

HUGO ALSINA

TRATADO
TEORICO PRACTICO
DE
DERECHO PROCESAL
CIVIL Y COMERCIAL

SEGUNDA EDICION

I

PARTE GENERAL



EDIAR SOC. ANON. EDITORES

BUENOS AIRES

1 9 5 6

HUGO ALSINA

TRATADO
TEORICO PRACTICO
DE
DERECHO PROCESAL
CIVIL Y COMERCIAL

SEGUNDA EDICION

I

PARTE GENERAL



EDIAR SOC. ANON. EDITORES

BUENOS AIRES

1 9 5 6

ADVERTENCIA

Agotada la primera edición de esta obra, que mereció el Primer Premio de la Comisión Nacional de Cultura a la Producción Jurídica —1941-1943—, nos hemos decidido a preparar esta segunda, cediendo a los requerimientos de estudiosos y profesionales, no obstante el esfuerzo que significa la labor, que por su naturaleza debe ser exclusivamente personal, de recoger y acondicionar en sus páginas el extraordinario material legislativo y los aportes de la doctrina y la jurisprudencia de estos últimos diez años.

Las modificaciones impuestas por la reforma constitucional de 1949 han sido señaladas con la indicación, junto a la nueva, de la anterior numeración de sus artículos, con el objeto de utilizar en cuanto sea posible el acervo doctrinario y jurisprudencial existente. También se han recogido todas las leyes y disposiciones de carácter procesal sancionadas durante ese período, como la ley 12.948, de organización, competencia y procedimiento de la Justicia del Trabajo; la 13.998, sobre Organización de la Justicia Nacional; la 14.237, de reformas al Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Capital Federal; la 14.291, de Caducidad de la Instancia; el Reglamento para la Justicia Nacional, dictado por la Corte Suprema de Justicia el 17 de diciembre de 1952, etc. De sernos posible, en un volumen final nos ocuparemos de los procedimientos en las leyes especiales, como ser Arrendamientos Rurales, Cámaras de Alquileres, Dirección General Impositiva, Aduanas, Patentes y Marcas de Fábrica, etc.

La jurisprudencia ha sido puesta al día, señalándose los pronunciamientos más importantes de los tribunales de la Capital Federal y del interior del país, a cuyo respecto debemos advertir que las citas se hacen con la denominación que el tribunal y el lugar de su asiento tenían al momento

en que las sentencias fueron dictadas, no sólo para conservar un orden cronológico sino para facilitar su búsqueda en los repertorios de jurisprudencia.

Porque nada indicaba la necesidad de variar el plan adoptado originariamente, conservamos en esta edición la misma estructura de la anterior, con las modificaciones impuestas por las circunstancias. Así, algunos capítulos son nuevos (por ejemplo, los referentes a la organización, competencia y procedimiento de los Tribunales del Trabajo); otros han sido reelaborados (como los relativos a la naturaleza jurídica de la acción, teoría de las nulidades, actos jurídicos procesales, organización y competencia de los tribunales de la Capital Federal y de la justicia nacional en las provincias, etc.; y los restantes han sido actualizados hasta el momento de su aparición. Ello ha hecho que el material del primer volumen haya crecido en forma tan considerable que no sería posible incluirlo en uno solo, obligándonos a dividirlo en dos para facilitar su manejo, lo cual determinó a su vez la necesidad de alterar el orden de los capítulos: el nº XIV, relativo a los actos jurídicos procesales de la edición anterior, integra el nº VIII del tomo I de esta segunda edición, el que está dedicado a los principios generales del proceso; y el capítulo VIII de la anterior pasa a ser el nº IX en el tomo II de la presente, dedicado a la organización judicial, la jurisdicción y la competencia. Por la misma razón serán también desdoblados los tomos II y III de la primera edición, pero conservando su distribución anterior.

Las adiciones al texto se han hecho sin alterar, en lo posible, la numeración, pero distinguiéndolas con un sub-número. Así, como ejemplo: Cap. I, nº 20. En general. Nº 20/1. Dispositivo e inquisitivo. Nº 21. Procedimiento oral o escrito. Etc. En la misma forma se ha procedido en las notas cuando no ha sido posible agregarlas a su texto originario.

EL AUTOR.

Buenos Aires, Agosto de 1955.

TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL

ÍNDICE DEL TOMO PRIMERO (*)

Advertencia	7

PARTE GENERAL

CAPÍTULO I

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PROCESAL

FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL ESTADO.	Pág.
1. Concepto de la función jurisdiccional	19
2. Evolución histórica	24
3. Supuestos del ejercicio de la jurisdicción	26
4. Contenido de la función jurisdiccional	28
5. Importancia de la función jurisdiccional	30
 EL DERECHO PROCESAL.	
6. Concepto del derecho procesal	33
7. La norma procesal	35
8. Autonomía del derecho procesal	40
9. Relaciones con otras ramas del derecho	43
10. El procedimiento propiamente dicho	46
11. Evolución del derecho procesal	47
12. Derecho procesal civil y penal	55

(*) Ver al final del tomo sexto el índice alfabético por materias
v la bibliografía.

LA LEY PROCESAL.

13. Nociones previas	56
14. Normas de orden público y de interés privado	57
15. Efectos de la ley procesal en el tiempo	64
16. Efectos de la ley procesal en el espacio	71
17. Aplicaciones de las leyes procesales	80
18. Interpretación de las leyes procesales	84
19. Integración de las leyes procesales	95

SISTEMAS PROCESALES.

20. En general	98
20/1. Dispositivo e inquisitivo	101
21. Procedimiento oral o escrito	109
22. Publicidad o secreto	114
23. Jueces técnicos y jurados	118
24. Pruebas legales y de las libres convicciones	121
24/1. Sana crítica	126
25. Instancia única y doble instancia	130
26. Tribunales unipersonales y colegiados	134
27. Condiciones de un buen régimen procesal	136

LEGISLACIÓN COMPARADA.

28. Alemania	140
29. Austria	145
30. Francia	148
31. Italia	155
32. Inglaterra	167
33. España	182
34. Estados Unidos de Norteamérica	188
35. Brasil	195
36. Otros países	200

CAPÍTULO II

LAS FUENTES DEL DERECHO PROCESAL

FUENTES HISTÓRICAS.

1. Generalidades	205
2. El procedimiento en el derecho romano	208
3. El procedimiento entre los germanos	213

	Pág.
3/1. El proceso romano canónico	216
4. La legislación española	218
5. El derecho colonial	221
6. El derecho patrio	226

FUENTES LEGISLATIVAS

7. Preliminares	229
8. Leyes de organización y procedimiento en la justicia federal	229
9. Leyes de organización y procedimiento en la justicia ordinaria de la capital de la República	233
10. Proyectos de reformas	236
10/1. Leyes 13.998, 14.237 y otras	243

FUENTES CONSTITUCIONALES.

11. Nociones previas	247
12. Igualdad ante la ley	249
13. Supresión de fueros y privilegios	251
14. Juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso	252
15. Juez natural	253
16. Inviolabilidad de la defensa en juicio	253
17. Validez de los actos procesales de una provincia en otra	258

FUENTES SUBSIDIARIAS.

18. La jurisprudencia	261
19. Práctica judicial	284
20. Acordadas de los tribunales superiores	286
21. La legislación comparada	294
22. La doctrina	297

CAPÍTULO III

LA ACCIÓN

NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN.

1. Importancia del estudio de las acciones	299
2. La acción en el derecho romano	305
3. La acción como elemento del derecho. Escuela clásica	307

	PÁG
4. La acción como derecho autónomo. Windscheid, Muther, Wach, Degenkolb	309
5. La acción como derecho potestativo. Chiovenda ...	315
6. La acción como derecho público subjetivo. Goldschmidt	321
7. La acción como función procesal. Carnelutti	322
7/1. Otras concepciones de la acción	325
8. Nuestra opinión	332

ELEMENTOS Y CARACTERES DE LA ACCIÓN.

9. Elementos de la acción	337
10. Acción y excepción	340
11. Influencia del ejercicio de la acción sobre el derecho	342
12. Transmisión de la acción	344
13. Extinción de la acción	346
14. Concurrencia y acumulación de acciones	348

CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES.

15. Concepto	349
16. <i>a) Clasificación de las acciones por su objeto:</i>	
17. Acción de condena	350
18. Acción declarativa	352
19. Acción constitutiva	358
20. Acción ejecutiva	361
21. Acción precautoria	361
22. <i>b) Clasificación de las acciones en razón del derecho que protegen:</i>	
23. Acciones personalísimas, de estado y patrimoniales	362
24. Acciones personales, reales y mixtas	363
25. Acciones mobiliarias e inmobiliarias	368
26. Otras clasificaciones	369
27. Acción civil y acción penal	369

IDENTIFICACIÓN DE LAS ACCIONES.

28. Concepto	373
29. Elementos de identificación	374
30. <i>a) Identidad de sujetos</i>	376
31. <i>b) Identidad de objeto</i>	378
32. <i>c) Identidad de causa</i>	380

CONDICIONES DE LA ACCIÓN.

33. Condiciones de ejercicio de la acción	383
34. Condiciones de admisión de la acción	384
35. a) Derecho	385
36. b) Calidad	388
37. c) Interés	392

CAPÍTULO IV

EL PROCESO

GENERALIDADES.

1. Concepto, contenido y objeto del proceso	399
2. Desarrollo histórico del proceso civil	404
3. Proceso civil y proceso penal	408

NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO.

4. Teoría del cuasicontrato de <i>litiscontestatio</i>	413
5. Teoría de la relación jurídica	416
6. Teoría de la situación jurídica	420
7. Teoría de la pluralidad de relaciones	425
7/1. Teoría de la institución	425

LA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL.

8. Los sujetos de la relación procesal	428
9. Los presupuestos procesales	430
10. Contenido de la relación procesal	432
11. Desarrollo de la relación procesal	441
12. Suspensión de la relación procesal	443
13. Extinción de la relación procesal	446
14. Acción y relación procesal	447

ESTRUCTURA DEL PROCESO.

15. Concepto	447
16. El impulso procesal	448
17. La preclusión procesal	453
18. El principio de contradicción	457
19. La adquisición procesal	459
20. El principio de inmediación	460

	Pág.
21. El principio de concentración	461
22. El principio de eventualidad	462
23. Carga procesal	463

DISTINTAS CLASES DE PROCESOS.

24. En general	464
25. Por el objeto: de condena, declarativos, constitutivos, ejecutivos y precautorios	465
26. Por el modo: de conciliación, arbitraje, voluntarios y contenciosos	465
27. Por la forma: ordinarios, especiales, sumarios	466
28. Por el contenido: singulares y universales	469
29. Omisiones del código de procedimiento	470

CAPÍTULO V

LAS PARTES

PRINCIPIOS GENERALES.

1. Concepto de parte	471
2. Capacidad procesal	475
3. Capacidad de las sociedades civiles y comerciales ,	483

ACTUACIÓN DE LAS PARTES EN EL PROCESO.

4. Límites de actuación de los sujetos procesales	485
5. El deber de veracidad	487
6. Obligación de auxiliar al tribunal	495

SUCESIÓN Y SUBSTITUCIÓN DE PARTES.

7. Concepto	496
8. Fallecimiento de la parte	497
9. Enajenación de la cosa litigiosa	498

REPRESENTACIÓN EN JUICIO.

10. Concepto	499
11. Justificación de la personería	500

REPRESENTACIÓN CONVENCIONAL.

12. Principios generales	504
13. Personas que pueden ejercer la procuración	506

	Pág.
14. Personas exceptuadas del requisito de la matrícula	508
15. Personas que no pueden inscribirse en la matrícula	511
16. Requisitos para la inscripción	512
17. Procedimiento para la inscripción	513
18. Deberes del procurador	514
19. Extensión del mandato	516
20. Ratificación	518
21. Terminación del mandato	519
22. Eliminación de la matrícula y suspensión del pro- curador	522
23. <i>Cautio de rato et grato</i>	523

REPRESENTACIÓN LEGAL.

24. Disposiciones legales	524
25. Personas por nacer	525
26. Menores impúberes o adultos	526
27. Dementes y sordomudos	528
28. Ausentes	528
29. Mujer casada	530
30. Concurados y fallidos	532
31. Condenados	532

CAPÍTULO VI

PLURALIDAD DE PROCESOS

LA ACUMULACIÓN.

1. Proceso y litis	535
2. Concepto de la acumulación	536

ACUMULACIÓN OBJETIVA DE ACCIONES.

3. Antecedentes históricos	538
4. Disposición legal	539
5. 1º) Principio de no contradicción	539
6. 2º) Unidad de competencia	542
7. 3º) Unidad de trámites	543
8. Acumulación indebida	543

ACUMULACIÓN SUBJETIVA DE ACCIONES.

9. Principios generales	544
10. Casos en que procede	546
11. Efectos de la acumulación subjetiva	551

ACUMULACIÓN DE AUTOS.

12. Principios generales	551
13. Casos en que procede	557
14. Procedimiento	559

CAPÍTULO VII

PROCESO CON PLURALIDAD DE PARTES

LITISCONSORCIO.

1. Concepto	563
2. Requisitos procesales	565
3. Efectos entre las partes	567

UNIFICACIÓN DE LA PERSONERÍA.

4. Concepto	571
5. Disposiciones legales	573
6. Casos en que procede	575
7. Procedimiento	576

SUBSTITUCIÓN PROCESAL.

8. Concepto	580
9. Diferencia con otras figuras procesales	581
10. La relación procesal en la substitución	582
11. Procedimiento	583

INTERVENCIÓN DE TERCEROS.

12. Extensión del proceso a terceros	588
13. Legislación comparada	591
14. a) Intervención voluntaria	591
15. b) Intervención obligada	592
16. c) Oposición del tercero	593
17. Códigos de provincias	594
18. La jurisprudencia	596
19. Principios aplicables	601

CAPÍTULO VIII

ACTOS JURÍDICOS PROCESALES

PRINCIPIOS GENERALES.

1. Concepto del acto procesal	604
2. Naturaleza jurídica	606
3. Estructura del acto procesal	608
4. Valoración jurídica del acto procesal	609
5. Clasificación de los actos procesales	613

LAS FORMAS PROCESALES.

6. Concepto de las formas	615
7. Necesidad de las formas procesales	617
8. Regulación de las formas procesales	620

VIOLACIÓN DE LAS FORMAS PROCESALES.

9. Consecuencias de la violación de las formas procesales	625
10. Concepto de la nulidad	627
11. Clasificación de las nulidades	630
12. Sistemas de aplicación	638
13. Sistema de nuestro código	644
14. Quién puede alegar la nulidad	654
15. Interés en la declaración de nulidad	657
16. Cómo puede alegarse la nulidad	661
17. Oportunidad para deducir la nulidad	669
18. Efectos de la declaración de nulidad	670
19. Subsanación de las nulidades	672

ACTOS DE INSTRUCCIÓN DEL PROCESO.

20. Medios de expresión: a) caracteres generales; b) informe <i>in voce</i> ; c) idioma; d) escrito; e) encabezamiento; f) firma; g) cargo	676
21. Medios de comunicación: a) traslado; b) vista; c) copia; d) audiencia; e) juicio verbal; f) mandamiento; g) oficio; h) exhorto	683
22. Documentación: a) expediente; b) agregación de documentos; c) cuadernos de pruebas; d) actas	693

NOTIFICACIONES.

23. Concepto y función de la notificación	695
24. Notificación por cédula	701
25. Notificación personal	716
26. Notificación de oficio	718
26/1. Notificación por telegrama	723
27. Notificación por edictos	725
28. Nulidad de la notificación	729
29. Notificación a funcionarios judiciales	732

TÉRMINOS.

30. Influencia del tiempo en el derecho procesal	733
31. Concepto de los términos	735
32. Función de los términos en el proceso	736

REGULACIÓN DE LOS TÉRMINOS.

33. Disposiciones legales	737
34. Días hábiles	738
35. Horas hábiles	740
36. Sanción de nulidad	741
37. Habilitación de días y horas	742

CLASIFICACIÓN DE LOS TÉRMINOS.

38. Legales, judiciales y convencionales	745
39. Perentorios y no perentorios	747
40. Prorrogables e improrrogables	751
41. Término de ampliación	752
42. Individuales y comunes	753
43. Ordinarios y extraordinarios	754

MODOS DE COMPUTAR LOS TÉRMINOS.

44. Iniciación	755
45. Transcurso	756
46. Vencimiento	757

SUSPENSIÓN E INTERRUPCIÓN DE LOS TÉRMINOS.

47. Concepto	757
48. Fuerza mayor	758
49. Conformidad de partes	758
50. Fallecimiento o incapacidad	759
51. Elevación de los autos al superior	759
52. Falta de entrega de copias en los traslados	760
53. Reapertura del término	760

CAPÍTULO I

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PROCESAL

FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL ESTADO. 1. Concepto de la función jurisdiccional. — 2. Evolución histórica. — 3. Supuestos del ejercicio de la jurisdicción. — 4. Contenido de la función jurisdiccional. — 5. Importancia de la función jurisdiccional. — **EL DERECHO PROCESAL.** 6. Concepto del derecho procesal. — 7. La norma procesal. — 8. Autonomía del derecho procesal. — 9. Relaciones con otras ramas del derecho. — 10. El procedimiento propiamente dicho. — 11. Evolución del derecho procesal. — 12. Derecho procesal civil y penal. — **LA LEY PROCESAL.** 13. Nociones previas. — 14. Normas de orden público y de interés privado. — 15. Efectos de la ley procesal en el tiempo. — 16. Efectos de la ley procesal en el espacio. — 17. Aplicación de las leyes procesales. — 18. Interpretación de las leyes procesales. — 19. Integración de las leyes procesales. — **SISTEMAS PROCESALES.** 20. En general. — 20/1. Dispositivo e inquisitivo. — 21. Procedimiento oral o escrito. — 22. Publicidad o secreto. — 23. Jueces técnicos y jurados. — 24. Pruebas legales y de las libres convicciones. — 24/1. Sana crítica. — 25. Instancia única y doble instancia. — 26. Tribunales unipersonales y colegiados. — 27. Condiciones de un buen régimen procesal. — **LEGISLACIÓN COMPARADA.** 28. Alemania. — 29. Austria. — 30. Francia. — 31. Italia. — 32. Inglaterra. — 33. España. — 34. Estados Unidos de Norteamérica. — 35. Brasil. — 36. Otros países.

Función jurisdiccional del Estado (1)

1. Concepto de la función jurisdiccional

a) Cualquiera sea la concepción política a que su estructura responda, se define el Estado como la organización jurí-

(1) CARNELUTTI, *Sistema del derecho procesal civil*, nos. 2 y sig.; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, pág. 309; *Id.*, *Instituciones del derecho procesal civil*, nº 136; DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho*, págs. 187, 305, 424 y 443; FILOMUSI-GUELFI, *Enciclopedia giuridica*, pág.

dica de un pueblo dentro de un territorio determinado. Un conjunto de individuos podrá constituir una comunidad, pero en ella cada persona conserva su autonomía y aplica sus actividades a la obtención de sus propios fines. Para que el Estado surja es necesario que esas actividades estén condicionadas por la ley y que por sobre ellas exista un poder capaz de mantenerlas dentro de los límites que esa organización supone, mediante los atributos necesarios para la realización de los fines colectivos. Es así como en el Estado moderno pueden distinguirse tres funciones primarias: 1ª) la determinación del orden jurídico mediante la creación de normas de derecho para regular las relaciones entre los individuos; 2ª) el mantenimiento de ese orden jurídico, restableciéndolo cuando fuere alterado; 3ª) la satisfacción de las necesidades de seguridad, cultura y bienestar general. El derecho político atribuye estas funciones a los tres poderes que conjuntamente realizan los fines del Estado: legislativo, judicial y ejecutivo.

b) En ejercicio de su función legislativa el Estado dicta reglas de conducta a que deben sujetarse los individuos en los diversos aspectos de su actuación ⁽²⁾. El derecho obje-

660; JOFRÉ, *Manual de procedimiento civil y penal*, t. 1, pág. 5; Kelsen, *Teoría general del Estado*; RADBRUCH, *Introducción a la ciencia del derecho*, pág. 154; Rocco, *La sentencia civil*, pág. 10; SAUER, *Filosofía jurídica y social*, págs. 235 y 269; STAMMLER, *Filosofía del derecho*, págs. 40, 49, 77, 336 y 351; MARTÍNEZ PAZ, *Filosofía del derecho*, pág. 387; COSSIO, *El problema de la coerción jurídica y su estado actual*; id., *El derecho en el derecho judicial*; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y defensa*; CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo (Studi in onore di Redenti*, t. 2, pág. 693).

(2) El Estado, dice RADBRUCH, no sólo es fuente del derecho, sino también, y al propio tiempo, un producto jurídico, pues deriva su constitución, y con ella su existencia jurídica, del derecho político o constitucional. Mas, comoquiera que esta constitución del Estado es asimismo una ley estatal, nos hallamos frente a una contradicción aparentemente insoluble, a saber: que el Estado tiene como supuesto al derecho estatal, y viceversa, el derecho estatal tiene como supuesto al Estado. Es que en verdad Estado y derecho estatal no son algo distinto, no consti-

tivo se nos presenta entonces como un conjunto de disposiciones que organizan la familia, reglamentan la propiedad, establece el régimen de los contratos, de las sucesiones, etc., todo lo cual constituye el llamado derecho substancial o de fondo contenido en los códigos civil, comercial, etc. Pero, desde el punto de vista lógico, el derecho presenta, además, dos elementos, uno formal, que permite identificar la norma jurídica frente a otros preceptos de convivencia social (morales, buenas costumbres), y otro material, mediante el cual distinguimos, por su contenido, un precepto jurídico de otro precepto jurídico (civil o comercial o penal). El elemento formal es constante y caracteriza a toda norma jurídica en cualquier tiempo y lugar, independientemente de su contenido (por eso se dice que es un concepto *a priori*), mientras que el derecho material o substancia concreta varía en el tiempo y en el espacio (su conocimiento es entonces *a posteriori*). A su vez, el concepto formal del derecho presenta los siguientes caracteres: es una *voluntad* (o, mejor dicho, la expresión de un querer), que por no pertenecer al mundo físico, sino al de la acción, no se determina según el principio de causalidad, sino por las aspiraciones o fines colectivos; esa voluntad es *vinculatoria*, porque, a diferencia de la moral que corresponde al fuero interno de los sujetos, regula su actividad externa en cuanto ella se entrelaza con la actividad de otros sujetos; es, además, *autárquica*, porque

tuyen causa y efecto, sino una sola y misma cosa mirada desde diversos puntos de vista, dos aspectos tan íntimamente unidos como un organismo y su organización (*Introducción*, pág. 45). Sobre la cuestión de saber si el derecho precede al Estado o el Estado debe al derecho la extensión y límites de su poder de mando, de qué manera están ligados el Estado y el derecho y cómo son posibles los derechos de los individuos frente al Estado, véase: RADBRUCH, *Filosofía del derecho*, pág. 237; JELLINEK, *Teoría general del Estado*, pág. 364; DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho*, t. 1, pág. 305; STAMMLER, *Filosofía del derecho*, pág. 340; CARNELUTTI, *Sistema*, nos. 6 y sig. Kelsen elimina el problema identificando el derecho con el Estado (*Teoría general del Estado*, cap. III).

se impone con prescindencia de la voluntad y aun contra la voluntad del sujeto, en tanto que la regla moral vale sólo en cuanto la conciencia del sujeto la admite; es *inviolable*, porque la norma jurídica rige aunque no se la respete, y por eso ha podido decirse que el derecho nunca brilla con más fulgor que cuando se intenta violarlo (3). Por el contrario, la substancia concreta, como contenido variable, no ofrece caracteres constantes, y depende de la naturaleza de las relaciones que regula, según la particular apreciación de cada pueblo. Una norma reglamentaria de las relaciones de familia será jurídica (y no moral o convencional) en tanto presente los caracteres formales del derecho (4), pero las relaciones entre los esposos, las causales y efectos del divorcio, la patria potestad, etc., están legisladas de diferente manera en los distintos códigos.

c) Del carácter autárquico del derecho se deduce que debe ser dictado por alguien extraño a los sujetos a quienes se va a aplicar, y que no requiere ser promulgado por la conciencia de éstos (5). Vale y se impone independientemente de todo juicio subjetivo, y por eso se dice que el derecho tiende a su actuación. La norma jurídica, en efecto, no sólo contiene una regla abstracta de conducta, a la que los sujetos deben conformar sus actos, sino que lleva implícito un mandato (permisivo, imperativo o prohibitivo). Ello supone, entonces, la posibilidad del empleo de la fuerza, o sea el

(3) STAMMLER define el derecho desde el punto de vista formal como un querer vinculatorio, autárquico e inviolable, y al derecho material como la regulación jurídica de aspiraciones concretas. Pero no son conceptos independientes, sino dos aspectos del fenómeno jurídico: toda norma que regule una actividad humana será jurídica cuando presente los caracteres formales del derecho.

(4) El art. 266 del cód. civ., según el cual los hijos deben respeto y obediencia a sus padres, no obstante su ubicación, no es una norma jurídica, sino un precepto de moral, porque le faltan los caracteres de autarquía e inviolabilidad.

(5) Por eso KELSEN expresa que la regla moral es autónoma, mientras que el derecho es heterónomo.

principio de coercibilidad, porque el derecho sólo puede convertir en realidad las aspiraciones concretas en cuanto dispone del poder bastante para imponerlas (*). Por consiguiente, no se limita el Estado a establecer el derecho, sino que garantiza su cumplimiento, y éste es el contenido de la función jurisdiccional.

d) Cuál sea el fundamento de este carácter autárquico del derecho, es materia de discusión en la doctrina. Se ha dicho que el derecho es un orden coactivo al servicio de la moral, un medio de hacer a ésta efectiva, pero ello importa volver a la confusión entre moral y derecho, considerando a éste como un mínimo de ética. También se ha pretendido fundarlo en el principio de seguridad jurídica, con lo cual se incurre en una petición de principio, porque habrá primero que explicar de dónde se deriva la seguridad jurídica. Para otros, el fundamento se encuentra en el bien común, pero como éste tampoco es un concepto definido, no es posible hallar en él un fundamento lógico. También se dice que se encuentra en el principio de justicia, puesto que el derecho tiene por objeto la realización de la justicia; sin embargo, no puede confundirse lo justo con lo legal, porque son conceptos que no siempre coinciden. Sólo puede afirmarse que el derecho es un medio indispensable para hacer posible la convivencia social, y que esto es lo que justifica su coercibilidad (†).

e) En virtud de su función ejecutiva o administrativa, el Estado se substituye a los individuos en la satisfacción de los intereses colectivos, que aunque en último término

(*) STAMMLER, pág. 188; Cosso, pág. 14. La moral, dice RAOBRUCH, conoce sólo obligaciones, pero no pretensiones ni facultades; crea deberes, pero no deudas. Por el contrario, frente al obligado jurídicamente hay siempre un sujeto pretensor, jurídicamente autorizado, que exige; frente al deudor hay siempre un acreedor. La moral es incoercible, mientras que el derecho sin coerción no es derecho (*Introducción*, pág. 12).

(†) STAMMLER, pág. 283.

también satisfacen necesidades individuales, sólo pueden realizarse mediante su intervención: mantenimiento de la paz interna, defensa exterior, obras públicas, etc. Bajo este aspecto, el Estado desarrolla una actividad autónoma, pero no por eso arbitraria, ya que también está regulada por normas legales que constituyen el derecho administrativo y no escapa, como veremos, al control de su propia función jurisdiccional.

2. Evolución histórica.

a) El derecho, como producto social, ha existido en todos los tiempos, pero su forma de protección fué variando progresivamente, a medida que las costumbres evolucionaban y se desarrollaban los conceptos jurídicos. Ninguna duda cabe que en los primeros tiempos de la historia su defensa era una función privada, en la que la fuerza constituía el factor decisivo. La intervención de familiares cuando la familia comenzó a consolidarse, facilitó más tarde la solución de las querellas mediante la conciliación, y probablemente cuando esto no era posible se sometía a la decisión de terceros (*ex aequo et bono*), naciendo así el arbitraje. A veces el vencido no se avenía a cumplir la sentencia, lo que obligaba nuevamente al empleo de la fuerza, y por eso cuando por la agrupación de familias aparecieron los primeros núcleos sociales, fué natural que para mantener la tranquilidad en ellos, se atribuyese a quien en calidad de jefe se había conferido la dirección militar y política, la facultad también de administrar justicia. Esto explica cómo los reyes de la primitiva Roma eran, además de jefes, grandes sacerdotes y magistrados. Del jefe de tribu, esa facultad pasó al príncipe, quien terminó por considerarla un atributo de su persona, y de ahí derivó a la soberanía del Estado moderno. Existe, por lo tanto, en la defensa del derecho, una

substitución de la actividad individual, no voluntaria sino necesaria, por el Estado, cuando la norma jurídica resulta insuficiente por sí misma para imponer solución al conflicto. Una vez que el Estado ha impuesto su autoridad, la realización de los intereses individuales pasó a ser una función esencialmente pública, limitándose paralelamente la defensa privada. El derecho, de regla empírica se transformó en norma legal; pero mientras no logre constituirse en sentimiento, a lo que probablemente nunca llegará la humanidad, la intervención del Estado será siempre indispensable para hacerlo efectivo. Y aun así, tal vez no pudiera prescindirse de esa intervención, porque, a pesar de no haber conflictos de intereses, podría haber un estado de incertidumbre en la existencia o interpretación del derecho, y a él le correspondería entonces fijar la situación jurídica de los sujetos, mediante la llamada sentencia de mera declaración.

b) Existen todavía, en el derecho positivo, rastros de esta evolución, que se advierten principalmente en los casos en que, por diversas circunstancias, es permitido prescindir de la intervención del Estado y hacerse justicia por mano propia. Así, está autorizada la legítima defensa en materia penal (cód. pen., art. 34, inc. 6º); el empleo de la fuerza para proteger la posesión recobrándola de propia autoridad (cód. civ., art. 2470); el derecho de cortar las raíces de los árboles del fundo vecino que se extienden al nuestro (cód. civ., art. 2639); y hasta la *exceptio non adimpletus contractus* (íd., art. 1201), el derecho de retención (íd., 3939), la facultad que tienen las sociedades anónimas de vender las acciones no integradas oportunamente (cód. com., art. 333), no son sino formas derivadas de la autodefensa. Pero es de advertir que aun en estos casos el Estado se halla presente, pues los permite y reglamenta, estableciendo condiciones: la legítima defensa, como el empleo de la fuerza para la protección de la posesión, requieren en quien las invoca para

excusar las consecuencias de sus actos, un estado de necesidad, y la imposibilidad de que el auxilio del Estado llegue en momento oportuno.

3. Supuestos del ejercicio de la jurisdicción.

a) Sin embargo, el Estado no actúa sino en presencia de determinadas circunstancias, que constituyen los supuestos de la jurisdicción y que explican, entre otros principios del derecho procesal, la regla según la cual, en el proceso civil, los jueces no proceden de oficio.

b) Cuando las personas conforman su conducta en sus relaciones jurídicas a los preceptos de la ley, ninguna alteración se produce, y se dice entonces que la norma se cumple por el solo imperio de su fuerza moral. Pero en caso contrario, es decir, cuando a la pretensión de una parte se opone la resistencia de otra, sea porque se niegue su legitimidad o porque contra ella se alegue una pretensión contraria, se produce un estado que se llama de litis o controversia. Todo litigio supone un conflicto de intereses, cuyo contenido puede ser de diversa naturaleza, como diferente su posición en orden de valores. Sujetos del litigio pueden ser dos o más individuos, en cuyo caso se afectan intereses de orden privado; pero también la litis puede surgir entre un individuo y la comunidad, afectándose entonces intereses colectivos.

c) En este segundo supuesto, según sea la importancia de la lesión inferida al interés colectivo, o la prevalencia que a este mismo interés se asigne frente al interés privado, el Estado puede intervenir para restablecer el orden jurídico, aun cuando ningún requerimiento se le hubiera hecho en ese sentido. Tal ocurre, por ejemplo, cuando se viola una norma del derecho penal: el hecho que constituye la violación podría fundar una pretensión del derecho privado (restitución de la cosa robada, indemnización de daños y perjuicios),

pero afecta principalmente un interés colectivo, porque el delito es un fenómeno social que lesiona el orden público. No obstante, la intervención del Estado en ciertos casos está supeditada a la acción del individuo, como sucede en los delitos dependientes de instancia privada (cód. pen., art. 72; violación, estupro, rapto, etc.), y más aún, esa intervención puede cesar en cualquier momento por voluntad del individuo, como en los delitos de acción privada (cód. pen., art. 73; adulterio, calumnias e injurias, violación de secretos, etc.).

d) Tratándose de intereses privados, el litigio puede solucionarse de diversas maneras antes de ser necesaria la intervención del Estado. Excluida la violencia, por propia lógica, ya que en ella no prima la fuerza de la razón sino la razón de la fuerza, el medio más adecuado para solucionar el conflicto es, desde luego, la sumisión voluntaria del obligado, y entonces el restablecimiento del orden jurídico se obtiene por el reconocimiento de la obligación. Aun cuando ello no ocurra, si las fuerzas morales son equilibradas, el acuerdo puede sobrevenir sin dificultad, y la solución se obtiene bajo la forma de un contrato: la transacción ⁽⁸⁾. Puede ocurrir que, no obstante haber acuerdo en principio para buscar una solución pacífica, no lo haya sobre la cuestión misma, y entonces suele delegarse en terceros, que dirimen la contienda por medio del arbitraje. Sólo cuando no hay acuerdo ni sobre los hechos ni sobre el modo de solucionar el conflicto puede decirse que no queda otro medio que la intervención del Estado, a fin de que por los órganos que ejercen su función jurisdiccional lo resuelvan conforme a la ley. De donde resulta que la violencia viene a ser, por paradoja, la forma primaria y última de protección del derecho, sólo que en el primer caso es ilegítima, porque es el individuo quien la emplea contra la sociedad, en tanto que en el

(8) La transacción tiene, para las partes, la autoridad de cosa juzgada (cód. civ., art. 850).

segundo es la sociedad quien la emplea contra el individuo, poniéndola al servicio del derecho.

e) La actuación de la voluntad del legislador expresada en la ley, mediante la intervención de los órganos jurisdiccionales del Estado, no es, como surge de lo expuesto, una actividad complementaria, sino una forma extrema de solución del conflicto. Únicamente en defecto de medios pacíficos, y tratándose de litigios en que su intervención inmediata no se justifica por la naturaleza del interés lesionado, el Estado toma a su cargo la protección del derecho, pero sólo a requerimiento de parte. Es así que, según veremos, el proceso civil no se inicia de oficio, y que aun en su tramitación prima el principio dispositivo según el cual a las partes corresponde el impulso del procedimiento.

4. Contenido de la función jurisdiccional.

a) Las normas establecidas en las leyes de fondo carecerían de eficacia si al sancionarlas el Estado no crease los órganos necesarios para hacerlas efectivas cuando en los casos concretos se requiriese su intervención, ya que, por su propia naturaleza, no puede actuar por sí mismo, y necesita delegar esas funciones en personas físicas. Este primer aspecto de la función jurisdiccional comprende la determinación y número de los jueces, condiciones exigidas para desempeñar el cargo, forma de designación, número de instancias, nombramiento de los auxiliares del tribunal, etc., todo lo cual constituye, en conjunto, lo que se designa con el nombre de administración de justicia, o sea el poder judicial.

b) No basta, sin embargo, crear el órgano, sino que es necesario también fijar sus atribuciones y deberes, estableciendo los límites de su actuación, porque si se les otorgase amplia libertad, los jueces acordarían o negarían su intervención, según los dictados de sus sentimientos, y en esa

forma no sólo se frustraría el propósito que se tuvo en cuenta al instituirlos, sino que la arbitrariedad sería la regla. La función judicial es un poder, pero también es un deber, y la ley debe determinar los casos y las condiciones en que puede exigirse su ejercicio. Por otra parte, los particulares nunca tendrán la seguridad de haber concurrido ante el juez que correspondía hacerlo, con la consiguiente pérdida de tiempo y gastos, ya que ese juez podría negarse a intervenir y aquéllos se verían obligados a postular de tribunal en tribunal. Este segundo aspecto de la función jurisdiccional comprende la regulación de la competencia de los jueces, mediante la cual es posible saber, en presencia de un caso concreto, a qué tribunal corresponde el conocimiento de la litis.

c) Por último, la actuación de las partes y del propio juez tampoco pueden quedar libradas a su arbitrio, porque la aplicación de la norma substancial resultaría entonces condicionada por las contingencias del proceso. Será necesario, por ello, introducir el orden en los debates para asegurar la defensa en juicio y proteger a las partes contra los excesos del contrario o del juez. A ese fin, el Estado organiza el procedimiento ⁽⁹⁾ a que deben someterse las partes y el juez en

(9) Las leyes de procedimiento difieren de las de organización y competencia de los tribunales, en que éstas tienen un contenido preferentemente estático, es decir, estructuran uno de los poderes del Estado, en tanto que aquéllas tienen un contenido funcional o dinámico porque regulan su *modo y condiciones* de actuación. Es por eso que tradicionalmente se las legisla por separado, y así en Francia el cód. de proc. civ. se promulgó el 24 de abril de 1806 y la ley orgánica el 20 de abril de 1810; la primera ley de enjuiciamiento civil española es de 5 de octubre de 1855, y la ley orgánica de 15 de septiembre de 1870; en Italia se sancionó la ley de procedimiento el 2 de junio de 1865, y la de organización el 6 de diciembre del mismo año. Igual ha ocurrido entre nosotros: la ley orgánica de la justicia federal n° 27 (sucesivamente modificada) se sancionó el 16 de octubre de 1862; la de competencia, n° 48 (también modificada), el 14 de septiembre de 1863, y la de procedimiento, n° 50 (igualmente modificada), en la misma fecha

la tramitación del proceso, para que la sentencia que vaya a dictarse sea válida y produzca los efectos normales de la cosa juzgada.

d) Puede decirse, por consiguiente, que, en resumen, el Estado cumple su función jurisdiccional de tres maneras: 1º) organizando la administración de justicia; 2º) determinando la competencia de los tribunales que la integran; 3º) estableciendo las reglas de procedimiento a que deben sujetarse los jueces y litigantes en la substanciación de los procesos.

5. Importancia de la función jurisdiccional.

a) La función jurisdiccional es la que mejor define el carácter jurídico del Estado. Algunos pretenden que ella puede asimilarse a la legislativa en cuanto en ausencia de una norma legal el juez crea el derecho, o a la administrativa en cuanto aplica la ley; pero con sólo enunciar sus caracteres diferenciales se pone en evidencia que se trata de una función específica.

b) Mediante su actividad legislativa, el Estado provee a la tutela de los intereses individuales y colectivos, estableciendo reglas generales de conducta para los individuos y la suya propia; pero las normas de derecho no son creaciones arbitrarias del legislador, sino el producto de una evolución

La ley orgánica de los tribunales de la capital federal, nº 1893 (que derogó la ley 1144), es del 12 de noviembre de 1886, y por ella se adoptó el código de procedimiento vigente en la provincia de Buenos Aires sancionado el 18 de agosto de 1880. Pero eso no quiere decir que se trate de instituciones desvinculadas, sino que, por el contrario, es imposible legislar en una materia prescindiendo de los principios contenidos en la otra, a menos que se trate de reformas que no alteren fundamentalmente el régimen procesal, como ha ocurrido entre nosotros. La ley 11.924 es de organización, competencia y procedimiento de la Justicia de Paz de la Capital Federal; la ley 12.943 lo mismo respecto de la Justicia del Trabajo.

lenta en la conciencia de los pueblos, de tal manera que **preexisten** a la ley, la cual no hace sino otorgarles el carácter de obligatoriedad de que antes carecían; el legislador no las crea, sino que las consagra ⁽¹⁰⁾. El derecho es un estado de hecho que, en un momento determinado, se considera justo, pero que, a través del tiempo, puede llegar a ser injusto, en cuyo caso el legislador modifica la norma ⁽¹¹⁾. En cambio, en la función jurisdiccional, el Estado obra con personalidad propia, porque la actividad que en ella desarrolla es una emanación directa de su soberanía. La aplicación de la norma abstracta al caso concreto supone un juicio lógico mediante un silogismo: la premisa mayor está dada por la norma, la menor es la relación de hecho de que se trata, la conclusión es la aplicación de la norma al caso concreto, es decir, que constituye una actividad pura. Sin embargo, desde un punto de vista integral del derecho, esa actividad es complementaria con relación a la legislativa, dado que, por su intervención, se hace efectiva la voluntad del legislador contenida en la norma.

c) En la función administrativa también el Estado se substituye a la actividad individual, pero mientras la jurisdicción tiene por objeto la tranquilidad social por el mantenimiento del orden jurídico que determina los derechos

(10) STAMMLER, *Tratado*, pág. 131.

(11) Por eso dice IHERING que la justicia es el fin y el derecho es el medio. El derecho envejece, porque los conceptos evolucionan y llega un momento en que la justicia se le opone: el derecho resulta injusto. La reforma se impone, pero mientras ella llega es necesario armonizar el derecho con el nuevo estado de hecho, y ésa es la función de la jurisprudencia (*La lucha por el derecho*, Madrid, 1912). Si bien el legislador, dice RADBRUCH, puede dar a sus determinaciones el contenido que le plazca, sin embargo sólo puede proporcionarles vigencia jurídica en tanto no las aleje demasiado de la realidad, de la vida popular. En caso contrario, el pueblo dejaría de seguirle y le negaría su obediencia porque una ley solamente puede estar vigente cuando puede contar con que será efectivamente cumplida en la mayoría de los casos en que proceda su aplicación (*Introducción a la ciencia del derecho*, pág. 7).

y las obligaciones de los individuos, tutelando en consecuencia intereses privados, en aquélla el Estado provee a sus propios intereses, que son los de la colectividad, es decir, que no desarrolla una actividad jurídica, sino meramente ejecutiva.

d) La función jurisdiccional se ejerce mediante los órganos creados para ese efecto, o sean los jueces, quienes, por medio de la sentencia, previo el conocimiento de los hechos, aplican el derecho al caso concreto que se les somete. La sentencia es así, como concepto primario, el acto por el cual el Estado resuelve, con carácter definitivo, una controversia entre partes, y para ello está investida, entre otros caracteres, de la autoridad de la cosa juzgada y de la fuerza ejecutoria. En virtud de la primera, las decisiones de los jueces no pueden ser nuevamente discutidas por las mismas partes, porque interesa a la tranquilidad social que los litigios no sean sucesivamente renovados. En virtud de la segunda, el Estado pone el auxilio de la fuerza pública a disposición del vencedor para obligar al vencido al cumplimiento de la sentencia, substituyéndose a su actividad si no lo hiciera voluntariamente. Por esos dos caracteres la sentencia del juez se asemeja a la ley: es la ley aplicada al caso concreto.

e) Pero donde más vivamente se advierte la importancia de la función jurisdiccional es en la protección que mediante ella logran las garantías individuales (11/1). No solamente cada uno de los institutos procesales importa el des-

(11/1) CALAMANDREI, *Proceso y justicia* (Rev. Der. Proc. (A), 1952, 1, pág. 27; *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale*, Padova, 1953, pág. 22; *Riv. Dir. Processuale*, octubre-diciembre 1950, pág. 273); COUTURE, *Las garantías constitucionales del proceso civil* (en *Estudios en honor de Hugo Alsina*, B. Aires, 1945, pág. 151; y en *Estudios de derecho procesal civil*, B. Aires, t. 1, pág. 19); *id.*, *El "debido proceso" como tutela de los derechos humanos* (La Ley, t. 72, pág. 802); LINARES, *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, B. Aires, 1943; SATTI, *La tutela del diritto nel processo* (*Riv. Dir. Processuale*, 1951, pág. 20); AYASTA GONZÁLEZ, *Fuentes del de-*

envolvimiento de un precepto de la Constitución, sino que aun aquellos que no han tenido en la ley procesal su tratamiento correspondiente, deben hacerse efectivos por los jueces, obligados como están a aplicar en primer término la ley suprema del Estado (^{11/2}). Una garantía o un derecho que carezcan de esa protección no pasan de la categoría de meras declaraciones líricas, porque quedan supeditadas al respeto gracioso de quien ejerce la autoridad o se apoya exclusivamente en la fuerza; la falta de protección jurídica es la negación del régimen jurídico.

