeridad, frente al mayor perfeccionamiento de la sentencia. Por lo que, sin desconocer la función de la casación, solicitaba ya fuera la reducción de los juicios en los que ésta correspondía, o bien, la ejecución de la sentencia sin perjuicio del recurso, fuera provisional o definitiva, al quitársele el carácter de suspensivo a su introducción.

También en 1974, se aprobó en Uruguay una ley que permite indexar las deudas reclamadas en juicio conforme a los índices del costo de vida, con el fin de paliar los efectos de la demora en los procesos. Es indudable que esta solución constituye un paliativo, pero tiene también sus defectos y peligros.

En definitiva, es la aceleración del proceso la meta indiscutida.

C. *Abreviación y garantías*

Sin embargo, en la búsqueda de la justicia rápida no debemos olvidar las debidas garantías procesales. Puesto que habrá un límite, como veremos luego, en la supresión o disminución de trámites, constituido por aquellos que son imprescindibles para garantizar los derechos de las partes en juicio.

En general y como fórmula sintética, se proclama la garantía del debido proceso legal que requiere que las partes sean oídas, esto es, que tengan la posibilidad del contradictorio y un plazo razonable para ofrecer y producir sus pruebas y esgrimir sus defensas. ("Su día ante el tribunal".)

Luego, en la aplicación de soluciones concretas para cada caso, debemos tener en cuenta ambos principios, el de aceleración y el de mantenimiento de las mínimas garantías indispensables para que pueda entenderse que existe el debido proceso legal que, también, es elevado a rango constitucional, bajo diversas formas. E inclusive se introduce en textos

internacionales, que rigen a distintos Estados, tal como la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, a la que se han adherido todos nuestros países, por lo que constituye derecho positivo en ellos.

D. *La perentoriedad de los plazos*

Los más modernos códigos del área establecen el carácter *perentorio* de los plazos procesales. Esto significa que el ejercicio del derecho o facultad que se deja de usar, se pierde automáticamente al término del plazo concedido por la ley, sin necesidad de petición de parte ni declaración judicial.

Es lo contrario de la no perentoriedad, que es la regla de los códigos tradicionales, régimen en el cual, a pesar del vencimiento, se puede ejercer la facultad hasta que la otra parte efectúe el acuse de rebeldía. Inclusive algunos requieren, luego de ésta, como pedido de parte, una declaración judicial para que caduque aquella facultad o se pierda el derecho.

La doctrina procesal considera que, el impulso de oficio que estudiamos dentro de los poderes del juez y la perentoriedad de los términos, constituyen dos importantes mecanismos complementarios aceleradores del proceso.

Para ser consecuente con todo ello, hubo que imponer, también, una cierta perentoriedad para los plazos que los jueces tienen para dictar sentencia. En efecto, algunos de los modernos códigos del área o leyes especiales han establecido que, transcurrido el plazo fijado por la ley, se produce la *pérdida automática de la competencia*, en consecuencia la sentencia dictada será absolutamente nula. Este sistema ha sido adoptado en el Río de la Plata y funciona en forma correcta. Los tribunales superiores declaran la nulidad de oficio, cuando ella se produjo y se anota en el legajo del juez la circunstancia de que éste ha dejado pasar el término fijado por la ley para pronunciar la sentencia (sea interlocutoria o definitiva).

Este sistema tiende a sustituir, en la legislación universal, al de la imposición de multa al juez moroso (se entiende por tal el que no daba resultados).

2. *Principio de economía*

El principio de economía supone, dentro del desarrollo del proceso, lograr una reducción del esfuerzo y también del gasto. Algunos incluyen, dentro del principio de economía, la de tiempo y, entonces, lo que aca-

bamos de tratar podría estar dentro de él. Se trata, en todo caso, de formas de clasificación, que no alteran la esencia de la cosa.

A. Reducción o supresión de trámites

De acuerdo a la finalidad de aceleración o disminución de tiempo y también a la reducción del esfuerzo que demanda el proceso, de todo tipo, se ha propuesto, ya sea la supresión de trámites superfluos, o bien, la reducción de algunos otros, con tal que no se violen las garantías esenciales del debido proceso.