El derecho procesal (¹²)

6. Concepto del derecho procesal.

a) Correspondiendo al Estado resolver las controversias entre particulares cuando éstos no logren una solución pa-

recho público y privado, Lima, 1949; BARTOLONI FERRO, *Acerca de los principios fundamentales del proceso penal* (Rev. Der. Proc. (A), 1948, I, pág. 53); DE LA RUESTRA, *La garantía constitucional del "debido proceso"* (Jurisp. Arg., 1955-II, sec. jurisp. extr., pág. 3); NÚÑEZ, *El origen de la ley y la garantía de la legalidad* (La Ley, t. 54, pág. 305).

(^{11/2}) Las garantías constitucionales, ha dicho la Corte Suprema, deben ser hechas efectivas por la autoridad judicial aunque no se hayan dictado las leyes reglamentarias respectivas (*Fallos*, t. 29, pág. 148; t. 185, pág. 317). Ver también: COUTURE, *Interpretación de las leyes procesales* (Rev. Esc. Nac. de Jurisprudencia, México, julio-septiembre 1949, pág. 109). La protección que la Constitución nacional dispensa al bien de familia, de cuya institución por aquélla sin someterla a condición alguna no puede haber duda, no es solamente contra los extraños o terceros, sino también contra sus propios integrantes, a fin de salvaguardarlo de las contingencias de la negligencia, errores o malicia de éstos. Aunque no se haya dictado la ley que determine las características y reglamento la organización del bien de familia instituido por la Constitución nacional, no puede omitirse la aplicación de las cláusulas de ésta relativas al mismo, al resolver los problemas jurídicos a él atinentes (Cám. Nac. Apel. Civ., Jurisp. Arg., 1955-I, pág. 195).

(¹²) CARNELUTTI, *Sistema del derecho procesal civil*, n° 26; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, pág. 100; *id.*, *Institu-*

cífica, ha debido para ello, según hemos visto, crear órganos especiales, fijar sus atribuciones y establecer las reglas de actuación.

b) Al prohibir a sus súbditos hacerse justicia por mano propia, el Estado asume la tutela de sus derechos arrojándose la *jurisdicción* (*iurisdictio*, declarar el derecho), y, consecuentemente, ha reconocido en aquéllos la facultad de requerir su intervención en los casos en que sus derechos sean lesionados, lo cual constituye la *acción*. La acción persigue, pues, un acto de jurisdicción por parte del Estado: al exigir el cumplimiento de una obligación, se aspira a que el obligado entregue algo de su patrimonio, ejecute un acto o se aclare una situación incierta; pero, procesalmente, lo que se pretende es el restablecimiento del orden jurídico, circunstancia que caracteriza a esta actividad como una función de derecho público.

c) La acción importa la afirmación de una pretensión jurídica, y ello supone la alegación y prueba de los hechos. Al juez, corresponde la recepción de las pruebas, la determinación de la norma que regula la relación de derecho invocada y su aplicación al caso concreto. Es decir, una serie

ciones de derecho procesal civil, nº 23; KISCH, *Elementos de derecho procesal civil*, pág. 12; GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, pág. 7; ROCCO, *La sentencia civil*, nº 32; MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2ª ed., pág. 4; MIGUEL Y ROMERO, *Principios de derecho procesal civil*, t. 1, pág. 9; BELLAVITIS, *Diritto processuale civile*, pág. 1; MIGUEL FENECH, *Note introduttive allo studio del diritto processuale* (*Studi in onore di Carnelutti*, t. 2, pág. 295); SILVA MELERO, *Derecho procesal. Notas para su estudio* (*Rev. General de Leg. y Jurisprudencia*, Madrid, 1934); LIEBMAN, *Corso di diritto processuale civile*, pág. 20; L. PRIETO CASTRO, *En defensa de la ciencia o meditaciones en ocasión del código italiano de 1942* (*Studi in onore di Redenti*, t. 2, pág. 185); CARNELLI, *El conceptualismo y el derecho procesal* (*La Ley*, t. 51, pág. 968); Íd. *Posibilidades de la fenomenología en la ciencia procesal* (*Rev. derecho procesal* (A), 1954, t. I, pág. 25). COUTURE, *Algunas proposiciones fundamentales de Derecho Procesal Civil* (*Rev. der. procesal* (A), 1954, t. I, pág. 289); COSTA, *Manuale di diritto processuale*, TORINO, 1955, pág. 3.

de actos ejecutados por las partes y el juez, que, en conjunto, constituyen el proceso.

d) Por consiguiente, el derecho procesal es el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las leyes de fondo y su estudio comprende la organización del Poder Judicial, la determinación de la competencia de los funcionarios que lo integran y la actuación del juez y las partes en la substanciación del proceso.

7. La norma procesal ⁽¹³⁾.

a) Las relaciones de hecho entre los hombres se transforman en relaciones de derecho en cuanto están regidas por una norma jurídica. El derecho no es sólo un orden normativo, sino que atribuye a un sujeto una pretensión frente a otro sujeto, al cual por esto mismo se señala un deber jurídico. Por eso toda norma de derecho consta, en primer término, de una regla, que traduce un estado de conciencia colectivo y a la que debe ajustarse la conducta humana; pero esa regla no está dada por el legislador con carácter persuasivo o doctrinario, sino impuesta imperativamente, es decir, constituye una orden; toda orden supone la posibilidad de hacerla cumplir, aun contra la voluntad de los sujetos, y de allí que la norma contenga también la garantía de su eficacia. Regla, orden, garantía, son, por lo tanto, los tres elementos de la norma jurídica. La garantía no siempre importa una coacción, pues a veces consiste en la promesa de un beneficio, que actúa como estímulo para la ejecución del

(13) CARNELUTTI, *Sistema*, nos. 27 y 157; Rocco, pág. 22; STAMMLER, págs. 110 y 277; MARIO A. COPELLO, *La sanción y el premio en el derecho* (B. Aires, 1945). Ver el interesante comentario a esta obra por LORENZO CARNELLI, en *La Ley*, t. 43, pág. 117. ARAUZ CASTEX, *Sistematización de las sanciones en derecho civil* (Rev. Fac. Derecho y C. Sociales), Santa Fe, 1954, nº 80-81, pág. 5.

acto; así, la mujer casada sólo puede reclamar alimentos al marido a condición de que habite en el domicilio conyugal. Hay que distinguir entonces, en la sujeción jurídica, la carga de la obligación. Carga es el requisito previo para obtener el beneficio de una situación jurídica y se cumple en interés propio, en tanto que la obligación supone una deuda y se cumple en interés ajeno.

b) Examinada en su estructura lógica, la norma procesal contiene los tres elementos que caracterizan a la norma jurídica. Ella establece una regla para la actuación del juez, de las partes y aun de los terceros en el proceso, determinando su posición y rigiendo sus relaciones recíprocamente. La norma contiene una orden, porque los que intervienen en el proceso sólo pueden apartarse de la regla en la medida que ella misma lo permita. La eficacia de la norma está asegurada por medidas de diversas clases: en algunos casos, por la imposición de una carga, como ser la interposición de la demanda, su contestación, aportación de pruebas; en otros, por una sanción jurídica (^{13/1}), como ser la nulidad de los actos procesales; a veces, con una pena pecuniaria, como ser la multa, etc.

c) No siempre resulta fácil identificar la norma procesal frente a la norma substantiva, cuestión ésta que no sólo tiene importancia desde el punto de vista de nuestro estudio, sino también bajo el aspecto constitucional, en razón de la facultad reconocida tradicionalmente a las provincias para legislar en materia procesal. Desde luego, la ubicación

(13/1) La sanción, dice DU PASQUIER, es la consecuencia establecida por el derecho a la violación de una norma jurídica. La teoría general del derecho emplea a menudo la palabra "coacción" para expresar la misma idea. Sin embargo, se habla más bien de coacción cuando se trata de obligar a un rebelde al cumplimiento de una obligación a que se niega, mientras que el término sanción es frecuentemente reservado al caso en que no es posible constreñir al obligado sino solamente a soportar las consecuencias de su actitud ilícita (*Introducción a la teoría general del derecho*, pág. 123).

de la norma no constituye un criterio científico, porque la naturaleza de la misma no depende del lugar que se le asigne, sino de la función que desempeñe, y así la norma continuará siendo procesal aunque se la incluya en un código de fondo. Tampoco resulta suficiente referirse a la distinción entre derecho material y derecho formal en cuanto se atribuye a éste una función de garantía para la eficacia de aquél, porque un mismo derecho puede presentarse bajo los dos aspectos: el derecho penal, por ejemplo, es formal, con relación al derecho civil, en cuanto contribuye a realizarlo, pero es material frente al proceso criminal ⁽¹⁴⁾.

d) Para Carnelutti ⁽¹⁵⁾, las normas jurídicas pueden agruparse en dos categorías: unas resuelven directamente el conflicto de intereses entre las personas, en tanto que otras disciplinan los requisitos de un acto encaminado a solucionarlo. Las primeras actúan sobre la litis, reconociendo un derecho e imponiendo una obligación; las segundas regulan los medios para dictar la solución e imponerla, atribuyendo para el efecto un poder jurídico a un determinado sujeto: por eso aquéllas se llaman materiales o substantivas, y éstas instrumentales o formales. Así, cuando en un momento de crisis económica el legislador dispone que los arrendamientos se reduzcan en una determinada proporción, establece una norma material; pero si declara que la reducción la hará el juez teniendo en cuenta circunstancias de lugar, tiempo y calidad, dicta una norma instrumental. El art. 325 de nuestro código civil, examinado con este criterio, tiene un carácter mixto, porque es material e instrumental: en cuanto

(14) STAMMLER, *Filosofía del derecho*, pág. 336. Ver también LIEBMAN, *Normas procesales en el código civil* (*Riv. di Diritto Processuale*, 1948, pág. 154); N. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Acertios terminológicos*, etc. (*Rev. Esc. Nac. de Jurisprudencia*, México, 1948, pág. 17); COUTURE, *Interpretación e integración de la ley* (*Rev. Esc. Nac. de Jurisprudencia*, México, 1949, pág. 104).

(15) CARNELUTTI, *Sistema*, nos. 26 y 30.

dispone que el hijo natural tiene derecho a pedir que sea reconocido por sus padres, y en su defecto judicialmente, es una norma material porque resuelve el conflicto entre el padre y el hijo; pero al agregar que, no habiendo posesión de estado, este derecho sólo puede ejercitarse en vida de los padres, es una norma instrumental, ya que establece un requisito a que el juez debe sujetar su conducta para admitir o rechazar la acción. También son ejemplos de normas instrumentales los arts. 618, 731, 747, 763, 766, etc., del código civil.

Pueden existir normas materiales con eficacia instrumental y normas instrumentales con eficacia material. Esto requiere una aclaración previa. La atribución del poder jurídico no está hecha, en todos los casos, en favor del órgano judicial, sino que también puede hacerse en favor del individuo, en cuanto se le permite determinarse en uno u otro sentido, sea para contraer la obligación, sea para exigir su cumplimiento, sea para extinguirla. Por consiguiente, las normas materiales pueden solucionar el conflicto de dos maneras: protegiendo el interés del individuo independientemente de su voluntad o subordinando esa protección a la voluntad del titular del interés, de tal manera que la obligación nace, se cumple o se extingue en cuanto él lo consienta. Esto se percibe más fácilmente en el campo del derecho penal, pues ciertos delitos se reprimen aun contra la voluntad de la víctima, en tanto que en otros es necesaria la previa denuncia o la querella. En tales casos, la norma material tiene eficacia instrumental en cuanto no sólo impone una obligación, sino que reconoce una facultad de determinación al titular. Recíprocamente, el poder jurídico puede ser libre o vinculado; un ejemplo de poder vinculado lo ofrece el juez, que no sólo tiene el deber de hacerlo: es un poder-deber. La norma instrumental tiene, en este caso, efecto material en cuanto impone una obligación.

e) No obstante los reparos que esta doctrina puede sugerir, es exacto que algunas normas resuelven el conflicto, mientras otras establecen el modo de resolverlos. Desde este punto de vista, las normas procesales corresponden a la categoría de las normas instrumentales, no sólo porque el proceso en sí es ya un instrumento para la solución del conflicto, sino porque contiene reglas de conducta encaminadas al mismo fin. En principio, pues, toda norma instrumental es procesal, pero ello no importa establecer una línea de separación absoluta frente a la norma material. En efecto, algunas hay cuya vinculación es tan estrecha que se confunden en una sola, de modo que la norma instrumental tiene eficacia respecto únicamente de esa norma material, como ocurre en el mencionado ejemplo del art. 325 del código civil. En otros casos, la eficacia de una norma material depende de la eficacia de una norma instrumental establecida, no con relación a una determinada norma, sino a una categoría de normas; así, la prueba respecto de los actos jurídicos, en cuanto a su admisibilidad y fuerza probatoria^(15/1). Por último, existe una tercera categoría de normas instrumentales que aunque responden al mismo fin son susceptibles de existencia autónoma, porque sirven tanto a las normas materiales como a las mismas normas instrumentales, como son las que se refieren al modo de dedu-

(15/1) Sin perjuicio de volver sobre este punto cuando nos ocupemos de la facultad de las provincias para dictar sus leyes procesales (IX, 7), citaremos a título de ejemplo un pronunciamiento relativamente reciente de la Corte Suprema de Justicia, que manteniendo el criterio enunciado en otros casos declaró que si bien ellas tienen el derecho constitucional de darse sus propias instituciones, eso es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso y éste ha podido válidamente limitar la prueba en la forma dispuesta por el art. 1017 del Cód. Civil al prohibir la prueba de testigos para el reconocimiento del abuso de firma en blanco, no pudiendo en consecuencia una ley provincial desconocer esa limitación por el hecho de autorizar la libre convicción para la apreciación de la prueba en un juicio oral (*Fallos*, t. 211, pág. 410; *La Ley*, t. 51, pág. 731).

cir la pretensión, a la recepción de la prueba, etc. Esto explica la existencia de normas procesales de las dos primeras categorías en los códigos de fondo, en tanto que las últimas forman el contenido propio de los códigos de procedimiento.

8. Autonomía del derecho procesal.

a) Mientras las reglas de procedimiento estaban confundidas con las de fondo, participaban de su naturaleza jurídica y estaban sometidas a principios análogos. Pero, a medida que el procedimiento fué independizándose hasta constituir una legislación autónoma, se la substrajo paulatinamente a su influencia, reconociéndosele un régimen jurídico propio.

b) La separación entre el derecho civil y el derecho procesal es relativamente moderna, pues en su origen no se concebía al procedimiento sino como un aspecto de la legislación de fondo. Así los romanos no se preguntaban si tenían un derecho sino si tenían una acción en presencia de un caso litigioso y por eso los jurisconsultos no distinguían la acción del derecho: conocida es la división tripartita en las *Institutas*, de Gayo, en derecho de personas, cosas y acciones. Esa confusión era propia de la época y de allí que tampoco se hiciera distingos entre el derecho civil y el penal; la evolución social lo estableció posteriormente, como luego nacieron el derecho comercial, administrativo, industrial, etc. ⁽¹⁶⁾. Recién en la legislación española se advierte

(16) La misma constatación puede hacerse en el derecho inglés. MAINE y MILLAND dicen que el *substantive law* (leyes de fondo) tenía primitivamente la apariencia de estar oculto entre los intersticios del procedimiento. Es por el desarrollo de los *writs* que se establecieron las reglas de la *common law*, de la misma manera que los magistrados romanos protegieron las nuevas situaciones jurídicas por la creación de nuevas fórmulas (LÉVY-ULLMAN, *Le système juridique de l'Angleterre*).

un principio de separación y así, en el Fuero Juzgo, en el Fuero Viejo de Castilla, en las Leyes de Partidas, ya se dedican al procedimiento capítulos especiales; pero, en realidad, es con la ordenanza francesa de 1667 cuando la regulación del proceso toma fisonomía legislativa propia ^(16/1). Posteriormente se dictó el código de procedimiento civil francés de 1806 que sirvió de modelo a los sancionados por los demás países europeos, fuentes, a su vez, de nuestra legislación.

c) Hoy no puede negarse la autonomía del derecho procesal ^(16/2). Frente a la legislación de fondo, su contenido

En Francia, las antiguas costumbres como las de Bretaña, ni los jurisprudentes de la época, como **BEAUMANOIR**, tampoco separaban las reglas de fondo de las de procedimiento (**MOREL, *Traité élémentaire***, pág. 9).

(16/1) Dice **ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO**: "Siglos antes que los códigos procesales napoleónicos (civil, 1806, y penal, 1808), que las ordenanzas de Luis XIV (procedimiento civil de 1667 y penal de 1670), y que la *Peinliche Gerichtsordnung* de Carlos V en Alemania (o *Constitutio Criminalis Carolina*, de 1532), la Partida III (año 1263) y el Fuero Juzgo de Castilla (año 1356) respecto del enjuiciamiento civil, y en cierto modo el libro II (*De negotiis causarum*) del *Liber Iudiciorum* (siglo VII del reinado de Recesvinto), deslindan y agrupan las normas procesales con independencia de los preceptos sustantivos. Además el citado libro II revela, tanto por su colocación en la obra, como por el tenor de sus disposiciones, la posición privilegiada reconocida por el legislador visigodo al derecho procesal, en contraste con el menosprecio de que fué objeto en siglos posteriores; por otra parte, la preocupación que refleja por el averiguamiento de la verdad o por equilibrar las condiciones de lucha entre litigantes de igual posición o fortuna, y el propio sistema probatorio, confieren a este admirable cuerpo legal un valor y una actualidad extraordinarios. Con razón ha dicho **PODETTI** que "si las instituciones procesales de la provincia hubiesen seguido un ritmo normal de perfeccionamiento a partir de los primeros preceptos propios, el derecho procesal español estaría colocado en primer plano, a la par o por arriba de aquel de las naciones que más han progresado en este aspecto de la legislación" (*Acertos terminológicos*, etc., *Rev. de la Escuela Nac. de Jurisprudencia*, México, 1948, pág. 34).

(16/2) Su carácter científico ha sido fundamentado por **IBÁÑEZ DE ALDECOA**, *Cientifismo del derecho procesal* (aun cuando disintimos con algunas de sus proposiciones). Ver también **GUASP**, *Comentarios*, t. 1,

es distinto como diverso su objeto. La acción, la relación procesal, la sentencia, con sus supuestos de órgano judicial y determinación de su competencia, se rigen por normas propias e independientes⁽¹⁷⁾. La circunstancia de que en los códigos de fondo encontremos normas de carácter procesal no desvirtúa esta afirmación, pues, como hemos visto, esa norma continuará siendo procesal no obstante su ubicación si tiene una función instrumental. Ello sólo significa que no puede establecerse un divorcio absoluto entre el derecho civil y el procesal, como no lo hay entre el civil y el comercial, o el constitucional, o el administrativo, en razón, precisamente, del carácter complejo del fenómeno jurídico⁽¹⁸⁾. Su mayor o menor afinidad determinará su

pág. 68; CARLOS; *En torno a la fundamentación científica del derecho procesal* (Estudios en honor de H. Alsina, pág. 103).

(17) Así como el derecho, dice RADBRUCH, se independiza del Estado y hasta lo enfrenta, el derecho formal se independiza del derecho material. El derecho procesal tiene por fin coadyuvar a la realización del derecho material, pero él vale por sí mismo de un modo absoluto, no sólo en el caso que no sirviera a la realización del derecho, sino aun en el caso que fuera, quizá, su impedimento. Esta independencia de la validez del derecho procesal con respecto a su finalidad, que es la realización del derecho material, se evidencia principalmente en la existencia de una relación jurídica procesal distinta de la relación jurídica material, y en el efecto de cosa juzgada de la sentencia aunque contradiga, a veces, el derecho material (*Filosofía del derecho*, pág. 239).

(18) La autonomía del derecho procesal, dice CARNELUTTI, no supone una independencia absoluta respecto de las otras normas, no sólo porque éstas influyen en su fisonomía originando distintas ramas (procedimiento civil, penal, etc.), sino porque una norma procesal por sí sola no es opuesta a ciertas normas constitucionales, administrativas, penales o civiles. Lo que se opone verdaderamente a la norma procesal es la norma no procesal. Lo mismo puede decirse para los demás conjuntos. Se producen así interferencias tan frecuentes entre grupo y grupo, que autorizan a decir que una norma procesal puede ser, al mismo tiempo, civil, penal o administrativa. El estudio intensivo de estas interferencias demuestra que ellas se originan en dos distintas causas, puesto que cada norma tiene una segunda naturaleza susceptible de ser determinada por la materia y por los instrumentos del proceso. En primer lugar, la materia influye en la constitución del proceso, por eso el civil

inclusión en un cuerpo único de leyes o en un cuerpo separado, pero ello no altera su substancia ni es causa bastante para negar la autonomía de esta rama del derecho ⁽¹⁹⁾. Por razón de nuestro régimen federal esta cuestión tiene para nosotros particular interés y sobre ella volveremos al tratar de la facultad atribuída a las provincias para dictar sus códigos procesales.

d) El hecho de afirmar la autonomía del derecho procesal tampoco autoriza a negar el carácter jurídico de los actos de procedimiento. Declarar, por ejemplo, que en materia procesal son inaplicables las disposiciones del código civil respecto de las nulidades porque los actos de procedimiento no son actos jurídicos ⁽²⁰⁾, es desconocer la esencia del acto procesal. Para llegar a esa conclusión, que es exacta, no hay necesidad de desnaturalizar el acto procesal, sino que basta tener en cuenta que los actos civiles no son los únicos actos jurídicos, porque la juridicidad es un concepto formal independiente de su contenido.

9. Relaciones con otras ramas del derecho.

a) La cuestión de saber si el derecho procesal forma parte del derecho público o del derecho privado tiene suma importancia desde el punto de vista práctico. Las legislaciones que lo consideran como una rama del derecho público acuerdan a los jueces facultades muy amplias en la dirección

es distinto del penal; en segundo lugar, el proceso se hace con normas materiales; así, las que rigen la capacidad, responsabilidad del juez, etc. (*Sistema*, n.º 26).

(19) El doctor BIBILONI, en su *Anteproyecto de código civil*, sostiene que el procedimiento no es sino una rama del derecho civil. El error de concepto ha sido puesto de manifiesto por el profesor DAVID LASCANO en la notable exposición de motivos del Proyecto de código de procedimiento en lo civil y comercial del Instituto de Altos Estudios de la Universidad de La Plata, pág. 34.

(20) Cám. Civ., *Fallos*, t. 30, pág. 16; *Jurisp. Arg.*, t. 2, pág. 290.

del proceso, como ocurre en la legislación germana y, principalmente, en el reglamento austríaco de 1895; en cambio, las que lo consideran de derecho privado, como el nuestro, reducen la condición del juez a la de un mero espectador en la contienda. El estado actual de la ciencia permite afirmar que el derecho procesal forma parte del derecho público, porque regula una función del Estado, como el derecho constitucional y el administrativo. No quiere decir con ello que se excluya en absoluto la facultad de las partes para influir en el proceso y hasta apartarse del mismo, como sucede en el arbitraje, porque no ha de olvidarse el carácter subsidiario de la intervención del Estado, de tal modo que si por su esencia constituye una función pública, ella está puesta al servicio del derecho privado para hacer efectivas sus instituciones.

b) Generalmente, se atribuye al derecho procesal el carácter de formal, por oposición al substancial o derecho objetivo, cuando, en realidad, ese carácter corresponde a todas las ramas del derecho público. En efecto, tanto el derecho constitucional como el administrativo y el procesal, no tienen un fin en sí mismo, sino que sirven para la realización de otros fines. Al determinar la formación de los órganos legislativos, administrativos y judiciales, y establecer su forma de actuación, tienen siempre en mira un fin que no es el suyo, sino el regulado por el derecho substancial. Hasta el mismo derecho penal, dice Stammeler, que es material respecto del procesal penal, es formal respecto del derecho material porque constituye uno de los modos de su realización. Pero existen gradaciones, pues el derecho constitucional contiene normas generales, que comprenden las otras ramas, en tanto que el administrativo y el procesal disciplinan determinadas funciones del Estado. Es por ser más evidente en la actividad jurisdiccional que en la administrativa su carácter secundario, que se considera al derecho procesal como típicamente formal.

c) Con el derecho constitucional tiene el procesal una vinculación estrecha. Basta recordar que instituciones procesales de particular importancia como la competencia, organización de la defensa, principios de igualdad en el proceso y bilateralidad de los actos procesales, entre otras muchas, tienen su origen en disposiciones de la Constitución nacional, que deben ser observadas imperativamente bajo pena de nulidad, según veremos al estudiar las fuentes del derecho.

d) En cuanto al administrativo, hemos de ver que el Estado, en su función de poder administrador, ejerce también ciertas facultades jurisdiccionales en cuanto resuelve las pretensiones de sus súbditos, fundadas en relaciones de derecho público comprendidas en aquella actividad, y las cuales se resuelven con normas de actuación que unas veces son propias (procedimiento contencioso-administrativo) y otras corresponden al derecho procesal, aplicado supletoriamente.

e) Pero son sus relaciones con el derecho substancial (civil y comercial) las que tienen particular importancia. No sólo contiene el código civil normas expresas de actuación, según hemos dicho, sino que es necesario recurrir a instituciones autónomas o puras de ese cuerpo de leyes para el desenvolvimiento del proceso. Así, la capacidad para actuar en juicio se rige por las reglas de la capacidad de obrar; la legitimación de las partes para deducir la acción se determina por la norma que reglamenta la relación jurídica substancial (acreedor, deudor, propietario, inquilino, etc.); la extinción del derecho importa la extinción de la acción, aplicándose, en tal caso, las reglas establecidas en la legislación de fondo, etc. Iguales consideraciones pueden hacerse respecto del derecho comercial (contratos, pruebas, acción ejecutiva, etc.).

10. El procedimiento propiamente dicho.

a) El procedimiento propiamente dicho, o sea el tercer aspecto de la función jurisdiccional, no es otra cosa que el conjunto de formalidades a que deben someterse el juez y las partes en la tramitación del proceso. Etimológicamente, indica la idea de una marcha a seguir (*procedere*, avanzar), y, en efecto, supone una serie de actos cuyo conjunto forma la instancia o proceso, en el que el actor formula sus pretensiones, el demandado opone sus defensas, ambos ofrecen sus pruebas y el juez dicta la sentencia. Su reglamentación varía según el tribunal que deba aplicar (primera o segunda instancia, judicial o administrativo, civil o penal, etc.), pero respondiendo, en el fondo, a los mismos principios, y de allí que en muchos casos se apliquen recíprocamente en forma subsidiaria.

b) Pueden distinguirse en el procedimiento tres etapas, cada una de las cuales tiene una función distinta y es materia de reglamentación propia. La intervención judicial puede requerirse porque se niegue una relación de derecho o porque una situación aparezca incierta; en ambos casos, la oposición de intereses plantea un conflicto que el juez resuelve declarando el derecho, por lo cual se llama a este período de *conocimiento* o *declaración*. Pero puede ocurrir que no se trate de un conflicto de intereses porque ya fué resuelto por la sentencia o el obligado reconoció voluntariamente el derecho de su acreedor, no obstante lo cual el interés de éste se halla insatisfecho, y entonces la intervención judicial tiene por objeto su realización forzada, llamándose por ello a este período de *ejecución*. Por último, en el intervalo que media entre el período de conocimiento y el de ejecución, la satisfacción del interés controvertido, que luego se convierte en interés insatisfecho, puede verse comprometida por dolo o culpa del obligado (enajenación o destrucción

de la cosa debida), y, en ese caso, la intervención judicial tiene por objeto disponer medidas que prevengan esa situación, y por eso se llama a este período de *aseguramiento o precautorio*.

c) El procedimiento se halla estrechamente vinculado con la organización judicial y las reglas de competencia, pudiendo afirmarse que de su adecuado equilibrio depende la excelencia de un régimen procesal. Así, la organización del tribunal puede variar según sea el procedimiento que se aplique, porque si éste es sencillo, permitirá reducir el número de jueces, mejorar sus condiciones económicas, etc., lo que no ocurrirá en caso contrario. Recíprocamente, la organización del tribunal influye en el procedimiento, pues éste será distinto según se trate de tribunales colegiados o unipersonales, técnicos o jurados, una o varias instancias, etcétera.

d) El régimen procesal de un país, y particularmente el procedimiento, tiene una trascendencia social y económica que se traduce en consecuencias prácticas. Allí donde el procedimiento es defectuoso, la administración de justicia resulta tardía, cara y deficiente, lo que trae como consecuencia la desconfianza de los litigantes y el retraimiento de los negocios, porque, en lugar de constituir una garantía, se convierte en una amenaza. Cuando, por el contrario, el litigante sabe que su derecho será respetado, que cobrará su crédito o recuperará su propiedad sin tener que luchar con la malicia del demandado o la arbitrariedad del juez, ni pasar por las torturas de un proceso largo y dispendioso, la confianza aumenta, los negocios prosperan y el bienestar general se acentúa.

11. Evolución del derecho procesal.

a) No puede decirse que el derecho procesal tenga, como las otras ramas de las ciencias jurídicas, una tradición

en la doctrina; por el contrario, su elaboración es reciente y aún están por afirmarse sus principios fundamentales. La sanción del código de procedimiento civil francés, al adoptar algunos postulados de la revolución, como la separación de los poderes, justicia gratuita, inamovilidad de los jueces, supresión de fueros, igualdad ante la ley, obligación de fundar las sentencias, etc., produjo en el régimen procesal una transformación que no tardó en extenderse a los demás países, pero no modificó los conceptos de la doctrina que, de acuerdo con la interpretación que entonces se daba a la definición de Celso, según la cual, *la acción es el derecho de perseguir en justicia lo que nos es debido*, consideraba a ésta como un elemento del derecho, y consecuentemente, al procedimiento, como una rama del derecho civil. De allí la llamada doctrina civilista del proceso, compartida por los comentadores del código procesal, pero expuesta principalmente por los tratadistas de derecho civil. Era necesario cortar esa cadena de amarre, como dijo algún autor, para que el derecho procesal iniciara su ascensión hacia la conquista de un lugar propio en el campo de la ciencia.

b) Ello ocurrió en 1856, cuando Windscheid publicó su trabajo *La acción del derecho romano desde el punto de vista moderno*, en el que, aplicando el concepto de “pretensión jurídica”, a la que denominó *Anspruch* (*Pandectas*, 44), estableció por primera vez el distingo entre acción y derecho. Provocó así la réplica de Muther en *La teoría de la acción romana y del derecho de obrar moderno* (1857), en la que enuncia el concepto de tutela jurídica por el Estado (20/1). Se inicia entonces una discusión, en la que intervienen eminentes pensadores de todos los ámbitos de la

(20/1) Ya en la imprenta este capítulo, recibimos por gentileza de SENTÍS MELENDO un ejemplar de la traducción al italiano de la polémica WINDSCHEID-MUTHER, debida a HEINITZ y PUGLIESE (Sansoni, Firenze, 1954).

ciencia, pero de los cuales sólo mencionaremos aquellos cuya influencia haya sido decisiva.

En 1868 apareció el libro de Oscar Bulow, *La teoría de las excepciones y los presupuestos procesales* (20/2), en el que afirma la existencia de una relación jurídica en el proceso, doctrina compartida por Kohler en su trabajo *El proceso como relación jurídica* (1888). Pero, en 1885, Adolfo Wach publicó su libro *La acción declarativa*, en el que, después de destacar la autonomía de la acción, desenvuelve la doctrina de Muther sobre la tutela jurídica. Estos trabajos prepararon la obra del eminente procesalista italiano José Chiovenda, quien, en 1903, expuso su teoría sobre la acción concebida como un derecho potestativo autónomo, en su prolucción *La acción en el sistema de los derechos*, y luego en sus *Principios de derecho procesal civil*, aparecido en 1906, y cuya tercera edición es de 1923 (21). Sobre la base de esa concepción, y afirmando la existencia de una relación jurídica procesal, construye una teoría sistemática del proceso. La doctrina de Chiovenda se difundió rápidamente, pero no sin levantar viva resistencia, mereciendo especial atención el libro de James Goldschmidt, *El proceso como situación jurídica* (1926), donde, después de negar la existencia de una relación jurídica en el proceso, sostiene que éste no es sino la expectativa de una sentencia favorable estimulada

(20/2) ROSAS LICHTSCHEIN ha iniciado su traducción en el *Boletín del Instituto de Derecho Procesal de Santa Fe*, 1952, nº 4, págs. 59 a 72, que continúa en los números siguientes.

(21) La segunda edición, que es de 1919, está traducida con adiciones sobre el derecho español por JOSÉ CASAS Y SANTALÓ (Reus, 1922). La bibliografía del profesor CHIOVENDA es copiosa; puede citarse especialmente *La condena en costas* (1901), *Sobre el consorcio necesario* (1904), *Ensayos de derecho procesal* (1904), *Sobre la máxima Ne eat iudex ultra petita partium* (1904), *Nuevos ensayos de derecho procesal civil* (1912), *Sobre el funcionamiento del juez único en el tribunal* (1914), *Nuevos ensayos de derecho procesal* (1930), *Instituciones de derecho procesal civil* (1933).

por los actos de procedimiento, doctrina que desenvuelve en su tratado de *Derecho procesal civil*, aparecido en 1929, y del que se publicó una segunda edición en 1932 ⁽²²⁾. En 1925, Francisco Carnelutti publicó sus *Lecciones de derecho procesal civil*, que, a través de ediciones sucesivas, se transformó en el *Sistema del derecho procesal civil* (1936-1939), en el que expone una concepción integral del derecho como premisa de su doctrina sobre el proceso, al cual coloca resueltamente en el campo del derecho público. Las conclusiones de Carnelutti, siempre originales pero un poco extremas, son admitidas en la doctrina, incluso por nuestra parte, con alguna reserva, no obstante lo cual su obra está destinada a ejercer gran influencia en los estudios procesales.

c) El movimiento intelectual que alrededor de esta materia se inició y es cada vez más intenso en Alemania, fué causa, en Italia, de una evolución, que Carnelutti divide en cuatro etapas, desde que se sancionó el código de procedimiento civil en 1865. La primera, denominada de la *exégesis*, se inspiró en la escuela francesa, y tiene como principales representantes a Luis Borsari (*El código italiano de procedimiento civil anotado*, 1872) y Francisco Ricci (*Comentario al código de procedimiento civil italiano*, 1876). La segunda, llamada *de las ideas particulares*, buscó los principios relativos a cada institución, y entre sus autores se incluye a Luis Mattiolo (*Tratado de derecho judicial civil*, 1902-1906) y Ludovico Mortara (*Comentario del código y de las leyes de procedimiento civil*, 1905). La tercera, conocida por *teoría general del conocimiento*, expone el fundamento, estructura y desarrollo del proceso, y fué concebida y expuesta por Chiovenda (*Principios de derecho procesal*

(22) Está traducida por LEONARDO PRIETO CASTRO y anotada con referencias al derecho español por NICETO ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO (Labor, 1936).

civil, 1903-1923), y posteriormente en sus *Instituciones de derecho procesal civil* (1936) ^(22/1). La cuarta, que llama *teoría general del proceso*, representa una ulterior evolución de la fase anterior, inspirada en la tendencia a llegar a una síntesis integral del derecho procesal que comprenda no sólo los principios del proceso civil de conocimiento, sino cualquier otro proceso, incluso el de ejecución, el administrativo, el penal, etc. Es iniciada por el propio Carnelutti ^(22/2) en sus *Lecciones* y desenvuelta en su citado *Sistema* ^(22/3). Hoy cuenta la doctrina italiana con un grupo de

(22/1) Traducción de GÓMEZ ORBANEJA. Dice ALLORIO: "CHIOVENDA inició los estudios sistemáticos del proceso civil en Italia, acudiendo deliberadamente, sin miedo a las censuras de un nacionalismo poco reflexivo, a la ciencia alemana, a lo que podríamos llamar el tesoro de la ciencia alemana del siglo XIX. Sin embargo se dió cuenta claramente del riesgo de la doctrina de BULOW, que al estudiar las relaciones de la ley y el oficio del juez, había atribuído a éste con demasiada ligereza y sin establecer límites precisos, una potestad creadora del derecho. Pocos años después CHIOVENDA veía el peligro convertido en realidad, en la escuela del derecho libre con la sutil sofística de ERLICH. El juez se aparecía a los partidarios de esta escuela como árbitro de seguir o no seguir la norma escrita, y para cohonestar esto se recordó al pretor romano, que sin embargo había sabido vincularse con el edicto. Esto importaba destruir la certeza del derecho y la autoridad de la cosa juzgada" (*Reflexiones sobre el desenvolvimiento de la ciencia procesal*, *Rev. Der. Procesal* (A), 1951, I, pág. 77, y *Rev. Der. Procesal* (E), 1950, pág. 565).

(22/2) Después de una larga reflexión, dice ALLORIO en el trabajo citado precedentemente, creo haber encontrado el por qué se considera a CHIOVENDA el fundador de la ciencia procesal en Italia, no obstante los trabajos tan relevantes de MORTARA. Lo que existe en CHIOVENDA y no existe en MORTARA, es el estudio de los vínculos entre el proceso y el derecho substancial. Por primera vez se estudia desde afuera y no solamente en su aspecto interno. Pero allí se quedó, y esto explica por qué CARNELUTTI en cierto momento debió romper con los esquemas de CHIOVENDA para estudiar el proceso en la teoría general del derecho. De allí que para él la acción y la relación procesal tengan una importancia relativa, pues lo importante es el fin del proceso: la justa composición de la litis.

(22/3) La excelente traducción al español es debida a ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO y SENTÍS MELENDO, B. Aires, 1944.

eminentes expositores como Calamandrei, Betti, Lipari, Allo-rio, Zanzucchi, Liebman, Rocco, Redenti, Satta, Costa y muchos otros.

d) La doctrina francesa hasta hace poco tiempo no había sentido la influencia de esta nueva orientación. Sus principales expositores, como Rauter (*Curso de procedimiento civil*, 1834, concebido según el método del tratado de derecho civil de Aubry y Rau), Boitard (*Lecciones de procedimiento civil*, 1834), sus continuadores Colmet-Daage, Glasson y Tissier (*Tratado de procedimiento civil*, 1908-1925), Garsonnet y César-Bru (*Tratado teórico y práctico de procedimiento civil*, 1897), Japiot (*Tratado elemental de procedimiento civil y comercial*, 1916), etc., no separan la acción del derecho y, en consecuencia, aplican al proceso los principios del derecho civil siguiendo las reglas de la escuela clásica. Es con René Morel (*Tratado elemental de procedimiento civil*, 1932; 2ª ed., 1949) que se inicia el examen de la acción como institución autónoma, siguiéndole Japiot en la segunda edición de su obra (1935), pero sin que en ellos la doctrina alcance el desenvolvimiento de la escuela italiana.

e) Tampoco en España el derecho procesal logró fisonomía propia hasta hace algunos años. Basta recordar sus diversas denominaciones (práctica forense, derecho judicial, procedimiento, etcétera) no sólo en la legislación positiva, sino en la doctrina, cuyos autores, influenciados por la escuela francesa, continuaban la tradición civilista del proceso. Sancionada la ley de enjuiciamiento civil de 1855, aparecen los tratados de Caravantes (*Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*, 1856), Gómez de la Serna y Montalbán (*Tratado académico forense de procedimientos judiciales*, 1856), Hernández de la Rúa (*Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, 1856). Manresa y Reus (*Ley de enjuiciamiento civil comentada y explicada*, 1856), Ortiz de Zúñiga (*Práctica*

general forense, 1878), etc. Después de la nueva ley de enjuiciamiento de 1881 se publicaron las obras de Reus y Bahamonde (*Comentarios*, 1907), Manresa y Navarro (*Ley de enjuiciamiento civil*, etc., 1908), Fábrega (*Práctica forense*, 1906), Miguel y Romero (*Tratado de procedimientos judiciales*, 1916), etc. Hoy, sin embargo, las nuevas doctrinas procesales tienen amplia difusión en la península debido a los trabajos de Leonardo Prieto Castro, Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Jaime Guasp, Manuel de la Plaza, S. Sentís Melendo, Víctor Fairén Guillén, Carlos Viada, Pedro Aragoneses, Mauro Miguel y Romero, Francisco Marcos y Pelayo, Manuel Beceña, Vicente Silva Melero, etc.

f) Entre nosotros ha ocurrido lo mismo ^(22/4). Antes del período de la codificación regían, como es sabido, las leyes españolas, y, naturalmente, la fuente de información estaba constituida por los prácticos (Cañada, Febrero, Gutiérrez, Elizondo, etc.), cuyas enseñanzas concretó el primer profesor de la materia que tuvo la Universidad de Buenos Aires, doctor Manuel Antonio de Castro (*Prontuario de práctica forense*, 1835), y desarrolló el doctor M. Estéves Sagú (*Tratado elemental de los procedimientos civiles en el foro de Buenos Aires*, 1865). Posteriormente aparecieron las obras de Malaver (*Curso de procedimientos judiciales*, 1875), Casarino (*Apuntes de procedimientos judiciales con sujeción al programa respectivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, 1894), Rodríguez (*Comentario al código de procedimiento civil de la capital federal*, 1903), Silgueira (*Estudios sobre procedimiento y organización judicial*, 1903), Calvento (*El código de procedimiento civil y comercial explicado y anotado con la jurisprudencia de las Cámaras de Apelaciones*, 1909), de la Co-

^(22/4) REIMUNDÍN, *Apuntamientos para una introducción al estudio de la literatura procesal argentina* (*Rev. Derecho Procesal* (A), 1952-I, pág. 35); LEYNE (h.), *El desenvolvimiento progresivo del derecho procesal argentino* (*Jurisp. Arg.*, 1945-II, doct., pág. 25).

lina (*Derecho y legislación procesal en materia civil y comercial*, 1910), Parody (*Derecho procesal argentino. Comentario al código de procedimiento en lo civil y comercial de la provincia de Santa Fe*, 1912), etc. Como es de suponer, en ninguno de estos trabajos, con ser de mucho mérito, se advierte todavía el influjo de los modernos principios, y es con la obra del doctor Tomás Jofré (*Manual de procedimiento civil y penal*, 1919), cuando comienza en la doctrina una nueva etapa. Por su esfuerzo, las concepciones de Chiovenda se hicieron familiares entre los estudiosos, despertando en ellos una viva curiosidad científica. En 1926 se publican las notas tomadas en clases del doctor Máximo Castro (*Curso de procedimientos civiles*), en cuya segunda edición, que es de 1937, se acentúa su orientación hacia la nueva doctrina. Hoy está ella definitivamente afianzada en la cátedra y en el libro, pudiendo citarse, entre las más importantes, las siguientes obras: David Lascano (*Jurisdicción y competencia*, 1941); J. Ramiro Podetti (*Teoría y técnica del proceso civil*, 1942; *Derecho procesal civil, comercial y laboral*, 1953, en curso de publicación); Eduardo J. Couture (*Fundamentos del derecho procesal civil*, 2ª ed., 1951); Amílcar Mercader (*La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico*, 1944); Carlos A. Ayarragaray (*El ministerio público*, 1928; *Crítica del testimonio*, 1942; *Historia y crítica del testimonio*, 1954; *La justicia en Rusia*, 1947; *Explicación teórica y práctica de la reforma procesal. Ley 14.237*, 1954; etc.); Carlos J. Colombo (*La Corte Nacional de Casación*, 1943); José Sartorio (*La ley 50; La prueba de testigos en el procedimiento federal*, 1945); Manuel Ibáñez Frocham (*Los recursos en el proceso civil*, 1943); etc. Además numerosos trabajos publicados en la *Revista de Derecho Procesal*, *Jurisprudencia Argentina*, *La Ley*, *Gaceta del Foro*, por Enrique Fornatti, Santiago Sentís Melendo, Ricardo Reimundín, Eduardo B. Carlos, Ricardo Levene (h), Hugo Oderigo, Miguel Ángel Rosas Lichtschein, Luis Juárez Echeagaray, etc.

12. Derecho procesal civil y penal ⁽²³⁾.

a) Concebido el derecho procesal como el conjunto de normas que condicionan la actividad jurisdiccional del Estado, admite una división fundada en la distinta naturaleza del precepto cuya actuación se pretende, sin que ello importe ni diversidad de principios ni oposición de conceptos. Por el contrario, responden a una unidad derivada de los hechos y mantenida por el designio común de conservar al orden jurídico. Así, la apropiación de una cosa ajena es un hecho que puede dar lugar a la aplicación de una norma de carácter penal (delito de hurto o de robo) y de una norma de carácter civil (restitución de la cosa e indemnización de daños y perjuicios). En ambos casos la actuación de la norma se hace mediante un proceso, que puede ser independiente el uno del otro, o que también pueden acumularse, como lo autoriza el art. 29 de nuestro código penal, pero cuyos conceptos fundamentales son los mismos (acción, relación procesal, sentencia). Desde el punto de vista lógico, en nada difiere el proceso de conocimiento que sigue el juez para la aplicación de un precepto del código civil del que sigue otro juez para la aplicación de una disposición del código penal.

b) No obstante, entre el proceso civil y el proceso penal existen diferencias que han determinado a regularlos con normas propias, principalmente en lo que respecta a la actuación del juez, sea en cuanto a los medios de que dispone para la investigación de los hechos, sea en la forma o modo de apreciación de la prueba, y de ahí la existencia de un derecho procesal penal como disciplina autónoma. No obstante, cuando nos refiramos concretamente a ellas (IV, 3), vamos a ver que no excluyen la posibilidad de una teoría general que comprenda los principios comunes de ambos

(23) Ver la bibliografía citada en el cap. IV, 3, nota 4.

procesos. En esta obra nos ocupamos del derecho procesal civil, pero frecuentemente habremos de referirnos a instituciones del derecho procesal penal, ya como antecedente, ya para fijar el concepto de algún instituto, y recíprocamente los principios fundamentales que aquí enunciemos podrán aplicarse al estudio del proceso penal en cuanto lo permitan los caracteres específicos de este último. Análogas consideraciones pueden hacerse con relación al derecho administrativo, para cuya aplicación se establece el proceso contenciosoadministrativo.

La ley procesal

13. Nociones previas.

a) La norma procesal, como la norma material, contiene una regla de conducta, dirigida unas veces al juez y otras a los litigantes, sea bajo la forma de imposición, sea reconociendo una facultad, pero, en todo caso, mediante un precepto cuya expresión es la ley. Sin embargo, no ha de entenderse por tal exclusivamente el acto legislativo expreso, pues tiene la misma eficacia la que deriva de un acto fundado en él, como, por ejemplo, las acordadas de los tribunales superiores y aun las resoluciones de los jueces cuando están autorizados para regular el procedimiento.

b) En algunos casos, la norma actúa imperativamente, aun contra la voluntad de los sujetos, que deben someterse al precepto si pretenden que un acto procesal sea válido, mientras que en otros pueden eximirse de su cumplimiento, sin incurrir en sanción alguna. Habrá entonces que distinguir las normas de orden público de las que solamente afectan los intereses privados de los litigantes.

c) Como todas las leyes, las de carácter procesal se dictan en un lugar determinado y en un momento dado, cir-

cunstancias que originan numerosas cuestiones de orden práctico respecto de su aplicación. Será también necesario, entonces, examinar los efectos de la ley procesal en el tiempo y en el espacio.

d) Por último, el precepto puede ser expreso como cuando exige que un acto revista ciertas formalidades o prohíbe la ejecución de un acto determinado, y, en tales casos, su aplicación no suscitará otra dificultad que la de saber cuál sea la norma aplicable cuando fuesen varias las que se refieren al mismo supuesto. Pero puede también ocurrir que la ley no sea clara por defecto de expresión o que guarde silencio respecto de una determinada situación jurídica. Habrá, entonces, que examinar cuáles son los principios que rigen la aplicación, interpretación e integración de la ley procesal.

14. Normas de orden público y de interés privado ⁽²⁴⁾.

a) Se discute si las leyes de procedimiento son de orden público o de interés privado, sin advertir que, por sus caracteres, tales leyes no pueden estar sometidas en absoluto a una u otra categoría. En realidad, todas las ramas del derecho, tanto público como privado, tienen como verdaderos sujetos a los individuos, sea aisladamente, sea como integrantes de la colectividad, y esto explica por qué toda norma jurídica contiene un máximo y un mínimo que determinan

(24) CARNELUTTI, *Sistema del derecho procesal civil*, n° 26; CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil*, t. 1, pág. 78; JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, pág. 13; MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, pág. 21; JOFRÉ, *Manuel de procedimiento civil y penal*, t. 1, pág. 27; BEUDANT, *Cours de droit civil français, Introduction*, n° 201; BUNGE, *El derecho*, pág. 394; O. DE ROA, *Del orden público en el derecho positivo*, Buenos Aires. 1926; COLMO, *Obligaciones*, pág. 12; QUENTÍN ALFONSÍN, *El orden público*, Montevideo, 1940; ARAUZ CASTEX, *La ley de orden público*, Buenos Aires. 1945; BORDA, *Concepto de ley de orden público, La Ley*, t. 50, pág. 997.

e) Las normas que se refieren a la organización de los tribunales son de orden público, porque interesa principalmente a la sociedad todo lo que atañe a la designación de los jueces, condiciones para el desempeño del cargo, jerarquía, responsabilidad de los mismos, etc. Sin embargo, no es difícil señalar casos en que la voluntad de las partes puede tener eficacia: así, mediante la recusación, ellas influyen en la composición del tribunal.

f) En cuanto a las leyes que fijan la competencia, debe hacerse una distinción: 1º) Cuando la atribución de competencia tiene por fundamento la naturaleza de la cuestión litigiosa, su valor económico o el grado de la instancia (competencia absoluta), las partes no pueden modificarla, y así no podrían atribuir al juez competencia para conocer de un litigio ajeno a los indicados por la ley. 2º) Pero, cuando la competencia se funda en las circunstancias personales de los litigantes, como el estado, la nacionalidad o el domicilio (competencia relativa), son válidas sus estipulaciones para modificarla. No obstante, aun la competencia absoluta tiene sus límites, porque, de acuerdo con el art. 87 del código de

cometido de todas ellas. Como reiteradamente hemos expuesto, las normas procesales son "instrumentales" (en razón del carácter subsidiario del proceso, enderezadas al fin de la tutela jurídica, externo a ellas mismas). Si el legislador pierde la noción de la instrumentalidad del proceso, recargará las normas procesales de normas absolutas, de suerte que muy difícilmente sería posible la subsanación de defectos y ello siempre además habiendo que recurrirse a medios costosos y complicados. Tal ocurre con nuestra ley de enjuiciamiento civil que contiene reglas absolutas que no siempre son de utilidad. En muchos casos la ley establece normas flexibles en cuanto permite al juez apreciar las circunstancias (por ejemplo, para la habilitación del feriado o recepción anticipada de la prueba); en cuanto le faculta para abrir la causa a prueba (por ejemplo, en los incidentes), etc. Respecto de las partes, la ley tiene muchas normas permisivas (prórroga de la competencia territorial, elección de los medios para cuestionar la competencia, etc.). Pero esas normas no son sino excepciones que confirman la regla de que las normas procesales son fundamentalmente imperativas.

procedimiento, los jueces, al recibir la causa a prueba en las cuestiones de hecho o al correr el segundo traslado en las de derecho, se pronunciarán expresamente sobre si la causa es o no de su competencia, y consentida esta providencia, no podrá en adelante deducirse incompetencia por las partes, ni de oficio por los jueces inferiores o superiores.

g) Por lo que respecta a las leyes de procedimiento propiamente dichas, no es posible establecer un criterio uniforme. Sería inexacto decir que son de orden público las que regulan la actividad del juez, y de interés privado las que regulan la actividad de las partes, porque muchas de aquéllas sólo actúan mediante la voluntad de éstas: así, la ley establece los requisitos de forma de la sentencia, pero si las partes no reclaman de su omisión, ella adquiere autoridad de cosa juzgada y se vuelve inatacable. Recíprocamente, muchas disposiciones que regulan la actividad de las partes actúan aun contra la voluntad de las mismas: tal el régimen de los recursos, de la prueba, etc. Tampoco sería exacto decir que es de orden público la norma cuya violación está reprimida por una sanción: el art. 40 sanciona de nulidad la notificación que se hiciere en contravención a las leyes prescriptas en disposiciones anteriores, y establece una multa a cargo del actuario, pero si la parte afectada no reclama en tiempo oportuno y consiente el procedimiento, la nulidad no se declara ni la multa se impone. Sólo, pues, como hemos dicho, el examen de cada norma permitirá determinar su naturaleza teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso.

h) Concebido, en efecto, el proceso ^(25/1) como un instrumento que el legislador pone en manos del juez y de los litigantes para resolver los conflictos entre éstos, fácil es

(25/1) Resumimos aquí las reflexiones de PRIETO CASTRO, *Tratado*, t. 1, pág. 33, y MÁRQUEZ CABALLERO, *Nulidad y subsanación "ex officio" en el proceso civil* (*Rev. Der. Proc.* (E), 1945, pág. 29).

advertir que la actividad que ellos desarrollan obedece a móviles distintos, pues en tanto que las fuerzas que mueven a las partes es su propio interés, el juez en cambio no tiene ningún interés dependiente del resultado del proceso, y sólo representa como órgano del Estado el interés de éste en la realización de la justicia. Esta doble posición explica las situaciones aparentemente contradictorias que presenta la materia en examen cuando se la enfrenta con otras cuestiones a ella vinculadas, por ejemplo la teoría de las nulidades por violación de las formas procesales.

Es indudable que la presencia del órgano jurisdiccional imprime un carácter acentuadamente público a la relación jurídica procesal, ya que en ella el Estado no actúa como persona del derecho privado sino como entidad de derecho público; pero es también indudable que su finalidad y lo que legitima su intervención es el regulamiento de los derechos privados subjetivos. La relación jurídica procesal que es el nexo que vincula los actos del juez y de las partes, actos regulados por la ley, que se inician con la demanda y terminan con la sentencia, origina derechos y obligaciones recíprocas entre las partes y el juez como representante del Estado. Aquéllas tienen derecho a pretender del Estado el ejercicio de la actividad jurisdiccional para la satisfacción de los intereses tutelados por el derecho privado, pero la jurisdicción es también para el Estado un derecho subjetivo público del que son sujetos pasivos todos los ciudadanos en su carácter de tales. La relación que media entre el Estado y los litigantes no puede, por consiguiente, ser clasificada entre las de puro derecho público ni entre las de puro derecho privado, sino que es, como dice Chiovenda^(25/2), una relación jurídica *sui generis*, que participa de los dos caracteres, aunque prevalece el carácter público.

(25/2) *Principii*, t. 1, pág. 81.

Ahora bien, esta prevalencia, dice el autor citado (25/3), hace que las leyes procesales sean, en principio, de orden público, pero el legislador no puede olvidar que el objeto mediato del proceso es actuar el derecho objetivo que regula intereses privados y que es precisamente lo que las partes pretenden en la sentencia. De ahí que la ley tenga en cuenta el interés privado de las partes al regular las formas del procedimiento, permitiéndoles en ciertos casos renunciar a ellas o modificarlas.

i) De lo expuesto resulta que, en defecto de una disposición expresa, esta materia queda librada al criterio judicial, pero el juez al resolverla debe tener en cuenta dos elementos de juicio. En primer lugar, que, por el carácter subsidiario de la intervención del Estado en la composición de la litis, están dirigidas a proteger un interés privado, por lo que en caso de duda debe considerarse que no afectan al orden público, porque es de suponer que si así fuese, el legislador lo habría previsto. En segundo lugar, que los principios que informan el concepto de orden público tienen su fuente en la Constitución nacional, y que, en consecuencia, se la viola cuando se desconoce algunas de las garantías que ella consagra (26).

(25/3) CHIOVENNA, *Instituciones*, n° 24. En el mismo sentido: GUASP, *Comentarios*, t. 1, pág. 40.

(26) La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha declarado, a nuestro juicio erróneamente, que: "Las reglas que rigen y encauzan el procedimiento, las referentes a las partes intervinientes, a la demanda y la contestación y consecuente traba de la litis y las materias comprendidas en la sentencia, son de orden público y deben ser cumplidas rigurosamente. La lesión que, hipotéticamente, pudiera resultar al derecho de una de las partes por la observancia fiel del procedimiento debe ceder ante la ventaja que para todos se desprende de su fiel observancia: el bien común debe prevalecer cuando esté en conflicto con el bien particular" (*Jurisp. Arg.*, 1951-III, pág. 186). Entre las que deben considerarse de orden público pueden citarse las siguientes disposiciones: art. 2, ley 27; art. 12 de la ley 48, sobre competencia federal (Corte Suprema, *Jurisp. Arg.*, t. 3, pág. 108); los arts. 3 y 87 del

15. Efectos de la ley procesal en el tiempo ⁽²⁷⁾.

a) La sanción de una ley que introduzca modificaciones en la organización judicial o en el procedimiento, suscita inmediatamente la cuestión de saber desde qué momento se la debe considerar en vigencia y cuáles son sus efectos con relación a los procesos pendientes y a las relaciones contractuales aún no sometidas a proceso.

b) La conveniencia de no dar efecto retroactivo a las leyes en general es incuestionable, porque el pasado debe escapar a la acción del legislador y tenerse por firmes los actos cumplidos de acuerdo con las leyes vigentes al momento de su celebración. El principio se halla consagrado en la Constitución nacional, pero sólo respecto de las leyes penales (art. 29, antes 18), y así no podría aplicarse una pena por la comisión de un acto que anteriormente no era considerado delito. En el orden civil sólo está amparado por el art. 3 del código civil, según el cual las leyes disponen para el futuro, no tienen efecto retroactivo ni pueden alterar derechos adquiridos; pero esta disposición está condicionada, en primer lugar, por el art. 4044, que permite la aplicación de la ley nueva a situaciones anteriores cuando sólo priven a los particulares de meros derechos en expectativa, y por el art. 5, que declara que nadie puede tener

código de procedimientos sobre competencia (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 60, pág. 946); el art. 186, que prohíbe presentar como testigos a los ascendientes y descendientes, etc.; las que exigen la intervención de los agentes fiscales y asesores de menores; el art. 24 de la ley 14.237, sobre ofrecimiento de prueba; etc.

(27) CARNELUTTI, *Sistema*, nº 33; CHIOVENDA, *Instituciones*, nº 27; JOFRÉ, *Manual*, t. 1, pág. 30; MOREL, *Traité élémentaire*, pág. 23; 2ª ed., pág. 17; SALVAT, *Derecho civil, Pte. gen.*, pág. 149; ROCCO, *Derecho procesal civil*, pág. 136; DU PASQUIER, *Introducción al estudio del derecho*, pág. 138; BORDA, *Retroactividad de la ley y derechos adquiridos*, Buenos Aires. 1951; GUASP, *Comentarios*, t. 1, pág. 63; PRIETO CASTRO, *Exposición*, t. 1, pág. 18.

derechos adquiridos contra una disposición de orden público (28). Esto significa que, sancionada una ley, los hechos cumplidos se rigen por la ley antigua, y los posteriores por la nueva; sólo se aplicará a los anteriores cuando priven de una esperanza, pero no de una facultad ya ejercida, a menos que la nueva norma sea de orden público (28/1).

(28) Los siguientes ejemplos tomados de SALVAT, aclararán estos conceptos. Las antiguas leyes españolas vigentes en el país antes de la sanción del código civil reconocían el derecho de sucesión *ab intestato* entre colaterales hasta el décimo grado. Supongamos que Primus esperaba recoger la herencia de Secundus, su pariente de séptimo grado, quien no tenía ascendientes ni descendientes, pero antes de fallecer Secundus se dicta el código civil cuyo art. 3585 limita el derecho de sucesión entre colaterales hasta el sexto grado. La esperanza legítimamente concebida por Primus de suceder a Secundus ha quedado destruída. Pero si Secundus hubiera fallecido antes de entrar en vigencia el código civil hubiera tenido un derecho adquirido, y la nueva ley no habría podido privarle de la sucesión de aquél sin incurrir en retroactividad. La mayor edad se adquiere a los veintidós años (art. 126), pero si el código civil fuera modificado y la mayor edad se fijara en veintitrés años, las personas que hubiesen cumplido los veintidós pero no hubiesen llegado a los veintitrés serían nuevamente menores de edad (*Pte. gen.*, págs. 151 y 159).

(28/1) La Corte Suprema ha declarado que el principio de irretroactividad de las leyes en materia civil no es constitucional, de manera que el efecto retroactivo atribuído por el legislador a una norma no es violatorio de la Constitución sino cuando vulnera derechos adquiridos, en razón de que éstos están amparados por la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad (*Jurisp. Arg.*, t. 37, pág. 9; t. 59, pág. 757; 1947-IV, pág. 495). No hay óbice constitucional, agregó la Corte, que impida la modificación por una ley de orden público del régimen vigente respecto de derechos aún litigiosos, y así la suspensión dispuesta por la ley del trámite de los juicios de desalojo no es violatoria de la Constitución nacional (*La Ley*, t. 59, pág. 199). En materia de derecho administrativo, también ha dicho la Corte que no rige el principio de irretroactividad y que es inobjetable el derecho del Estado para dar extensión retroactiva a los impuestos durante el año fiscal en que se dicta la nueva ley que crea o aumenta la tasa del tributo (*Jurisp. Arg.*, 1952-III, pág. 327). Ver sobre el tema: LENA PAZ, *Extensión y límites del derecho de propiedad según la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación* (*Jurisp. Arg.*, 1944-IV, oct., pág. 66).

c) Aparte de que las disposiciones del código civil podrían ser modificadas por una ley del Congreso, cabe la posibilidad de que se discuta si ellas son aplicables en materia procesal, en presencia de la amplitud con que ha sido interpretada la facultad de las provincias para legislar en esta materia, y así no podría argüirse la inconstitucionalidad de una ley dictada por ellas alegándose que viola el principio de irretroactividad que consagra el art. 3 del código civil. Sin embargo, es indudable que la norma procesal debe estar sometida a un régimen análogo, ya que median las mismas razones; de lo contrario, instituciones fundamentales, como la cosa juzgada, carecerían de base real.

d) En los casos en que una ley declara que será aplicada con efecto retroactivo no puede haber dificultad. Constituirá un error del legislador, y, doctrinariamente, toda censura estará justificada, pero el juez no podrá dejar de aplicarla, a menos que ello importe una violación del derecho de propiedad en el sentido que a la cláusula constitucional ha dado la Corte Suprema de Justicia. Cuando, por el contrario, la ley no contiene una disposición expresa, es necesario distinguir tres situaciones, según que al momento de dictarse la ley el proceso se halle totalmente terminado o que la relación material no haya sido sometida a proceso, o que, pendiente el proceso, sobrevenga la modificación.

e) Si el proceso se halla totalmente terminado, la solución no puede ser otra que la que indicamos precedentemente, pues la autoridad de la cosa juzgada impide que la cuestión sea examinada de nuevo, y aquel a quien beneficia tiene una situación jurídica que no puede ser destruida sin contravenir el principio constitucional de inviolabilidad de la propiedad.

f) En el segundo supuesto, cuando de la relación material surja una litis cuya solución requiera la intervención del juez, el proceso se tramitará por la ley vigente al momento de su iniciación y no según la ley que regía cuando

la relación material se constituyó⁽²⁹⁾. Sin embargo, una excepción debe hacerse, con relación a la prueba de los actos jurídicos, cuando se trate de su admisibilidad. La prueba del acto jurídico está íntimamente vinculada al acto mismo, y las reglas para su admisión están establecidas en la ley de fondo; por consiguiente, son las que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración, y ellas tienen a su respecto una situación jurídica que no se puede desconocer. De allí que subsistan los medios de prueba autorizados por la ley anterior aunque la nueva ley los hubiere suprimido, y que, por el contrario, para su ejecución se apliquen las disposiciones vigentes al momento de diligenciarlas⁽³⁰⁾. Este mismo concepto lo desarrollamos a continuación, al ocuparnos del tercer supuesto, es decir,

(29) Una ley, dice JOFRÉ (*loc. cit.*), podría suprimir el juicio ejecutivo sin que ningún acreedor tuviera derecho a quejarse de que se le privara de una garantía anterior; al contrario, una ley podría conceder acción ejecutiva a las obligaciones de dar o de hacer sin que fuera dado al deudor quejarse por el cambio. Lo mismo podría decirse, agrega CHIOVENDA (*Instituciones*, pág. 96), de una ley que derogase el embargo preventivo o acordase acción para el cobro de las deudas de juego o crease alguna nueva forma de actuación.

(30) CHIOVENDA sostiene (*Principii*, pág. 122; *Instituciones*, pág. 97) que las leyes de prueba son siempre de procedimiento, porque tienden a formar la convicción del juez y, por tanto, deben ser aplicadas inmediatamente, opinión que comparte JOFRÉ (*Manual*, t. 1, pág. 30), pero con la cual disiento. Si la nueva ley exigiese una formalidad *ad solemnitatem*, por ejemplo la escritura pública en la venta de inmuebles respecto de un acto no solemne o suprimiere una prueba admitida en el momento en que el acto se celebró (por ejemplo, la testimonial), se destruirían situaciones jurídicas ya adquiridas. El argumento de que sería ilógico que el juez tuviera por probado un hecho en un proceso y por improbadó el mismo hecho en otro proceso, es erróneo, porque si se admite que las leyes que restringen la prueba no deben aplicarse pero sí las que la amplían, no podrá presentarse la situación que se plantea, sino que precisamente en el caso de aplicarse la ley sin distinciones, es que ella podría presentarse. Por otra parte, no se ha tenido en cuenta que la excepción no se refiere a todos los hechos, sino solamente a los actos jurídicos.

cuando al momento de sancionarse la nueva ley existe un proceso pendiente.

g) Si, pendiente el proceso, se dictara una ley modificatoria de carácter procesal, será necesario hacer algunos distingos para establecer sus efectos. Las leyes de organización de los tribunales son de orden público, según hemos visto, y, por consiguiente, cualquier disposición que las modifique puede aplicarse inmediatamente. Esto se admite sin dificultad, porque nadie tiene derecho a ser juzgado por un determinado magistrado ni en cierto número de instancias. Tal ocurrió con la sanción de la ley 7055, del 17 de agosto de 1910, que modificó la ley 1893, del 12 de noviembre de 1886, cuyo art. 2 dispuso que los asuntos pendientes en apelación se repartían entre la Cámara anterior y la que por ella se creaba. Igual cosa sucedió con la ley 11.924, del 29 de septiembre de 1934, sobre organización de la justicia de paz letrada de la capital, que derogó la ley 2860, del 23 de noviembre de 1891, y cuyo art. 72 dispuso que los juicios que por la nueva ley fueran de la competencia de la justicia de paz y se hallaren pendientes, al tiempo de su vigencia, ante lo civil y comercial, quedarán radicados en los mismos hasta su terminación, y que los juicios que en ese momento estuvieron pendientes ante los juzgados legos, que por la ley se suprimían, pasaran, para su conocimiento, a los juzgados letrados que por ella se creaban. La ley 13.998, modificatoria de las precedentemente citadas y que fué sancionada el 6 de octubre de 1950, dispone en su art. 83 que ella entrará en vigencia a los noventa días de su publicación en el *Boletín Oficial* (11 de octubre de 1950), pero no suscitó ninguna dificultad porque no modificó la estructura de los tribunales. El Reglamento para la Justicia Nacional, dictado por la Corte Suprema de Justicia el 17 de diciembre de 1952, dispone en su art. 163 que entrará en vigencia el 1º de febrero de 1953, salvo las disposiciones de los arts. 129 y 155 a 161 todos inclusivos, que se aplicarán a partir

de la fecha en que los jueces reciban las copias de ellos que les enviarán las respectivas Cámaras de Apelaciones.

h) Las leyes que reglamentan la competencia absoluta son también de orden público y pueden aplicarse a los procesos pendientes. El mismo ejemplo anterior vale en el caso. Así, una ley que modificara la competencia del juez por razón de la cantidad o que unificara la competencia civil o comercial, no podría ser objetada por los litigantes, aun cuando no cabe duda que solamente razones imperiosas justificarían esta medida, por los perjuicios que les ocasionaría. Pero, tratándose de la competencia relativa, la solución no puede ser siempre la misma, porque reconociendo la ley la autonomía de la voluntad para celebrar convenciones a su respecto (cód. civ., art. 101), una ley que desconociera la validez del domicilio especial establecido por las partes en un contrato, no podría aplicarse a los procesos pendientes, ni aun siquiera a aquellos contratos no sometidos todavía a proceso, porque sería desconocer, como en los casos anteriores, una situación jurídica adquirida. Si, por el contrario, se tratara de la determinación de la competencia por las circunstancias personales de los litigantes, podría aplicarse a las relaciones no sometidas a proceso, pero no tendría efecto respecto de los procesos pendientes.

i) En cuanto a las leyes de procedimiento propiamente dichas, o sean las que regulan la substanciación de los juicios, hay que hacer un nuevo distingo. Los actos cumplidos hasta el momento en que la ley entra en vigencia, permanecen inalterados: la ley no puede tener efecto retroactivo para destruir actos procesales definitivamente ejecutados^(30/1). Respecto de los actos posteriores, la solución varía según que la reforma sea total o parcial. Si la ley

(30/1) Los actos de procedimiento cumplidos no se afectan por las leyes que se dicten posteriormente, por más que éstas por su carácter administrativo y procesal tengan efecto retroactivo (Suprema Corte B. Aires, *Jurispr. Arg.*, 1946-I, pág. 641).

instituye un nuevo régimen procesal, por ejemplo la oralidad en lugar de la escritura, el proceso se acomodará, desde ese momento, a las reglas del nuevo procedimiento. Pero si se trata de los actos procesales, sea que la modificación se haga aisladamente o contenida en una reforma total, es necesario aún distinguir entre los actos a cumplirse por el juez y los que corresponden a las partes (formalidades para la recepción de la prueba, requisitos de la sentencia, etc.). En el primer caso, en nada se afecta la situación de los litigantes, y, por consiguiente, las disposiciones que a ellas se refieran pueden aplicarse a los trámites ulteriores. Pero en el segundo, sólo el examen del caso concreto permitirá darle una solución adecuada, aplicando las nociones precedentes, lo que importa decir que es materia de apreciación judicial. Si se trata de normas de simple garantía, su aplicación es inmediata porque no se afecta a la defensa: supóngase que una ley suprime la excepción de arraigo, en cuyo caso deberá dejarse sin efecto el que se hubiese efectuado, pero si no existiendo la excepción la ley la estableciera, podría el demandado exigirla inmediatamente ⁽³¹⁾. Lo mismo ocurriría si se declarase inembargable un bien o se levantase la prohibición de embargo ⁽³²⁾. En materia de prueba, hemos dicho ya que no podría aplicarse una disposición que suprimiese un medio permitido por la ley anterior o que la restringiese; pero, en cambio, sería aplicable la que admitiese nuevos medios o ampliase los existentes ⁽³³⁾. Así, si se restringiese a cien pesos el monto de los contratos que puedan probarse por testigos, el cual es actualmente de doscientos pesos (cód. civ., art. 1193), no podría aplicarse a los contratos superiores a esa suma, pero inferiores a ésta, que se hubiesen celebrado con anterioridad

(31) MOREL, pág. 24.

(32) La ley 514, del 22 de junio de 1872, suprimió la prisión por deudas y, desde ese momento, los acreedores perdieron esa garantía.

(33) MOREL, pág. 26.

a la nueva ley; pero si ésta ampliase a trescientos pesos la tasa legal, los contratos superiores a doscientos pesos hasta esa cantidad podrían probarse por testigos, aunque fuesen de fecha anterior a la modificación. Si se tratara del ofrecimiento de la prueba, la nueva ley podría aplicarse a los actos posteriores, siempre que con ello no se afectara el derecho de defensa ⁽³⁴⁾. En resumen, la nueva ley se aplicará a los actos posteriores de procedimiento en cuanto con ello no se afecte la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio ^(34/1).

16. Efectos de la ley procesal en el espacio ⁽³⁵⁾.

a) Siendo consecuencia del ejercicio de un poder emanado de la soberanía, la ley sólo tiene efecto dentro del

⁽³⁴⁾ La cuestión se suscitó, al sancionarse la ley 4128, del 3 de octubre de 1902, cuyo art. 11 establece que la prueba de testigos debe ofrecerse dentro de la primera mitad del término ordinario de prueba, en tanto que en la situación anterior la jurisprudencia permitía ofrecerla hasta cuatro días antes del vencimiento del término. En los pleitos pendientes en que no se había ofrecido prueba testimonial y hubiese transcurrido la primera mitad del término, se resolvió que la prueba era admisible de acuerdo con la legislación anterior; en aquellos en que el término hubiese comenzado a correr se acordó un plazo prudencial, generalmente de quince días; pero en los que aún la causa no se había abierto a prueba se aplicó la nueva ley sin restricciones.

^(34/1) La ley 14.237, modificatoria del cód. de procedimiento civil de la Capital Federal, sancionada el 13 de octubre de 1953, dispone en su art. 94 que ella comenzará a regir el 1º de febrero de 1954 y sus efectos alcanzarán a todos los asuntos que desde entonces se promuevan y a los pendientes, con excepción de los trámites, diligencias y plazos que hubieran tenido principio de ejecución o empezado a correr, los cuales se regirán por las disposiciones hasta entonces aplicables. Interpretando esta disposición la Cám. Nac. de Apelaciones en lo Civil ha declarado que la ley 14.237 no era de aplicación a los actos procesales ordenados antes de su entrada en vigencia (*La Ley*, t. 76, pág. 42).

⁽³⁵⁾ CARNELUTTI, *Sistema*, nº 34; CHIOVENDA, *Instituciones*, pág. 104; GOLDSCHMIDT, *Tratado*, pág. 35; JOFRÉ, t. 1, pág. 25; ROCCO, *Derecho procesal civil*, pág. 134; MARGARITA ARGÜAS, *La regla "locus regit ac-*

territorio sobre el cual aquélla se extiende, de donde resulta que carece de eficacia fuera de esos límites, como tampoco la tienen dentro de ellos una ley extranjera. Sin embargo, el hombre se traslada hoy con facilidad de un lugar a otro, adquiere bienes en varios de ellos y mantiene relaciones contractuales con otras personas domiciliadas en diferentes lugares, dando así nacimiento a relaciones jurídicas que se encuentran sometidas a legislaciones distintas, presentándose entonces la cuestión de saber cuál de ellas regirá en caso de conflicto. Sabido es que se enunciaron al respecto dos sistemas fundamentales: el de la personalidad de la ley (según el cual ésta acompaña al sujeto dondequiera que se encuentre) y el de la territorialidad (que somete a los extranjeros a la ley del lugar de su residencia), y que son los antecedentes de las dos doctrinas que hoy dividen al derecho internacional privado: la nacionalidad y el domicilio. Pero ellas son insuficientes para resolver todos los conflictos que pueden presentarse, porque si bastan tra-

tum", en la legislación nacional y la jurisprudencia argentina; SALVAT, *Derecho civil. Pte. gen.*, pág. 160; CALANDRELLI, *La fórmula "locus regit actum" en la legislación argentina* (*Jurisp. Arg.*, t. 23, pág. 718); J. M. VIDELA ARANGUREN, *El derecho internacional privado en la reforma procesal* (*Rev. Argentina de Derecho Internacional*, abril, 1940); WEISS, *Traité élémentaire de droit international privé*, pág. 55 (1886); SURVILLE y ARTHUYS, *Cours élémentaire de droit international privé* (1910), pág. 5; VICO, *Derecho internacional privado*, t. 1, pág. 150 (*Jurisp. Arg.*, nota t. 3, pág. 385); CARLOS A. ALCORTA, *La prueba de la ley extranjera* (*Jurisp. Arg.*, t. 12, pág. 315); *Principios de derecho internacional privado. Territorialidad y extraterritorialidad de la ley*, B. Aires, 1931; DÍAZ MONERA, *El concepto de territorialidad en derecho procesal*, Barcelona, 1945; SENTÍS MELENDO, *La aplicación de la ley extranjera en el derecho argentino* (*Studi in onore di Redenti*, t. 2, pág. 367); LORENZO HERRERA MENDOZA, *Fundamento de la eficacia extraterritorial de leyes y sentencias extranjeras*, Caracas, 1945; *Nociones preliminares sobre extraterritorialidad de leyes y sentencias extranjeras* (*Rev. Der. Procesal* (A), 1944 - II, pág. 293); GUASP, *Comentarios*, t. 1, pág. 63; PRIETO CASTRO, *Exposición*, t. 1, pág. 19; MORELLI, *Derecho procesal civil internacional* (trad. SENTÍS MELENDO, B. Aires, 1953).

tándose de las personas o de las cosas, no comprenden a los actos jurídicos, que no tienen nacionalidad ni domicilio. La solución se ha encontrado en la fórmula *locus regit actum*, que significa que el acto, en cuanto a su forma y solemnidades debe ser juzgado de acuerdo con la ley del lugar en que se celebró, por ser la que los contratantes tuvieron en vista en ese momento.

b) Nuestro código civil ha adoptado ese principio, y así dispone, en el art. 12, que las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público son regidas por las leyes del país donde se hubieren otorgado; pero, agrega el art. 14, las leyes extranjeras no serán aplicables: 1º) cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal de la República o a la religión del Estado, a la tolerancia de cultos, o a la moral y las buenas costumbres; 2º) cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este código; 3º) cuando fueren de mero privilegio; 4º) cuando las leyes de este código, en relación con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos. La regla del art. 12 es de carácter general, de la cual el código hace diversas aplicaciones, como en los arts. 950, 1180, 1181, 1182, 3635, 3636, 3638, etc. (36). De ellos merecen especial mención los arts. 950 y 1182. El primero establece que respecto de las formas y *solemnidades* de los actos jurídicos su validez o nulidad será juzgada por las leyes y usos del lugar en que los actos se realizaren (art. 12). Quiere decir, y esto tiene especial importancia en lo que concierne a la prueba en materia procesal, que en la regla del art. 12 no sólo están comprendidos los actos autén-

(36) Los arts. 1205 y 1209 reglan, respectivamente, la forma y la eficacia de los actos celebrados en el extranjero para surtir efecto en la República, estableciendo que en cuanto a lo primero se regirían por la ley del lugar de su celebración y en cuanto a lo segundo por la del país (Ver al respecto Vico, *Der. internacional privado*, t. 3, pág. 121. Ver también *Jurisp. Arg.*, t. 27, pág. 412, y t. 58, leg. extranj., pág. 35).

ticos, sino también aquellos respecto de los cuales se exigen formas determinadas *ad solemnitatem*, como sería el caso del art. 1810. El art. 1182 dice que lo dispuesto en cuanto a las formas de los actos jurídicos debe observarse en los contratos, lo cual debe tenerse también en cuenta al considerarse la prueba. Ahora bien; el art. 13 agrega que la aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que el código lo autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada ⁽³⁷⁾, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes ⁽³⁸⁾, con excepción de las leyes extranjeras que se hiciesen obligatorias en la República por convenciones diplomáticas o en virtud de ley especial. En cuanto a los medios de prueba, la jurisprudencia admite que la existencia de la ley extranjera puede ser reconocida por aquel a quien se opone ⁽³⁹⁾, y, en su defecto, por todos los medios de prueba que la ley permite ⁽⁴⁰⁾, con excepción de la testimonial ⁽⁴¹⁾. Uno de ellos, generalmente el más usado, es el certificado del cónsul de la nación cuya ley se invoca ⁽⁴²⁾, pero no corresponde a ese funcionario de-

⁽³⁷⁾ Es decir, que no procede su aplicación de oficio (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 22, pág. 1022).

⁽³⁸⁾ Se discute en doctrina si el juez puede aplicar una ley extranjera invocada por las partes aunque no esté probada su existencia (véase RICARDO E. REY, *La aplicación de la ley extranjera y nuestro código*, en *Rev. de la Fac. de Derecho y Ciencias Sociales*, t. 5, pág. 889; véase también *Jurisp. Arg.*, t. 3, pág. 385, nota); pero dentro de nuestra legislación positiva civil el art. 13 es terminante en el sentido de que la prueba por la parte es indispensable. En ese sentido: Cám. Civ. 1ª, *La Ley*, t. 26, pág. 38; Cám. Civ. 2ª, *La Ley*, t. 23, pág. 1037; Cám. Fed. Cap., *La Ley*, t. 23, pág. 523; Cám. 1ª Civ. y Com. La Plata, *La Ley*, t. 47, pág. 243.

⁽³⁹⁾ Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 18, pág. 251. Cám. Fed. de La Plata, *Jurisp. Arg.*, t. 8, pág. 62.

⁽⁴⁰⁾ Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 19, pág. 830; *Gac. del Foro*, t. 55, pág. 138.

⁽⁴¹⁾ Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 7, pág. 21; t. 52, pág. 741.

⁽⁴²⁾ Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 20, pág. 726; Cám. Civ. 2ª, *La Ley*, t. 22, pág. 429; t. 60, pág. 438; Cám. 1ª Civ. y Com. de La Plata,

clarar si el acto es o no válido, sino dar fe del texto de la ley, porque la apreciación de validez corresponde al tribunal ⁽⁴³⁾.

También la atestación de un escribano extranjero en documento legalizado es suficiente prueba de la ley del país de su otorgamiento ⁽⁴⁴⁾. Por último, puede recurrirse a informes de jurisconsultos eminentes ⁽⁴⁵⁾ o referencias de obras conocidas sobre el derecho del país respectivo ⁽⁴⁶⁾. Pero no existe uniformidad en cuanto a la carga de la prueba; así, mientras los tribunales de lo civil han establecido que el que presenta un documento otorgado en el extranjero está obligado a probar que se ajusta a las formalidades legales del país de su otorgamiento ⁽⁴⁷⁾, la Cámara de lo comercial declaró que no incumbe al juez rever las condiciones de los actos públicos otorgados en el extranjero, las que deben presumirse conformes con las leyes que los rigen, y que al impugnante corresponde la prueba de los

La Ley, t. 47, pág. 243. En algún caso se admitió el informe de un ministro (*Jurisp. Arg.*, t. 12, pág. 321, nota).

(43) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 8, pág. 105; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 9, pág. 283; t. 14, pág. 486; t. 19, pág. 840; t. 43, pág. 203. La Cámara Nacional de Apelaciones de la Capital (Sala B) ha declarado recientemente que "quien solicita la aplicación de una ley extranjera debe acreditar su texto; sin que baste al efecto un informe diplomático que, en lugar del mismo, contiene una opinión sobre lo que establece" (*Jurisp. Arg.*, 1953-I, pág. 131; *La Ley*, t. 69, pág. 566).

(44) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 7, pág. 288.

(45) Este medio, muy común en los países europeos (*Jurisp. Arg.*, t. 30, pág. 423), ha sido admitido por nuestra jurisprudencia (Cám. Civ. 2ª, *Gac. del Foro*, t. 55, pág. 138).

(46) Cám. Civ. 2ª, *Gac. del Foro*, t. 81, pág. 369; Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 28, pág. 1002, com.

(47) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 23, pág. 866. En este caso, sin embargo, se estableció una excepción en el sentido de que la presentación de una declaratoria de herederos, por ser un pronunciamiento judicial, constituye prueba suficiente de la existencia de la ley en que ella se funda. Pero el principio se aplica reiteradamente tratándose de testamentos (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 12, pág. 315; t. 33, pág. 178).

términos de la ley extranjera cuando afirma que el acto no se ajusta a los mismos, por cuanto sólo entonces la existencia de la ley es discutida ⁽⁴⁸⁾; solución que parece más de acuerdo con la doctrina de la comunidad jurídica que inspira nuestra legislación. Para la interpretación de la ley extranjera debe recurrirse a la jurisprudencia de sus propios tribunales ⁽⁴⁹⁾.

c) Las leyes procesales, como las de fondo, tienen en principio una limitación territorial, lo cual significa que rigen por igual y de idéntica manera para los nacionales y extranjeros. Pero, frecuentemente, los jueces se ven obligados a aplicar una ley extranjera para resolver una cuestión procesal, lo que tiene lugar, sobre todo, en los siguientes casos: 1º) determinación de la capacidad de las partes; 2º) validez del mandato; 3º) notificación; 4º) admisibilidad de la prueba; 5º) diligenciamiento de la misma; 6º) medidas precautorias; 7º) ejecución de sentencias. No contienen nuestras leyes de procedimiento disposiciones que se refieran a esta materia, pero es indudable que rige también para el caso la fórmula *locus regit actum*, y, en consecuencia, deben aplicarse los mismos principios del código civil, teniendo principalmente en cuenta los pronunciamientos de la jurisprudencia sobre el objeto, modo y cargo de la prueba de la ley extranjera. Examinaremos ahora las situaciones mencionadas precedentemente.

d) La capacidad para actuar en juicio de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República, será juz-

⁽⁴⁸⁾ Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 6, págs. 485; t. 9, págs. 785; t. 10, págs. 615; t. 30, págs. 482. En el mismo sentido se ha pronunciado la Cám. Fed. de la Cap., *Jurisp. Arg.*, t. 66, págs. 767. También la Corte Suprema (*Fallos*, t. 48, págs. 98) ha resuelto que: "El poder conferido en el extranjero y autorizado por un notario público se presume conforme a las leyes del lugar de su otorgamiento y basta para acreditar la personería del mandatario".

⁽⁴⁹⁾ Cám. Fed., *Jurisp. Arg.*, t. 14, págs. 705.

gada por las leyes de su respectivo domicilio (cód. civ., arts. 7, 8, 9, 138 y 139), y, en consecuencia, si por ellas tienen capacidad suficiente, podrán actuar sin necesidad de representación legal aunque por nuestras leyes fuesen incapaces (50). Igual solución cabe respecto de la calidad de obrar, y así, las facultades del marido como representante de la esposa, el padre respecto del hijo, el curador respecto del incapaz, etc., se determinarán según la ley que rija esas situaciones, a menos que contrarie disposiciones de orden público de nuestro país (51).

e) Las formas del mandato, así como la extensión de las facultades que él confiere, se determinan por la ley del lugar de su otorgamiento, y, en consecuencia, aunque nuestra ley exige que sean otorgados por escritura pública los que deban ser presentados en juicio (cód. civ., art. 1184, inc. 7º), serán suficientes los otorgados en instrumento privado si aquélla lo permitiese (52).

f) Las notificaciones se rigen por la ley del lugar en que se practican, y así, si un juez extranjero solicitase a un juez nacional una notificación, ésta se hará de acuerdo con nuestras leyes de procedimiento, y recíprocamente, la que un juez nacional solicite a un juez extranjero, se hará según la ley extranjera (53).

g) La admisibilidad de la prueba se determina por la ley del lugar del acto, en razón de su vinculación con el

(50) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 7, pág. 285.

(51) No procede aplicar la ley francesa para dar intervención al esposo en una sucesión en que es heredera su esposa si ésta se opone a ello fundada en la ley 11.357, porque importaría violar el régimen establecido en esta ley, que es de orden público (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 66, pág. 577).

(52) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 7, pág. 288; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 18, pág. 1041; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 28, pág. 415; t. 27, pág. 824; t. 66, pág. 689.

(53) Lo mismo ocurre si se trata de actos a cumplirse en diferentes provincias.

derecho material, y por ser la que las partes tuvieron en cuenta al ejecutarlo. El art. 1193 del código civil establece que solamente pueden probarse por testigos los contratos cuyo valor no exceda de doscientos pesos, lo que en el derecho francés se permite hasta quinientos francos. Supóngase un contrato celebrado en Francia por un mil francos, cuya existencia se discute ante nuestros tribunales; si se aplicara el art. 1193 citado, podría probarse por testigos porque, convertida esa suma a moneda legal argentina, no alcanza a la tasa legal; pero, como el acto se rige por la ley del lugar de su celebración, en este caso la francesa, la prueba sería inadmisibile. Recíprocamente, un contrato celebrado en la República por ciento cincuenta pesos, cuestionado ante tribunales franceses, podría probarse por testigos, aunque, convertida esa suma a moneda francesa, exceda de la tasa legal. Sin embargo, en cuanto al medio de prueba, es necesario que esté permitido por la ley del lugar donde deba realizarse. En Inglaterra está excluida la prueba de confesión, substituyéndola por medio de una declaración jurada de las partes bajo el nombre de *affidavit*; por consiguiente, un tribunal inglés no podría aplicar ese medio de prueba aunque esté admitida en la legislación argentina; tampoco podría un juez argentino, a requerimiento de un juez extranjero, diligenciar una prueba de confesión ordenada en un juicio de divorcio por estar excluida expresamente por la ley nacional (art. 70 de la ley de matrimonio civil).

h) En cambio, la prueba debe diligenciarse de acuerdo con la ley del lugar donde se practique, y así, cuando un juez argentino encomienda a otro de un país extranjero la recepción de un testimonio, ella se aprecia, en cuanto a las formalidades del acto, según la ley del lugar donde se realice (54).