En ese sentido, la doctrina aconseja las siguientes reducciones o supresiones que algunos códigos más modernos, inclusive en el área latinoamericana, han incorporado parcialmente.

a) *Notificación automática.* Luego que los códigos tradicionales establecen el régimen de notificación a domicilio, modernas leyes introducen la notificación automática, mediante simple nota que pone el actuario en el expediente cuando transcurren determinados días sin que la parte cumpla con la carga de comparecer en la oficina. Algunos códigos establecen la mencionada carga para comparecer ciertos días (martes y viernes, por ejemplo, en Argentina). En Uruguay, la nota se coloca a los tres días de dictada la providencia, la cual queda así notificada automáticamente (se habla de "notificación por nota").

En Venezuela y luego en Colombia, se establece el principio de que *las partes están a derecho*, carga que comienza a partir del primer escrito y en virtud del cual se sustituye la notificación por la fijación de la mención de la resolución en la cartilla del tribunal. Allí es que las partes pueden enterarse de que se ha dictado providencia en sus asuntos, dado que deben *estar a derecho*.

De este modo, prácticamente, se elimina el trámite de la notificación que constituye, en muchos países, uno de los más burocráticos del procedimiento.

b) *Disminución de los recursos.* En ese sentido, ya varios códigos del área, siguiendo lo establecido por la L. E. C. española, determinan que en varios casos el recurso de apelación *sólo tenga efecto devolutivo* y no suspensivo. En algún país, como Argentina, se ha difundido el sistema, parecido, del *recurso de apelación con efecto diferido*. Esto es, para que sea considerado por el tribunal superior oportunamente, cuando el expediente va a la alzada por el recurso contra la sentencia definitiva.

En el mismo sentido se han establecido límites a las apelaciones, suprimiéndose como dijimos, este recurso, en algunos procesos que se organizan en una sola instancia (a veces con recursos de casación).

c) *Disminución del esfuerzo probatorio.* La doctrina señala algunas soluciones para disminuir la tarea de probar que tienen las partes o el propio juzgador, en el proceso, algunas de las cuales han sido recogidas, sea por la jurisprudencia, sea por la legislación. Así se declara que no deben probarse los hechos notorios, concepto que elabora la doctrina. Tampoco los hechos no controvertidos. Asimismo se dispone la validez de la prueba, para el nuevo juicio, del anterior en el que se declaró caducada (perimida) la instancia.

d) Conforme al principio de eventualidad, que luego estudiamos, se dispone que todas *las defensas deben esgrimirse conjuntamente* y que la oposición a las excepciones dilatorias no obsta a contestar la demanda. Esta solución, que la doctrina largamente propició y varios congresos, especialmente argentinos, propusieron, ha sido adoptada en México por el Código de 1932, en Costa Rica por el de 1938 y en Argentina por el de 1967. En todos lados se señala el buen resultado de esta concentración que ha hecho disminuir grandemente la oposición de excepciones dilatorias, que muchas veces tenían por único fin diferir la contestación de la demanda.

e) *La prueba debe pedirse con la demanda y la contestación.* Esta solución ha sido adoptada por los códigos más modernos (como el de Colombia y Brasil), mientras que otro grupo exige, al menos, que se acompañe con dichos escritos toda la prueba documental.

Esta solución, que también se funda en el principio de lealtad que las partes deben adoptar en el proceso, conduce a una simplificación de trámites.

f) *La demanda bilateral,* instituto que proclamó la doctrina argentina y, finalmente, se incorporó al derecho positivo en el Código de la Nación (1967).

Significa la presentación conjunta de la demanda y la contestación, ahorrando así etapas. La doctrina argentina se pregunta: ¿qué motivo racional puede invocarse para exigir que la pretensión esgrimida por el demandante y el derecho de contradicción empleado por su contraria deban ser ejercitados en fases sucesivas y no de manera simultánea, cuando los litigantes se avienen a esta última modalidad? Y al contestar aceptan la institución, que ya existía en Italia para ciertas demandas (artículo 415 C. P. C. italiano).

Y en general se adopta la *supresión de todo trámite superfluo.* Esto, agregado a los poderes del juzgador ya estudiados, que le permiten rechazar incidentes y prevenir nulidades, hace que el procedimiento se ali-gere, convergiendo a hacer efectivo el mencionado principio de economía.

B. Principio de preclusión. Caducidad o perención de la instancia

La preclusión ha sido definida como el efecto, de un estadio del procedimiento, que al abrirse clausura definitivamente el anterior. Esto es, que el procedimiento se cumple por etapas, que van cerrando la anterior, como, según se ha comparado, las esclusas de un canal, que al abrirse la próxima, queda cerrada la anterior y las demás ya recorridas.

Tiene por fin posibilitar el desarrollo del proceso sin retroceder y ordenar el debate.