(54) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 24, pág. 960. La validez o nulidad por vicio en el procedimiento de las diligencias de prueba trami-

i) La procedencia de una medida precautoria (embargo, inhibiciones, etc.) se determina de acuerdo con la ley donde se substancia el juicio, pero su cumplimiento debe sujetarse a la ley del lugar de la ejecución; no podría trabarse embargo, por ejemplo, en algunos de los bienes que la ley argentina excluye expresamente de esa medida aunque la ley extranjera lo autorice (55).

j) En cuanto a la ejecución de sentencias extranjeras, el código lo permite con sujeción a varios requisitos que examinaremos al ocuparnos de la ejecución forzada.

k) El tratado de derecho procesal de Montevideo, de 25 de agosto de 1881, celebrado entre la República Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y la República Oriental del Uruguay, aprobado por la ley 3192, establece, en sus arts. 1, 2, 9 y 11, que los juicios y sus incidencias, cualesquiera sea su naturaleza, se tramitarán con arreglo a la ley de procedimientos en cuyo territorio se promovieran. Las pruebas se ofrecerán y apreciarán según la ley a que esté sujeto el acto jurídico materia del proceso. Se exceptúa el género de pruebas que por su naturaleza no autorice la ley del lugar en que se sigue el juicio. Los exhortos y cartas rogatorias que tengan por objeto hacer notificaciones, recibir declaraciones o practicar otras diligencias de carácter judicial, se cumplirán en los Estados signatarios siempre que dichos exhortos o cartas rogatorias reúnan las condiciones del tratado. Uno y otra se diligenciarán con arreglo a las leyes del país en que se pide su ejecución (55/1).

tadas en el extranjero se rige única y exclusivamente por las leyes del país en que han sido producidas (Cám. Civ., t. 16, pág. 237). Lo mismo cuando un juez de provincia encomiende la diligencia al juez de otra provincia; pero si el comitente fuese un juez federal se observarán las disposiciones de la ley nacional de procedimiento (ley 50, art. 103).

(55) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 8, pág. 50.

(55/1) Sobre exhortos, ver cap. VIII, 21, g, y cap. XII, 9, h. Sobre legalización de documentos extranjeros, ver cap. XXII, 6, f.

17. Aplicaciones de las leyes procesales.

a) Al resolver una cuestión procesal, el juez puede encontrarse frente a una de estas tres situaciones: 1º) que exista, respecto de ella, una disposición expresa en la ley; 2º) que la aplicación de la ley al caso sea dudosa; 3º) que no exista disposición legal que resuelva la cuestión. En estos dos últimos casos, sin embargo, el juez estará obligado a dictar un pronunciamiento, ya que no puede dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio u obscuridad de la ley, según lo dispone el código civil en su art. 15, incurriendo, en caso contrario, en responsabilidades pecuniarias (cód. de proc. civ., art. 61) y hasta en la pérdida del empleo (ley 1893, art. 45) y en sanciones penales (cód. pen., art. 273). Se trata, entonces, de saber cuál será la conducta del juez en esa emergencia, y ella, naturalmente, variará en cada supuesto: si existe un texto claro, se limitará a aplicarlo; si la ley es dudosa, deberá previamente interpretarla; si la ley guarda silencio, le corresponderá integrarla. Por consiguiente, son tres aspectos de la técnica judicial, que debe examinarse por separado.

b) Los principios que regulan la aplicación, interpretación e integración de la ley procesal forman parte de la teoría general del derecho, de la cual constituye uno de sus capítulos bajo el nombre de hermenéutica jurídica, y desde este punto de vista podría discutirse si es posible referirlos específicamente al derecho procesal y si se justifica la existencia de normas a su respecto en los códigos de la materia. La solución negativa nos llevaría a sostener que tampoco se justifica la presencia de disposiciones análogas en los códigos civil y de comercio, pero es que, en realidad, se trata de conceptos formales de contenido variable, de tal manera, que su material se vincula a la disciplina jurídica a que deben aplicarse. De allí que si en una consideración lógica

no haya diferencia entre el modo de interpretar un texto del código civil y otro del código de procedimiento, resulte, no obstante, fácil advertirla en cuanto a su contenido.

c) Nos ocuparemos, en primer lugar, de las diversas cuestiones que plantea la aplicación de la ley. En primer término, ocurre preguntar si el juez, en presencia de una disposición que considera injusta o, por lo menos, inconveniente, por razón de las circunstancias que rodean el caso, podría apartarse de ella para arbitrar una solución más conforme con la realidad. El art. 59 del código de procedimiento nos da categóricamente una respuesta negativa: "El juez debe siempre resolver según la ley. Nunca le es permitido juzgar del valor intrínseco o de la equidad de la ley". Por su parte, el art. 248 del código penal castiga al funcionario público que dictare resoluciones contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales. Es una consecuencia necesaria del principio de separación de los poderes que consagra nuestra Constitución, y así, cuando la voluntad del legislador aparece manifiesta en el texto legal, no le es permitido, bajo ningún pretexto, apartarse de sus términos: *dura lex, sed lex* ⁽⁵⁶⁾. La doctrina, sin embargo, no se resigna a considerar al juez como un mero ejecutor de la voluntad legislativa ⁽⁵⁷⁾, y así, vamos a ver que se han enunciado diversas teorías tendientes a conceder a los jueces una cierta libertad para aplicar la ley teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso. No obstante la

(56) Si el texto de la ley es claro no es posible, cualquiera sea el convencimiento del juez, avanzar más allá de lo que la regla legal establece categóricamente (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 36, pág. 510). No corresponde a los jueces acordar beneficios no establecidos por las leyes de cuya estricta aplicación están solamente encargados (Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 38, pág. 917). Si la ley es clara debe ser aplicada sin pretender interpretarla por el espíritu que la ha inspirado (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 47, pág. 613).

(57) SALLILES, prefacio a *Métodos de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, por GÉNY.

rigidez de nuestro texto legal, es indudable, en efecto, que el juez, al aplicar la ley, no puede prescindir de las situaciones de hecho, y es así como la jurisprudencia, por vía de interpretación, frente a textos claros y expresos de la ley, ha atemperado las consecuencias de una aplicación rigurosa. Por ejemplo, el código civil no ha limitado la tasa del interés, por lo que el deudor, conforme al art. 1197 del código civil, según el cual el contrato es ley para las partes, debe abonar el interés que se hubiera establecido en la convención, pero los jueces han declarado que el legislador no pudo haber querido legalizar un interés usurario, porque ello contraría a las buenas costumbres y no merece el amparo judicial (58).

d) Consecuentemente con lo ordenado en el art. 22 (antes 31) de la Constitución nacional, que establece la supremacía de sus disposiciones, los tratados con naciones extranjeras y las leyes que el Congreso sancionare, el art. 59 del código de procedimientos establece que la primera ley que el juez debe observar es la Constitución nacional. Ello implica que debe abstenerse de aplicar un precepto de la ley procesal cuando viole una cláusula de la Constitución, un tratado o ley del Congreso, situaciones que, por otra parte, autorizan el recurso extraordinario del art. 14 de la ley 48. Esto plantea la cuestión de saber si el juez puede hacer esa declaración de oficio teniendo en cuenta los términos imperativos del precepto, pero la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado lo contrario, con lo cual se reducen considerablemente las facultades del poder judicial y se subordina la vigencia de los preceptos de la Constitución a la acción de los particulares.

(58) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 56, pág. 155. La Corte Suprema de Tucumán ha declarado que el juez no es esclavo de la letra de los textos y, en ocasiones, él se adelantará para entenderlos según su espíritu, cuando ellos sean excepcionales (*Jurisp. Arg.*, t. 52, pág. 974).

e) Por su parte, la ley federal 48, en su art. 21, establece que: "Los tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancionare el Congreso, los tratados con naciones extranjeras, las leyes particulares de las provincias, las leyes generales que hayan regido anteriormente a la Nación y los principios generales del derecho de gentes, según lo exijan, respectivamente, los casos que se sujeten a su conocimiento, en el orden de prelación que va establecido". Esto es interesante, porque consagra, en caso de conflicto, la prevalencia de las leyes procesales federales respecto de las leyes provinciales.

f) Por último, hasta la sanción de los códigos de procedimiento, regían en el país las leyes españolas con las modificaciones introducidas por las leyes patrias, posteriormente fuentes de nuestras instituciones procesales a través de la ley de enjuiciamiento civil de 1855. No podía entonces el legislador olvidar todo el caudal de ciencia y experiencia acumulado en esos monumentos jurídicos, y por eso, al establecer en el art. 814 del código de procedimiento que "quedan derogadas todas las disposiciones anteriores relativas al enjuiciamiento civil y comercial en todo lo que sean contrarias a la presente", había autorizado su aplicación supletoria en el orden de prelación establecido por el art. 55 de la Ordenanza de la Real Audiencia de Buenos Aires, que es el siguiente: 1º) Ordenanza de la Audiencia de Buenos Aires y Ordenanza General de Intendentes de 1803; 2º) Cédulas comunicadas a la Audiencia y Leyes de Indias; 3º) Fueros municipales locales; 4º) Nueva Recopilación de Castilla; 5º) Ordenamiento de Alcalá; 6º) Fuero Juzgo; 7º) Fuero Real; 8º) Leyes de Partidas. Por consiguiente, no podrá hablarse de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes mientras una cuestión procesal pueda resolverse por aplicación de un precepto contenido en cualquiera de

estos cuerpos legales. Pero la ley 14.237, art. 95, ha derogado el art. 14 del cód. de proc., no obstante lo cual sus principios continuarán siendo de aplicación, de acuerdo con el art. 217 del cód. de proc. (58/1).

18. Interpretación de las leyes procesales (59).

a) No siempre el legislador emplea una expresión feliz, y de ello resulta la duda de si una ley ampara o no una

(58/1) Refiriéndose al art. 960 del Cód. de Proc. de la provincia de Buenos Aires, que también derogó las leyes anteriores a su sanción, dice DE LA COLINA (*Derecho y legislación procesal*, t. 2, pág. 366, n° 454) que "se explica que el Código Civil, que es una obra completa y perfecta en lo posible, no reconozca como ley en esa materia sino a lo que en él se contiene expresa o implícitamente; pero carece de toda prudencia que el de procedimientos, incompleto y deficiente, apague todas las luces encendidas por el saber y la experiencia de los siglos, para no dejar otra que la propia en las tinieblas que producía".

(59) CARNELUTTI, *Sistema*, n° 35; CHIOVENDA, *Instituciones*, n° 29; STAMMLER, *Filosofía del derecho*, pág. 326; Kelsen, *Teoría pura del Derecho*; COSSIO, *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial*; *Id.*, *El substrato filosófico de los métodos de interpretación*; *El derecho en el derecho judicial*; GÉNY, *Métodos de interpretación y fuentes del derecho privado positivo*; MAILHER DE CHASSAT, *Traité de l'interprétation des lois*; DE PAGE, *De l'interprétation des lois*; A. E. PARRY, *Interpretación de la ley*; DASSEN, *Reflexiones en torno a la interpretación jurídica* (*Jurisp. Arg.* 1950-II, Der. pág. 27); COUTURE, *Interpretación e integración de las leyes* (*Rev. Esc. Nacional de Jurisprudencia*, México, 1949, pág. 780); ALIPIO SILVEYRA, *Interpretación de las leyes procesales* (*Rev. Der. Procesal (A)*, 1945, pág. 352); PRIETO CASTRO, *Tratado*, t. 1, pág. 241; GUASP, *Comentarios*, t. 1, pág. 66; FERNÁNDEZ GIANNOTI, *Interpretación de la ley*; PUGLIATTI, *Teoría de la interpretación* (*Rev. La Justicia*, México, 1943, pág. 6257); *Curso colectivo sobre interpretación de la ley* (*Rev. Esc. Nacional de Jurisprudencia*, México, 1947); JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *Interpretación e integración de la ley* (*Rev. Der. Público*, Montevideo, 1943, mayo, pág. 159 y números siguientes); A. M. JUSTO, *Interpretación de la ley a propósito de un tratado sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema*; ALFREDO ORGAZ, *El problema de la interpretación de la ley* (*Rev. Colegio de Abogados*, B. Aires, 1951, pág. 29); EMILIO BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milán, 1949.

situación concreta. Ya no se trata, entonces, de su aplicación, sino que habrá previamente que interpretarla, es decir, investigar la intención del legislador. Desde luego, la facultad de interpretar la ley corresponde, en primer término, a la autoridad que la dictó (congreso, legislatura, ejecutivo, etc.), diciéndose entonces que la interpretación es *auténtica*, pero no podrá ya aplicarse al caso ocurrente por impedirlo el principio de irretroactividad ⁽⁶⁰⁾. En su defecto, la interpretación corresponde al poder judicial, con respecto únicamente a la cuestión sometida a su decisión. aunque puede también constituir una función específica, como sucede con el tribunal de casación. El código de procedimiento, en su art. 60, dispone que: "El juez debe interpretar la ley según su ciencia y conciencia con relación al caso que debe decidir", pero no indica una regla de conducta y deja subsistente la dificultad de saber cómo debe proceder para fijar el sentido de la ley.

b) Interpretar una norma jurídica es reconstruir el pensamiento del legislador, es decir, repensar un pensar. La forma normal de exteriorización del pensamiento es la palabra, y tratándose de la ley, la palabra escrita. Por consiguiente, resulta natural recurrir, en primer término, al análisis del vocablo para determinar su significado, y en esto consiste el método llamado *gramatical* ^(60/1). Pero este

(60) La ley 3, tít. 2º, lib. 3º, de la Novísima Recopilación, confirmando el principio de la ley 11, tít. 22, de la Partida 3ª, prevenía que cuando ocurriese alguna duda en la interpretación de las leyes, se eleven los autos al soberano para que éste resolviese el juicio, sea dando una nueva ley o interpretando la anterior (CARAVANTES, *Procedimientos judiciales*, t. 2, pág. 283).

(60/1) Constituye, como dice COSSIO (*El derecho en el derecho judicial*, pág. 109), la primera actitud del intérprete, no sólo en el tiempo, sino en la experiencia, pues es el primero que aparece en la historia y el primero que aplica normalmente el intérprete. Alcanzó gran esplendor en la época de los glosadores y comentaristas, quienes lo dividieron en dos partes: una estrictamente gramatical, para lo cual se recurría a distintas operaciones; así se empleaban sinónimos o se

procedimiento, aunque indispensable, resulta a menudo insuficiente, porque del significado aislado de la palabra no siempre es posible deducir su posición en el pensamiento (61). Padre es todo sujeto que genera otro sujeto; pero, desde el punto de vista jurídico, el vocablo tiene una acepción especial en cuanto coloca a la persona en el seno de la familia con todas las consecuencias que de ello derivan.

c) De allí que al principio del siglo XIX aparecieran otras teorías que preconizaran la necesidad, en caso de duda, de investigar la relación existente entre los diversos términos de la ley, a fin de establecer su fundamento lógico. Esto constituye la esencia del llamado procedimiento *dogmático*, cuyo lema es interpretar la ley por la ley misma. Su influencia ha sido considerable en el pensamiento jurídico del siglo pasado, especialmente en la doctrina francesa (62), en la que nuestros juristas tuvieron su principal fuente de información. Pero resulta también insuficiente, porque el derecho positivo no es una expresión de la razón pura, sino un producto social, y para conocer su verdadera significación no es posible desconocer la importancia de los factores de orden físico, histórico y económico que determinaron su sanción.

d) Grande fué también el prestigio del método llamado *exegético*, que investiga el sentido de la ley examinando su

averiguaba la etimología o se comparaban textos para demostrar el significado o la constancia de la significación misma; la segunda, que puede ser considerada como un anticipo de las teorías nacidas en el siglo XIX, trataba de desentrañar, no ya por palabras, sino por el nexo de los títulos el sentido del sistema seguido en la ley o conjunto de leyes.

(61) Las palabras de la ley deben interpretarse conforme a su significación gramatical, técnica o consuetudinaria según los casos (Corte Suprema, *Jurisp. Arg.*, t. 46, pág. 459).

(62) DEMOLOMBE, ZACHARIAE, AUBRY y RAU, etc. Dentro de nuestro régimen positivo pueden citarse como ejemplos de interpretación dogmática los arts. 217 y 218 del cód. de com.

génesis (63). Se explica, así, el valor que se atribuye a los trabajos preparatorios, a las discusiones parlamentarias y especialmente al informe de la comisión encargada de su estudio en el Parlamento (64). Nuestros jueces recurren a este procedimiento con bastante frecuencia a causa de que uno de los principales defectos de nuestras leyes es la falta de técnica jurídica, y el examen de los antecedentes parlamentarios permite establecer en esos casos cuál ha sido el propósito del legislador; pero vamos a ver también que este método, si bien permite establecer cuál ha sido ese propósito en el momento de la sanción de la ley, puede resultar ineficaz cuando las condiciones han variado.

e) Otro de los métodos de interpretación es el llamado argumento *a contrario sensu*, el cual, aplicando el procedimiento deductivo, encuentra, por vía de exclusión, que una norma contiene implícitamente otra norma contraria. Todo lo que no está prohibido, está permitido, entendiéndose que no se requiere una disposición expresa, sino que la prohibición puede resultar del hecho de autorizarse una situación opuesta. Es el principio consagrado por el art. 19 de la Constitución nacional (65), y que aplicado al derecho procesal puede ser fuente fecunda de progreso por la acción de nuestra jurisprudencia. Sin embargo, hay que prevenir que este método no es el más seguro ni el menos peligroso, porque no siempre puede afirmarse que cuando el legislador permite o prohíbe una determinada actitud ha tenido precisamente en cuenta la situación opuesta, y, por otra

(63) Seguido por TRAPLONG, DUVERGIER, etc.

(64) Corte Sup., *Fallos*, t. 114, pág. 298; t. 127, pág. 106; t. 140, pág. 199; Cám. Civ. en pleno, *Jurisp. Arg.*, t. 8, pág. 518.

(65) Así como pueden existir y existen derechos y garantías no enumerados en la Constitución pero que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma de gobierno, así también nacen de las leyes, en virtud del espíritu que las anima, limitaciones no enumeradas especialmente, pero que tienen su base en la lógica, en la razón y en la justicia (Corte Suprema, *Jurisp. Arg.*, t. 43, pág. 13).

parte, de aplicársele en términos estrictos, podría llegarse a conclusiones absurdas ⁽⁶⁶⁾.

f.) A fines del siglo pasado y principios del presente aparecieron otras doctrinas que se apartan del marco tradicional, en cuanto no buscan ya el significado de la ley en la ley misma, sino vinculándolo a circunstancias externas que determinan su sentido en el momento de la aplicación. La *libre investigación científica*, propuesta por Géný en su obra *Métodos de interpretación y fuentes del derecho privado*, proclama el respeto a la ley, salvo cuando las circunstancias han cambiado y la ley resulta inaplicable. La teoría de la *evolución histórica*, que es una de las formas de la tendencia dogmática, y que tiene su antecedente en Savigny, pero que ha sido expuesta por Saleilles en el prefacio a la obra de Géný, afirma que la ley no sólo debe adaptarse a las exigencias del momento de su sanción, sino también a las nuevas necesidades jurídicas derivadas de los cambios económicos y sociales, correspondiendo al juez amoldarla a las nuevas exigencias. La escuela del *derecho libre*, cuyo expositor más conocido es Kantorowicz, hace depender la sentencia de la voluntad del juez, porque si desaparecen a su juicio las condiciones sociales que determinaron la sanción de la ley, él puede negarse a aplicarla y debe fallar el caso de acuerdo con su conciencia. La llamada *teoría pura del derecho* de Kelsen, de gran repercusión en el pensamiento jurídico contemporáneo y la cual enseña que la norma es un marco de posibilidades dentro

(66) Refiriéndose al argumento *a contrario sensu*, RADBRUCH señala este ejemplo: En una sala de espera está colgado un cartel que reza: "Debe dejarse fuera a los perros". Un día aparece un hombre que lleva un oso y se pregunta si puede entrar consigo a su peludo acompañante. Un oso no es un perro, luego podría hacerlo; pero reflexiona que los dos son animales y que lo que se refiere al perro resulta adecuado al oso. No ha aplicado el argumento *a contrario*, porque advierte que no se pensó en esa posibilidad y, en cambio, aplicó un procedimiento de analogía (*Introducción*, pág. 156).

de las cuales el juez puede elegir la que considera aplicable al caso, de tal manera que la sentencia viene a constituir "una norma individualizada".

g) Por último, vamos a exponer, con la mayor brevedad posible, no obstante lo cual tendremos que dedicarle alguna extensión y no podemos dejar de hacerlo por la importancia que ha adquirido y las controversias que ha suscitado, una doctrina que adopta una posición inversa a las precedentes: la *escuela egológica del derecho* iniciada por Carlos Cossio.

Comienza por afirmar que es erróneo hablar de "interpretación de la ley", porque en su concepto lo que se debe interpretar es "la conducta mediante la ley", o sea establecer el sentido de la norma de acuerdo con las circunstancias del caso. Clasifica los métodos que hemos enunciado hasta ahora en dos grupos: *intelectualistas*, porque buscan la solución en la norma misma, prescindiendo de los hechos reales (gramatical, exegético, dogmático, libre investigación científica); y *voluntaristas*, porque tratan el problema de la interpretación de la ley, no como un desarrollo puramente intelectual, sino integrándolo con actos de voluntad judicial (escuela del derecho libre, teoría pura del derecho), con la diferencia de que en la primera todo queda librado a la voluntad decisoria del juez, en tanto que en la segunda las leyes constituyen definidas estructuras intelectuales o marcos de posibilidades dentro de las cuales, única y limitativamente, se le reconoce al juez esa movilidad de decisión creadora.

Para la egología el problema se presenta en una forma totalmente diferente, porque no siendo el objeto de conocimiento la norma sino la conducta, el intérprete tiene que aplicar un método distinto propio de todo objeto cultural, que es el de la "comprensión", el cual permitirá establecer el sentido de la norma. Kelsen ha dicho que la norma es un marco de posibilidades entre las cuales el juez debe ele-

gir, pero no ha indicado “cómo” debe el juez hacer la elección. La doctrina egológica afirma que en este punto ha venido a completar la concepción kelseniana, estableciendo que la elección debe hacerla el juez con sujeción a determinados principios; así, por una parte, tiene un límite en la “vivencia de contradicción”, que puede encontrarse en la misma norma o en un valor que integra el orden jurídico, por ejemplo el de justicia, cuando la elección los pone uno frente al otro; y encuentra su punto de apoyo en la experiencia jurídica, cuya expresión más concreta es la jurisprudencia, porque ésta es el ejemplo más completo de interferencia intersubjetiva (concordancia de opiniones respecto del objeto considerado desde el mismo punto de vista.). Dentro de ese marco el juez actúa con su conciencia y su ciencia, fijando el sentido de la norma en relación con la conducta, de tal manera que el juez en la sentencia crea un nuevo derecho, que a veces está en pugna aparente con el texto de la norma, pero que está dentro del orden jurídico, ya que éste es pleno y hermético, y en consecuencia él actúa no frente sino dentro de ese mundo.

Vamos a proponer un ejemplo, resumiendo el que ofrece Cossio, para ver cómo pueden, según él, actuar estas ideas en la realidad. El art. 418 del cód. de comercio argentino establece que: “ningún socio puede transmitir a otra persona que no sea socio el interés que tenga en la sociedad... sin expreso consentimiento de todos los socios, so pena de nulidad del contrato”. ¿Puede transmitirse a otro socio sin recabar ese consentimiento? La doctrina está dividida y así algunos autores (Segovia, Malagarriga) dicen que sí, en tanto que otros (Siburu, Rivarola, Fernández) dicen que no.

Los que sostienen la afirmativa argumentan *a contrario sensu* diciendo que si la ley menciona a terceros no comprende a los otros socios y señalan además que en esto el código de comercio difiere del código civil, en donde el

art. 1673 hace extensiva la prohibición a los socios y a los extraños; los que sostienen la negativa se fundan en los arts. 1197 y 1200 del código civil, en donde se declara que los contratos son la ley de las partes y que se requiere el mutuo consentimiento de los contratantes para alterar sus términos, de donde resulta que el art. 418 del cód. de comercio en nada difiere del art. 1673 del cód. civil y pudo haberse suprimido.

Sin embargo, dice Cossio, hay una diferencia. Los negativistas resuelven el problema subsumiendo el art. 418 del cód. de comercio en el cód. civil, es decir, la especie en el género, olvidando que en el género se borran las diferencias de especie (si quiero definir un mamífero por vertebrado tengo que olvidarme de que es mamífero, porque ya el género vertebrado se hace sin ese matiz diferencial). Pero lo interesante es destacar, agrega, el racionalismo de ambas opiniones, porque ambas buscan la solución en sendas operaciones puramente lógicas: una por razonamiento *a contrario sensu* y la otra por subsunción silogística. Ahora bien, aplicando el método de la reflexión trascendental (Husserl), tenemos que ambos se colocan en el punto de vista de la norma y buscan en ella y nada más que en ella, la solución, prescindiendo de la realidad de los hechos; por otra parte, en cuanto a sus efectos, lo hacen en su universal extensión, de modo que para unos la transmisión es posible siempre que, en todos los casos, se trate de un socio: en cambio para los otros la transmisión no es posible en ningún caso aunque se trate de socio, es decir que son soluciones excluyentes e incompatibles.

Sin embargo desde el punto de vista egológico estas ideas no solamente son perfectamente compatibles, sino que las dos juegan por igual en el derecho argentino. El punto de vista egológico nos viene a decir que hay que buscar la solución del problema apoyando, por lo menos, un pie en la realidad, sin quedarse encerrado en el mundo de los con-

ceptos. El problema consistirá entonces en preguntarse previamente “en qué circunstancias actúa el art. 418 del cód. de comercio”, es decir, qué hechos de conducta darán sentido a ese artículo.

Supóngase, en un caso concreto, que valga la tesis de la afirmativa y que el socio liberado sea el más influyente; es indudable que se ocasionaría un daño a los demás socios y aquél habría incurrido en un abuso del derecho, es decir, se lesionaría el valor justicia; supóngase, en cambio, que valga la tesis negativista; si los otros socios rehusan su consentimiento sin causa justificada, incurrirían a su vez en abuso del derecho y el valor justicia quedaría igualmente desconocido. Estos dos argumentos, que ambas doctrinas no contemplan, es lo que para la egología da fuerza vital a la cuestión. No hay que creer que las únicas circunstancias del caso a contemplarse son aquellas enunciadas por la norma, porque a veces hay que recurrir a circunstancias generales no enunciadas en la ley para poder encontrarle su sentido jurídico. Así, tarea previa del juez es determinar sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad de la norma a un caso concreto y por ello la jurisprudencia ha podido decir que el art. 113 del código civil que hace responsable al patrón por los daños que ocasionare su dependiente, no es aplicable al caso en que el dependiente actuare fuera del ejercicio de sus funciones. Por otra parte, aun siendo aplicable una norma debe advertirse que en toda norma, tomada en su generalidad, caben dentro del marco de las posibilidades, los valores jurídicos con signo positivo y negativo: lo justo en unos casos, lo injusto en otros, lo seguro o lo inseguro, etc.

En el supuesto, la circunstancia general a considerar es la posibilidad de que la cesión de un socio a otro ocasione o no perjuicio a los restantes. Si no existe perjuicio, es aplicable el art. 418 en su sentido *a contrario sensu*, es decir que la transferencia será válida, pues no es posible desconocer que su texto pone un matiz en esta figura jurídica, muy distinto

si tal artículo no existiera; pero si se producen perjuicios, entonces no es aplicable la interpretación *a contrario sensu* porque entra en juego otra norma que lo desplaza, pero que no lo anula.

Ello es así porque las normas legales no están aisladas, sino que deben ser relacionadas con otros valores jurídicos que integran la pirámide jurídica de la concepción kelseniana, y el expediente consiste en encontrar la circunstancia de hecho general no imputada ya en la ley, pero que esté dentro de las posibilidades que marque el límite en donde el valor jurídico cambia de signo y de justo se hace injusto, de seguro inseguro, etc., para convalidar la figura jurídica hasta allí, pero no más allá.

Sin ánimo de polemizar, porque no nos consideramos habilitados para terciar en la discusión, nos limitamos a señalar, como ya lo han hecho otros, el peligro que significa reconocer en el juez una facultad tan amplia que le permitiría hacer decir a la ley hasta lo contrario de lo que el legislador se propuso, para evitar lo cual justamente el cód. de procedimientos reproduce un principio que es ardientemente defendido por la doctrina como un freno a la arbitrariedad y que está consagrado en el art. 59, por el cual "el juez siempre debe resolver según la ley. Nunca le es permitido juzgar de su valor intrínseco o de la equidad de la ley".

h) En realidad no puede pensarse que baste un solo método para solucionar el problema, sino que por el contrario todos estos métodos se complementan porque tienen un substrato común; investigan un mismo hecho desde diversos puntos de vista, y ese hecho es la intención del legislador. Sólo que para advertirlo es necesario precisar lo que debe entenderse por intención del legislador. Desde luego, no se trata de la intención de uno ni de varios, sino del cuerpo legislativo como órgano generador de la ley. Esa intención aparece concretada directamente en el texto, pero responde, a su vez, a una intención general, porque la nor-

ma no es una expresión autónoma, sino la exteriorización de una idea en que ella se inspira ⁽⁶⁷⁾. Por consiguiente, cuando se habla de intención no debe considerarse que ella toda está en la norma, sino que es necesario referirse al principio general del cual la norma deriva. Éste es el método llamado *sistemático*, que se funda en una concepción integral del derecho, y tiene por ello mayor calidad científica ⁽⁶⁸⁾.

El juez deberá, pues, comenzar por atenerse a los términos de la ley, es decir, a interpretarla gramaticalmente, y si ella es clara no podrá rehusarse a aplicarla. En caso de duda tratará de desentrañar su sentido aplicando el método dogmático y recurriendo cuando fuere menester a las fuentes legislativas. Puede ocurrir que aun así la duda subsista y entonces el juez podrá elegir entre las diversas posibilidades que la norma le ofrezca pero sin apartarse del principio general a que la norma responda. Ello no quiere decir que el juez deba desentenderse de los cambios sociales, políticos y económicos que puedan haber hecho inaplicable la norma con su sentido originario, sino que debe tomarlos en cuenta para tratar de asentar en ellos un pronunciamiento justo, pero si ello no fuere posible sin violentar el texto de la ley o cuando lo justo para uno fuera injusto para otro, debe limitarse a señalar al legislador la necesidad de una reforma, aplicando entretanto la ley en su sentido expreso ^(68/1).

(67) Es norma de interpretación buscar en las leyes la armonía y la concordancia y no la contradicción y la antítesis (Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 30, pág. 269). Las leyes deben interpretarse de manera que se concilien y no se destruyan entre sí sus diversas disposiciones (Cám. Fed., *Jurisp. Arg.*, t. 37, pág. 52). La interpretación de las leyes debe efectuarse considerando que la ley no es sólo un artículo, sino todos los que aquélla comprende, a los cuales es necesario comparar y combinar en sus diversas disposiciones (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 42, pág. 603).

(68) Ver el ilustrado voto del vocal doctor T. CASARES, en el fallo de las Cams. Civs. en pleno, *Jurisp. Arg.*, t. 71, pág. 842.

(68/1) La Cámara de Apelaciones de Rosario declaró: "El juez no sólo no puede interpretar normas por sí claras y terminantes, sino

19. Integración de las leyes procesales ⁽⁶⁹⁾.

a) Para hablar de integración de la ley, hay que comenzar por admitir la existencia de lagunas en el derecho positivo, porque de lo contrario sólo se trataría de un problema de interpretación. Si la ley puede o no tener lagunas, es cuestión que ha originado una extensa bibliografía y, puede afirmarse, todavía no está resuelta. Para los que se pronuncian afirmativamente, existe laguna cuando una cuestión no puede resolverse ni por el texto ni por el espíritu de la ley, es decir, cuando resultan insuficientes los métodos de interpretación y el juez se encuentra frente a un vacío. Por el contrario, la afirmación de que no hay lagunas en el derecho, doctrina conocida con el nombre de plenitud hermética del derecho, concibe a éste como una totalidad del que la ley

que debe tener el valor de aplicar un derecho injusto cuando la ley lo exige" (*Jurisp. Arg.*, 1945 - IV, pág. 391, con nota de DÍAZ DE GUIJARRO, *La aplicación del derecho injusto*). Pero debemos hacer notar que la Cám. Nac. de Apelaciones en lo Civil (Sala C), ha declarado: "La jurisprudencia va adecuando la ley a las transformaciones económicas, políticas y sociales que sufre la colectividad. Sería contrario a la realidad actual y a esa función creadora de la jurisprudencia, resolver la cuestión que se controvierte en la especie con el criterio imperante hace veinte o treinta años, puesto que las situaciones a considerar son fundamentalmente distintas" (*La Ley*, t. 69, pág. 503). Por su parte la Corte Suprema ha declarado que: "Todas las leyes vigentes, incluso las de orden común y procesal, deben ser interpretadas a la luz de los nuevos principios constitucionales y en concordancia con ellos" (*La Ley*, t. 77, pág. 559).

(69) CARNELUTTI, *Sistema*, n.º 36; COSSIO, *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley*, B. Aires, 1939; *El substrato filosófico de los métodos interpretativos*, Santa Fe, 1940; *Las lagunas del derecho*, Córdoba, 1942; DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*; DEL VECCHIO, *Los principios generales del derecho*; KELSEN, *La teoría pura del derecho* (cap. VII); RADBRUCH, *Introducción*, pág. 155; PRIETO CASTRO, *Tratado*, t. 1, pág. 241; RICHTEL, *La ley y la sentencia*, pág. 89; DU PASQUIER, *Introducción a la teoría general del derecho y a la filosofía jurídica*, pág. 233; E. GARCÍA MAYNEZ, *Introducción al estudio del derecho*, t. 2, pág. 206.

es sólo una expresión parcial. La norma jurídica no existe como unidad, sino que es siempre miembro de una pluralidad, fundada, a su vez, en una norma *apriorística*, que viene a ser la unidad lógica de esa pluralidad, y, por consiguiente, la misión del juez consiste en explicitar la norma individualizada que el legislador ha omitido.

b) Pero si no puede negarse la existencia de un orden jurídico que excluya la posibilidad de lagunas en el derecho, tampoco puede negarse la existencia de lagunas en la ley positiva, lo que no es lo mismo, y por eso cuando se habla de integración se entiende referirse a la ley y no al derecho. Esto se ve con más claridad en materia penal, donde las lagunas de la ley tienen una existencia *iure et de iure*, pues todos los códigos procesales establecen que no podrá aplicarse ni por analogía otra ley que la que rige el caso, ni interpretarse aquélla extensivamente en contra del procesado. Conocido es el antecedente de aquel robo de cadáveres, cuyos autores fueron absueltos porque no había una norma que lo reprimiera, y ello dió origen a la reforma del código penal. Lo mismo en el orden civil, y desde luego también en materia procesal, es necesario reconocer que existen lagunas en la ley, y habrá entonces que establecer cuál será la conducta del juez, ya que no puede dejar de fallar por insuficiencia del texto legal.

c) El código de procedimiento civil dispone, en el art. 62, que: "Cuando ocurra negocio que no pueda resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se acudirá a los principios jurídicos de la legislación vigente y, en defecto de éstos, a los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso". Desde luego, esta disposición se refiere sólo a las leyes de carácter procesal, porque cuando se trate de las leyes substanciales regirá el art. 16 del código civil: "Si una cuestión civil no puede resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aun la cues-

ción fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso". Pero no obstante la diversa redacción, ambos textos consagran las mismas reglas, pues cuando el código de procedimiento se refiere a los "principios jurídicos de la legislación vigente" no hace otra cosa que mencionar a las instituciones análogas. Por consiguiente, dos son los caminos que el juez tiene para integrar la ley: la analogía, y, en su defecto, los principios generales del derecho.

d) La analogía es un procedimiento inductivo-deductivo que permite llegar de un hecho a otro hecho por la aplicación de un principio común. En efecto, para que dos situaciones se consideren análogas, es necesario que ambas contengan elementos comunes. Cuantos más sean los elementos comunes, mayor será la analogía, y si lo fuesen todos, entonces ya no habría analogía, sino identidad. La ley supone, y ésta es una presunción perfectamente lógica, que si una situación de hecho ha sido resuelta por el legislador en un determinado sentido, otra situación análoga también sería resuelta en el mismo sentido, y por eso autoriza al juez a que, en ausencia de un texto legal, substituya al legislador y aplique al caso el principio común.

e) Es posible que el juez no encuentre dentro del ordenamiento jurídico una institución análoga, y la ley le previene entonces que debe recurrir a los principios generales del derecho. Pero, ¿qué significa esta expresión? Sabido es que se la empleó por primera vez en el art. 15 del código Alberino de 1837, redactado bajo la influencia de la escuela del derecho natural (Grocio, Hobbes, Puffendorf), la cual encontraba en la naturaleza humana el fundamento de las instituciones jurídicas. La corriente positivista desvió este concepto hacia los principios fundamentales de la ciencia jurídica, y luego los neokantianos le concedieron autonomía filosófica; así, Stammler lo considera como una forma lógica de contenido variable, y Kelsen lo eleva a la categoría

de concepto puro del derecho. En resumen: la expresión principios generales del derecho no tiene aún sentido definido, pero puede afirmarse que están constituidos por los conceptos fundamentales que integran un determinado orden jurídico. Entre nosotros, esos conceptos fundamentales no son otros que los contenidos en la Constitución nacional, de los cuales deriva todo el ordenamiento jurídico.

f) La ciencia del derecho ha tratado de dar formas prácticas a este concepto, y así, la escuela de la libre investigación científica de Géný⁽⁷⁰⁾ considera que, en tal caso, el juez debe crear la norma, doctrina que ha sido consagrada por el art. 1 del código civil suizo y el art. 114 del código procesal civil del Brasil, al establecer que, a falta de una disposición expresa, el juez debe pronunciarse según las reglas que prescribiría si fuese legislador, pero, dentro de un régimen constitucional como el que nos rige, esta doctrina sería inaplicable porque viola el principio de separación de los poderes.

Sistemas procesales

20. En general.

a) Desde el punto de vista del modo de administrar justicia, existen varios sistemas que han venido desarrollándose a través del tiempo y cuyo conocimiento es indispensable para el estudio de nuestras instituciones. A ese efecto, consideramos conveniente establecer previamente lo que debe entenderse por “sistemas procesales” para no confundir este

(70) Según GÉNY, el juez debe elaborar la regla jurídica a base de una investigación libre y científica que contemple los elementos racionales (principios de justicia, de igualdad, etc.), y los elementos objetivos derivados de la naturaleza positiva de las cosas (procedimiento de la analogía, elementos derivados de la vida social), sobre las cuales debe fundarse la regla jurídica (*Métodos de interpretación y fuentes del derecho privado positivo*).

concepto con otros a los cuales, sin embargo, se encuentra estrechamente vinculado.

b) El proceso es un conjunto de actos de procedimiento en cuya ejecución intervienen el actor, el demandado y el juez, los que deben realizarse en un orden predeterminado por la ley. En algunos casos su iniciación (recordemos que aquí tratamos la cuestión en general, es decir, sin hacer por ahora distingos entre el proceso civil y el penal), es actividad reservada a los particulares (*sistema dispositivo*), en tanto que en otros es facultad del juez o de un órgano del Estado (*sistema inquisitivo*); los medios de expresión que se utilicen durante la tramitación pueden ser la palabra o la escritura, y en ese caso el proceso será *oral* o *escrito*; según que se permita o se prohíba el acceso de las partes o de terceros a los actos de procedimiento, el proceso será *público* o *secreto*; en algunos casos la justicia se administra por jueces *técnicos* y en otros por *legos*; unas veces la ley establece la forma de apreciación de las pruebas (*pruebas legales*), otras deja librada al criterio del juez (*libres convicciones*) o establece límites que condicionan la convicción (*sana crítica*); el proceso puede terminar por sentencia en una sola instancia, pero normalmente recorre por lo menos dos instancias mediante el recurso de apelación (*unidad o pluralidad de instancias*); también el juez puede ser único, o estar constituido por un tribunal de varios jueces (*colegiado*). A estos distintos modos de desenvolverse el proceso, examinado desde un punto de vista externo, llamamos "sistemas procesales".

c) Pero el proceso es además una actividad, que comienza con la demanda, se integra con la contestación, a la que sigue la prueba y termina con la sentencia y esa actividad está regulada por la ley para evitar la arbitrariedad del juez y los excesos de las partes. Por de pronto, el proceso se hace sobre la base de un conflicto de intereses, es decir que supone una dialéctica en la que se afirman hechos y se reclaman

derechos que se contraponen, lo cual obliga, para asegurar una sentencia justa, a colocar a las partes en un pie de igualdad para la exposición de sus fundamentos y el control de los actos de procedimiento (*principio de contradicción*); según la mayor o menor amplitud que se conceda a las partes o al juez para la investigación de los hechos y el impulso del procedimiento, éste será diverso en su regulación, sea en favor de los primeros y en detrimento del segundo (*principio dispositivo*), sea en favor del segundo y en detrimento de los primeros (*principio inquisitivo*); el proceso puede estar dividido en etapas (*principio de preclusión*), o constituir una unidad (*unidad de vista*); los actos de procedimiento pueden producir efectos individuales o beneficiar o perjudicar a las dos partes (*principio de adquisición procesal*); en lo posible ellos deben realizarse con la intervención directa del juez y de las partes o sus representantes (*principio de inmediación*); la economía procesal, que no solamente supone la supresión de trámites inútiles, sino que asegura un conocimiento más acabado del material que servirá de base a la decisión, requiere que ese material (demanda, contestación, prueba) se reúna con el menor desgaste posible de la actividad jurisdiccional (*principio de concentración*), etcétera. Éstos son los llamados “principios formativos del proceso”, de los cuales nos ocuparemos al estudiar su estructura (IV, 15).

d) Pero aún falta algo más. Si examinamos esa serie de actos que integran el proceso, vemos que ellos están colocados en un orden que la ley establece y que no puede alterarse sin incurrir en una sanción de nulidad. Y si tomamos aisladamente esos actos, veremos que cada uno de ellos tiene también una forma determinada por la ley (formas de la demanda, de las notificaciones, de la sentencia, recursos, etc.), con su sanción correspondiente para el caso de violación. De ellos nos ocuparemos al estudiar los actos jurídicos procesales (VIII).

e) Con esto creemos caracterizado lo que entendemos por *sistemas procesales* y su vinculación con los *principios formativos del proceso* y la teoría de los *actos jurídicos procesales*. Lo que aquí vamos a exponer, en efecto, son nociones relativas al desenvolvimiento externo del proceso, que constituirán un anticipo y al mismo tiempo una premisa para el estudio de los otros temas.

20/1. Dispositivo e inquisitivo (7^o/1).

a) En realidad no existen sino dos tipos fundamentales de procedimiento, que responden a dos concepciones distintas del proceso según la posición que en el mismo se asigne al juez y a las partes. El sistema *dispositivo* confiere a las partes el dominio del procedimiento y sus reglas fundamentales son las siguientes: el juez no puede iniciar de oficio el proceso (*nemo iure sine actore*); no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes (principio de presentación: *quod non est in actis non est in mundo*); debe tener por ciertos los hechos en que aquéllas estuviesen de acuerdo (*ubi partis sunt concordēs nihil ab iudiciē*); la sentencia debe ser conforme a lo alegado y probado (*secundum allegata et probata*); y el

(7^o/1) Podría observarse que, siguiendo el criterio precedentemente expuesto, estaríamos aquí en presencia de "principios formativos del proceso", pero por razones didácticas hemos preferido incluirlos entre los "sistemas", porque como decimos en el texto, son los tipos fundamentales del procedimiento y su conocimiento constituye la clave para la comprensión de los distintos aspectos del fenómeno del proceso. Sobre el tema puede verse: CHIOVENDA, *Principii*, pág. 725; WYNESS MILLAR, *Principios formativos del procedimiento civil*, págs. 69 y sig.; COUTURE, *Fundamentos* (2^a ed.) pág. 83; id., *Trayectoria y destino del proceso civil hispanoamericano*. ALSINA, *Facultades del Juez para ordenar de oficio diligencias de prueba en el proceso civil* (Rev. Dcho. Proc. (A), 1954, t. I, pág. 5). FORNATTI, *El proceso civil inquisitorio en la doctrina y en la ley 14.237 y sus semejanzas con el proceso penal* (Rev. Dcho. Proc. (A), 1954, t. I, pág. 111).

juez no puede condenar a más ni a otra cosa que la pedida en la demanda (*ne eat ultra petita partium*).

Por el contrario, en el sistema *inquisitivo* el juez debe investigar, sin otra limitación que la impuesta por la ley, la verdad material con prescindencia de la actividad de las partes (principio de investigación judicial: de *inquirere*, averiguar); no sólo puede el juez iniciar de oficio el proceso, sino que está facultado para buscar los hechos, descubriéndolos a través de los que ya conociere y utilizando cualquier medio tendiente a la averiguación de la verdad.

Confrontando los dos sistemas se advierte que en el dispositivo no sólo corresponde a las partes el ejercicio de la acción, sino que ellas fijan la cuestión litigiosa (*thema decidendum*), establecen los hechos que determinan su posición respectiva frente a ella y utilizan los medios de prueba que estiman más ventajosos, dentro de los permitidos por la ley, para el éxito de sus pretensiones; por consiguiente, el juez desempeña un papel pasivo, manteniéndose a la expectativa para atribuir en su fallo la victoria a quien mejor hubiera defendido su derecho. En cambio, en el inquisitivo el juez se desempeña activamente, averigua los hechos, trata de descubrir, frente a la verdad formal que le presentan las partes, la verdad real que le permita dictar una sentencia justa.

Pero no son sistemas absolutos, porque no hay procesos puramente dispositivos o inquisitivos. En el sistema dispositivo se admite, aun tratándose de cuestiones de derecho exclusivamente privado, ciertas facultades por las que el juez puede completar su conocimiento de los hechos (diligencias para mejor proveer). y en las que se halle interesado el orden público (divorcio, nulidad de matrimonio, etc.); no siempre el juez está obligado a tener por ciertos los hechos que las partes reconozcan (p. ej., no hay divorcio por mutuo consentimiento en nuestro derecho). Por consiguiente, sólo puede hablarse de *prevalencia* de uno u otro siste-

ma, en lo que influye la materia de la cuestión y así en tanto que el proceso civil es prevalentemente dispositivo, el penal es prevalentemente inquisitivo.

b) La historia demuestra que el proceso civil y el proceso penal tuvieron un origen común y que se aplicaban las mismas reglas ante los mismos jueces, y se diversificaron luego, acentuándose las diferencias por la preeminencia de determinados principios hasta lograr completa autonomía, aunque conservando elementos comunes (V, 3).

El proceso primitivo era un combate simulado⁽⁷¹⁾, al que el juez ponía fin dando la razón a uno de los litigantes según sus convicciones. Las costumbres primitivas sólo tenían por ideal la supresión de la violencia y por eso los jueces tenían carácter de árbitros. En consecuencia, no procedían de oficio, ni en la iniciación de la causa ni en su tramitación; la iniciativa correspondía al particular lesionado, y sólo cuando se comprendió que la represión del delito interesaba a la sociedad, se convirtió en función social y se acordó a todo ciudadano, transformándose la acción privada en popular.

Así nació el sistema *acusatorio* en materia penal, que tuvo su origen en las legislaciones orientales, toma forma precisa en la legislación griega, evoluciona en la legislación romana, para declinar y desaparecer en el Bajo Imperio. Después de la caída del imperio romano se lo encuentra nuevamente bajo formas groseras en las costumbres germanas y feudales, pero sólo logra restablecerse en Inglaterra y posteriormente en Estados Unidos de Norteamérica, pues en el continente europeo se impuso un procedimiento mixto.

(71) Los derechos primitivos, dice GARRAUD (*Instruction criminelle et procédure pénale*, t. 1, pág. 10), han dado al procedimiento la figura efectiva de un combate. Como siempre, lo que ha terminado en simulacro, comenzó por ser una realidad y no es temerario afirmar que los primeros medios de los litigantes fueron los que hoy constituyen los últimos argumentos de los pueblos, es decir, los golpes.

Ya en las últimas instituciones del imperio romano estaba contenido en germen el sistema *inquisitivo*, pero fué en realidad la Iglesia a comienzos del siglo xii, la que preparó y completó la substitución por aquél del procedimiento acusatorio en materia penal, y no hay más que recordar el papel desempeñado en la historia por los tribunales de la Inquisición. Sus caracteres fundamentales eran la intervención de oficio por el juez, el secreto en la investigación y el interrogatorio para obtener la confesión, aun mediante el empleo de la tortura. No se le encuentra hoy con estos caracteres absolutos, pero de su combinación con el sistema acusatorio ha nacido el procedimiento mixto, que tuvo su origen en el código francés de 1808 y sirvió de modelo, entre otros, a nuestro código de procedimientos en materia penal.

c) Por el contrario, en el procedimiento civil el sistema *dispositivo* ⁽⁷²⁾ gozó siempre de un dominio casi ininterrumpido ⁽⁷³⁾, aunque también con alternativas. Lo encontramos así tanto en el proceso romano como en el germano y cuando ambos pueblos se enfrentaron en España, penetró en el Fuero Juzgo y pasó a las Leyes de Partidas, sin sufrir mayormente la influencia del derecho canónico. La consolidación de la monarquía trajo como consecuencia una mayor intervención del juez en la dirección del proceso y así la Ordenanza de Luis XIV de 1667 le atribuyó la facultad de seleccionar las pruebas y la legislación prusiana del siglo xviii, que se inicia bajo el reinado de Federico el Grande y culmina con el advenimiento al trono de Federico II, consigna primero en el *Corpus Iuris Fridericianum* de 1871 la facultad del juez de aportar las pruebas en el proceso civil y luego en la Ordenanza General para los Estados pru-

(72) Así llamado desde los tiempos de GONNER (1801). GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, pág. 82, nota 2.

(73) WYNESS MILLAR, pág. 69.

sianos de 1793 amplía sus poderes en la averiguación de los hechos. Pero después de la revolución francesa el auge del individualismo determinó un retorno al principio dispositivo y así el código de procedimiento francés de 1804 suprimió esas facultades judiciales, como también lo hizo la Ordenanza procesal alemana de 1833. De ese modo, el principio dispositivo, con la consiguiente limitación de los poderes del juez, se expande en el continente bajo la influencia del código francés, se afirma en la ley de enjuiciamiento civil española y a través de ésta orienta la mayor parte de los códigos americanos. No obstante, en algunos códigos, como la ley del Cantón de Ginebra de 1819, la ordenanza procesal austríaca de 1895 y otros americanos como los códigos de México para el Distrito Federal de 1932 y para los Tribunales Federales de 1942, contienen disposiciones en ese sentido; otras legislaciones, como la ordenanza procesal alemana de 1934 y el código italiano de 1940, han ampliado también las facultades del juez pero respetando los principios fundamentales del sistema dispositivo.

c) El código de procedimientos en lo civil de la Capital Federal tiene como antecedente la ley de enjuiciamiento civil española de 1855 y por consiguiente sus disposiciones responden al sistema dispositivo.

De acuerdo con ellas, la demanda debe contener la exposición de los hechos en que se funde, explicados claramente (art. 71, inc. 4º); el demandado deberá especificar con claridad los hechos que alegue como fundamento de sus excepciones (art. 100, inc. 2º); si las partes estuviesen conformes en que se falle la causa sin abrirse a prueba, ella se substanciará como de puro derecho (art. 107), corriéndose un nuevo traslado por su orden con lo que quedará en estado de dictarse sentencia (art. 103); no podrá producirse prueba sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos (art. 108), salvo los que ocurriesen con posterioridad a la contestación de la de-

manda o llegasen recién a conocimiento de las partes, los cuales podrán ser alegados hasta tres días después del auto de prueba (art. 109); la sentencia definitiva deberá contener decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a las acciones deducidas en el juicio, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda en el todo o en parte (art. 216).

Las facultades del juez están consignadas en los siguientes términos: Puede inhibirse de oficio si de la exposición de los hechos resulta que la demanda no es de su competencia (art. 3); repelerla si no se acomoda a las reglas establecidas para la demanda, expresando el defecto que contenga, y si no resultare claramente de ella que sea de su competencia mandará que el actor exprese lo necesario a ese respecto (art. 75); puede autorizar diligencias preparatorias del juicio ordinario si estima justa la causa en que se funde: declaración jurada del que vaya a ser demandado sobre un hecho relativo a su personalidad; exhibición de la cosa mueble que vaya a pedirse por acción real; exhibición de testamento; exhibición de títulos en caso de evicción; documentos o cuentas de la sociedad o comunidad; declaración de un testigo de avanzada edad, gravemente enfermo o próximo a ausentarse (arts. 67 y 68); recibir a prueba, si estima necesario, las excepciones de previo y especial pronunciamiento que oponga el demandado (arts. 89 y 96); interrogar a las partes y a los testigos sobre todas las circunstancias que sean conducentes a la averiguación de la verdad (arts. 131 y 192); examinar personalmente algún lugar o sitio (art. 210); finalmente, antes de dictar sentencia, puede ordenar, para mejor proveer, las siguientes diligencias: 1º) Decretar que se traiga a la vista cualquier documento que crea conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes; 2º) Exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados o cualesquiera explicaciones

que juzgue conducentes; 3º) Ordenar cualquier reconocimiento, avalúo u otra diligencia pericial que reputé necesaria; 4º) Traer a la vista cualesquiera autos que tengan relación con el pleito, hallándose en estado (art. 57). Los jueces y tribunales tienen el deber de mantener el decoro y buen orden en los juicios, pudiendo imponer al efecto correcciones disciplinarias a los litigantes, abogados y funcionarios que intervienen en aquéllos, por faltas que cometieren, ya sea contra su dignidad en las audiencias, ya sea contra su autoridad, obstruyendo el curso de la justicia en daño de las partes (art. 52).

La ley 50 de procedimientos ante los tribunales federales (hoy jueces "especiales" en la Capital Federal y jueces nacionales en las provincias), contiene disposiciones análogas a las del código de procedimientos de la Capital: exposición de los hechos en la demanda (art. 57) y en la contestación (art. 86); diligencias para mejor proveer (art. 50). Pero contiene también dos preceptos que conviene destacar: los arts. 87 y 102. El primero establece: "Toda vez que el demandado conteste la demanda confesando simplemente la deuda u obligación cuyo cumplimiento se le reclama, el juez mandará que comparezca y se ratifique en su confesión, a su presencia y bajo juramento, y hecha la ratificación llamará autos y sentenciará la causa". El segundo dispone: "Si las partes no pidieren las diligencias necesarias de prueba, el juez podrá ordenar de oficio: 1º) Que los litigantes o uno de ellos juren posiciones; 2º) Que se practique reconocimiento de peritos, inspección ocular y cotejo de documentos; 3º) Cualquiera otra diligencia probatoria que sea conducente al descubrimiento de la verdad".

Estas disposiciones han quedado fundamentalmente modificadas con la sanción de la ley 14.237, de reformas al código de procedimientos de la Capital Federal, y aplicable también ante los tribunales federales, algunos de cuyos preceptos amplían las facultades del juez en la dirección del

procedimiento y en la aportación de la prueba, entre los cuales merecen ser citados especialmente los siguientes: Art. 21: "En cualquier estado del juicio los jueces y tribunales podrán disponer las medidas necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, mantener la igualdad de los litigantes, o prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe, así como aquellos tendientes a la más rápida y económica tramitación del proceso. Asimismo, en cumplimiento de lo preceptuado por el art. 64 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, cuando las partes o sus mandatarios no hubiesen comparecido a la audiencia que se fije para lograr el avenimiento de sus diferencias, o bien no concurriesen a la citación formulada para que dieran explicaciones sobre los puntos litigiosos, los jueces podrán hacer uso del auxilio de la fuerza pública. La citación a la primera audiencia se **hará** bajo apercibimiento de hacer efectiva la medida indicada". Art. 23: "En el auto de apertura de la causa a prueba en los juicios ordinarios, el juez convocará a las partes a una audiencia que deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes, a fin de que establezcan los hechos articulados sobre los cuales versará la prueba de acuerdo con la demanda, reconvencción o contestación de ambas en su caso, y que sean conducentes a la **decisión** del juicio. La notificación **se** **hará** inmediatamente por el juzgado en papel común. La audiencia se realizará en presencia del juez, y en el acto o dentro de tercero día, según la complejidad de las cuestiones, aquél fijará definitivamente los hechos. Esta decisión será apelable en relación". Art. 25. "No podrá producirse prueba sino sobre los hechos **fijados** definitivamente. Si se ofreciese sobre otros hechos será desestimada por el juez sin recurso alguno". Art. 50. "La nulidad se declarará a petición de parte, a menos que fuese originada por la omisión de actos esenciales del proceso que afecten el derecho de defensa, en cuyo caso se declarará de oficio".

De estas cuestiones volveremos a ocuparnos en oportunidad de referirnos a las facultades del juez en el proceso civil (X, 26).

21. Procedimiento oral o escrito (74).

Esta cuestión no constituía en realidad un problema para la legislación extranjera, principalmente en la europea y norteamericana, donde la mayor parte de sus leyes procesales se inspiran en la oralidad (75), pero últimamente se han dejado oír expresiones en el sentido de que no debe subestimarse la escritura sobrestimando las ventajas de la

(74) CHIOVENDA, *Principii*, pág. 877; *Id.*, *Informe de la octava comisión de post-guerra*; *Id.*, *Instituciones*, nº 307; CARNELUTTI, *Sistema*, nº 486; JOFRÉ, *Manual*, t. 1, pág. 44; KISCH, pág. 127. La *Revista Forense*, de Río de Janeiro, ha publicado (enero de 1939) en dos volúmenes bajo el título de "*Processo oral*", la colección más completa de trabajos sobre la materia. Es interesante, también, el curso de seminario de 1927 realizado en nuestra Facultad por los estudiantes GIANOTTI, RIOBOO MEABE, GUILLOT y RODRÍGUEZ. Ver, igualmente, D. URQUIZA Y ANCHORENA, *Oralidad en el juicio civil*; H. SEMON, *El debate oral en el procedimiento civil de Alemania* (*Rev. Colegio de Abog.*, t. 15, pág. 117); GALGANO, *Sulla riforma del procedimento civile* (*Rivista di Diritto Processuale*, t. 1, pág. 136, año 1924); J. V. ECHEGARAY, *El sistema oral en el proceso civil* (1941).

(75) El procedimiento inglés es tradicionalmente oral, principio mantenido por las reformas de 1783 y 1883. Adoptaron posteriormente la oralidad, el código francés de 24 de abril de 1806; la ordenanza procesal alemana, de 30 de enero de 1877; el código del Japón, de 21 de abril de 1890; la ordenanza austríaca, de 1º de agosto de 1895; el código húngaro, de 1º de enero de 1911. En Suiza, adoptaron el procedimiento oral los cantones de Vaud (5 de noviembre de 1869), Basilea (8 de febrero de 1875), Zurich (2 de diciembre de 1874), Berna (3 de junio de 1883) y Lucerna (15 de mayo de 1905). En Italia, el código anterior era mixto y el sancionado en 1940, que entró a regir en 1942, era prevalentemente oral, pero sucesivas reformas le han quitado nuevamente ese carácter. También es oral el procedimiento en los proyectos de Finlandia (1901), Dinamarca (1905) y España (1918). En Norteamérica, la regla es la oralidad, tanto en materia penal como civil y, también, lo ha adoptado el nuevo código del Brasil, de 18 de septiembre de 1939.

oralidad, de manera que cada sistema tiene sus defensores, que exponen sus fundamentos desde diversos puntos de vista (76).

b) El procedimiento oral se caracteriza por la prevalencia de la palabra sobre la escritura. Las pretensiones de las partes, la producción de las pruebas y las alegaciones de derecho, tienen lugar en una o más audiencias con la presencia del juez, cuyo fallo sigue inmediatamente a la instrucción de la causa, de todo lo cual sólo se levantan actas de constatación. En el procedimiento escrito, salvo determinadas diligencias, la comunicación entre las partes y el juez, o entre éste y terceros, se hace por medio de la escritura. Esta distinción fundamental permite apreciar sus ventajas e inconvenientes. La oralidad facilita la vinculación entre el juez y los litigantes, en tanto que la escritura obliga a dar traslado a una parte de lo que la otra pide, para lo cual se hace indispensable una providencia judicial, su notificación y la fijación de un plazo para evacuar el traslado. La oralidad permite la concentración de la actividad procesal en unas pocas audiencias y así es posible recibir varias declaraciones en un mismo acto, o realizar una diligencia pericial o proceder al examen de documentos, porque no es necesario dejar de todo ello constancia detallada, desde que el pronunciamiento judicial es inmediato; en cambio, en el procedimiento escrito esa actividad se diluye y diversifica, quebrándose su unidad. En el juicio oral, la presencia del juez en la audiencia es condición de validez del acto, por lo cual es imposible la delegación de funciones; en el escrito, esa delegación es la regla, no sólo porque la

(76) Entre nuestros autores, son partidarios de la oralidad: **TOMÁS JOFRÉ** (*Manual de procedimiento civil y penal*, t. 1, pág. 44); **RODOLFO RIVAROLA** (*La justicia en lo criminal*); **DAVID LASCANO** (*Proyecto de código de procedimiento civil*); **MANUEL B. GONNET** (*Rev. Colegio de Abogados*, t. 1, pág. 4); **EDUARDO AUGUSTO GARCÍA** (*Proyecto de código de procedimiento civil*); **VÉLEZ MARICONDE** (*Los defectos del juicio escrito y las ventajas del juicio oral*, B. Aires, 1948).

ley la autoriza en algunos casos (como nuestro art. 121, que permite encomendar al secretario la recepción de la prueba testimonial), sino porque la naturaleza de los hechos la hace posible. En el juicio oral, el juez va formando su convicción a medida que se produce la prueba y se desarrolla el debate, en tanto que en el escrito sólo después de mucho tiempo, a veces años, se entera de la causa del litigio, examina la prueba, en cuya producción no ha intervenido, y dicta sentencia sin haber visto ni a los testigos ni a los litigantes.

c) Los partidarios de la escritura objetan, en cambio, que ella permite al juez, en la tranquilidad de su despacho, pesar las razones, comparar los argumentos y formar su convicción, no al calor de la fragua, que es el debate oral, sino serenamente, a solas con su conciencia y sin más compañía que el silencio de su gabinete, mientras que el procedimiento oral requiere en el juez una preparación extraordinaria, que lo habilite para resolver rápidamente las cuestiones que las partes planteen y que han tenido tiempo suficiente para consultar textos, leyes, opiniones, lo que da lugar a sorpresas y origina, a veces, errores irreparables. Pero tal argumento se vuelve contra quienes lo esgrimen, porque importa el reconocimiento de que el defecto no está en el sistema sino en las personas; con jueces preparados y diligentes, el inconveniente habría desaparecido.

d) No obstante, es necesario poner las cosas dentro de sus justos límites. Ni el procedimiento escrito puede prescindir de la palabra como medio de expresión, ni la oralidad puede prescindir de la escritura como medio de documentación. Sería un error pensar que existen sistemas absolutos, y en ese error incurren muchos de los que resisten el juicio oral: el procedimiento será oral o escrito según que prevalezca la palabra o la escritura, pero no se excluyen, porque uno no es mejor que el otro, sino que el uno sirve mejor que el otro para determinados actos procesa-

les (77). Así, en ciertos casos, la conservación de fechas, cantidades, circunstancias y hasta afirmaciones doctrinarias, puede tener influencia decisiva en el pleito, y, en ellos, desempeña la escritura un papel insustituible. De allí que la regulación del procedimiento bajo este aspecto sea una cuestión de oportunidad; en los juicios de menor cuantía es posible reducir al mínimo la función de la escritura (acta de comparecencia, acta de prueba, sentencia); en otros, la oralidad pasará a un plano secundario (reivindicación, rendición de cuentas, divorcio, etc.); pero, en la generalidad de los casos, pueden funcionar equilibradamente y ésta quizá sea la solución más conforme con nuestro temperamento (78). El interés social reclama soluciones inmediatas, justicia de puertas abiertas, economía de tiempo, esfuerzo y dinero, porque la pronta y justa composición de la litis, más que la satisfacción del derecho individual, es una exi-

(77) En materia penal es posible un juicio oral en que la escritura sólo tenga una función de constatación, porque el hecho es siempre simple en cuanto a su contenido y la aplicación del derecho no ofrece ninguna dificultad; todo el interés reside en la prueba, que, por lo común, se reduce a la testimonial y pericial, precisamente las que encuentran en la oralidad su forma más adecuada. Esto, unido a la importancia que los procesos penales han tenido en los acontecimientos políticos, explica el rápido ascendiente que el sistema oral ha logrado en esa rama del procedimiento.

(78) El Proyecto LASCANO lo demuestra, y basta para ello referirse a algunas de sus disposiciones: demanda y contestación escritas; obligación de ofrecer con ellas la prueba de que intenten valerse, con lo que se evitan las sorpresas y emboscadas que hoy constituyen la característica de nuestro procedimiento; obligación del juez de asistir personalmente a las audiencias bajo pena de nulidad; concentración de la prueba en una o más audiencias, pues la prueba quedará limitada a la testimonial o pericial; facultades al juez para dirigir el procedimiento; limitación de los recursos, eliminación de incidentes, etc. Dice PRIETO CASTRO que la verdad es que en la práctica la oralidad no ha dado los resultados que se esperaban, lo que explica la parsimonia con que han sido recibidas en España todas las tentativas para introducirla y que la doctrina aboga ahora por un procedimiento equilibrado que aproveche las ventajas de la oralidad y la escritura eliminando sus

gencia de la tranquilidad colectiva. El expedienteo, interminable y frondoso, propio del procedimiento escrito, que se arrastra pesadamente, podrá ser más cómodo para el juez y el profesional, pero se convierte en la desesperación del litigante y perturba el juego normal de las relaciones jurídicas (⁷⁹).

e) Nuestro procedimiento civil es esencialmente escrito, pues hasta la exposición de los testigos es necesario consignarla cuidadosamente en razón de que el juez no la va a examinar hasta el momento de dictar sentencia. En la justicia de paz letrada se instauró la oralidad, y la experiencia no es por cierto satisfactoria, pero el fracaso no se debe al sistema sino a la defectuosa regulación, tanto de la estructura del tribunal como del procedimiento y, en mucha parte, a la influencia de la tradición (^{79/1}).

inconvenientes. Así, propugna la demanda y contestación escrita, seguida de un nuevo cambio de escritos que no solamente sirven para precisar los hechos, eliminando los inútiles o superfluos, sino que en ellos habrían de indicarse los medios probatorios, los que pueden ser diligenciados de acuerdo con los principios de la oralidad (Actas del Primer Congreso de Derecho Procesal, Madrid, 1950, pág. 59).

(⁷⁹) Una estadística demuestra que en Austria los procesos civiles se resuelven en la siguiente proporción: 45 %, en un mes; 35 %, en tres meses; 15 %, en seis meses; 5 %, en más de seis meses y, entre éstas, 1 %, en un año.

(^{79/1}) El cód. procesal de Jujuy, sancionado en 1949, adoptó el principio de oralidad, disponiendo en su art. 287: "Toda contienda judicial entre partes, que no tenga señalada una tramitación especial en este código, será substanciada ante los tribunales colegiados de única instancia y conforme a las normas del juicio ordinario oral. Las disposiciones del juicio ordinario oral se aplicarán a procesos, respetando las características y el espíritu normativo de los mismos". Art. 288: "Se tramitarán por el juicio ordinario escrito los procesos de: 1º) Divorcio; 2º) Nulidad de matrimonio; 3º) Reivindicación; 4º) Rendición de cuentas; 5º) Nulidad de instrumentos públicos y contratos; 6º) El ordinario que se inicia como consecuencia del ejecutivo o del sucesorio o concurso civil de acreedores; 7º) Los procesos que en razón de la complejidad de las cuestiones discutidas, el Tribunal de Juicio Oral resuelva que se tramiten por este procedimiento". En el juicio oral tanto la demanda

22. Publicidad o secreto ⁽⁸⁰⁾.

a) Si bien es verdad que la tramitación del proceso civil afecta particularmente a los litigantes, no es menos cierto que la sociedad se siente conmovida cada vez que se requiere la intervención judicial y que le interesa conocer la forma en que se administra justicia. Basta para comprobarlo la trascendencia que inmediatamente adquiere un pronunciamiento de los tribunales sospechado de parcialidad, o la denuncia de inconducta de un magistrado. La publicidad es precisamente uno de los caracteres del régimen republicano que permite a la opinión pública controlar la actuación de los órganos del Estado y hacer efectiva, en su caso, la responsabilidad de los funcionarios. Es, por otra parte, como complemento de la oralidad, la forma más segura y simple de divulgar los conceptos jurídicos educando al pueblo en la práctica del derecho. De allí que la mayoría de las legislaciones haya establecido la publicidad de los procedimientos ⁽⁸¹⁾ y que hasta se sancione de nulidad la

(art. 294) como la contestación (art. 300) serán escritas. El autor, Dr. GUILLERMO SNOPEK, siguió así las indicaciones del Segundo Congreso de Ciencias Procesales reunido en Salta en 1948, las que fueron adoptadas por sugestión nuestra. También el código de La Rioja, sancionado en 1950, estableció un procedimiento oral para los juicios cuyo monto no exceda de treinta mil pesos (art. 360), pero faculta a las partes (art. 361) a pedir de común acuerdo que se aplique ese procedimiento aunque el monto exceda de esa cantidad. El autor del código, Dr. MARIO DE LA FUENTE, señala el éxito obtenido en la práctica, en su trabajo: *La oralidad en el nuevo código procesal de La Rioja* (Rev. Der. Proc. (A), 1953, t. I, pág. 64).

(80) CHIOVENDA, *Principii*, pág. 718: *id.*, *Instituciones*, n° 318; KISCH, *Elementos*, pág. 125; MOREL, *Traité élémentaire*, pág. 160; JOFRE, *Manual*, t. 1, pág. 43; WYNESS MILLAR, *Principios formativos del procedimiento civil*, pág. 186; L. LIEBMAN, *Corso di diritto processuale*, pág. 97.

(81) El primer estatuto político que en la República hiciera extensivo a los procedimientos judiciales el régimen de la publicidad, fué la Constitución de 1873, para la provincia de Buenos Aires (Ver nota de DE LA VEGA, *Jurisp. Arg.*, t. 3, pág. 466).

violación de este principio ⁽⁸²⁾. En materia penal se justifica el secreto en los primeros momentos de la instrucción, porque el delincuente tiene especial cuidado en no dejar huellas del delito, pero, en el proceso civil, sólo puede admitirse cuando existiere mayor peligro en la divulgación de un hecho que en su ocultamiento, por ejemplo, en ciertas diligencias de prueba que afectan la moral o que simples razones de conveniencia social aconsejan que no sean practicadas en público.

b) Por otra parte, no debe confundirse la publicidad con la espectacularidad, porque ésta es una deformación de aquélla. La publicidad es susceptible de diversas gradaciones: puede ser sólo con relación a las partes, y con relación a terceros. En este segundo supuesto, que es el que interesa en el caso, es posible llegar desde la audiencia de cámara, en la que sólo se permite el acceso, además de los litigantes, a los profesionales aunque no actúen en la causa, como los médicos estudiosos asisten a una operación quirúrgica, hasta la audiencia libre de restricciones. Las circunstancias determinarán la conveniencia de fijar un límite; pero ningún peligro hay en que, fuera de esos casos, se permita la presencia de personas extrañas, porque la experiencia demuestra que éstas asisten sólo cuando tienen un interés justificado. El peligro está en las audiencias sensacionalistas, en las que más que la publicidad se persigue la notoriedad.

c) El art. 50 del código de procedimiento dispone que las audiencias serán siempre públicas, y el art. 120 agrega que las diferentes actuaciones de prueba se practicarán en audiencia pública, salvo cuando la publicidad sea peligrosa para las buenas costumbres, en cuyo caso el juez o tribunal deberá declararlo, por medio de un auto. Pero estas disposiciones, en la práctica, son letra muerta, porque sólo se permite concurrir, a las audiencias, a las partes y a sus repre-

(82) Código de procedimiento italiano, art. 52.

sentantes y letrados. Más aún, por acordada del 10 de abril de 1897, la Cámara en lo Civil dispuso: 1º) Que los funcionarios y empleados subalternos de la jurisdicción civil, sometidos a la superintendencia de este tribunal, guarden completa reserva de todos los asuntos en que intervengan; 2º) Que las actuaciones judiciales de cualquier naturaleza que sean, sólo pueden ser examinadas y conocidas por los interesados, sus abogados y procuradores; 3º) Que la violación de esa reserva se considerará falta grave a los efectos de la correspondiente sanción disciplinaria, la que se aplicará una vez comprobada aquélla por vía informativa; 4º) Recomendar a los señores jueces el estricto cumplimiento de las resoluciones precedentes, todo sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 50 y 120 del código de procedimiento y de la publicidad que en cada caso pueden autorizar los mismos jueces, cuando una razón de orden público o de interés jurídico lo reclamen. Se entendió, sin embargo, durante mucho tiempo, que esta restricción no regía para los abogados, pero las Cámaras de lo Civil en pleno, por acordada del 3 de octubre de 1934, dispusieron que “en los juicios en que no intervengan, los abogados pueden examinar las actuaciones sólo en los casos en que hubiesen acreditado su carácter de letrados y justificado su necesidad con la autorización del interesado ante el actuario”. El Colegio de Abogados pidió una reconsideración, arguyendo que en muchos casos la necesidad inmediata puede ser de difícil justificación, pero la Cámara en nueva acordada del 30 de marzo de 1936 confirmó la anterior y sólo estableció algunas normas para facilitar su cumplimiento; así, permitió la autorización en instrumento privado, cuya autenticidad quedaba garantizada por el mismo letrado. Por una nueva acordada del 7 de octubre de 1944, las Cámaras de apelaciones resolvieron autorizar a los abogados y escribanos de registros adscriptos que acrediten su carácter con la cédula profesional para examinar cualquier expediente y los protocolos en Secreta-

rías y el Archivo con la sola excepción de asuntos en que se ventilen derechos de familia.

Sancionada la ley 13.998, de Organización de la Justicia Nacional, la Corte Suprema dictó el reglamento para la misma con fecha 17 de diciembre de 1952, en el que con relación a esta materia establece: Art. 63. Podrán revisar los expedientes: a) Las partes, sus abogados y apoderados, representantes legales y los peritos designados en el juicio. Los representantes de la Nación, las provincias, las municipalidades y reparticiones autárquicas, podrán autorizar a un empleado suyo para revisar los expedientes en que aquéllas sean parte; b) Cualquier abogado o procurador, aunque no intervenga en el juicio, siempre que justifique su calidad de tal cuando no fuese conocida; c) Los periodistas con motivo del fallo definitivo de la causa. — Art. 64. Exceptúanse de los incisos *b* y *c* del artículo precedente: a) los expedientes que contengan actuaciones administrativas que tengan carácter reservado; b) los expedientes referentes a cuestiones de derecho de familia (divorcio, filiación, nulidad de matrimonio, pérdida de la patria potestad, alimentos, insania, etc.), así como aquellos cuya reserva se ordene especialmente. — Art. 66. Los particulares que deseen ver un expediente en el que no sean parte, deberán hacerse acompañar por alguna de las personas mencionadas en el art. 63, salvo las excepciones admitidas por la jurisprudencia. — Art. 67. No podrá negarse a las personas mencionadas en el art. 63, inc. *a*, la revisión de los expedientes por no estar en la oficina en que tramiten. — Art. 68. Será responsable de la custodia de los expedientes y documentos, el jefe de la oficina donde estuvieren.

Estas disposiciones fueron a su vez modificadas por la acordada de la misma Corte de fecha 15 de marzo de 1954, por la que se establece: Modifícase el art. 63, inc. *a*, del Reglamento para la justicia nacional en la siguiente forma: "Inc. *a*. Las partes, sus abogados, apoderados, representan-

tes legales y los peritos designados en el juicio. También podrán hacerlo las personas autorizadas debidamente por los abogados y procuradores y por los representantes de la Nación, de las provincias, de las municipalidades y de las reparticiones autárquicas". Es decir, que se extiende a los abogados y procuradores la facultad que por el inciso modificado se concedía a los representantes del Estado de autorizar a una persona para revisar los expedientes judiciales.

23. Jueces técnicos y jurados ⁽⁸³⁾.

a) La institución del jurado tiene su origen en la justicia por los pares en materia penal, a que ya hemos hecho referencia y cuyas primeras noticias se remontan hasta la época de los egipcios. Pero es en Inglaterra donde adquirió su pleno desarrollo y conserva todavía sus caracteres típicos, de donde pasó a Estados Unidos de Norteamérica y luego a otros países. Cometido el hecho delictuoso se procede a la instrucción preliminar por jueces profesionales y sus conclusiones son examinadas por un "Gran Jurado" integrado por veintitrés miembros elegidos, para cada caso, de una lista de ciudadanos que se prepara anualmente, a veces por el juez de paz o un comité especial. Si ese jurado encuentra mérito para la acusación (*in dictment*), la causa pasa al Pequeño Jurado (*Petty Jury*), compuesto de doce miembros, ante el cual tiene lugar el juicio oral (debate y prueba), bajo la dirección de un juez profesional. Terminado el acto, el jurado pasa a deliberar y luego pronuncia su veredicto por intermedio de su presidente: culpable o no culpable

(83) JOFRÉ, *Manual*, t. 1, pág. 95 (con abundante bibliografía); G. PISANELLI, *Dell'istituzione dei giurati*; DE LA GRASSERIE, *De la Justice en France et à l'étranger au XX siècle*, t. 2, pág. 568; GAVIOLA, *Juicio por jurados* (Rev. Fac. de Derecho, Córdoba, junio de 1939); JAPIOT, *Tratté*, pág. 158; GORDON IRELAND, *El sistema judicial de los Estados Unidos de América* (Jurisp. Arg., t. 72, doct., pág. 3); CARNELUTTI, *¿Juez técnico o juez lego?* (Jurisp. Arg., 1948-II, doct., pág. 3).

(*guilty or not guilty*). En el primer caso, corresponde al juez aplicar la pena y en el segundo el procesado es puesto inmediatamente en libertad ^(83/1).

b) La Constitución nacional de 1853 preceptuaba en el art. 24, que el Congreso promovería la reforma de la legislación en todas sus ramas y el establecimiento del juicio por jurados; el art. 67, inciso 11, agregaba que correspondía al Congreso dictar la ley que requiere el establecimiento del juicio por jurados, y el art. 102 disponía que todos los juicios criminales que no deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados, se terminarán por jurados luego que se establezca en la República esa institución ⁽⁸⁴⁾. Diversas tentativas se habían hecho para llevar a la práctica el precepto constitucional ⁽⁸⁵⁾ y algunas provincias como

(83/1) El Gran Jurado fué suprimido en Inglaterra en 1933, por considerársele un organismo inútil, y en Estados Unidos existe la misma tendencia a suprimirlo, pero la reforma es allí más difícil porque está establecido como una garantía constitucional. EMILIO AGRELO (h.), *La casación en materia penal* (tesis, nota 328).

(84) Adviértase que esta ley habría de ser nacional y regiría tanto en el orden federal como en la justicia ordinaria de las provincias.

(85) Por iniciativa de los diputados Arana y Oroño, el 6 de octubre de 1871, se sancionó la ley 483, por la que se autorizó al Poder Ejecutivo a nombrar una comisión que proyectara la ley orgánica de los jurados y la de enjuiciamiento en las causas ordinarias de la jurisdicción federal, designándose a los doctores Victorino de la Plaza y Florentino González, quienes elevaron un Proyecto que no llegó a tratarse por el Congreso. Algunos años más tarde, el doctor José Domínguez presentó un Proyecto de organización del jurado en la capital de la República, que tampoco fué considerado. En 1886 el ministro Wilde presentó otro Proyecto de organización de jurados para los delitos políticos y de imprenta, que, aunque fué aprobado por Diputados, no alcanzó sanción en el Senado. En 1894, los doctores Carlos Rodríguez Larreta, Rafael Herrera Vegas, Federico Ibarguren y Octavio Bunge presentaron un Proyecto de ley sobre juicio por jurados en los delitos de calumnia e injurias, que tampoco fué tratado. El 3 de agosto de 1920, el senador Del Valle Iberlucca presentó un Proyecto de ley de jurados para toda la República en la jurisdicción federal y común, pero corrió la misma suerte que los anteriores.

Buenos Aires, Mendoza, San Juan y Córdoba, han adoptado un sistema intermedio que permite transformar en jurados a los jueces técnicos⁽⁸⁶⁾, pero es indudable que la institución, en la forma propugnada por los constituyentes, que tuvieron en mira el jurado inglés, no tenía ambiente en el país y difícilmente se lograría implantarlo⁽⁸⁷⁾. La Constitución de 1949 suprimió finalmente estas disposiciones.

c) En materia procesal civil el jurado no ha hecho camino y solamente en Inglaterra y Estados Unidos integra algunos tribunales⁽⁸⁸⁾. Hay varias razones para ello. En materia penal, la determinación de la culpabilidad o inocencia del acusado es cuestión de convicción y no requiere conocimientos jurídicos, ya que la aplicación de la pena corresponde al juez técnico, en tanto que en el proceso civil la separación del hecho y del derecho es, a menudo, imposible, porque el hecho, en cuanto a las consecuencias que debe producir no siempre está desligado de elementos jurídicos cuya apreciación constituye una cuestión de derecho; así, dentro del régimen de las pruebas, en materia civil existen ciertas reglas como las referentes a los instrumentos y, entre éstos, particularmente a los instrumentos públicos, que solamente un conocimiento técnico permite aplicarlas a los casos concretos. Por otra parte, el proceso civil no pro-

(86) Este sistema es conocido en Francia por *l'échévinage* (MOREL, pág. 163).

(87) Entre nosotros, se pronuncian en contra del jurado: RIVAROLA, *La justicia criminal*, pág. 15; SAGARNA, *La justicia en materia criminal* (Rev. de Derecho y Ciencias Sociales, octubre de 1926); ZAVALÍA, *Juicio por jurados* (Rev. Jurídicas y Sociales, mayo de 1933); VÉLEZ MARICONDE, *Bases de un nuevo proceso penal*, pág. 60.

(88) El art. 163 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, de 1889, establecía que "la prueba de los hechos controvertidos en causas civiles y comerciales se diferirá a petición de cualquiera de las partes a un jury que se denominará de prueba y será presidido por un juez letrado. El jury dará su veredicto declarando los hechos que han sido probados y los que no lo han sido". Los *jury* nunca han sido organizados y la Constitución de 1934 suprimió esta disposición.

voca, por lo regular, el interés público que casi siempre acompaña al proceso penal, de donde resulta una menor experiencia en los que habrían de integrar el jurado y, por consiguiente, un mayor peligro para la justicia del fallo. Grande es, pues, la diferencia entre el jurado y el juez técnico, ya que, mientras éste debe motivar su pronunciamiento, fundamentándolo de acuerdo con los principios que regulan la prueba, aquél juzga según su convicción íntima, sin obligación de apoyarlo en razón alguna y es bien difícil que ello satisfaga a los que buscan en el proceso civil la reparación de sus derechos lesionados.

24. Pruebas legales y de las libres convicciones ⁽⁸⁹⁾.

a) La íntima convicción del juez, cualquiera fuese el medio empleado para llegar a ella, constituyó desde los primeros tiempos, el sistema de prueba imperante en la mayoría de los pueblos. El magistrado disponía de la más absoluta libertad, no sólo para determinar los medios de investigación, sino para apreciar su eficacia. Bien es verdad que por las costumbres de la época era permitido someter a un acusado a ciertas experiencias que hoy repugnan a la conciencia del jurista, pero es de tener en cuenta que ello no obligaba la decisión del juez, el cual mantenía su libertad de criterio, y que sólo se aplicaban en materia penal. Así, en Egipto, el principal medio de investigación era la tortura, conociéndose también la prueba de testigos y la confesión, pero el procedimiento era público y verbal, no estando obligados los jueces a dictar una condena si no estaban conven-

(89) CARNELUTTI, *Sistema*, n° 305; GARRAUD, *Instruction criminelle et procédure pénale*, t. 1, pág. 501; MOREL, 2ª ed., pág. 378; JOFRÉ, *Manual*, t. 1, pág. 41; LADISLAW THOT, *Los juicios de Dios en los antiguos sistemas juridico-penales* (*Jurisp. Arg.*, t. 32, doct., págs. 1 y 47); CARAVANTES, t. 1, pág. 59; t. 2, págs. 136 y 243; WYNESS MILLAR, *Principios formativos del procedimiento civil*, pág. 121; COUTURE, *Fundamentos*, 2ª ed., pág. 161.

cidos de su procedencia, cualquiera que fuese el resultado de las pruebas. Entre los hebreos se concedía al reo la elección de un tribunal local o de Jerusalén, se admitían muchas tachas en los testigos, no se daba valor al testimonio del acusado cuando le era perjudicial, los debates eran públicos y orales, la sentencia absolutoria se declaraba, desde luego, ejecutoriada, pero la condenatoria exigía ratificación al día siguiente, debiendo el juez fallar con absoluta libertad de conciencia. En Roma, tanto en materia civil como en materia penal, el principio era el mismo, es decir, el de la libertad del juez para la apreciación de la prueba y aun en los primeros tiempos del procedimiento, en las *legis actiones*, no obstante su carácter ritual ante el magistrado, el juez apreciaba la prueba según los dictados de su razón.

b) Hemos dicho ya que entre los germanos la prueba no era una carga para el actor, sino un beneficio para el demandado y que entre los medios de prueba el más importante era el de las *ordalías* o juicios de Dios ⁽⁹⁰⁾. El duelo judicial, practicado entre los caballeros, era la prueba más en boga, pero así como el acusado demostraba su inocencia si resultaba triunfante en el encuentro, también demostraba su inocencia si conseguía caminar sobre brasas ardientes u otras pruebas semejantes, porque se suponía que la divinidad protegía al inocente. Ya no se tenía en cuenta, desde entonces, la convicción del magistrado sino el resultado de esas pruebas según el valor que les atribuyeran las costumbres. Frente a la prueba real o material nació la prueba formal, que, naturalmente, no tardó en influir en el proceso civil y fué así cómo la convicción del magistrado se vió, también en esta materia, sometida a preceptos que reglamentan la admisión, producción y eficacia de la prueba.

c) Éste es el origen de los dos sistemas que actualmente

(90) ESMEIN (*Mélanges*, pág. 210) cita algunos casos de *ordalías* en la antigüedad griega.

se conocen: el de las pruebas morales (o materiales o de las libres convicciones) y el de las pruebas legales. Por el primero, el juez aprecia la prueba libremente, sin sujeción a ninguna regla y de acuerdo con los dictados de su conciencia ^(90/1); por el segundo, el juez sólo puede tener por probado un hecho cuando se han llenado los extremos fijados de antemano por el legislador ^(90/2). La invasión de los germanos introdujo en la legislación romana el principio de la

(90/1) La libre convicción no excluye el razonamiento lógico, sino que, por el contrario, lo presupone. Ver sobre el tema: FORNATTI, *Fundamentación de sentencias y libres convicciones en el proceso penal oral de la Provincia de Buenos Aires* (Rev. Derecho Procesal (A), 1952, pág. 9); VILLAVICENCIO, *El criterio de conciencia en la legislación penal del Perú* (Rev. Derecho Procesal (A), 1952, pág. 62). La ley 5178, de organización y procedimiento de la Justicia del Trabajo de la Prov. de Buenos Aires, dispone en el art. 43, apartado 5º, que los jueces apreciarán "en conciencia" los hechos. Interpretando esta disposición ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la provincia que: "La apreciación que en conciencia deben hacer los tribunales del trabajo de las pruebas producidas, no los autoriza a tener por tal lo que no es por su naturaleza, o que no se refiere al hecho en cuestión, o demuestra lo contrario de lo que se pretende; en tal caso las conclusiones de hecho sentadas por el tribunal pueden ser revisadas por la Corte Suprema mediante el recurso de inaplicabilidad de ley (*Jurisp. Arg.*, 1952-II, pág. 493). Para COUTURE (*Fundamentos*, pág. 177), por libre convicción debe entenderse aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que puedan ser fiscalizados por las partes. Dentro de ese método, el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de los autos, fuera de la prueba de los autos y aun contra la prueba de autos. Esta concepción, agrega, no coincide con la que la doctrina europea asigna a la libre convicción, que es más bien un método de liberación de la prueba legal, pero que se halla en todo caso gobernado, por ciertas normas lógicas y empíricas que deben exponerse en los fundamentos de la sentencia (SCHONKE, pág. 37, nº 4; GOLDSCHMIDT, pág. 90; CALAMANDREI, *Génesis lógica de la sentencia*, t. 1, pág. 12; GORPHE, *La critique du témoignage*, pág. 28).