Según Calamandrei se produce por tres motivos:

a) Por no haberse observado el orden o aprovechado la oportunidad que otorga la ley (vencimiento del plazo, etcétera);

b) Por haberse ejercitado válidamente la facultad (consumación). Y este ejercicio de la facultad es integral: no puede completarse o mejorarse luego, y

c) Por cumplir una actividad incompatible con la otra.

Este sistema de *fases preclusivas* es contrario al de *unidad de vista*, que acepta el sistema alemán, que permite que mientras el tribunal no decide y está en audiencia, las partes pueden alegar nuevos hechos y presentar nuevas defensas.

La preclusión tiene, además, una función saneadora del proceso; así no se pueden ya reclamar las nulidades de las etapas anteriores y quedan saneados los vicios producidos en ellas.

En nuestros países latinoamericanos se acepta este sistema que, también, se adecua al principio de economía, de esfuerzos y también de tiempo.

Aun cuando los códigos rituales no consagran expresamente el régimen de preclusión, sin embargo se da por supuesto mediante la implantación de algunas disposiciones. Y la doctrina ha reconocido el principio extrayéndolo de los códigos, pero a la vez, lo ha extendido y hecho de aplicación a todos los casos, igual que la jurisprudencia. En algunos casos, como veremos enseguida, se establecen ciertos límites a este principio, cuya aplicación indiscriminada, alguna parte de la doctrina considera excesivamente rígida.

Relacionado con este fenómeno, al punto que algunos autores dicen que es la máxima preclusión, está el de la *caducidad o perención de la instancia*, es el cierre del proceso por la inactividad total de las partes.

Este instituto tiene mayor sentido en aquellos procedimientos donde los términos no son perentorios y no hay impulso de oficio, porque con estos dos principios resulta casi imposible que opere la perención.

Los códigos latinoamericanos establecen que luego de un periodo (que va de seis meses a tres años) en que el proceso se paraliza por inactividad de las partes, se produce la caducidad o perención de la instancia. El efecto, en general es, en primera instancia, donde se declara extinguido el proceso aun cuando, como dijimos, en uno nuevo podrán usarse las pruebas producidas. En la segunda instancia se deja firme la sentencia de la primera.

Los códigos latinoamericanos se diferencian en cuanto a que hay algunos en los cuales la perención opera de pleno derecho, *ipso jure*, llegado el término; en otros es necesario que lo pidan las partes, por lo cual se puede operar la "purga de la perención".

En general en los sistemas de plazos perentorios se establece la perención de pleno derecho; en los demás hay variedad de soluciones.

C. Principio de eventualidad

Según este principio, todos los medios de ataque y de defensa deben ejercitarse de una sola vez, utilizando unos para la eventualidad (*aeventum*) de que los otros sean rechazados. Así, si se demanda por más de una pretensión, se hace conjuntamente en forma acumulada, sea conjunta o subsidiaria. Y lo mismo sucede con las defensas. Hemos señalado que se establece en varios códigos latinoamericanos la obligación de presentar de una vez todas las defensas y aun cuando se opongan excepciones dilatorias —que en la mayoría de los sistemas difieren la contestación de la demanda—, se efectúe, conjuntamente, la mencionada contestación. Esta es la aplicación más amplia del principio de eventualidad.

Se parte de la base que el medio de ataque o de defensa, no deducido al mismo tiempo, ha sido renunciado por quien pudo hacerlo valer.

Conforme a este mismo principio se establece, también, que todas las demandas incidentales o proposición de nulidades que existan al tiempo de plantearse una, deben también deducirse conjuntamente, so pena de no poder hacerlo luego. Algunos también consideran aplicación de este principio el sistema de apelación diferida.

Hay quienes entienden este principio igual al de preclusión, pero la mayoría piensa que, si bien están relacionados entre sí, se trata de dos conceptos diferentes.

Este principio, de indudable eficacia para la simplificación y economía en el procedimiento, ha sido considerado demasiado rígido por algunos autores y aun por la legislación. Así, la italiana de 1940 —que ha servido de modelo a nuestros más modernos códigos latinoamericanos— establece un régimen intermedio, llamado *de las preclusiones elásticas*. Por él se faculta al juez, por ejemplo, a admitir la interposición de excepciones o el

ofrecimiento de medios probatorios una vez vencidos los plazos legales establecidos o ya ejercida la facultad, si se dan ciertas condiciones excepcionales a juicio de aquél.

D. *Principio de concentración*

Propende a que toda la actividad del procedimiento se realice en el menor número de actos, que todas las diligencias se efectúen los más próximas entre sí.