(90/2) La regla legal no es sino la conclusión del razonamiento que anticipadamente hace el legislador, unas veces para prevenir la arbitrariedad del juez, y otras por razones de orden público, como en las presunciones *iure et de iure*.

prueba formal, que la Inquisición reglamentó y corporizó en materia penal, pasando de allí al procedimiento civil y fué así como en las Leyes de Partidas, no obstante consignarse (ley 18, tít. 9, Part. 3ª) que no era necesario que los jueces fueran jurisconsultos ni que supieran leer ni escribir, se establecieron algunas reglas a las que debían someterse la apreciación de la prueba (90/3). Por otra parte, el descrédito que alcanzó a la prueba testimonial y principalmente el desarrollo de la escritura, hicieron que se revistieran de ciertas formalidades determinados actos jurídicos, convirtiéndose luego las prescripciones que a ellos se referían en reglas de carácter formal. Posteriormente el progreso de la cultura y el desarrollo de las ciencias jurídicas hicieron advertir que la justicia del fallo no podía fundarse en una apreciación aritmética de la prueba y que si bien no debía dejarse esa apreciación librada al arbitrio judicial, era necesario concederle al juez la facultad de formar su convicción, dentro de límites legales, de acuerdo con los principios de la razón. El sistema probatorio formal fué entonces perdiendo terreno y el 29 de septiembre de 1791 la Asamblea Constituyente abolió en Francia el proceso penal inquisitivo y el sistema de las pruebas legales, estableciendo el jurado y disponien-

(90/3) Las Partidas abandonaron el sistema de las *ordalías* y enumeraron los medios de prueba de que las partes podían valerse a su arbitrio (documentos, testigos, confesión, etc.), estableciendo en algunos casos reglas para su apreciación. Así, la ley 32, tít. 16, Part. 3ª, dice que el dicho de un solo testigo, por autorizado que sea, excepto el monarca, no baste para justificar plenamente un hecho y que dos testigos mayores de toda excepción y contestes basten para hacer plena prueba; conforme a la ley 117, tít. 18, Part. 4ª, para probar la falsedad de un instrumento público o escrituración hecha ante escribano, se requieren cuatro testigos idóneos, etc. Pero estas reglas, dice CARAVANTES (t. 2, pág. 243), son de carácter general, dejando vasto campo al criterio judicial, no sólo para la apreciación de las pruebas cuando no hay reglas a ese efecto, sino para la aplicación de ellas cuando existan, determinando hasta qué punto concurren las circunstancias requeridas en cada caso para que constituyan prueba.

do que los jueces deberán fundar su fallo exclusivamente en su convicción íntima, disposición que luego pasó a ser el art. 343 del código de instrucción criminal. En materia civil se mantuvo el principio de la prueba legal, pero bajo la forma de reglas generales que permiten al juez una apreciación racional^(90/4), sin someterlo a un régimen determinado^(90/5).

d) En nuestra legislación pueden señalarse también numerosas reglas para la apreciación de la prueba. Así, todas las formas prescriptas para los actos jurídicos en general (cód. civ., art. 973), y especialmente las exigidas como condición para la existencia del acto (*ad solemnitatem*: art. 977; ej. art. 1810); la fuerza probatoria de los instrumentos públicos (art. 994) y privados (art. 1026); la prohibición de admitir la prueba testimonial en los contratos cuyo monto exceda de doscientos pesos (art. 1193); etc. En el código de procedimientos, cuando un litigante es llamado a absolver posiciones y no comparece sin alegar justa causa, se le tiene por confeso (art. 113); el juez debe tener por reconocidos los documentos en la misma situación (arts. 142 y 155); debe tener por cierto que la cantidad jurada corresponde a los perjuicios sufridos (art. 220); ciertas personas no pueden ser presentadas como testigos (arts. 179 y 186) ^(90/6). En cambio, el juez tiene libertad para pronunciarse sobre las conclusiones de la prueba pericial (ley 4128, art. 6); la apreciación del testimonio (art. 204); etc.

(90/4) Tratándose de testigos se afirmó, frente a la prueba tasada, el principio de que "los testigos no se cuentan, sino se pesan"; es decir, se aprecia el valor de su testimonio.

(90/5) MOREL, *Traité* (2ª ed.), pág. 378.

(90/6) La ley 14.237 suprimió las tachas absolutas (art. 206) y relativas (art. 207) de los testigos, y dispone en su art. 32: "Las partes podrán alegar y probar acerca de la idoneidad de los testigos, dentro del mismo término de prueba. El juez apreciará según las reglas de la sana crítica las circunstancias y motivos conducentes a corroborar o disminuir la fuerza probatoria de sus declaraciones en la sentencia juntamente con lo principal".

24/1. Sana crítica ^(90/7).

a) El código francés inició una nueva época, pues no contiene ninguna disposición referente a la apreciación de la prueba, limitándose a excluir ciertos testigos, y a exigir la motivación de la sentencia, debiendo el juez apreciar la prueba de acuerdo con el sistema de las libres convicciones. Este silencio fué interpretado de diversa manera, llegando a sostenerse que el juez podría prescindir de la prueba testimonial sin expresar los fundamentos de su rechazo, pero la jurisprudencia, teniendo en cuenta que, por una parte, el código civil contiene disposiciones sobre las formas de los actos jurídicos y respecto de la prueba testimonial se establece una limitación para su admisión en materia de contratos, y por otra el código de procedimientos impone la obligación de motivar la sentencia, declaró que si bien el juez en principio tiene libertad para la apreciación de la prueba, debe condicionar su decisión a las reglas contenidas en el código civil y, respecto de la prueba testimonial, expresar las razones por las cuales no le atribuye eficacia probatoria.

b) Al sancionarse el Reglamento para el Consejo Real de España de 1846, al legislador le pareció peligroso no establecer un límite a la libertad del juez, que para la apreciación de la prueba resultaba de la ausencia de un texto

(90/7) COUTURE, *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial* (Estudios, t. 2, pág. 219; *Jurisp. Arg.*, t. 71, oct., pág. 80); FUNDAMENTOS (2ª), pág. 173; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba* (Rev. Derecho, Jurisprudencia y Legislación, Montevideo, febrero 1945); A propósito de libre convicción y sana crítica (Rev. Jurídica de Córdoba, 1949); ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO Y LEVENE, *Derecho procesal penal*, t. 3, pág. 50; GORPHE, *La critique du témoignage*, pág. 34; JOFRÉ, *Manual*, t. 3, pág. 157; CARAVANTES, t. 2, pág. 246; SARTORIO, *De la prueba de testigos en el procedimiento federal*, pág. 179; SENTIS MELENDO, *Las facultades del juez y la materia de pruebas en la reforma del Cód. de proc. civil y comercial de la Cap. Federal* (Rev. dcho. procesal (A), 1954, t. I, pág. 175).

legal, y por eso dispuso, luego de excluir a determinados testigos, que las partes puedan aportar, respecto de los otros, circunstancias conducentes a corroborar o disminuir la fuerza probatoria de sus declaraciones, las que serán apreciadas según las *reglas de la sana crítica* (arts. 147 y 148) (90/s).

Fué ésta la primera vez que se usó esta expresión, no para referirla a un nuevo sistema de apreciación de la prueba, intermedio entre las pruebas legales y las libres convicciones, sino para significar que la libertad que se concedía al juez no importaba que pudiera apreciar el testimonio a su arbitrio, sino mediante un razonamiento lógico y aplicando los datos que suministra la experiencia de la vida. Las reglas, pues, de la sana crítica, según este concepto no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas variables en el tiempo y el espacio. El juez, en efecto, no sólo debe tener en cuenta las limitaciones impuestas por la ley a la admisibilidad de la prueba testimonial, su forma de recepción y las circunstancias que influyen en la eficacia de su testimonio, sino la persona del testigo, el contenido de la declaración, etc.

c) El art. 317 de la ley de enjuiciamiento civil española de 1855, fuente del art. 204 de nuestro código de procedimiento civil, reprodujo el texto del Reglamento de 1846 y se planteó entonces la cuestión de saber si ello importaba derogar las disposiciones del código alfonso. Así lo resolvió expresamente una sentencia del Tribunal Supremo de

(90/s) SARTORIO (*op. cit.*, págs. 22 y 197) dice que esta disposición tiene su antecedente en la ley del cantón de Ginebra de 1819, pero la expresión es absolutamente de origen español (ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Aciertos terminológicos e institucionales del derecho procesal hispano*, *Rev. Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, junio 1948, pág. 90).

Justicia del 13 de octubre de 1856, pero los prácticos españoles (90/9) señalan que, no obstante, algunas de sus disposiciones continuarán aplicándose porque no son otra cosa que reglas de sana crítica. Prescindiendo de la valoración numérica, es indudable que el juez prescindirá del testimonio de las personas afectadas por circunstancias que le priven de valor probatorio y apreciará, confrontándolo con otros elementos de juicio, el del que aparezca dudoso. Respecto del testigo único, no obstante la disposición legal citada, se admitía su testimonio como prueba suficiente, entre otros casos, cuando por su fama merecía ser creído o su declaración estaba corroborada por otras pruebas. También es conforme con las reglas de la sana crítica la disposición de que dos testigos hacen prueba de un hecho, porque se entiende que su declaración no debe estar contradicha por la de otros testigos igualmente hábiles, o ser sospechosa por amistad, parentesco o interés o haber sido obtenida por fuerza o engaño. Las disposiciones de las leyes de Partidas, para el caso de variedad o contradicción en el testimonio, son igualmente lógicas y se ajustan a las reglas de la sana crítica.

d) El código de procedimientos enumeraba en el art. 206 las circunstancias por las cuales podía excluirse al testigo (tachas absolutas) y en el art. 207 las que hacían sospechoso el testimonio (tachas relativas), estableciendo en el art. 204 que: "Los jueces y tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de los testigos".

Estas dos disposiciones han sido modificadas por la ley 14.237. Por el art. 32 se suprimieron las disposiciones relativas a las tachas (absolutas y relativas) y se establece que: "Las partes podrán alegar y probar acerca de la ido-

(90/9) CARAYANTES, *loc. cit.*

neidad de los testigos, dentro del mismo término de prueba. El juez apreciará, según las reglas de la sana crítica, las circunstancias y motivos conducentes a corroborar o disminuir la fuerza de sus declaraciones en la sentencia juntamente con lo principal". Por el art. 36 se dispone: "La prueba será apreciada según las reglas de la sana crítica, salvo disposición expresa de la ley en contrario". Es decir, que el principio de la apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica que el código aplicaba sólo a la declaración de los testigos, la ley de reformas lo erige ahora en sistema para la apreciación de la prueba en general, salvo disposición expresa en contrario de la ley ^(90/10).

e) El contenido de la expresión "sana crítica" no es concebido uniformemente en la doctrina. Por de pronto, no siempre se ha usado la misma expresión para enunciar el mismo concepto. Así el art. 26 de la ley 4128 de reformas al cód. de proc. civil, establece que: "La fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en consideración la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se fundan, la concordancia de su aplicación con las leyes de la *sana lógica* y las demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrezca" ^(90/11).

Pero aun admitiendo que ambas expresiones enuncien la misma idea, la doctrina no es uniforme en cuanto a su

^(90/10) Esta disposición ha sido tomada del Proyecto de Couture (art. 134).

^(90/11) Se ha incorporado al código el art. 346 del cód. de proc. en lo criminal, en substitución del art. 178 que disponía: "Siempre que los peritos nombrados tuviesen título y sus conclusiones fuesen terminantemente asertivas, tendrán éstas fuerza de prueba legal. En los demás casos podrá el juez separarse del dictamen pericial, toda vez que tenga convicción contraria, expresando los fundamentos de su convicción".

contenido. Así, Couture (90/12) entiende que este concepto de *sana crítica* configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción; sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la segunda. las reglas de la sana crítica no son sino las reglas del correcto entendimiento humano, que conducen, en un sentido formal, a una operación lógica.

Por nuestra parte pensamos que no es un sistema intermedio entre la prueba legal y el sistema de las libres convicciones, sino que, como dice Caravantes (90/13), el juez debe aplicar, en primer término, la regla legal (disposiciones referentes a las formas y solemnidades de los actos jurídicos, prueba instrumental, admisibilidad de la prueba testimonial, etc.), y en ausencia de un texto legal apreciará la prueba según su criterio, pero no en forma arbitraria, sino con sujeción a los principios de la lógica y las máximas de la experiencia. No es un sistema intermedio, porque también en la aplicación de las pruebas legales se sigue un procedimiento lógico y en ausencia de un texto legal el juez no tiene otro guía que su propio raciocinio (90/14).

25. Instancia única y doble instancia (91).

a) Otra de las cuestiones que divide a la doctrina es

(90/12) COUTURE, *loc. cit.*

(90/13) CARAVANTES, *loc. cit.*

(90/14) En la legislación procesal de los países de lengua española, dice DE PINA, se suele aludir a las reglas de la sana crítica con referencia al testimonio y al dictamen pericial. Es en el Proyecto de Couture donde por primera vez se le admite como sistema general de valoración de la prueba, lo que es un error, porque el razonamiento funciona en cualquier medio de prueba. Las reglas de la sana crítica no pertenecen al campo del derecho, sino al de la lógica. El juez en el momento de elaborar la sentencia procederá como un ser raciocinante, aunque el legislador no haya creído oportuno declarar que su actividad queda sujeta a las reglas del raciocinio (*Temas de derecho procesal. En torno a la sana crítica*, pág. 147).

(91) BECEÑA. *La doble instancia* (*Rev. de Derecho Privado*, Ma-

la de saber si la decisión del litigio debe hacerse en una sola instancia o si debe existir un doble grado de conocimiento. La doble instancia supone un recurso de apelación que permite llevar la sentencia al examen de un tribunal superior ⁽⁹²⁾, institución que tuvo su origen en el Bajo Imperio cuando el príncipe delegó en presidentes y gobernadores la facultad de administrar justicia, como medio de controlar el ejercicio de la misma y que en la época feudal alcanzó gran importancia política, porque era un instrumento de lucha del poder real contra los señores feudales ^(92/1), pero cuya utilidad y conveniencia son actualmente muy discutidas.

drid, marzo de 1933); ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Estudios de derecho procesal*, pág. 171; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, pág. 336; MOREL, *Traité élémentaire*, 2ª ed., pág. 95; JOFRÉ, *Manuel*, pág. 30; PASINI COSTADOAT, *Posibilidad de establecer la instancia única en el cód. de proc. civil y comercial de la Capital Federal*; COSTA, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, pág. 11.

(92) La doble instancia no significa la dependencia de un tribunal respecto de otro, pues el superior no puede impartir órdenes al inferior para la solución de un litigio; sólo implica una jerarquía administrativa que se traduce en el distinto tratamiento y en la facultad de aplicar correcciones disciplinarias y, en cuanto al proceso, la facultad de examinar *ex novo* la cuestión litigiosa en cuanto fuere materia del recurso. MOREL, *loc. cit.*

(92/1) La historia demuestra, dice PASINI COSTADOAT (*op. cit.*, pág. 30) que el recurso de apelación no nació como remedio procesal, sino por consideraciones políticas, pues fué un modo de asentar el poder central. Apareció en Roma con la iniciación del procedimiento extraordinario, que coincidió con la expansión política, en la que el príncipe era el depositario de la jurisdicción, reservándose el derecho de fallar en última instancia los procesos decididos en las provincias. Entre los germanos primitivos no se conoció la apelación, porque la sentencia se dictaba por el pueblo bajo la presidencia del conde y recién apareció en el período de consolidación (800-1400) por la influencia de dos factores: la iglesia y el poder real. La primera, al organizarse, creó grados administrativos de acuerdo con el derecho canónico y como consecuencia legisló la apelación; paralelamente a medida que se iba fortificando el poder real, con el sometimiento de los señores feudales, el recurso de apelación se fué afirmando como instrumento político. En España

b) Los partidarios de la doble instancia ^(92/2) arguyen que el tribunal de apelación ofrece mayores garantías por el número de sus componentes y por el superior criterio y experiencia de éstos, y además por los nuevos elementos o medios de defensa que las partes pueden hacer valer, supliendo omisiones o corrigiendo defectos, vista la apreciación y consecuencias deducidas por el juez de primera instancia, que aquéllas no pudieron o no supieron prever ni calcular al provocarlos o presentarlos, con lo cual el error resulta menos probable, haciendo más clara y simple la controversia, a lo que contribuye muchas veces la sentencia de primera instancia.

Por su parte, los partidarios de la instancia única afirman que lo único que justifica la apelación son los tribunales unipersonales de primer grado, porque si los litigantes recurren al tribunal superior es en razón de que éstos están formados por varios jueces y, en consecuencia, el litigio es examinado más detenidamente. Si los tribunales de prime-

el derecho de apelación se halla consagrado desde el Fuero Juzgo (L. II, t. 1) y reproducido en todos los cuerpos legales que le siguieron. En Francia, en 1305 Felipe Augusto creó el Parlamento de París encomendándole el conocimiento de las apelaciones en las causas graves, el que al principio fué muy resistido por los señores feudales, pero en 1453 se dictó la célebre ordenanza judicial que unificó la materia en todo el país y reglamentó el recurso de apelación. En la edad moderna el recurso alcanzó un desarrollo completo, incorporándose a los reglamentos procesales de los diferentes países. La revolución francesa substituyó el concepto de soberanía real por el de soberanía popular y consecuentemente no se concibió la apelación como un remedio procesal sino como arma política, para afirmar la intervención del poder central en la administración de justicia. La asamblea del 31 de mayo de 1790 se planteó la conveniencia de suprimir la apelación, pero aquélla resolvió que "en todas las causas habrá dos grados", principio que pasó al código de procedimientos y que fué seguido por todos los que le tomaron por modelo.

^(92/2) Entre los cuales puede citarse a CARNELUTTI, *Sistema*, n.º 601; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Estudios de derecho procesal*, 1934, pág. 171; COSTA, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil* (1950), págs. 11 y sig., y bibliografía allí citada.

ra instancia fuesen colegiados, el recurso de apelación carecería de fundamento, como sería absurdo si el de segunda instancia fuese unipersonal. Por otra parte, el que triunfa en primera instancia y pierde su pleito en la apelación, no pensará, seguramente, que el tribunal de segunda instancia es el que está en lo cierto y, por lo tanto, no se habrá eliminado la incertidumbre. De lo que no cabe duda es que constituye una de las causas más evidentes de la lentitud del proceso y que en la doctrina va perdiendo terreno (93).

e) Nuestro sistema procesal ha adoptado en principio la doble instancia (93/1), pero existen casos de instancia única, sin que nunca se haya advertido su inconveniencia, lo cual constituye la mejor demostración de que no es indispensable ese complicado mecanismo. Así, la Corte Suprema de Justicia resuelve en única instancia las causas que se susciten entre la Nación o una provincia o sus vecinos con un Estado extranjero; las causas concernientes a embajadores, ministros plenipotenciarios y cónsules extranjeros; las causas entre la Nación y una o más provincias o de éstas entre sí (Const. nacional, art. 96); son inapelables las resoluciones de los jueces nacionales en asuntos cuyo monto no exceda de quinientos pesos (ley 4055, art. 17) y la de los jueces de paz en las causas cuyo valor no exceda de doscientos pesos (ley 11.924, art. 34, d, salvo las excepciones establecidas en el decreto-ley de 3 de agosto de 1943).

(93) Entre nosotros se pronuncian en contra de la doble instancia: RIVAROLA, *La justicia criminal*, págs. 121-165; DE VEIGA, *La reforma de la justicia argentina*; ANTELO, GÓMEZ Y MORENO, *Proyectos de códigos de procedimientos penales*; VÉLEZ MARICONDE Y SOLER, *Proyecto de código de procedimientos penales para la provincia de Córdoba*, pág. 31; JOFRÉ, *Manual*, t. 1, pág. 36; LASCANO, *Proyecto de código de procedimientos civiles. Exposición de motivos*, pág. 31; PASINI COSTADOAT, *Posibilidad de establecer la instancia única*; etc.

(93/1) La doble instancia no constituye una exigencia de la garantía constitucional de la defensa en juicio. Corte Suprema. *Jurispr. Arg.*, 1950-IV, pág. 474.

la dictada en el juicio ejecutivo cuando no se han opuesto excepciones (cód. proc., art. 501), etc.

d) Pueden también citarse casos de tercera instancia. En principio, las sentencias dictadas por los tribunales superiores de provincias terminan definitivamente el juicio, pero se concede contra ellas un recurso extraordinario de apelación, autorizado por el art. 14 de la ley 48, para ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando se ha debatido un principio de la Constitución nacional y el pronunciamiento ha sido contrario al mismo. También las sentencias de las Cámaras nacionales de apelaciones terminan los juicios seguidos ante la jurisdicción federal, pero se acuerda un recurso ordinario de apelación autorizado por el art. 24, inc. 7º, de la ley 13.998 (antes art. 3 de la ley 4055) en los supuestos que el mismo establece.

26. Tribunales unipersonales y colegiados ⁽⁹⁴⁾.

a) Si la administración de justicia ha de confiarse a un solo juez o a un tribunal colegiado, no es cuestión que pueda resolverse doctrinariamente sino de acuerdo con las circunstancias. Ante el juez único el procedimiento es más rápido, sencillo y económico, pero, en cambio, el peligro de errores es mayor y estimula la arbitrariedad: *juge unique, juge inique*; en cambio, ante el tribunal colegiado el procedimiento aparentemente se encarece y se hace más lento, el espíritu de emulación se suprime y se amortigua el sentido de la responsabilidad, pero la justicia de la resolución está mejor protegida porque supone una deliberación entre sus miembros antes del pronunciamiento. Técnicamente el juez único ofrece menos garantías que el tribunal colegiado.

(94) CARNELUTTI, *Sistema*, n° 213; BECEÑA, *Magistratura y justicia*, pág. 211; KISCH, *Elementos*, pág. 54; MOREL, pág. 150; B. PICÉ, *Le juge unique et le statut de la magistrature en France* (París, 1925); G. LEBOY, *Le juge unique* (París, 1907); ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Estudios de derecho procesal*, pág. 167.

pero un buen juez es preferible a tres malos jueces, lo que quiere decir que no es cuestión de número sino de calidades. Por eso, generalmente, los tribunales de primera instancia son unipersonales, mientras que los de apelación son colegiados, aunque en algunos países, como en Francia, son colegiados en ambas instancias (94/1).

b) Éste es también el sistema adoptado en nuestro país, tanto en el orden nacional como en las provincias, pues los juzgados de primera instancia son unipersonales y colegiados los tribunales de apelación.

c) Como régimen procesal es indiscutible la superioridad del sistema colegiado, no sólo ya desde el punto de vista de la mayor garantía en el fallo, sino, también, de la rapidez y economía. En efecto, permite la supresión de la doble instancia atribuyendo al mismo tribunal la instrucción de la causa y la decisión definitiva. No quiere ello decir que el tribunal íntegro deba en todos los casos intervenir en la totalidad de la instrucción, pues es posible delegar esa función en un miembro, como ya se hacía en Alemania y se hace ahora en Francia, después de la reforma de octubre de 1935, y en Italia con la sanción del código de 1940.

(94/1) ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO es decidido partidario del juez único (monocrático), que es tradicional en España en materia civil. Sus ventajas, dice, han sido reconocidas por países de tribunales colegiados, que han tenido que inclinarse a la postre ante el sistema de juez único de primera instancia. No otra cosa significan en Francia el "juge chargé de suivre la procédure", introducido en 1935, en Alemania el "juez delegado" que estableció la novela de 1924, en Inglaterra el tradicional "master" y en Italia el "juez instructor". La diferencia esencial está en que en éstos el juez forma parte del tribunal sentenciador, y en el sistema español son independientes. La solución española, agrega, adoptada en Hispanoamérica, a base en lo civil de primera instancia ante juez único, con apelación ante la audiencia (como regla) y casación ante el Supremo debe mantenerse (*Acertijos terminológicos del derecho hispano, Rev. de la Esc. Nacional de Jurisprudencia, México, 1948, pág. 23*).

debiendo el tribunal en pleno resolver las incidencias que en el curso de la instrucción se susciten. Tampoco el régimen es extraño a nuestra legislación, pues el art. 250 del código de procedimientos permite delegar en un miembro del tribunal la recepción de la prueba que hubiere de practicarse fuera de la sala donde ella funcione.

27. Condiciones de un buen régimen procesal.

a) Los autores convienen en que la justicia debe ser rápida, económica y segura, pero en lo que no se ponen de acuerdo es en la manera de conseguirlo, porque cada uno trata de llegar al mismo fin por distintos caminos. La celeridad supone simplicidad en los trámites, concentración de los actos procesales, limitación de los recursos. La economía exige que ciertos actos produzcan el máximo de resultado con el mínimo de esfuerzo (ofrecimiento de la prueba con la demanda y contestación, oposición eventual de todas las defensas, etc.). Pero la seguridad requiere formas que garanticen la igualdad de las partes, la imparcialidad del juez y la rectitud del fallo, y aquí es donde las opiniones difieren ^(94/2), pues algunos encuentran esas garantías sólo en el procedimiento escrito, el tribunal colegiado, la doble instancia, etc., en tanto que otros desearían volver al régimen patriarcal de los primeros tiempos.

b) La primera conferencia nacional de abogados reunida en Buenos Aires, en 1924, resolvió recomendar las siguientes bases para la reforma de las leyes procesales:

(94/2) ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Principios técnicos y políticos de una reforma procesal* (Honduras, 1950); COUTURE, *Direcciones políticas del derecho procesal contemporáneo*. Por su parte, PRIETO CASTRO aboga con MIGUEL Y ROMERO por un justo medio, que conduzca al perfeccionamiento procesal en sus finalidades características, asegurando: con la libertad, el orden; con la prontitud, la reflexión; con el poder moderador, la seguridad contra el arbitrio; y con la facilidad de accionar, la represión de los litigantes temerarios (*Revisión de los conceptos básicos del derecho procesal*, *Rev. Der. Proc. (A)*, 1948, pág. 24).

1º) Modificación de todas las leyes de procedimiento existentes en el país; 2º) Adopción de la oralidad; 3º) Hacer perentorios todos los términos, tanto para los particulares litigantes como para los funcionarios públicos que actúen en los juicios; 4º) Establecer la notificación por el solo transcurso del tiempo, fijando taxativamente los casos de notificación personal o por cédula, y autorizar la notificación por correo o telégrafo; 5º) Limitar los recursos, ampliando los casos en que se concederían con efecto devolutivo; 6º) Establecer la perención de instancia que se producirá de pleno derecho y a breve plazo; 7º) Simplificar la manera de acordar y redactar las sentencias en los tribunales colegiados; 8º) Extender la esfera de aplicación del juicio ejecutivo y simplificar los trámites; 9º) Resolver en una sola audiencia el inventario, tasación y administración de las sucesiones; 10º) Resolver en una sola junta la verificación, graduación de créditos, adjudicación de bienes y liquidación de los mismos en los concursos de acreedores; 11º) Substanciar verbalmente y en una sola audiencia todas las acciones que no tengan un procedimiento especial señalado; 12º) Incorporar a los códigos de procedimiento las disposiciones de carácter procesal que figuran actualmente en las leyes especiales ⁽⁹⁵⁾. Planteada nuevamente la cuestión en la Cuarta Conferencia Nacional de Abogados reunida en Tucumán, en 1936, con motivo de discutirse la conveniencia de una Corte Nacional de Casación, cuyo establecimiento se aconsejaba, se aprobó con nuestro voto la siguiente declaración: "Es deseable, para la mayor eficacia de esa nueva jurisdicción, reorganizar la justicia en todo el país sobre la base de tribunales colegiados de única instancia" ⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹⁵⁾ *Rev. Colegio de Abogados de Buenos Aires*, año 1925, nº 5, pág. 83.

⁽⁹⁶⁾ Actas publicadas por la Federación Argentina de Colegios de Abogados, pág. 422 (*Jurisp. Arg.*, t. 61, doctrina, págs. 37 y sigs.).

c) No cabe duda que nuestros códigos de procedimiento, inspirados en la tradición individualista a través de su fuente la legislación española, no responden a las exigencias actuales de la doctrina, pero bueno es confesar que nosotros hemos agravado sus defectos: por ejemplo, la escasa publicidad que el código de la Capital consagra, ha quedado prácticamente eliminada, pues el público no asiste a las audiencias, a las que sólo tienen acceso las partes y los profesionales y se entera de las actividades judiciales por la prensa, a su vez no siempre bien informada; en materia de notificaciones el principio se había invertido, porque la regla pasó a ser la notificación por cédula y la excepción la notificación automática o por nota; los incidentes se han multiplicado, porque se tramita cualquier petición por evidente que sea su improcedencia. Cuando nos ocupemos de los proyectos de reformas, veremos que sus innovaciones, haciéndose cargo de ello, tienden sobre todo a acelerar el desenvolvimiento del proceso, despojándolo de trámites inútiles y concediendo al juez mayores facultades en su dirección, y que la reciente ley de reformas 14.237 ha recogido en general esas sugerencias, pero en verdad habría que considerar la posibilidad de una transformación tanto de la estructura de los tribunales como de los códigos de procedimiento, sin romper por ello con una tradición a la que tanto debemos.

d) Por nuestra parte pensamos que sólo puede lograrse una buena administración de justicia, rápida y barata, con un régimen de tribunales colegiados en instancia única, y un código de procedimiento en el que, sobre la base de la igualdad de las partes y el menor sacrificio del interés individual, se asegure el respeto del derecho como interés social, ampliándose las facultades del juez sin llegar al proceso inquisitivo y estableciéndose un proceso prevalentemente oral como tipo ordinario, quedando reservada la ac-

tuación escrita para determinadas cuestiones (reivindicación, rendición de cuentas, divorcio, nulidad de matrimonio, etc.) y aquellas que el tribunal considere conveniente se substancien por ese trámite en atención a las particularidades del caso, así como también para obtener, en ciertas circunstancias, la revisión del pronunciamiento dictado en juicio oral.

Éste ha sido igualmente el temperamento aconsejado por el Segundo Congreso de Ciencias Procesales reunido en Salta en 1948, cuyas conclusiones ^(96/1) inspiraron el código para la provincia de Jujuy, redactado por el Dr. Guillermo Snopek, al que ya hicimos referencia (*supra*, 21). Debemos agregar que en la provincia de Buenos Aires los tribunales del trabajo son colegiados y actúan en instancia única con procedimiento oral, sin que se hayan observado mayores inconvenientes.

Sin embargo, hay que reconocer, como observa Fornatti, que el problema de la justicia es ante todo un problema de hombres y que por lo que respecta a la justicia en la Capital Federal la solución no es fácil, porque no son pocas ni pequeñas las dificultades de orden práctico a considerar y que por no haber sido tenidas en cuenta han malogrado hasta ahora las iniciativas ^(96/2). Por otra parte, en estos últimos años, la jurisprudencia ha realizado una encomiable obra constructiva, incorporando al código de procedimientos, por vía de interpretación, numerosas instituciones apropiadas por la doctrina, permitiéndose así cumplir su función en forma más eficiente, con lo que la urgencia de una reforma integral se ha hecho menos tensa.

(96/1) Publicadas en la *Rev. Der. Proc. (A)*, 1948, t. II, pág. 216.

(96/2) FORNATTI, *Los tribunales colegiados de instancia única en el reciente proyecto de código procesal (La Ley, t. 56, pág. 984)*.

Legislación comparada

28. Alemania (97).

a) La administración de justicia estaba organizada en Alemania por leyes generales para todo el territorio. La principal de ellas es la Ordenanza Procesal Civil (Zivilprozessordnung) del 30 de enero de 1877, que entró en vigor el 1º de octubre de 1879, con motivo de la sanción del Código Civil; luego por las leyes del 1º de junio de 1909, que introdujo el impulso de oficio en el procedimiento ante los juzgados de primera instancia; de 13 de febrero de 1924, sobre regulación de los términos, principio de concentración y juez delegado; de 27 de octubre de 1933, que establece la obligación de decir verdad, intensifica la concentración y la inmediación y substituye el juramento de las partes por el interrogatorio de las mismas. Las líneas fundamentales de la organización judicial se hallan contenidas en la Ley Orgánica de los Tribunales (Gerichtsverfassungsgesetz) del 27 de enero de 1877, también modificada por la ordenanza del 20 de marzo de 1935, que unificó la organización judicial en todo el Imperio y reglamentó uniformemente la competencia. Hay que añadir la ley de 24 de marzo de 1897, sobre expropiación (ejecución forzada); de 1º de junio de 1878, sobre la abogacía, modificada por la ley de 21 de febrero de 1936 (98); la de 28 de diciembre de 1936, sobre tribunales del trabajo; la de 18 de octubre de 1878, sobre costas judiciales (99).

(97) GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, págs. 127 y 145; KESCH, *Elementos de derecho procesal civil*; SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, pág. 22; PRIETO CASTRO, *Tratado*, t. 1, pág. 227; R. C. ENSOR, *Jueces y tribunales en Inglaterra, Francia y Alemania*, pág. 69; *El debate oral en el procedimiento alemán* (Rev. Colegio de Abogados, año XVI, t. 1, pág. 69); ROSENBERG, *Derecho procesal civil* (trad. ROMERA, B. Aires, 1955).

(98) Véase esta ley en *Jurisp. Arg.*, t. 57, legislación, pág. 412.

(99) También merecen ser citadas las siguientes leyes: 24 de mar-

La exposición que aquí haremos corresponde a la situación anterior al último conflicto. Actualmente en la Alemania Occidental rige la ordenanza de 1877, con las modificaciones introducidas por la Novela de 12 de septiembre de 1950. En la Alemania Oriental rige la misma ordenanza de 1877, pero también con modificaciones cuyos detalles no se conocen con precisión. No recogemos en el texto esas modificaciones porque las consideramos de emergencia y porque nos obligaría a tomar en consideración otras relativas a la organización judicial, procedimientos especiales, etc., que no tienen mayor significación para nuestro propósito (99/1).

zo de 1933, sobre plenos poderes; 3 de diciembre de 1933, sobre competencia de los tribunales en caso de modificaciones de la organización judicial; 4 de junio de 1933, modificando las disposiciones relativas a la organización judicial respecto de la presidencia de los tribunales; 16 de febrero de 1934, colocando la administración de justicia de toda la nación alemana bajo la dependencia del Ministerio de Justicia; 22 de julio de 1934, reglamentando las condiciones para el ejercicio de la magistratura, abogacía, procuración, ministerio fiscal, y declarándose obligatorio el uso del uniforme; 5 de diciembre de 1934, fusionando los Ministerios de Justicia del Reich y de Prusia; 19 de marzo de 1935, suprimiendo la Corte de Baviera en Munich y estableciendo el tribunal de disciplina para jueces y otros funcionarios; 24 de diciembre de 1937, distribuyendo las tareas de los tribunales, suprimiendo la presidencia colegiada y reglamentando la forma de trabajo; etc. Especialmente interesante es la creación, por la ley del 12 de marzo de 1951, en la República Federal Alemana, de la Corte Constitucional para el control judicial de las leyes, que funciona con asiento en Karlsruhe (Ver CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, pág. 72, Milano, 1955, con amplias referencias).

(99/1) Sobre el tema pueden verse los siguientes trabajos: FAIRÉN GUILLEN, *La jurisdicción civil y su ejercicio en la Alemania ocupada* (Rev. Jurídica de Cataluña, 1949, págs. 335 y sig.); CAMPOMAR, *La reforma de la justicia en Alemania* (Jurisp. Arg., 1944-III, doct., pág. 45); KARL LÖEVENSTEIN, *La reconstrucción de la administración de justicia en la zona americana de Alemania* (Harvard Law Rev., febrero 1948, pág. 419); GUNTHER BLAU, *La organización de la justicia en Alemania desde 1945* (La Ley, t. 55, pág. 1042); *La magistrature populaire dans la zone soviétique d'occupation* (Revue Internationale de Droit Compu-

b) En el orden civil, los tribunales son de cuatro grados, organizados en la siguiente forma:

1º) El *Amtsgericht* o tribunal local de primera instancia, a cargo de un juez letrado (*Amtsrichter*) que conoce en todas las cuestiones civiles y comerciales, cuyo valor no exceda de mil marcos: en las cuestiones entre propietarios y arrendatarios (desalojo, cobro de alquileres, retención de muebles); entre amos y criados; viajeros y fondistas; carreros, lancharos, equipajes, etc.; por defectos de animales comprados; daños derivados de la caza; reclamaciones fundadas en relaciones extrasexuales, alimentos, etc., y ciertas cuestiones de carácter penal. Existen, más o menos, en número de 1800. el procedimiento es verbal y a los funcionarios que los desempeñan se les exige una preparación especial.

2º) Todos los asuntos civiles y comerciales que no sean de la competencia de los jueces letrados, corresponden a las cámaras (*Landgericht*) de lo civil o comercial, según el caso, que existen, más o menos, en número de doscientas. Ellas, además, son exclusivamente competentes, sin consideración al valor, en las demandas contra el fisco del Reich, fundadas en la ley sobre los derechos y deberes de los funcionarios. Todos los asuntos comerciales, cualquiera sea su valor, se substancian y resuelven ante las cámaras de lo comercial, si el demandado lo exige. Entienden, además, de las apelaciones de las sentencias de los jueces letrados y quejas contra los mismos por el modo de administrar justicia. Las cámaras de lo civil se componen de tres miembros letrados, incluso el presidente. Las de lo comercial se componen de un presidente letrado y dos vocales comerciantes, nombrados especialmente en cada caso y

ré, 1950, n° 3, pág. 515); H. HERRFABROT, *La administración de justicia en la zona de ocupación soviética* (*Jurisp. Arg.*, 1949-II, doct., pág. 45).

que desempeñan sus funciones en forma gratuita. La marcha normal del procedimiento, ante estos tribunales, es la siguiente: Presentado el escrito de demanda, el juez fija una audiencia para la vista y manda dar traslado de aquélla al demandado. Éste, a su vez, puede hacer constar por escrito sus peticiones y la prueba que ofreciera en su descargo. El día de la vista de la causa el actor o su representante lee su demanda y la funda oralmente, después de lo cual el demandado lee y funda su defensa. Si no hay conformidad en los hechos, cada parte produce su prueba en la misma audiencia o, si es necesario, en otra posterior. En ciertos casos la prueba puede producirse antes de la audiencia, la que es recibida por el presidente del tribunal o por un juez instructor. Sobre la base de lo actuado en estas sesiones se pronuncian informes ante el tribunal por ambas partes, a modo de conclusiones, en los que se hace un resumen del proceso y se examina la prueba producida. Los medios de ataque y de defensa (excepciones de fondo, reconvencción, réplicas, etc.), así como las pruebas de los mismos, pueden oponerse en cualquier momento y hacerse valer hasta la terminación de la audiencia en que se pronuncie la sentencia. Cuando el tribunal estima que el negocio está suficientemente discutido, aunque haya prueba pendiente, el presidente cierra la vista, sea para dar inmediatamente la sentencia, sea para fijar el término dentro del cual será pronunciada. Puede ocurrir que el tribunal, una vez cerrada la discusión y antes de emitir la sentencia, la vuelva a abrir, en cuyo caso las partes pueden actuar como si aquélla no hubiese sido todavía clausurada, presentando nuevas pruebas y aduciendo nuevas razones.

39) Las apelaciones contra las sentencias de estas cámaras son resueltas por los tribunales superiores regionales, que existen en número de veintisiete, cada uno con determinada competencia territorial. Cada tribunal se compo-

ne de un presidente, presidente de sala y consejeros. Estas salas son de lo civil y lo penal; la de lo civil entiende de las apelaciones provenientes de las cámaras y la de lo penal conoce, en recurso de casación, de los asuntos fallados por el *Schöffengericht* y, en algunos casos, por el tribunal jurado.

49) Cuando bajo las condiciones del art. 566 a, de la ordenanza, se interpone, en lugar del recurso de apelación, el de casación contra las sentencias de las cámaras, corresponde a la Suprema Corte del Reich (*Reichsgericht*), con asiento en Leipzig ⁽¹⁰⁰⁾, dividido en salas (*senates*), de tres miembros, los cuales eran designados por los distintos países que constituían el imperio y, actualmente, por el Ministerio de Justicia. Pese a sus innegables méritos, este tribunal no ha alcanzado el prestigio de la Corte francesa, probablemente en razón de que sus facultades son mucho más restringidas, pues actúa más bien como tribunal de apelación.

50) Las cuestiones del trabajo son resueltas por el tribunal del trabajo (*Arbeitsgericht*), compuesto por un juez letrado como presidente, un representante de los patrones y otro de los obreros y empleados. De sus resoluciones se apela ante el Superior Tribunal del Trabajo (*Landesarbeitsgericht*), compuesto por un letrado como presidente, un representante de los patrones y otro de los obreros y empleados. De los recursos de casación contra las resoluciones de los tribunales superiores de trabajo conoce la Suprema Corte Nacional del Trabajo, compuesta de un juez letrado, dos vocales letrados, un representante de los patrones y otro de los obreros y empleados.

(100) Desde 1879 existía otra Suprema Corte en Baviera con jurisdicción en el territorio bávaro exclusivamente, pero, como hemos dicho, quedó suprimida por la ordenanza del 20 de marzo de 1935.

29. Austria ⁽¹⁰¹⁾.

a) Antes de su anexión a Alemania ⁽¹⁰²⁾, la administración de justicia en Austria se ejercía de acuerdo con la ordenanza de 1898, en primer lugar, por tribunales cantonales o de distrito, los cuales eran unipersonales y entendían en cuestiones cuyo monto no excediera de un mil quinientos chelines y, además, en las referentes a la posesión, patria potestad y locación de servicios donde no hubieran tribunales del trabajo. El tribunal cantonal de Viena entendía también en asuntos mercantiles. Venían luego los tribunales de primera instancia o de partido, constituídos por un solo juez cuando el valor no excediera de cincuenta mil chelines o se tratara de cuestiones de Estado; en los demás casos, funcionaba con tres jueces, uno de los cuales era substituído por un juez especializado para formar la sala que entendía en las cuestiones comerciales y de minería. Estos tribunales conocían de todas las cuestiones que no estuvieran expresamente atribuídas a los tribunales cantonales. Existían tres cortes de apelaciones (Viena, Graz e

(101) LUDOVICO EUSEBIO, *Diritto giudiziario civile austriaco*, Torino, 1901; GOLESCHANDT, pág. 37; CHIOVENDA, *Principii*, pág. 699; LIEBMAN, *Figura y forma de remisión al colegio* (*Riv. Diritto Proc.*, 1951, n° 4); PIOLA CASELLI, *De la modernité et de la rapidité de la justice civile en Autriche* (*Égypte Contemporain*, 1913, págs. 41 y sig.); MENESTRINA, Francesco Klein (*Riv. di Diritto Proc. Civile*, 1926, 1, pág. 270); SEMERARO, *Il processo civile austriaco ed il suo funzionamento* (*Riv. di Diritto Pubblico*, 1914, pág. 513) (Los tres últimos citados por ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, en *Acertios del derecho procesal hispano*, *Rev. Esc. Nac. de Jurisprud.*, México, abril-junio 1948, párrafo 38, nota 145); FAIRÉN GUILLEN, *El proyecto de la ordenanza procesal civil austriaca, visto por Franz Klein* (*Rev. Der. Proc.* (E), marzo 1950, pág. 3). Sobre el probable destino del proceso austríaco, y su preponderancia en el futuro proceso alemán, véase referencias bibliográficas en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, abril, 1918.

(102) Por un decreto del 22 de marzo de 1938, se mantiene la organización judicial y procedimiento austríacos, debiendo las sentencias pronunciarse en nombre del pueblo alemán.

Insbruck), formadas por salas de tres magistrados, las que conocían exclusivamente en cuestiones de derecho, porque las de hecho eran inapelables, salvo que se declarase insuficiente la instrucción. Por último, estaba el Tribunal Supremo, integrado por cinco miembros y que actuaba como tribunal de casación, pero en tercera instancia, es decir, que se pronunciaba sobre el fondo del litigio. Además, existían tribunales de trabajo, formados por un juez profesional y un delegado de cada uno de los grupos de trabajadores y empresarios.

b) El proceso civil estaba regulado por la ordenanza de 1895, considerada por la doctrina como la mejor ley de procedimiento ⁽¹⁰³⁾. Presentada la demanda ante el tribunal por escrito, en dos ejemplares, uno para el tribunal y otro para el demandado, si está en forma y corresponde a su competencia, éste cita al demandado a una audiencia. Las citaciones se hacen por correo, y la demanda debe entregarse en propias manos del demandado. Si ello no es posible, se le deja un aviso para un día y hora determinados, y si aun así no es posible, se le deja una comunicación fijada en la puerta de su domicilio para que retire la demanda del correo. Si no se conoce el domicilio del demandado, se le asigna un defensor y se le notifica por edictos. No se exige conciliación previa, pero el tribunal puede intentarlo en cualquier momento. La audiencia, que se realiza ante el presidente del tribunal o un juez delegado, tiene por objeto que el demandado proponga sus excepciones y, en su defecto, para determinar las cuestiones que deban considerarse litigiosas. Si el demandado no concurre o si reco-

(103) La ordenanza es obra del Dr. FRANZ KLEIN, ministro entonces de Justicia y profesor de la Universidad de Viena, y está publicada en la obra *Instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos*, por VICENTE ROMERO Y GIRON y ALEJO GARCÍA MORENO, *Apéndice*, t. IV, págs. 521 y sig.

noce la demanda, el juez dicta sentencia en favor del actor. El tribunal podrá fijar un plazo al demandado para la contestación a la demanda y es permitido a las partes plantear la cuestión mediante un cambio de escritos. Las citaciones, notificaciones y señalamientos de audiencias deben hacerse de oficio por el tribunal. Los litigantes actúan representados por abogados, y el procedimiento es público, oral y contradictorio, levantándose acta de lo expuesto en cada audiencia. Al tribunal corresponde fijar los hechos que deben probarse y determinar los medios de prueba; a las partes incumbe su ofrecimiento, pero el tribunal está facultado para interrogar a las partes y los testigos, ordenar prueba pericial o inspección ocular, solicitar informes y cualquier otra diligencia, salvo la agregación de prueba documental que no hubiera sido invocada por las partes. La recepción de la prueba sólo es hecha por el tribunal que entiende en la causa (principio de inmediación), aunque excepcionalmente puede encomendarse a otro tribunal una diligencia determinada. Toda la prueba debe ofrecerse en primera instancia (principio de concentración), porque el tribunal de apelación sólo conoce de las cuestiones de derecho. El tribunal puede en cualquier momento ordenar la clausura del debate cuando lo considere suficientemente instruído, y sólo dictan sentencia los jueces que han asistido a la vista de la causa. Las partes pueden traer al tribunal hechos o pruebas nuevas hasta el momento de clausurado el debate, sin perjuicio de declararlos improcedentes cuando sólo tuvieran propósito dilatorio o no revistieran interés para la causa. La apelación, que sólo se admite respecto del derecho, debe fundarse en: 1º) falsa apreciación de los hechos y de la prueba; 2º) faltas esenciales en el procedimiento, especialmente investigación incompleta; 3º) nulidad, que también podía ser apreciada de oficio; 4º) contradicción de la sentencia; 5º) injusticia del fallo.

30. Francia (104).

a) La justicia en Francia es desempeñada por: 1º) Tribunales judiciales; 2º) Tribunales administrativos (Consejo de Estado, Consejos de Prefectura, Tribunales de Cuentas); 3º) Tribunales especiales (universitarios, militares, etc.); 4º) Tribunal de conflictos (para las cuestiones de competencia que se susciten entre las autoridades judiciales y administrativas).

b) Los tribunales judiciales, que actúan bajo la dependencia del Ministerio de Justicia, están formados por: 1º) Tribunales de primera instancia en lo civil (105); 2º) Cortes de Apelación; 3º) Tribunales de comercio; 4º) Jueces de

(101) GLASSON y TISSIER, *Traité de procédure civile*, t. I, n.ºs. 81 y sigs.; MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, pág. 130; 2ª ed., págs. 180 y 360; CUCHE, *Précis de procédure civile et commerciale*, pág. 20; R. C. K. ENSOR, *Jueces y tribunales en Inglaterra, Francia y Alemania*, pág. 39; MARC ANCEL, *La reforma del procedimiento civil en Francia* (*Revista de Derecho Privado*, Madrid, febrero 1936, pág. 62); P. HEBRAUD, *La reforma por el decreto-ley de octubre de 1935* (*Revue Critique de Législation et Jurisprudence*, 1936); L. ROTERS, *La competencia de los jueces de "référé"*; BECEÑA, *Magistratura y justicia*, pág. 187; SOLUS, *Las recientes reformas al cód. de proc. civil francés* (*La Ley*, t. 5-1, pág. 924); HAMSON, *El procedimiento civil en Inglaterra y Francia* (Estudio comparativo en *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, 1950, pág. 77). Sobre antecedentes de la organización judicial en Inglaterra, Francia y Estados Unidos, ver también GINET BELLEMARE, *Plan general de organización judicial para Buenos Aires* (Publicación del Instituto de Historia del Derecho de la Fac. de Derecho y C. Sociales de Buenos Aires, 1949).

(105) Hasta la Revolución, los cargos de la magistratura en Francia eran venales, llegándose a abonar sumas fabulosas (el de procurador general llegó a pagarse setecientas mil libras, que representarían ahora siete millones de francos). La Constituyente estableció el régimen de la elección popular, que subsistió hasta 1800, en que se atribuyó al primer cónsul la facultad de designarlos. Desde entonces, ella corresponde al Poder Ejecutivo, sin otra restricción que las condiciones requeridas por la ley de 2 de abril de 1810 y el decreto de 1906 para desempeñar el cargo (BECEÑA, *loc. cit.*).

paz; 5º) Consejos de *prud'hommes*; 6º) Corte de Casación (leyes de 22 de agosto de 1929 y 16 de julio de 1930).

c) Cada departamento (incluso París) comprende varias circunscripciones judiciales (*arrondissement*), y en cada una de ellas hay un tribunal civil colegiado, cuyo número de miembros varía según la importancia del lugar, pero cuando consta de más de cinco miembros se divide en salas de tres, incluso el presidente ⁽¹⁰⁶⁾. (El tribunal de París se divide en siete salas, de competencia distinta: una, entiende en divorcios; otra, en juicios sumarios; otra, en juicios ordinarios; otra, en causas correccionales; etc.). La competencia de estos tribunales comprende: 1º) Apelación de las sentencias de los jueces de paz y de los consejos de *prud'hommes* en juicios cuyo monto excede de mil francos; 2º) Son tribunales de instancia única en cuestiones inmobiliarias cuando la renta del inmueble litigioso no excede de sesenta francos; 3º) Son tribunales de primera instancia en las acciones personales mobiliarias que exceden de tres mil francos, en las inmobiliarias cuando la renta excede de sesenta francos y en los lugares donde no existan tribunales de comercio; 4º) Son tribunales de primera instancia en las causas correccionales.

Para actuar ordinariamente, el tribunal se constituye en *audiencia* pública (el debate es oral y la asistencia libre); se constituye en *asamblea* de todos sus miembros para tomar medidas de administración interior (correcciones disciplinarias, superintendencia, etc.), y en *cámara de consejo* para ejercer (en principio) la jurisdicción graciosa (homologación de adopción, homologación de las resoluciones del consejo de familia, etc.) y excepcionalmente la contenciosa (gastos de oficiales ministeriales).

(106) Un decreto-ley de 28 de marzo de 1934, con el propósito de realizar economías estableció que en ciertas jurisdicciones de poco movimiento, el tribunal se formaría con un juez residente y dos jueces de los tribunales más próximos.

El presidente del tribunal, además de dirigir los debates, tiene una triple jurisdicción: 1º) En ciertos casos contenciosos (cód. de proc., art. 238); 2º) La jurisdicción de *référés* en casos de urgencia (cód. de proc., art. 306); 3º) *Les ordonnances sur requête* (sin audiencia de parte; cód. de proc., arts. 235, 236, 242 y 265).

No se puede actuar personalmente ante el tribunal, sino que es obligatoria la intervención de un *avoué* como representante de la parte, y él tiene a su cargo la instrucción del proceso, pero no puede exponer ante el tribunal, porque esa función está reservada al abogado. Es tan grande la autoridad del *avoué*, que ni siquiera necesita exhibir poder para actuar; basta su afirmación de que la representación le ha sido confiada en forma.

d) Hay en Francia veintitrés cortes de apelaciones, cada una de las cuales comprende varias circunscripciones. Están divididas en cámaras, de las que ordinariamente unas entienden en las apelaciones civiles y otras en las correccionales. Para ejercer sus funciones pueden constituirse de cuatro maneras diferentes: 1ª) *Audiencia ordinaria*, con la presencia de cinco miembros, por lo menos, para conocer en las apelaciones de los tribunales de primera instancia en lo civil y correccional y tribunales de comercio; 2ª) *Audiencia solemne*, para conocer de los asuntos que la Corte de Casación le remite por haber casado la sentencia de otra corte y para los casos de *prises à parties* (responsabilidad de los jueces); 3ª) *Asamblea* de todos sus miembros para asuntos internos (superintendencia, etc.); 4ª) *Cámara de Consejo*, para la jurisdicción graciosa.

e) La organización y competencia de los tribunales de comercio está regida por los arts. 615 y siguientes del código de comercio, y el procedimiento, por los arts. 414 y siguientes del código de procedimiento civil. Cada tribunal está formado por un número variable de jueces, según la importancia de la circunscripción, los que son elegidos entre y por

los comerciantes inscriptos, pero para que haya audiencia válida se requiere la presencia, por lo menos, de tres jueces. Entiende en todas las cuestiones de carácter comercial (con prescindencia de las personas) y es tribunal de instancia única hasta la suma de 1.500 francos; excediendo de ella, sus resoluciones son apelables ante la Corte de Apelación del distrito. No es indispensable la intervención de *avoués* y los abogados pueden ejercer la representación de las partes.

f) La organización de los consejos de *prud'hommes* data de la ley de 27 de marzo de 1907, incorporada al código del trabajo del 21 de junio de 1924, completado por la ley de 23 de diciembre de 1932. Son establecidos por decreto en los lugares donde la importancia de la industria, del comercio o de la agricultura demuestra su necesidad, y su organización puede variar según las circunstancias, pero deben constar, por lo menos, de dos patrones y dos obreros. Los miembros del consejo son elegidos por seis años, y se renuevan cada tres. Pueden ser elegidos y son electores los patrones, obreros industriales y empleados de comercio que figuren inscriptos en los registros respectivos. El tribunal resuelve en instancia única, hasta la suma de 1.000 francos, las cuestiones entre obreros y patrones; pasando de esa suma, sus resoluciones son apelables ante el tribunal civil de la circunscripción.

g) La jurisdicción de cada juez de paz comprende, por lo menos, tres cantones, y para desempeñar el cargo se requiere: 1º) ser licenciado en derecho; 2º) pasantía (*stage*) de dos años, por lo menos; 3º) edad, 25 años; 4º) examen profesional. La competencia ordinaria comprende las acciones personales mobiliarias hasta la suma de 3.000 francos, siendo inapelables sus resoluciones en causas que no excedan de 1.000 francos. La extraordinaria comprende numerosas cuestiones, de las cuales son las principales: 1ª) litigios entre hoteleros y pasajeros; 2ª) cobro de alquileres; 3ª)

cuestiones entre patrones y obreros donde no existan consejos de *prud'hommes*; 4ª) cuestiones entre linderos; 5ª) acciones posesorias. Su jurisdicción graciosa comprende: 1º) convocar y presidir los consejos de familia (administración de bienes de menores e insanos); 2º) colocar y quitar los sellos en caso de fallecimiento o quiebra; 3º) proceder a la tentativa de conciliación preliminar en los juicios de primera instancia; 4º) presidir el consejo de *prud'hommes* en caso de empate; 5º) ejercer funciones represivas como tribunal de policía.

h) La Corte de Casación tiene por función examinar si en la aplicación de la ley ha habido una violación del derecho bajo cualquier aspecto, y en ese supuesto casa la sentencia remitiendo el proceso a otra Corte de Apelación para que dicte nueva sentencia. No puede considerar las cuestiones de hecho, respecto de las cuales debe aceptar las conclusiones de la Corte respectiva, a menos que para su apreciación se hubiese violado una disposición de derecho. Si la Corte casa nuevamente la segunda sentencia, remite el proceso a una tercera Corte de Apelación, que está obligada a conformar su sentencia a la opinión de la Corte de Casación. Ésta se compone de un presidente y cuarenta y cinco miembros distribuidos en cuatro cámaras de quince miembros cada una: 1º) Cámara de *requêtes*; 2º) Cámara de lo civil; 3º) Cámara de lo criminal; 4º) Cámara social (locación, seguros, expropiación, trabajo, etc.). (Decreto del 17 de junio de 1938). La Cámara de *requêtes* tiene por misión examinar los recursos y rechazar los improcedentes por razones procesales, con lo cual se prepara y alivia el trabajo de las otras cámaras (^{106/1}).

i) Todas las jurisdicciones están jerarquizadas, lo que se traduce en el tratamiento, vestidos, disciplina y vigilancia

(106/1) Ver: MOREL, *La réforme de la Cour de Cassation française* (*Studi in onore di Redenti*, t. 2, pág. 93).

que ejercen unas sobre otras. La unidad de la jurisdicción civil y criminal existe en todos los grados, pues que vemos el juez de paz lo es, al mismo tiempo, de policía; el tribunal de primera instancia en lo civil entiende originariamente en las causas correccionales y por apelación en las resoluciones de los jueces de policía, suministrando, además, a las cortes de Assises dos asesores en los lugares donde ellas no tengan asiento fijo; las cortes de apelaciones conocen de las causas correccionales en grado de apelación; la Corte de Casación entiende en las causas criminales y correccionales. Los tribunales de comercio son los únicos que no tienen jurisdicción penal. Con excepción de los miembros de los tribunales de comercio y de los consejos de *prud'hommes*, como hemos visto, los demás jueces son elegidos directamente por el presidente de la República.

j) El código de procedimiento civil ⁽¹⁰⁷⁾ establecía tres tipos de proceso: el ordinario (art. 85), el escrito (art. 95) y el sumario (art. 404); pero el decreto-ley de 30 de octubre de 1935 suprimió el proceso escrito, a la vez que introdujo reformas fundamentales en el ordinario, las que fueron complementadas por la ley del 15 de julio de 1944. De acuerdo con ellas ninguna demanda puede iniciarse sin que previamente se haya intentado la conciliación ante un juzgado de paz ^(107/1). Fracasada ésta, el actor debe emplazar al demandado para que comparezca dentro de cierto término ante el tribunal de primera instancia; emplazamiento (*ajournement*) que se diligencia mediante un *exploit* (equivalente

(107) Promulgado el 24 de abril de 1806 para entrar en vigencia el 1º de enero de 1807. La era de la codificación procesal comenzó en Francia con la Ordenanza procesal civil dictada por Luis XIV en 1667, en la que se inspiró el código de 1806 y que a su vez sirvió de fuente a la ley procesal italiana de 1865 y la alemana de 1877.

(107/1) La tentativa de conciliación en los asuntos de competencia de los tribunales de primera instancia fué suprimida por ley del 9 de febrero de 1949. MOREL, *Addendum*.

a nuestra cédula), notificado por un *huissier*, que no es funcionario judicial, pero sí ministerial, y que el actor elige de una lista dentro de la jurisdicción del tribunal. El *exploit de ajournement* debe contener (art. 61) las siguientes enunciaci-ones: 1º) Fecha, nombre y domicilio del demandante y designación del representante (*avoué*); 2º) Nombre, domicilio y matrícula del *huissier* y la indicación de la persona a quien debe dejarse la cédula; 3º) El objeto de la demanda, exponiendo sumariamente los medios de prueba; 4º) la indicación del tribunal y el término para comparecer.

El demandado tiene dos caminos: o rehusa comparecer, en cuyo caso será juzgado en rebeldía (*par défaut*, art. 149), o bien designa su *avoué*, quien lo comunicará al actor, proponiéndole sus defensas e indicándole sus pruebas. El procedimiento ulterior varía según se trate del juicio ordinario o el sumario. En el primer caso, vencido el término del emplazamiento, el *avoué* del actor debe depositar en la secretaría (*greffe*) del tribunal una copia de la demanda (*placet*), requiriendo la inscripción en la lista de audiencias (*mise en rol*) y notificar al *avoué* del demandado para que dentro de quince días deposite a su vez sus conclusiones. El *greffier* formará con las actuaciones escritas un *dossier* (expediente o cuaderno) que será elevado oportunamente al tribunal. Desde ese momento el proceso queda en “estado” provisoriamente y al solo efecto de fijar la competencia del tribunal, establecer el carácter contradictorio de la litis, precluir ciertas excepciones y procederse a la instrucción.

Cumplida la formalidad de la inscripción, el tribunal designa un magistrado, que puede ser el mismo presidente o un juez del tribunal, encargado de “seguir el procedimiento”, que comprende la comunicación de las piezas entre los representantes de las partes, y el diligenciamiento de las pruebas por ellos ofrecidas, pudiendo a su vez ordenar de oficio las diligencias que estime convenientes para comple-

tar aquéllas (^{107/2}). Terminada la instrucción las partes depositarán en secretaría sus "conclusiones definitivas", tras de lo cual el proceso se eleva al presidente del tribunal, quien fijará la audiencia para el debate (^{107/3}). En ella el juez instructor, sin emitir opinión, hará una relación circunstanciada (que puede ser escrita) de la causa, y luego los abogados de las partes (o éstas personalmente) formularán oralmente sus alegatos (*plaidoirie*) quedando el proceso en estado de sentencia.

El procedimiento sumario está reservado a determinadas cuestiones (acciones personales puras, es decir, no contradichas, arrendamientos, etc.) y difiere del ordinario en que una vez cumplida la formalidad de la inscripción en la lista, el proceso se desarrolla en una audiencia en la que se recibe la prueba y se produce el debate.

31. Italia.

a) De acuerdo con el decreto del 30 de diciembre de 1923, la justicia en el Reino se administraba por conciliadores, pretores, tribunales de primera instancia, Cortes de Apelaciones y una Corte de Casación. Sancionado el nuevo código de procedimientos civiles el 29 de octubre de 1940, para entrar en vigencia el 21 de abril de 1942, se dictó el decreto 12 del 30 de enero de 1941, sobre organización judicial, y luego la ley del 5 de abril de 1946, que reglamenta la competencia de los distintos tribunales. De conformidad con estas disposiciones (¹⁰⁸), ellos conocen de la materia civil, co-

(107/2) El decreto-ley del 30 de octubre de 1935 suprimió el interrogatorio "*sur faits et articles*" (Solus, *Las recientes reformas*, etc.).

(107/3) Es interesante observar que durante la instrucción las partes pueden modificar sus fundamentos de hecho y de derecho, siempre que la acción no varíe, pero una vez que el juez instructor ha comenzado su relación ante el tribunal la causa queda "definitivamente en estado" y en consecuencia aquéllas no pueden ya modificar ni sus fundamentos ni sus conclusiones.

(108) LIEBMAN, *Corso di diritto processuale civile*, págs. 71 y sig.

mercantil^(108/1) y laboral, siendo su distribución actual la siguiente:

1º) *Conciliadores*. Existe por lo menos un conciliador en cada comuna, que además de su función principal de conciliación, conoce cualquiera sea el objeto de la demanda, salvo en lo relativo a derechos inmobiliarios, hasta la suma de diez mil liras.

2º) *Pretores*. Su competencia territorial comprende varias comunas; conocen de las apelaciones contra las resoluciones de los conciliadores, y originaria por razón del valor hasta la suma de cien mil liras. Por la naturaleza de la causa, cualquiera sea su valor, entienden en: a) acciones posesorias, denuncia de obra nueva y providencias de urgencia; b) causas relativas a límites; c) desalojo; d) cuestiones derivadas del condominio de casas.

3º) *Tribunales de primera instancia*. Su competencia territorial comprende varias preturas; conocen de las apelaciones contra las resoluciones de los pretores, y originariamente en las causas de monto superior al fijado para el pretor o de valor indeterminado; y privativamente: a) en las causas relativas a tasas e impuestos; b) en las relativas al estado y capacidad de las personas y a derechos honoríficos; c) en las querellas de falsedad. Actúan en Salas de tres miembros, por lo cual se les denomina “colegios”, y uno de ellos ejerce la presidencia.

4º) *Cortes de apelaciones*. Entienden de los recursos que se interpongan contra las resoluciones de los tribunales de primera instancia y actúan en Salas compuestas por cinco miembros, uno de los cuales ejerce la presidencia.

5º) Una *Corte de Casación*, con asiento en Roma, que

(108/1) Los tribunales de comercio fueron suprimidos por la ley de 25 de enero de 1888. Los del trabajo (cuya organización puede verse en HINOJOSA, *Rev. de Derecho Privado*, Madrid, marzo de 1936) quedaron suprimidos por la reforma del 30 de enero de 1940.

además de su función específica de casación, es tribunal de última instancia en los conflictos de competencia.

6º) Una *Corte Costituzionale*, también con asiento en Roma, para juzgar de la constitucionalidad de las leyes (108/2).

b) Antes de la sanción del código vigente, regía el dictado el 25 de junio de 1865 (108/3), con posteriores modificaciones, la más importante de las cuales fué la introducida por la ley de 31 de marzo de 1901. Consideramos interesante mantener aquí la exposición que hicieramos en la edición anterior, del sistema procesal de ese código, no sólo porque nos servirá compararlo con el actual, sino porque, como vamos a verlo, las últimas modificaciones que a éste se le han hecho importan un retorno a sus principios en diversos aspectos.

El código derogado (109) establecía dos tipos de procedimiento: el *formal*, ante los tribunales de primera instancia, y el *sumario* ante los conciliadores y pretores, pero que el tribunal de primera instancia podía aplicarlo a pedido de las partes. Esta circunstancia hizo que el procedimiento formal cayera, poco a poco, en desuso, convirtiéndose el sumario en la regla, hasta que por la ley de 31 de marzo de 1901 se estableció que el procedimiento sumario, con las modificaciones

(108/2) La Constitución de 1947 ha creado la Corte Costituzionale para el control judicial de las leyes, pero aún no ha sido organizada. Ver sobre el tema: CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950; *Id.*, *La Corte costituzionale e il processo civile (Studi in onore di Redenti, t. 1, pág. 195)*; PETRUCCI, *La Corte Costituzionale* (Commentario sistematico alla Costituzione, diretto a P. Calamandrei e A. Levi, vol. 2, pág. 431); CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, pág. 6 (Milano, 1955).

(108/3) En sus líneas fundamentales, este código estaba inspirado en el código francés de 1806, que rigió en Italia durante la dominación napoleónica.

(109) CHIOVENDA, *Principii*, págs. 607 y sig.; REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, págs. 125 y 267; UBALDO BELLÍ, *Elementi di procedura civile*, págs. 104 y 489.

que ella introducía, debía aplicarse obligatoriamente ante los tribunales de primera instancia y Cortes de apelaciones, pudiendo aplicarse el formal cuando las partes lo solicitaren.

En el procedimiento formal la citación se hacía por intermedio del ujier, por acto que debía contener el nombre y domicilio del actor y demandado, objeto de la demanda, indicación del tribunal y término para comparecer ante el mismo, que no debía ser menor de diez días, ampliándose según la distancia. La citación sólo tenía por objeto hacer saber el propósito de iniciar el juicio, indicando la naturaleza de la acción (*editio actionis*) y el requerimiento de comparecer (*vocatio in ius*). La notificación podía hacerse por correo, mediante carta certificada con aviso de retorno, y su nulidad podía ser declarada de oficio en caso de contumacia del demandado, pero si éste comparecía dentro del término de la citación, ésta era válida. Sólo podía actuarse por procurador, debiendo tanto el del actor como el del demandado, antes del vencimiento del término de compareción, depositar en la cancillería su mandato y los documentos de que intentaran valerse.

La demanda era escrita y debía adjuntarse una copia para el demandado, quien tenía quince días para contestarla, pudiendo el actor replicar, en cuyo caso el demandado disponía de un nuevo término para contestar. Vencidos estos plazos, cualquiera de las partes podía pedir la inscripción de la causa en la lista de audiencias (*rol*). Dentro de los quince días siguientes, cualquiera de las partes podía presentar un escrito alegando nuevas defensas, en cuyo caso se suspendía la inscripción, corriendo un nuevo plazo para la contestación de las mismas. Antes de la audiencia los procuradores debían presentar sus conclusiones, sin admítrseles nuevos documentos, las que se notificaban por intermedio del ujier, debiendo al mismo tiempo depositar en la secretaría del tribunal (*cancillería*) un fascículo conte-

niendo todos los antecedentes de la causa, más una suma, fijada según tarifa, para los gastos.

Seguidamente el presidente del tribunal designaba un juez del mismo para que hiciera la relación de la causa en la audiencia, pudiendo también disponer que la relación se hiciera por las partes. Antes de la audiencia debía diligenciarse la prueba que no fuera posible realizarla en ella. Para la prueba testimonial debía indicar los hechos a probarse, y su recepción podía delegarse en uno de sus miembros, a menos que se dispusiera que el examen se hiciera en la audiencia. Ésta debía ser pública bajo pena de nulidad, y en ella después de escucharse al relator y al ministerio público en su caso, se recibía la prueba, concediéndose luego la palabra al defensor del actor y seguidamente al del demandado. El tribunal podía ordenar una nueva instrucción, designando un nuevo relator. Se permitía asimismo a las partes presentar un memorial, y luego el tribunal pasaba a deliberar, dictando sentencia en seguida o en una audiencia próxima.

En el procedimiento sumario, la citación se hacía para una audiencia fija. Ésta constaba de dos períodos, que podían constituir un solo acto o varios sucesivos. El primero, llamado de *instrucción*, se realizaba ante el presidente del tribunal y tenía por objeto la preparación de la causa (examen de mandatos, comunicación de documentos, diligenciamiento de pruebas, notificación de conclusiones), y el tribunal sólo intervenía para resolver algunas incidencias, pues el presidente carecía de facultades jurisdiccionales. Terminada la instrucción, el presidente fijaba la audiencia para ante el tribunal, ante el cual el relator o las partes exponían la causa. Producíase luego el debate oral, con intervención del Ministerio Público en su caso, pudiendo las partes presentar un memorial, con lo que la causa quedaba en estado de sentencia.

c) El código de procedimientos sancionado en el año

1940 ^(109/1) está dividido en cuatro libros. El primero, destinado a las disposiciones generales, se ocupa de los órganos jurisdiccionales, del Ministerio Público, de las partes y los defensores, del ejercicio de la acción, de las facultades del juez y de los actos procesales. El segundo trata del proceso de conocimiento ante el tribunal de primera instancia y ante el pretor y el conciliador, de las impugnaciones y del procedimiento para las controversias en materia corporativa, tanto individuales como colectivas ⁽¹¹⁰⁾. El tercero legisla el proceso de ejecución y el cuarto comprende los procedimientos especiales: procedimiento sumario, procedimiento en las cuestiones de familia, estado de las personas, testimonios y cotejo de instrumentos públicos, apertura de sucesiones, división de condominio, liberación de hipotecas, validez de las sentencias extranjeras y ejecución de los demás actos de autoridades extranjeras. Sucesivas modificaciones, que iremos recogiendo en el curso de la exposición, le quitaron algunas de sus características, al punto de que aquéllas han sido consideradas como una vuelta al sistema derogado ⁽¹¹¹⁾.

(109/1) Fue redactado por una comisión presidida por el ministro de Justicia DINO GRANDI, e integrada por los profesores FRANCISCO CARNELUTTI, ENRIQUE REDENTI y PIERO CALAMANDREI y el magistrado de la Corte de Casación Dr. LEOPOLDO CONFORTI. Una traducción del mismo constituye el Apéndice al tomo primero del *Sistema de derecho procesal civil* de CARNELUTTI, debida a N. ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO y S. SENTÍS MELENDO (Buenos Aires, 1944) y existe otra por F. DE CILLIS y J. DASSEN en volumen suelto (Buenos Aires, 1944). Sobre el código, ver: CARNELUTTI, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano* (trad. de GUASP, Barcelona, 1942); CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil* (trad. de SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, 1943); REDENTI, *Diritto processuale civile* (Milán, 1947); ANDRIOLI, *Commentario al codice di procedura civile* (Nápoles, 1945); SATTA, *Manuale di diritto processuale* (Padua, 1953); LIEBMAN, *Corso di diritto processuale civile* (Milán, 1953), a quien seguimos en esta exposición.

(110) Las disposiciones referentes a las segundas fueron suprimidas por decreto del 23 de noviembre de 1944.

(111) Bien pronto el nuevo código tuvo que afrontar serios ataques, por parte especialmente de los magistrados y de los abogados, lo

El proceso de conocimiento ante el tribunal de primera instancia constituye para la ley el procedimiento típico y sirve como modelo de los otros procedimientos, por lo cual respecto de éstos se limita a establecer algunas disposiciones particulares y se refiere en lo demás al procedimiento típico en cuanto les sean aplicables. Al igual que en el código anterior, la demanda es escrita y recibe el nombre de *citación* porque mediante ella el actor ejerce la *in ius vocatio* intimando al demandado para que comparezca ante el tribunal a defenderse. El actor, obligatoriamente representado por un procurador (art. 82), hará notificar la citación al demandado por intermedio del oficial de justicia (*ujier*), debiendo ella contener (art. 163) las siguientes enunciaciones: 1º) La indicación del tribunal ante el cual se propone la demanda; 2º) El nombre, apellido y residencia del actor y del demandado o sus representantes; 3º) La determina-

que determinó a CARNELUTTI a abrir una encuesta, que es muy ilustrativa, en la *Rivista di Diritto Processuale*, la que ha sido cuidadosamente reseñada por ENRIQUE FORNATTI en su trabajo: *Vicisitudes de la reforma del proceso civil en Italia* (Rev. de Derecho Procesal (A), 1950, I, pág. 205). No obstante la enérgica oposición de la doctrina, se dictó la ley de reformas el 5 de mayo de 1948, pero su aplicación fue diferida por la ley del 31 de marzo de 1949 hasta el 30 de junio de ese año y luego por la ley del 5 de julio del mismo año se prorrogó su suspensión "hasta la entrada en vigor de la ley de ratificación del decreto legislativo"; por último, se dictó la ley de reformas del 14 de julio de 1950 y el decreto presidencial, complementario de la misma, del 17 de octubre de 1950. Sobre el tema puede consultarse: CARNELUTTI, *Addio Chiovenda* (*Studi in onore di Redenti*, t. 1, pág. 283); FRANCO SODI, *Las recientes modificaciones del proceso civil italiano* (Rev. de Derecho Procesal (E), junio de 1949, pág. 313), y *Los ulteriores desenvolvimientos de la reforma del proceso civil en Italia* (Rev. de Derecho Procesal (A), 1950, I, pág. 36); PRIETO CASTRO, *En defensa de la ciencia o meditaciones en ocasión del código italiano* (*Studi in onore di Redenti*, Milán, 1951, t. 2, pág. 185); SATTI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padua, 1950, y en su *Manuale*, apéndice, Padua, 1951; TEDESCHI, *Los agregados y modificaciones a los "agregados y modificaciones" del código de procedimientos civiles* (*Giurisprudenza Italiana*, Turín, noviembre 1950, IV parte, pág. 145).

ción del objeto de la demanda; 4º) La exposición de los hechos y de los elementos de derecho en que se funde la demanda, con las respectivas conclusiones, es decir, con la indicación exacta de la providencia que se pide; 5º) La indicación específica de los medios de prueba y de los documentos que se ofrece comunicar al demandado (111/1); 6º) El nombre y apellido del procurador del actor y las indicaciones del poder; 7º) La intimación al demandado de constituirse parte en la cancillería del tribunal, conforme al artículo 166, y de comparecer a la audiencia el día y hora señalados por el actor, bajo apercibimiento de contumacia (111/2). Se acompañará doble copia de la demanda, una de las cuales se entregará al demandado en el acto de la notificación y la otra se devolverá al actor con la constancia de haberse practicado esta diligencia (art. 137).

Dentro de los diez días de la notificación, el actor debe constituirse en parte ante el tribunal, por intermedio de su apoderado, depositando en la cancillería su propio "fascículo" conteniendo el original de la citación, el poder, los documentos ofrecidos en comunicación (111/3) y sus "conclu-

(111/1) Dice LIEBMAN: "Prescribiendo la indicación de los medios de prueba y disponiendo que en adelante no se pueda pedir o exigir otros en el curso del juicio (arts. 183, 2ª parte, y 184) el código se proponía obligar a las partes (respecto del demandado regia igual exigencia, art. 167), a "poner las cartas sobre la mesa" desde el primer momento, evitando el juego frecuente de retener ocultas algunas pruebas para presentarlas eventualmente en un momento desfavorable para la otra parte. El sistema a muchos pareció excesivo y por ello fué atenuado por la reforma de 1950, transformándola en una "facultad" más que una "obligación" (*Corso di diritto processuale*, pág. 122).

(111/2) Por el texto originario del art. 163, el actor invitaba al demandado a constituirse en parte en la cancillería, dentro de un término, correspondiendo al presidente del tribunal fijar la audiencia, pero el retorno al sistema de la audiencia fija, que era el del código anterior, constituyó una de las mayores aspiraciones de los propugnadores de la reforma consagrada por la ley de 1950 (LIEBMAN, *loc. cit.*).

(111/3) En la práctica sólo se acompañan copias de los documentos, generalmente fotográficas, y sólo se exhiben los originales si la

siones" (art. 165), con lo cual el secretario procederá a la inscripción de la litis en el registro y a formar el expediente que documentará el desarrollo del proceso en el tribunal (art. 168).

El demandado, a su vez, debe constituirse en parte, también por apoderado, por lo menos cinco días antes de la audiencia, depositando en la cancillería su propio fascículo^(111/4), conteniendo la copia de la citación notificada, el poder, la contestación a la demanda y los documentos que ofrece comunicar al actor. En la contestación, el demandado debe proponer todas sus defensas y en su caso la reconvencción, indicando los medios de prueba de que quiera servirse y formulando sus conclusiones (arts. 166 y 167). Desde ese momento las comunicaciones y notificaciones se hacen a los apoderados constituidos, salvo que la ley disponga lo contrario (art. 170). Si alguna de las partes no se ha constituido en la cancillería incurre en contumacia, pudiendo la contraria continuar el procedimiento que para tales casos señala la ley. Si ninguna de las partes se ha constituido, el proceso se extingue por perención al cabo de un año (arts. 171 y 307).

Corresponde a las partes —normalmente al actor, y en su defecto al demandado— solicitar la inscripción de la litis

otra parte los desconoce. Ello ha permitido, según se afirma, la reconstrucción de muchos expedientes destruidos o desaparecidos durante la guerra.

(111/4) De acuerdo con las disposiciones del código, estos "fascículos" o carpetas de antecedentes, deben permanecer en la cancillería, porque en ellas se diligenciarán, respectivamente, las pruebas del actor y del demandado; pero en la práctica las partes las retienen en su poder y sólo las presentan en las audiencias o cuando el tribunal lo dispone. El fascículo que queda en el tribunal, llamado "de oficio", contiene la nota de inscripción en el "rol" y sucesivamente los originales de las actuaciones del tribunal (actas de las audiencias, diligencias de prueba, providencias del juez) y copia de las actuaciones de las partes (demanda y contestación), de modo de reunir en él los elementos necesarios para el desarrollo del proceso.

a fin de que sea considerada en la audiencia respectiva (art. 168). Seguidamente el presidente del tribunal proccderá a designar un juez del mismo que tendrá a su cargo la instrucción de la causa y la relación ulterior de ella ante el colegio (arts. 172, 173 y 174), debiendo las partes comparecer ante él en la fecha indicada por el actor en la citación, pero si ese día el instructor no tiene audiencia disponible la comparecencia queda diferida para la primera audiencia libre.

El juez instructor ejercita todos los poderes tendientes al más rápido y leal desarrollo del proceso, a cuyo efecto fija las audiencias sucesivas, así como los términos dentro de los cuales deben cumplirse los actos procesales. En su texto primitivo el código disponía que el trámite ante el juez instructor debía ser totalmente oral, levantándose acta de lo actuado (art. 180), pero la reforma de 1950 dispuso que el juez instructor puede autorizar en todo o en parte la instrucción escrita, con lo que la oralidad ha pasado a segundo plano.

En la primera audiencia ante el juez instructor éste debe, en primer término, verificar de oficio la regularidad de la constitución de las partes y cuando observe un defecto de representación, asistencia o autorización, señalará un término para subsanar la omisión (art. 182). Seguidamente el actor resumirá oralmente su demanda y el demandado sus defensas, pudiendo renunciar a medios de prueba innecesarios por el reconocimiento de la contraria, o proponiendo otros relacionados con las nuevas conclusiones. En su texto primitivo, el código establecía (art. 183) que en esta oportunidad las partes podían puntualizar y en su caso modificar las demandas, excepciones y conclusiones, así como promover nuevas demandas que sean consecuencia de las ya formuladas, y cuando el magistrado considere que responden a los fines de la justicia, podrán además oponer otras excepciones y medios de prueba; pero durante la ulterior

tramitación del juicio (art. 184), solamente cuando existan motivos graves el juez instructor autorizará a las partes a presentar documentos, solicitar nuevos medios de prueba y formular nuevas excepciones que no hayan precluído (111/5). La reforma de 1950 suprimió el art. 183 y modificó el art. 184, estableciendo que hasta que se remita la causa al colegio, las partes pueden modificar sus demandas, excepciones y conclusiones, producir nuevos documentos, proponer nuevos medios de prueba, y formular nuevas excepciones, con lo que se volvió prácticamente al régimen del código anterior.

Seguidamente el juez instructor establecerá las cuestiones controvertidas y procederá a la recepción de la prueba, la que corresponde a las partes, y la que debe recaer sobre

(111/5) El nuevo código de procedimientos ha mantenido, pues, la separación entre la fase instructoria y la fase decisoria, que era característica del código anterior, pero adoptó un sistema de preclusión de las conclusiones que CALAMANDREI llama de "preclusiones elásticas" (*Instituciones*, pág. 316), en el sentido de establecer en la fase instructoria, no un solo término preclusivo, sino varios términos sucesivos, de los cuales podrán servirse las partes para integrar a lo largo de la litis sus deducciones, con la sola condición de que el juez lo consintiera. Fundando este sistema decía el ministro GRANDI en su Relación: "Aquí se encuentran en juego dos exigencias opuestas: de una parte está el interés en alcanzar la verdad, que aconseja dejar hasta el momento de la decisión definitiva la puerta abierta a todas las deducciones, aun las tardías, porque éstas pueden aportar al juez nuevos elementos de convicción que favorezcan los fines de la justicia; de otra, está el interés en la rapidez y en la buena fe procesal, que exigen que las partes no prolonguen el proceso con un goteo bien dosificado de deducciones guardadas en reserva y que quiere que las mismas desde el principio, vacíen el saco de sus razones sin preparar los expedientes para las sorpresas de última hora. En un sistema procesal que satisfaga plenamente la primera exigencia, se corre el riesgo, por amor a la verdad, de dejar libre el campo a la táctica dilatoria; mientras que si se satisface plenamente la segunda, se corre el riesgo, por amor a la rapidez, de sacrificar la justicia". En el mismo sentido, CARNELUTTI, *Instituciones*, pág. 342. Como decimos en el texto, la reforma de 1950 ha vuelto al sistema anterior, que no establecía limitaciones.

los hechos alegados por ellas en sus conclusiones, pero el juez puede ordenar la comparecencia personal de las mismas para interrogarlas (art. 117), así como la inspección de personas y cosas (art. 118), ya se encuentren éstas en poder de las partes o de terceros (art. 210), y designar un consultor técnico para que lo asesore en ciertos actos o durante todo el juicio (art. 61). A los efectos de la instrucción, el juez designa el día, el lugar y el modo de diligenciar la prueba (art. 202). Las partes pueden asistir personalmente y de todo lo actuado se deja constancia en acta. Los medios de prueba son: documentos, confesión, interrogatorio formal (posiciones), juramento, testigos, peritos (consultores técnicos), inspección de personas, cosas y lugares (art. 258).

En principio corresponde al juez la instrucción y al colegio la decisión de todas las cuestiones que se planteen en el curso de la misma, pero con el objeto de ordenar y acelerar el procedimiento el instructor puede pronunciarse sobre las cuestiones previas, como la constitución de la relación procesal, fijación de los hechos, admisibilidad de la prueba, etc. De acuerdo con el texto original de los arts. 177 y 178 del código, en tales casos el pronunciamiento del juez no vinculaba al colegio y las partes podían plantear nuevamente la cuestión en la audiencia para la vista de la causa. La ley de 14 de julio de 1950 modificó estas disposiciones estableciendo que las partes deben reclamar ante el colegio dentro de los diez días de dictada la providencia, la que en caso contrario queda firme.

Agotada la instrucción, el juez invita a las partes a precisar ante él las conclusiones que someterán a la decisión del colegio, con las eventuales modificaciones que estimen conveniente (art. 188), luego de lo cual remite a las partes ante el colegio y fija la audiencia para la vista de la causa, cinco días antes de la cual las partes deben transmitirse sus alegatos, en los que se consignent las conclusiones de hecho y de derecho (art. 190). En la audiencia ante el colegio el

juez instructor hará la relación del juicio, exponiendo los hechos y las cuestiones planteadas, después de lo cual el presidente autoriza el debate de las partes (art. 276), pronunciando luego la sentencia, la que puede recaer sobre la totalidad del fondo (art. 277) o sobre una parte, en cuyo caso ordena una nueva instrucción de las cuestiones no resueltas (art. 279). A pedido de las partes el tribunal, ya sea en la primera instancia o en la apelación, puede pronunciarse de acuerdo con la equidad cuando la cuestión se refiere a derechos disponibles de aquéllas (art. 114).

El procedimiento ante los pretores y conciliadores se rige, como hemos dicho, por las disposiciones relativas al juicio ordinario ante el tribunal de primera instancia en cuanto no fuesen modificadas expresamente (art. 311)^(111/6). La demanda se interpone para comparecer a una audiencia fija (art. 312), en la que el actor expondrá los hechos y objeto de la demanda, ofreciendo la prueba y presentando los documentos; por su parte el demandado opondrá sus defensas y excepciones, ofreciendo también sus medios de prueba (art. 315). El pretor o conciliador puede disponer de oficio la comparecencia de testigos y formular su articulado cuando las partes se han referido en la exposición de los hechos a personas que están en condiciones de conocer la verdad, pudiendo a ese efecto designar nueva audiencia (art. 372), tras de lo cual dicta la sentencia.

32. Inglaterra ⁽¹¹²⁾.

a) Sólo por el estudio de su evolución histórica puede

(111/6) Ante el conciliador la designación de un apoderado es permitida, pero no es indispensable; ante el pretor es necesaria, salvo que él autorice a las partes a actuar por sí solas.