Se considera que, con este principio, se evita el inconveniente de la dispersión de los trámites procedimentales. Es natural que con ello se producen dos graves inconvenientes: el juzgador pierde contacto vivencial con la causa, lo que determina que cada petitorio de la parte obligue a un nuevo estudio del expediente; además, en lo que se refiere a la dispersión de las pruebas, el inconveniente es mayor, en cuanto conspira a una correcta apreciación de las mismas.

Es indudable que el máximo de concentración se logra en el proceso por audiencias, que se propugna implantar en Latinoamérica, como hemos dicho.

Inclusive algunos códigos del área, pese a mantener el procedimiento escrito, como el de Colombia y otros, propician la concentración de la etapa de prueba, la que organizan para ser receptada toda en una misma audiencia.

Esta concentración y la realización de audiencias contribuyen al *principio de inmediación*, que propugna por el mayor contacto entre las partes y el juez, como medio de facilitar la más correcta realización de la justicia, como ya hemos explicado.

3. *La Economía de gastos*

A. *El principio de la gratuidad de la justicia y de la ayuda legal a las personas carentes de recursos*

En algunos países se ha proclamado el principio de la gratuidad de la justicia, como medio de lograr una más efectiva igualdad ante los tribunales. En Uruguay se acaba de implantar el régimen de la justicia totalmente gratuita, como un servicio público pagado por el Estado y los impuestos de la colectividad toda.

En los demás países, donde la justicia es pagada, se establece el beneficio de litigar sin gastos para los carentes de recursos, como es el caso de la auxilioria de pobreza que se estableció en la Ley de Enjuiciamiento

Civil española, institución que fue receptada por casi todos los códigos rituales latinoamericanos.

Pero el principio de la gratuidad de la justicia no resuelve el problema de la verdadera igualdad ante los tribunales, pues los que carecen de recursos para litigar, por consiguiente no los tienen para obtener el auxilio y la asistencia de un abogado.

El problema, entonces, tiene más de una faceta. Y justamente el pago de los gastos judiciales es, en casi todos los países, el más insignificante, frente a la obligación de pagar los gastos de abogados (o de abogado y procurador), mucho más elevados.

En consecuencia y desde siempre, se ha encarado esta cuestión y buscado las soluciones al problema.

Un primer sistema, que podemos llamar paternalista, ha sido el de organizar la abogacía y procuraduría gratuitas, como una carga para todos los profesionales a quienes se les obligaba a atender a los pobres por medio de la defensa de oficio. Este principio aparece en casi todos nuestros códigos tradicionales. Asimismo se organiza, más adelante, la defensa de oficio o de pobres, como función pública que brinda el Estado, generalmente. En algunos países, como en Chile, la prestan los colegios de abogados.

Un segundo sistema, más moderno, propicia la organización de la ayuda en forma colectiva, formándose un fondo del cual se paga la asistencia al carente de recursos, el cual puede elegir cualquier abogado. Ya no habrá "abogados de pobres", sistema un tanto odioso por discriminatorio que, en todo caso, colocaba al carente de recursos en situación de inferioridad.

Asimismo se contempla, no sólo la asistencia en juicio (*legal aid*), sino también la consulta (*legal advice*). Así sucede en el sistema implantado en Inglaterra en 1949, en el cual con el certificado, el cliente puede concurrir a cualquier abogado de su elección. Similar sistema existe en los países escandinavos. Un régimen parecido, aunque no tan evolucionado, se organiza en Francia a partir de 1972. Estos regímenes se extienden por la mayoría de los países europeos.

Similar sistema, en un régimen económico-social distinto, que marca algunas diferencias, puede encontrarse en los países socialistas.

La más moderna tendencia, estudiada entre vosotros por el maestro Fix Zamudio, y que sería el tercer sistema, consiste en el de resolver este problema mediante el régimen de seguros sociales. Del mismo modo que se encaran los demás riesgos: enfermedad, vejez, fallecimiento, etcétera.

Sin embargo, en nuestra Latinoamérica no conocemos la implantación

de estos mecanismos y sí la persistencia del sistema tradicional, que se ha dado en llamar paternalista, el del régimen de la auxilioria o beneficio de pobreza y de defensorías de pobres o de oficio. Sólo en algunos sectores, como en el laboral o agrario o de menores, se crean instituciones especializadas en ayuda legal y asesoramiento que, según nuestros informes, no han seguido aún las huellas de los sistemas europeos mencionados.

Enrique VESCOVI