(112) FRANQUEVILLE. *Le système judiciaire de l'Angleterre*; STEPHEN, *Commentaire sur le droit de l'Angleterre* (traducción DESARTEUX, 1933), t. 1, pág. 112; ROBERT y HAROLD HAMBURY, *Traité pratique des divorces et des successions en droit anglais* (París, 1939); BECEÑA, *Magis-*

explicarse la estructura de la judicatura inglesa (^{112/1}), pues aunque su actual composición tiene origen en la *Judicature act* de 1873, modificada en 1925 y luego en 1934, sus tribunales presentan, en cuanto a su organización y competencia, un carácter de originalidad, fruto de seculares transformaciones, que la diferencian en absoluto de los demás sistemas conocidos. El soberano es la fuente de la justicia, pero ninguna intervención tiene en la designación de los magistrados y ejercicio de sus funciones, salvo el derecho de gracia. La autoridad suprema es el *lord chancellor* (que desempeña las funciones que corresponderían a un ministro de justicia), quien, además, preside la Cámara de los Lores, el Comité Judicial del Consejo Privado, el Tribunal de Apelación y la Sección Cancillería del Consejo Supremo; designa los jueces, con excepción de los que pertenecen al tribunal de la Cancillería, cuya designación se hace en virtud de una declaración del Parlamento y los jueces de apelación, que los nombra el ministro del Interior. Para ser juez se requiere la calidad de *barrister*, es decir, que ejerza la

tratura y justicia, pág. 108; R. C. K. ENSOR, *Jueces y tribunales en Inglaterra, Francia y Alemania*; V. ROMERO GIRÓN y A. GARCÍA MORENO, *Instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos*, t. 11, págs. 745 y 769; RENÉ DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, París, 1948; PIETRO CROCIONI, *Fasi preliminari e dibattimento nel processo inglese*, Padua, 1939; COUTURE, *La justicia inglesa*, Montevideo, 1943; WYNESS MILLAR, *El nuevo procedimiento de las leyes inglesas* (*Law Review*, Illinois, t. 27, pág. 363 (año 1932); y su continuación desde 1932 a 1939, en *Washington University Law*, t. 25, pág. 525 (año 1940); *id.*, *El procedimiento civil en Escocia* (*Illinois Law Review*, febrero-marzo 1932, págs. 545 y 709); JOHN RAND BAILEY, *Manuel pratique de procédure anglaise*, París, 1875; H. BECCAR VARELA (h.), *La profesión de abogado en Inglaterra* (*Rev. Colegio Abogados*, Bs. Aires, 1949, pág. 67); J. J. SANTA PINTER, *El procedimiento civil en el sistema legal inglés* (*Jurisp. Arg.*, 16 de julio de 1955).

(^{112/1}) La estructura de la organización jurídica inglesa, dice RENÉ DAVID (*op. cit.*), tiene su origen remoto en las instituciones de la época de Guillermo el Conquistador (1066), cuyos rasgos fundamentales persisten a través de sus sucesivas transformaciones.

profesión de abogado y se halle incorporado a algunas de las asociaciones privadas profesionales (*Inus*) que cuidan del estudio del derecho y controlan el ejercicio de la profesión. Como caracteres típicos de la judicatura inglesa pueden señalarse los siguientes: 1º) no existe una carrera judicial; los jueces se eligen entre los abogados más prominentes; 2º) no existe ascenso, de modo que la conducta del juez no está influida por la preocupación de conquistar méritos; 3º) en su mayor parte, los tribunales son unipersonales y la regla general es que, en primera instancia, el pleito civil nunca es fallado por más de un juez; 4º) antiguamente se les abonaba como sueldo el honorario que hubieran percibido anualmente en su profesión durante un período, pero ahora se les abona un sueldo fijo: un juez de condado gana 2000 libras al año; los de la Alta Corte 5.000 libras. Son nombrados por vida por el soberano, quien puede removerlos a pedido del parlamento; 5º) la intervención del jurado, mucho más amplia que en los demás países del continente, pues funciona normalmente en las cuestiones civiles, lo cual no ocurre ni en Francia ni en Alemania. No hay ministerio público; el *Attorney General* y el *Solicitor General* son consejeros jurídicos y políticos del gobierno, quien les encarga también las causas que interesan al orden público. El derecho inglés (^{112/2}) tiene tres fuentes: 1º) La ausen-

(112/2) Es extraordinariamente interesante la exposición de RENÉ DAVID (*op. cit.*) sobre formación del *common law* (derecho jurisprudencial) y de las reglas de "*equity*" (equidad), así como de su obligatoriedad y diferente ámbito de aplicación. Sobre el concepto de equidad puede verse además: JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *La idea de equidad y su relación con otras ideas morales y jurídicas afines* (Madrid, 1950); *La equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea* (Madrid, 1950); CESARE GORETTI, *Il valore delle massime di equità* (*Studi in onore di Carnelutti*, t. 1, pág. 295); THOMAS MAC KAY COOPER, *El common law y el derecho civil. Juicio de un escocés* (Estudio comparativo entre el régimen de los precedentes y el sistema de la codificación, *Harvard Law Review*, Massachusetts, vol. 63, nº 3, enero 1950, pág. 468).

cia de leyes escritas hace que el juez esté ligado por los precedentes jurisprudenciales (*common law*); así, un juez debe aceptar como derecho aplicable una decisión de la Suprema Corte; ésta, a su vez, está vinculada por las de la Corte de Apelación y ésta, por su parte, no puede contrariar una regla admitida por la Cámara de los Lores, que es la más alta autoridad judicial del reino. 2º) Pero cuando el precedente falta (actualmente están coleccionados en cerca de dos mil quinientos volúmenes con prolijos índices), o cuando resulta injusto en determinado momento, ciertos tribunales tienen facultad para fallar de acuerdo con la equidad (*jurisdiction of equity*) que, a su vez, se convierte en un precedente. Por eso se ha dicho que el derecho inglés no es obra de sus legisladores sino de sus jueces. 3º) Por último, las leyes que dicta el parlamento sobre cuestiones de derecho (*estatutos*) forman un reducido cuerpo escrito (*statute laws*).

b) La justicia es administrada por: 1º) Cortes de condado; 2º) Suprema Corte de Justicia; 3º) Cámara de los Lores. Las Cortes de condado son los tribunales de inferior categoría y al lado de ellas existen diversas cortes especiales de igual categoría. La Suprema Corte, que tiene su asiento en Londres, se compone de dos secciones: a) la Alta Corte de Justicia, que es el tribunal de primera instancia, cualquiera sea la naturaleza de la causa, con jurisdicción en Inglaterra y en el País de Gales; b) la Corte de Apelaciones. Por sobre ésta, la Cámara de los Lores y junto a ella otros tribunales especiales para casos determinados. Nos referiremos a cada uno de estos tribunales por separado.

Cortes de condado. — Hay más de cuatrocientas cincuenta cortes de condado, distribuídas en cincuenta y cinco circuitos, en cada uno de los cuales existe un juez que tiene la obligación de visitar las cortes de su circuito, por lo menos

una vez al mes (^{112/3}). La Corte tiene competencia para entender en las cuestiones civiles regidas por el derecho común cuyo monto no exceda de doscientas libras y una jurisdicción de *equity* hasta quinientas libras; además, por diversos estatutos se les ha atribuido el conocimiento, entre otras, de las cuestiones que se refieren a accidentes de trabajo (*Workmen's compensation act*), salarios (*Employer's act*, 1880), pequeñas quiebras (*Bankruptcy*), liquidación de sociedades (*Winding up*), salvataje, abordaje y otras de derecho marítimo. Ordinariamente las acciones son juzgadas por el juez solo, pero en las cuestiones regidas por el derecho común puede, de oficio o a petición de parte, mandar que sean resueltas por un jurado cuyo veredicto debe ser unánime. De las resoluciones de la Corte puede apelarse a la Alta Corte, correspondiendo entender en el recurso a la División del Banco del Rey, pero las que se refieren a quiebras son llevadas a la División de la Cancillería y las de derecho marítimo a la División Testamentos, Divorcios y Almirantazgo. En todo caso, el tribunal no puede rever las cuestiones de hecho, limitándose a las de derecho.

Cortes especiales. — Junto a las cortes de condado existen numerosos tribunales, cuyos poderes están restringidos a una clase particular de casos o a aquellos que se presentan en un dominio particular. Entre los principales se encuentran la *Liverpool Court of Passages*, la *Oxford Hundred Court of Record*, la *Bristol Talzei Court* y la *Mayor's and City of London Court*, que es la más importante de todas. Algunas de estas cortes excluyen a las de condado por tener la misma competencia, y otras tienen jurisdicción exclusiva por la naturaleza de la cuestión. De sus resoluciones se apela a la División del Banco del Rey.

(112/3) Las cortes de condado fueron creadas en 1846. Durante muchos siglos la justicia en Inglaterra se administraba sólo por las Cortes de Justicia establecidas en Londres, cuyos jueces se trasladaban periódicamente a las provincias (condados).

Corte del Sheriff. — Anualmente el rey (por excepción, algunas ciudades) designa los *sheriffs* de los diversos condados, cuyas funciones comprenden fijar la compensación debida por expropiación de inmuebles, y proceder al embargo y venta de los muebles del demandado en el trámite de ejecución de sentencias de la Alta Corte.

Corte del Coroner. — Designados *ad vitam* por los consejos de condado, las funciones del *coroner* se relacionan especialmente con la materia penal (investigación en caso de homicidio, accidentes de tráfico, muerte en prisión o casas de salud, etc.); pero también tiene jurisdicción civil, aunque limitada, como en los descubrimientos de tesoros, que pertenecen a la Corona.

Jueces de paz. — Están agrupados en cinco categorías: 1º) Los jueces de condado, designados por la Corona y con jurisdicción en todo el condado; 2º) Los jueces de ciudad (*borough*) designados por algunas de ellas en virtud de concesión real y con jurisdicción limitada al territorio de la misma; 3º) Los magistrados remunerados, que la Corona designa a petición de los respectivos consejos; 4º) En Londres, el magistrado rentado está reemplazado por el magistrado metropolitano; 5º) Ciertas personas son jueces de paz por razón de otro cargo que desempeñan (*chairman, records, etc.*). La designación es *ad vitam* y *ad honorem*, no se requiere título alguno y sus funciones son principalmente el mantenimiento del orden (conocen de las infracciones y aplican multas); pero también se extienden al derecho penal. Así, el juez puede actuar de tres maneras: como juez *único*, para el conocimiento de ciertos delitos y para proceder sumariamente en las aplicaciones de multas por infracciones administrativas; en *petty sessions* (audiencias para asuntos de menor cuantía), como corte de policía sin jurado, que conoce de delitos menores y con ciertas atribuciones en el orden civil (separación de los esposos, cuestiones entre patrones y servidores, etc.); en *quarter session*

(audiencias trimestrales para asuntos de mayor importancia), en que los jueces son asistidos de un jurado y tienen jurisdicción de primera instancia y apelada en materia civil y criminal. La jurisdicción civil comprende todo lo referente a insanos y menesterosos. La criminal se extiende a todos los delitos cometidos en el territorio del condado con excepción de los de traición, homicidio, bigamia y otros expresamente reservados a la Corte de Assises. Actúa asistido del gran jurado para la acusación y de un pequeño jurado para la vista de la causa.

Cortes de las universidades de Oxford y Cambridge. — Cada una de estas universidades, por concesiones reales de antigua data, posee una Corte de Justicia, que tiene jurisdicción exclusiva en todas las acciones civiles contra personas que de cualquier manera se hallen vinculadas a ellas; pero la de Cambridge no funciona en la actualidad, estando substituída por la Corte de Condado.

c) *Corte Suprema de Justicia.* — Está formada por la Alta Corte de Justicia y la Corte de Apelación:

1º) La Alta Corte de Justicia, que como hemos dicho es, no obstante su título, el tribunal de primera instancia, con jurisdicción en todo el territorio del país, y que tiene su asiento en Londres, se compone de veintiocho jueces designados por la Corona. Comprende tres Divisiones: a) el Banco de la reina (o del rey), presidido por el *lord chieff justice*; b) la *Cancillería*, que preside el *lord chancellor*; c) la División Verificaciones (*Probate*), Divorcios y Almirantazgo, también con un presidente.

La División más importante es la del Banco de la Reina, que se compone de diecisiete miembros y conoce en primer grado de todas las causas cuya materia no esté atribuída a los otros tribunales y especialmente de las que versen sobre contratos, faltas (*torts*), seguros, letras de cambio, cartas de porte y conocimientos. Sus miembros se trasladan periódicamente a las distintas circunscripciones en que se divide el te-

rritorio, sesenta en total, a razón de un juez por circunscripción, para la vista de la causa. En cada circunscripción existe una oficina (*District Registry*), cuyo titular llamado “*master*” tiene a su cargo la instrucción de la causa, con poderes de decisión en algunos casos. El juez en la vista actúa solo, pero a veces lo hace asistido por un jurado. La División del Banco de la reina ejerce además una función de control sobre las jurisdicciones inferiores mediante órdenes (*writs*), a las que nos referiremos más adelante.

La División de la Cancillería se compone de seis miembros y conoce de las cuestiones que versen sobre propiedades inmuebles, sociedades, sucesiones, *trusts*, patentes de invención, marcas de fábrica, interpretación de testamentos y ejerce, además, la jurisdicción de “equidad”. La División Verificaciones (*Probate*), Divorcio y Almirantazgo, conoce de la verificación de títulos sucesibles, matrimonio, filiación, abordaje, salvataje marítimo. Estos tribunales actúan exclusivamente en Londres, también en forma unipersonal, pero asistido a veces por jurados.

No existen propiamente tribunales de comercio, como resulta de esta exposición, y por otra parte, toda acción, aunque teóricamente corresponda a otro tribunal, puede ser llevada directamente ante la Alta Corte, la que puede negarse a entender en ciertos casos o privar al ganador del pleito del derecho a exigir el pago de los gastos.

2º) La Corte de Apelaciones está formada por el *lord chancellor*, el *lord justice* y el presidente de la Sección Testamentos, Divorcio y Almirantazgo, y, además, por cinco jueces y toda persona que haya ocupado el cargo de *lord chancellor*. Conoce en grado de apelación, las resoluciones de las cortes divisionarias (en algunos casos); de las resoluciones de la Alta Corte, en materia civil, de las de las cortes de condado y cortes especiales, etc. Funciona con tres miembros y ejerce la jurisdicción de derecho común y de equidad.

Cámara de los Lores. — De acuerdo con la *Judicature Act* de 1876, la Cámara de los Lores conserva su tradicional jurisdicción como tribunal de última instancia en las apelaciones contra las sentencias de las cortes de apelaciones de Inglaterra, Escocia e Irlanda, cuando se alegase un error de derecho. Pero, en realidad, no es la Cámara la que juzga sino una comisión llamada *Lords of appeal in ordinary*, compuesta por seis lores designados por el rey y presidida por el *lord chancellor*.

Comité judicial del Consejo Privado. — Está formado por ex magistrados y miembros de la Cámara de los Lores, que integran el Consejo Privado del Rey. Entiende en las apelaciones contra las resoluciones de las cortes de los Dominios, en las del Tribunal de Presas y, en ciertos casos, de las cortes eclesiásticas.

d) La jurisdicción conferida a las distintas cortes está controlada por la División del Banco del Rey de la Alta Corte, que, mediante *prerogatives writes*, puede ordenar que una corte entienda o deje de entender en un caso determinado. Las principales *prerogatives writes*, son: 1º) *Habeas corpus*, para verificar la legalidad de la detención de una persona; 2º) *Mandamus*, por el que se ordena a una corte entender en un caso o a una persona ejecutar un acto propio de su función o que explique la causa de una negativa; 3º) *Quo warrants*, que tiene por objeto investigar si es legítimo el ejercicio de una función o si ello constituye usurpación; 4º) *Prohibition*, por la que se prohíbe a una corte entender en un caso por falta de competencia; 5º) *Certiorari*, en cuya virtud la Alta Corte ordena a una corte inferior la remisión de la causa, sea para examinar el procedimiento, sea para atribuirle a otra corte, sea para conocer el fondo del litigio; tiene una amplitud considerable y, en general, procede cuando no hay otro modo de remediar una injusticia o de corregir un error; 6º) *Procedendo*, por el cual se deja sin efecto un *writ* concedido por error.

e) Por ley de 1881, el Parlamento creó una comisión permanente (*Rules Committee*), investida con autoridad para dictar reglamentos de carácter general, el primero de los cuales fué redactado en 1882 con el título de *Rules of the Supreme Court*, seguido, en 1885, de otro, sobre procedimiento en la Sección Testamentos y Divorcios, y luego, en 1886, sobre quiebras. Esta comisión está formada por el *lord chief justice*, el *master of the rolls*, el presidente de la Sección Testamentos y Divorcios y cuatro jueces nombrados por el *lord chancellor*; anualmente dicta las disposiciones que cree oportunas para la aplicación de las existentes o las modifica, de modo que todo lo referente al procedimiento queda en manos del poder judicial, incluso la determinación de los medios de prueba (*Administration of Justice Act*, año 1920). Son numerosas las reformas introducidas en el procedimiento, especialmente la de 24 de mayo de 1932, que introdujo la *New Procedure*, cuya reforma fundamental consistió en atribuir al juez las funciones del *master*, con lo cual se simplificó más el procedimiento, pero que luego fué derogada, en parte, por la *Rules act*, de 27 de diciembre de 1937, y la *Evidence act*, de 1º de septiembre de 1938, que ampliaron las facultades del juez y reglamentaron la intervención de los jurados (113).

f) En todas las cortes se sigue un procedimiento que, en sus líneas generales, es análogo, pero en la imposibilidad de examinarlos en detalle, vamos a exponer someramente el que se sigue ante el Banco de la Reina, que es el más interesante. Se divide en dos partes: la primera, que es predominantemente escrita, tiene por objeto la preparación de la causa y está a cargo del *master*, quien actúa por delegación del juez, el que tiene así intervención directa y puede revocar en grado de apelación las decisiones de aquél; la segunda, que constituye la vista de la causa, se desarrolla en

(113) Ver *Riv. Proc. Civile*, abril 1939, pág. 178.

presencia del juez, en juicio público y oral, con intervención de jurados en la mayoría de los casos.

Para iniciar el juicio el actor o su representante (*solicitor*) ⁽¹¹⁴⁾ debe llenar por duplicado un formulario de citación, indicando su nombre y domicilio y el del demandado; el derecho que se pretende, con especificación de los hechos; la intimación a comparecer ante el tribunal dentro de un plazo y la prevención de que se concederá al actor lo que solicita en ausencia del demandado. Este formulario se deposita en la oficina de citaciones de la Corte Suprema (en los condados en el *District Registry*) ^(114/1), la que devuelve al actor un ejemplar sellado, y el otro lo guarda, entregando una copia al demandado, personalmente o a su representante o notificándole por edictos según el caso.

Si el demandado no comparece dentro del plazo fijado y se trata de una acción por cobro de pesos, ordena la fijación de su importe por un jurado convocado por el *sheriff*, quien luego procede al embargo de bienes del deudor y al pago de la deuda; si se trata de una reivindicación, manda entregar inmediatamente la posesión.

Si el demandado comparece, debe hacerlo contestando la demanda mediante un escrito llamado *memorandum of appearance*, con lo que queda trabada la relación procesal. La contestación no debe limitarse a negar los hechos en

(114) No hay correspondencia, dice BECEÑA (*op. cit.*, pág. 149), entre el *solicitor* inglés y el *procurador* español; aquél es una firma comercial y como tal está obligado a llevar libros, pero es un oficial del tribunal. Su intervención no es obligatoria, pero una vez nombrado es el intermediario entre el cliente y el abogado, le corresponde el examen de los hechos, la redacción de las conclusiones, etc.

(114/1) Según CROCIANI (*op. cit.*, pág. 21), la citación al demandado no se cumple por el tribunal, porque no existe un organismo encargado de las notificaciones como en otros países, sino que ella se practica por el demandado, mediante un documento *writ of summons*, que es un resabio de la antigua necesidad de solicitar previamente la constatación de la existencia de una acción, heredada del derecho romano

general, sino que debe referirse a cada uno de ellos; puede también sostener que, aun siendo exactos los hechos, el actor no está amparado por una regla de derecho, en cuyo caso solicitará que, como cuestión previa, se resuelva si el actor puede o no invocar la regla de derecho que pretende; o bien pedir que no se substancie la causa, porque ella sólo tiene un propósito vejatorio; puede asimismo proponer una demanda reconventional, que el actor debe contestar dentro de un plazo.

Seguidamente las partes cambian entre sí una serie de escritos (*pleadings*), destinados a fijar las cuestiones de hecho, mediante reconocimientos y negativas recíprocos. Terminada esta primera parte de la instrucción, después de la cual no pueden hacerse nuevas deducciones de hecho o de derecho sino excepcionalmente, el actor debe citar al demandado a una audiencia, llamada (*summons of directions*), en la que el *master* dispone todas las providencias necesarias para el ulterior desarrollo del procedimiento, la constitución del jurado y la vista de la causa. Las facultades del *master* son extraordinariamente amplias y así puede ordenar que las partes aclaren sus deducciones, permitiendo que amplíen con nuevos hechos; exigir caución al actor cuando haya peligro de insolvencia; disponer el interrogatorio recíproco de las partes y la exhibición de documentos que se encuentren en poder de éstas; ordenar que se proceda a la ejecución de una prueba si ésta pudiera desaparecer antes de la vista de la causa; decidir ciertas cuestiones tendientes a subsanar defectos procesales, como las excepciones *litis ingressum impediens*, y en muchos casos, al resolver una cuestión previa, se pronuncia indirectamente sobre el fondo, lo que explica el reducido número de litigios que llegan a la audiencia del juez (114/2). Esta fase del proceso civil inglés ofrece mu-

(114/2) La estadística comprueba, dice Crockett (*loc. cit.*), que solamente un cinco por ciento de las causas iniciadas ante el Banco de la Reina, que absorbe a su vez el noventa y cinco por ciento de los

chas de las características de la instrucción penal, tal como se la conoce en las naciones cuyo régimen procesal penal tiene su fuente inmediata en el código francés (114/3).

Corresponde esta actividad preliminar al actor de solicitar la inscripción del juicio en la lista (*roll*), y la fijación de la audiencia para la vista de la causa, citando a ella al demandado. Si no lo hace en el término de seis meses, corresponde al demandado pedir que se proceda a la inscripción o se rechace la demanda por falta de instancia.

En la audiencia la vista se efectúa por el juez, solo o acompañado por un jurado cuando las partes lo piden o el juez lo crea conveniente y el cual se pronuncia sobre los hechos: así como de asesores cuando se trate de cuestiones técnicas. Comienza con la lectura de las conclusiones (*pleadings*), a fin de informar al tribunal de los términos de la litis y de los hechos admitidos o desconocidos por las partes, sobre los cuales versará la prueba. Seguidamente toma la palabra el actor o su abogado (*barrister*) para fundamentar la demanda y ofrecer su prueba, la que se diligenciará de inmediato; luego el demandado o su abogado, fundamenta su defensa, diligenciándose su prueba, correspondiendo en ese caso hablar nuevamente al actor. La regla es que cada parte debe probar los hechos no admitidos por su adversaria y que la prueba de una de las partes puede ser invocada por la otra (principio de adquisición procesal). La

litigios iniciados ante los tribunales ingleses, llegan a la segunda parte del procedimiento, o sea a la vista de la causa, lo que se explica porque el pueblo inglés es poco propenso a litigar y procura solucionar sus diferencias en el curso del período preliminar ante el *master*, mediante la transacción o el sometimiento a un tribunal arbitral, eludiendo en lo posible el debate por lo gravoso de la prueba y la pérdida de tiempo que significa y muy principalmente por los extraordinarios poderes del *master*, que le permiten aclarar suficientemente los hechos como para facilitar una solución extrajudicial.

(114/3) FERRIATI, *Proceso civil y proceso penal*, La Ley, t. 63 pág. 918.

prueba debe servir para formar la convicción del juez y su admisión se resuelve en la misma audiencia, de modo que las partes deben preparar de antemano toda su prueba sin saber que van a poder utilizarla. Los testigos pueden ser examinados libremente por las dos partes (*cross-examination*) y éstas pueden interrogarse bajo juramento sobre determinados hechos afirmados por escrito (*interrogatory*).

Concluída la prueba, si el juez actúa solo, pronuncia la sentencia inmediatamente, pudiendo hacerlo en una audiencia siguiente; si actúa con jurado, hace un resumen de los hechos y el jurado debe pronunciarse sobre ellos por unanimidad, fijando cantidades en su caso. Si no hay unanimidad, se convoca a un nuevo debate ante un nuevo jurado, a menos que las partes acepten que el veredicto se pronuncie por mayoría. Seguidamente el juez dicta la sentencia, de la que puede apelarse según el caso, dentro de seis semanas, ante la Corte de Apelaciones. Las sentencias no son fundadas y sólo tienen la parte dispositiva, pero generalmente enuncian previamente los precedentes en los cuales se apoyan.

g) Para la ejecución, existen diversos procedimientos: 1º) Si se manda pagar una suma de dinero, la Corte expide una orden (*writ fieri facias*) dirigida al *sheriff* del lugar donde el demandado tenga bienes muebles para que proceda a su venta y abone el crédito; o bien pide una orden (*writ elegit*) para que se ponga al acreedor en posesión de inmuebles del deudor, a fin de que con sus rentas se cubra la deuda; o bien ordena (*garnishoe order*) que el que deba hacer un pago al deudor, llegado el caso, deposite su importe en el tribunal; 2º) Si se trata de una acción reivindicatoria, se manda poner en posesión al ganador; 3º) Si la sentencia condena a hacer o no hacer, puede ordenar el arresto del desobediente por desacato al tribunal ⁽¹¹⁵⁾.

(115) Las atribuciones del juez en el proceso son extraordinariamente amplias, y BECEÑA (*op. cit.*, pág. 145) las resume así: "El juez

h) Para terminar, vamos a sintetizar un bello y exacto juicio de Couture sobre el secreto del prestigio de la justicia inglesa (115/1). Luego de expresar que los ingleses se enorgullecen, con razón, de poseer la mejor justicia del mundo, no obstante ser tan rudimentaria, conocer apenas el principio de la división de los poderes y desenvolverse con formas y costumbres que se remontan hasta la edad media, explica que ello se debe a sus jueces, a su sistema jurídico y al sentido político de su justicia. En primer término, a sus jueces, que no se eligen entre principiantes, para quienes generalmente la carrera judicial sólo constituye una alternativa de la juventud, sino entre profesionales de larga experiencia y reconocida honorabilidad, cuya única preocupación, no existiendo la posibilidad de un ascenso, es servir a la justicia y a los que se remunera en forma de asegurarles su independencia económica. En segundo lugar, a la ausencia de una ley escrita, que permite el libre juego del buen sentido, concretado en sus precedentes jurisprudenciales, que la equidad adecúa a las circunstancias. En tercer lugar, el mecanismo de su proceso, que hace de él un instrumento eficaz para el ejercicio efectivo de las garantías de la personalidad humana. Los ingleses conciben el proceso penal como nosotros concebimos el proceso civil, y el pro-

es el director efectivo del trámite procesal, que puede alterar, si lo estima conveniente para los intereses de la justicia; tiene también la iniciativa en lo referente a pruebas y comparecencia de testigos; interroga a los abogados y representantes de las partes; discute y dialoga con ellos; advierte a los jurados en el curso de la audiencia, incluso interrumpiendo los informes, los puntos que estima merecen particular atención; se ve obligado a tomar continuas y amplias notas de cuanto interesante ocurre ante él, apuntes que, en caso de recurso, tiene que comunicar al tribunal superior; autoriza, si así lo estima justo, la subsanación de los defectos procesales; suspende la audiencia para consultar con algún colega una cuestión que no conozca suficientemente, etc.”.

(115/1) COUTURE, *La justicia inglesa*, Montevideo, 1943, y *Estudios de derecho procesal civil*, t. 1, pág. 144.

ceso civil como nosotros concebimos el proceso penal. En el proceso penal, sobre la base del sistema acusatorio, el procesado y el juez se hallan en el mismo plano; normalmente no hay acusador oficial; nadie puede ser obligado a contestar a las interrogaciones que le hacen los órganos de la autoridad y su individualidad humana es objeto de la máxima consideración. El proceso civil, en cambio, reposa sobre una posición antagónica: ni el juez es neutral, un tercero indiferente como en nuestro proceso, ni es posible que deje transcurrir vanamente el tiempo, ni producir pruebas inútiles, ni inventar recursos dilatorios con los cuales en definitiva se perjudica la justicia: el juez es un protagonista activo y no reservado en sus opiniones hasta lo último; él tiene la iniciativa y dirige todas las incidencias, no como si fueran querellas ni discordias entre partes, sino como verdaderos choques entre el individuo y la ley. Éste es el admirable sentido político de la justicia inglesa: débil y tolerante cuando se enfrenta con el individuo indefenso ante su imponente autoridad; fuerte y poderosa cuando se trata de encauzar la lucha individual en paridad de condiciones.

33. España ⁽¹¹⁶⁾.

a) Los tribunales están organizados de acuerdo con los principios fundamentales establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial del 15 de septiembre de 1870; su Adicional del 14 de octubre de 1882; real decreto del 20 de junio de 1912 sobre oposiciones; la Ley Orgánica de la Justicia Mu-

(116) PRIETO CASTRO, *Exposición del derecho procesal civil de España*, vol. 1, págs. 15, 29 y 71; *id.*, *Tratado de derecho procesal civil*, t. 1, págs. 204 y 281; GUASP, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, vol. 1, págs. 42 y sig.; DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil español*, pág. 30; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Estudios de derecho procesal*, t. 1, págs. 83 y 227; MIGUEL Y ROMERO, *Procedimientos judiciales*, t. 1, (Madrid, 1931); *id.*, *Estudios de derecho procesal civil, penal y admi-*

nicipal del 5 de agosto de 1907; la ley del 19 de julio de 1944; decretos del 29 de mayo de 1945 y 22 de febrero de 1949 y otras disposiciones de menor significación.

1º) *Juzgados municipales y comerciales.* — En cada municipio existe uno o más jueces municipales, asistidos de un secretario y un fiscal, los cuales tienen a su cargo la justicia de menor cuantía. En las capitales de provincia y ciudades mayores de veinte mil habitantes existen, además, jueces comarcales que conocen en toda clase de asuntos (116/1) cuyo monto no exceda de cinco mil pesetas, en los juicios de desahucio, arrendamientos rurales y en los que vienen por apelación de los juzgados de paz (ley del 19 de julio de 1948 y D. O. de la justicia municipal del 22 de febrero de 1949). Duran cuatro años en sus funciones y se les elige, preferentemente, entre funcionarios de la carrera judi-

nistrativo (Buenos Aires, 1945); *Id.*, *Adiciones al Derecho procesal de Goldschmidt*, traducido por PRIETO CASTRO, págs. 133, 148 y 153; BENEÑA, *Caracteres generales del proceso civil en España (Studi in onore di Chiovenda)*, Padova, 1927, pág. 19); GÓMEZ ORBANEJA y HERCE, *Derecho procesal civil español*, Madrid, 1951; CARLOS VIADA y PEDRO ARAGONES, *Derecho procesal*, Madrid, 1949; FAIRÉN GUILLEN, *Puntos de vista en torno al proceso civil español (Anuario de Derecho Civil, Madrid, t. IV, fasc. I, enero de 1951, pág. 7, y Rev. Jus, Milán, 1950, pág. 402)*; OSSORIO Y GALLARDO, *Bases para la reorganización judicial*; MALAGON, *En torno a la reforma de la ley de enjuiciamiento civil (Rev. Gen. de Leg. y Jurisp., Madrid, 1935, t. 167, pág. 635)*.

(116/1) El fuero mercantil fué suprimido por decreto-ley del 6 de diciembre de 1868. Dice a este respecto ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO: "Prescindiendo de remotos antecedentes, como el privilegio del Emperador Claudio a los comerciantes de Cádiz, o como la ley n.º 11 del Fuero Juzgo, en la esfera de la jurisdicción mercantil España implantó consulados para su ejercicio en la península a partir del siglo xni y en América a contar del siglo xvii (Lima, 1668; México, 1648; Buenos Aires, 1794), cuando las exigencias del comercio parecían justificar su existencia, y se adelantó luego a suprimirlos en 1868 cuando se produjo la reacción contra el exceso de fueros y se comprobó hasta la saciedad los inconvenientes de su entrecruzamiento y concurrencia con lo civil propiamente dicho (*Aciertos del derecho procesal hispano, Rev. Esc. Nacional de Jurisprudencia*, abril-junio de 1948, párrafo 27).

cial o fiscales excedentes, aspirantes a la judicatura, y por último vecinos que sabiendo leer y escribir, tengan condiciones recomendables por su prestigio y arraigo.

2º) *Juzgados de paz.* — Ejercen sus funciones donde no haya jueces municipales ni comarcales. Entienden en todas las cuestiones cuyo monto no exceda de doscientas cincuenta pesetas, con arreglo al procedimiento del juicio verbal, y de las incidencias que surjan durante la tramitación de los juicios expresados y su ejecución. También tienen atribuciones penales y registrales.

3º) *Magistratura del trabajo.* — Existe por lo menos un tribunal del trabajo en cada provincia, que conoce en todos los conflictos individuales que se originan entre los diversos elementos de la producción, no sólo respecto de las relaciones de índole civil, sino juzgando y sancionando los actos de aquellos que, en el campo del trabajo, perturben el orden económico establecido, o simplemente observen una conducta incompatible con el honor profesional (ley del 17 de octubre de 1940, art. 1).

4º) *Juzgados de primera instancia.* — En las capitales de provincia y algunas poblaciones de importancia, existen juzgados unipersonales que conocen de toda clase de cuestiones (civiles y comerciales) cuyo monto exceda de la competencia atribuída a los jueces municipales y comarcales. Tienen además competencia penal, actúan como jueces instructores de los sumarios en las causas cuyo conocimiento corresponde a las Audiencias Provinciales, tribunales colegiados de orden penal con residencia en las capitales de provincia y con jurisdicción en el territorio de la misma, bajo la dependencia de la Audiencia Territorial dentro de cuya jurisdicción funcionan.

5º) *Audiencias territoriales* (Salas de lo civil). — En cada uno de los quince distritos en que se divide la Penín-

sula y sus islas ^(116/2) existe una Audiencia Territorial que actúa dividida en Salas como tribunal de apelación de las sentencias de los jueces de primera instancia en materia civil y comercial y de las Audiencias Provinciales en materia penal. Cada Sala se compone de cinco miembros, pero pueden fallar con tres si sus opiniones concuerdan.

6º) *Tribunal Supremo*. — Tiene su asiento en Madrid y constituye el más alto grado de la jerarquía judicial, cuya jurisdicción se extiende a todo el territorio del Estado. Se halla dividido en varias Salas, de lo civil y de lo criminal, que conocen de los recursos de casación por infracción a la ley o doctrina legal y por quebrantamiento de forma, del de queja por inadmisión del de casación, del de revisión, de la homologación de sentencias extranjeras y de los recursos de injusticia notoria creados por la Ley de Arrendamientos Urbanos, pudiendo pronunciarse sobre las cuestiones de fondo cuando casa la sentencia. Una de las Salas conoce de las diversas clases de recursos casacionales en materia de trabajo y otra está encargada de la jurisdicción contencioso-administrativa.

b) Las leyes llama *jueces* a los unipersonales y *magistrados* a los de los tribunales colegiados. Los magistrados del Tribunal Supremo son nombrados por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia. En los demás grados el ingreso a la carrera judicial se hace mediante oposiciones ante una junta constituida por miembros del personal judicial, del Ministerio Público y de la Universidad, siendo el dictamen de la comisión obligatorio para el Gobierno. Luego se sigue un curso en la Escuela Judicial (creada por ley del 25 de mayo de 1944), que dura tres semestres. Los de la justicia de paz son nombrados directamente por el Gobierno,

(116/2) Albacete, Barcelona, Burgos, Cáceres, Coruña, Granada, Las Palmas, Madrid, Oviedo, Palma, Pamplona, Sevilla, Valencia, Valladolid y Zaragoza.

quien también designa al presidente del Tribunal Supremo y los de las Audiencias.

c) El procedimiento, que es esencialmente escrito, está regido por la ley de enjuiciamiento civil del 3 de febrero de 1881, modificada por los decretos del 2 de abril y 10 de noviembre de 1924 (que afectan a los arts. 74, 308, 311, 312, 521, 1333, 1341 y 1691); 3 de febrero de 1925 (arts. 15, 17, 18 y 32); 16 de abril de 1931 (art. 369); 2 de mayo de 1931 (art. 482) y otros más ^(116/3). La estructura del proceso de mayor cuantía ^(116/4) es parecida a la de nuestro código de procedimientos, en razón de que ambos tienen su antecedente en la ley de enjuiciamiento civil de 1855 ^(116/5), siendo

^(116/3) El más importante es el decreto del 2 de abril de 1924, ratificado por decreto del 8 de mayo de 1931 y por la ley del 30 de diciembre del mismo año, el cual modifica substancialmente algunos principios fundamentales de la ley de enjuiciamiento civil. Establece que transcurrido un término judicial improrrogable, y en su caso la prórroga que se hubiera concedido, quedará de hecho caducado y perdido el trámite o recurso que hubiere dejado de utilizarse, sin necesidad de multa o acuse de rebeldía; y el secretario que entiende en los autos habrá de continuar de oficio su curso, dando cuenta inmediata de su estado al juez o tribunal que conociere de aquéllos, a fin de que dicte la providencia que proceda. En consecuencia, no será necesario que las partes insten el procedimiento una vez iniciado éste y las autoridades observarán y harán observar en toda clase de juicios de que conozcan los términos procesales señalados al efecto, los que sólo podrán suspenderse por fuerza mayor o a pedido de todos los litigantes. Véase el texto del decreto y su comentario en: SENTÍS MELENDO, *Celeridad en los juicios* (Rev. Der. Proc. (A), 1952, 1, pág. 91).

^(116/4) Tres son los tipos de juicios declarativos en la ley de enjuiciamiento civil: el de mayor cuantía, el de menor cuantía (hasta 20.000 pesetas; ley 30 de diciembre de 1931) y el verbal, de cuantía mínima (este último ante los jueces municipales).

^(116/5) La ley de enjuiciamiento civil de 1881, dice PRIETO CASTRO (*Tratado*, t. 1, pág. 184), es una reforma y ampliación de la ley de 1855. Como ésta, se halla inspirada en el derecho romano que renació en Italia, tal como lo entendieron los glosadores y comentaristas, sometidos a una fuertísima influencia del derecho germánico y del canónico, pero predominando los elementos germánicos, que se muestran acusadamente en la ley de enjuiciamiento civil, más que en otros

sus caracteres fundamentales los siguientes: Puede prepararse la demanda mediante diligencias preliminares, tendientes principalmente a individualizar al demandado o el objeto litigioso (arts. 497 y sig.). Con la demanda deben acompañarse los documentos que justifiquen la pretensión (arts. 503 y 524) y de ella se corre traslado al demandado: a) para que comparezca dentro de nueve días (o más si reside fuera del lugar del asiento del juzgado); b) para que conteste dentro del término de veinte días (o más si fuesen varios con distinto domicilio; arts. 525 y sig.). Dentro de los seis primeros días de los veinte que se conceden para contestar, el demandado puede proponer excepciones dilatorias, que suspenden el curso del principal (incompetencia, falta de personería, etc.), pero también puede proponerlas al contestar la demanda (art. 535). De la contestación se

européos. Los fundamentos del proceso español (agrega en la nota 355) son de origen romano indudable, es decir, los conceptos de jurisdicción, de juicio (arts. 525 y 530), de jerarquía de los recursos, de cosa juzgada y de algunas instituciones concretas como las diligencias preliminares (art. 479), el fondo de los interdictos (art. 1631), y otros. Pero en cuanto a la dinámica procesal el influjo del germano no es menos claro. Predominio de la iniciativa de las partes, acentuación de la pasividad del juez con importantes excepciones concretas, división del proceso en etapas, preclusión y eventualidad, formalismo del derecho probatorio, preponderancia del juramento, mezclado con la institución romana de la confesión judicial, hasta el punto de que comparada nuestra ley con el código alemán o el italiano de 1865, es posible que presente mayores influencias germánicas. Germánica, también, con reelaboración estatutaria, es la institución del embargo preventivo (art. 1397). Y de amplia inspiración canónica es el sistema de la protección posesoria, con superposición de elementos asimismo canónicos a una base de nomenclatura de derecho romano (interdictos). En cambio (continúa en el texto), no se advierte influencia alguna del código francés. Esta ley (agrega) se inspira en principios que son inadecuados a la época que nos rige y sirve con dificultad a la persecución y defensa del derecho. Tres principios, más bien negativos que positivos, inspiran esta ley: substancialidad del proceso (exceso de formalismo); desinterés por el resultado (el juez se limita a las pruebas aportadas por las partes); agnosticismo (ineficacia práctica en muchos casos).

concede traslado al actor para que formule su *réplica* dentro de los diez días y luego sigue la *dúplica* del demandado por igual término (art. 546). A continuación el juez recibe la causa a prueba, debiendo ésta ofrecerse dentro de un término y diligenciarse en otro siguiente (art. 553) y versar sobre los hechos alegados en la demanda y contestación; excepcionalmente pueden alegarse hechos de los que recién se tenga conocimiento durante el primer período de la prueba (art. 563). Terminada la prueba, se realiza la vista de la causa (art. 668) y se pronuncia la sentencia que se publica dentro de un término de doce días.

34. Estados Unidos de Norteamérica ⁽¹¹⁷⁾.

a) Existen dos órdenes de jurisdicciones: la federal y la ordinaria de cada Estado de la Unión. La primera tiene su origen en el art. 3 de la sección primera de la Constitución, que dispone que el Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Suprema Corte y por tantas cortes inferiores como

(117) A. NERINCX, *L'organisation judiciaire aux États-Unis*, París, 1919; GORDON IRELAND, *El sistema judicial de los Estados Unidos de Norte América* (*Jurisp. Arg.*, t. 72, doctrina, pág. 3), del cual esta exposición es un resumen; WYNESS MILLAR, *Civil Procedure of the Court in Historical Perspective*, New York, 1952; *Id.*, *La evolución procesal en los diversos Estados de la Unión Americana* (*Harvard Law Review*, t. 50, pág. 1077); CHARLES C. MONTGOMERY, *The federal Courts and their new rules procedure* (*Case and Comment*, N. Y., febrero 1941, vol. 46, pág. 12); RAVAZZA, *El derecho anglo-americano*, México, 1944; ANGELO PIERO SERENI, *Principali caratteri del processo negli Stati Uniti* (*Riv. Dir. Processuale*, julio-septiembre 1953, I, pág. 199); MILO A. BOEGES, *Procedimiento en los tribunales de Estados Unidos* (*Cursos Monográficos*, vol. II de la Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, pág. 119. Citado por OLYMPIO DE CASTRO FILHO, *Abuso do direito no processo civil*, pág. 64, Belo Horizonte, 1955); DE-RONET, *Le jury en matière civil dans le droit anglo-américain*, París, 1940; SANTA PINTER, *Organización judicial de Estados Unidos* (*Jurisp. Arg.*, 1955-IV, secc. Doctr., pág. 98).

el Congreso disponga o establezca de tiempo en tiempo. En su virtud, el Congreso dictó la ley judicial de 24 de septiembre de 1789, posteriormente modificada o complementada, según la cual dicho poder se halla actualmente ejercido por tres categorías de tribunales: 1º) Suprema Corte de la Nación; 2º) Cortes de circuito; 3º) Cortes de distrito. Cada Estado, por otra parte, organiza su poder judicial con independencia del federal, y, además, existen los tribunales locales del distrito de Columbia y los de los territorios nacionales, que no forman estrictamente parte del Poder Judicial federal, sino que deben su origen a la ley. En virtud del poder del Congreso para crear tribunales inferiores a la Suprema Corte, ha establecido, en 1855, una Corte de reclamaciones para fallar en las demandas contra el gobierno.

b) El sistema judicial en los distintos Estados difiere sólo en detalles y sus lineamientos generales son los siguientes: La justicia de menor cuantía, más o menos hasta quinientos dólares, es administrada por un tribunal unipersonal que actúa generalmente sin forma de juicio (*const not of record*) y recibe la prueba oralmente, pudiendo el perdedor, a quien se acostumbra exigir un pequeño depósito de garantía, apelar ante el tribunal de primera instancia.

c) Este tribunal es también unipersonal, siendo el juez elegido en elección popular por un número determinado de años, a veces hasta diez, o designado por el gobernador del Estado, en las mismas condiciones o mientras dure su buena conducta. De acuerdo con la naturaleza del juicio, unas veces actúa solo, y otras, asistido de un jurado constituido por sorteo de una lista de vecinos formada por el mismo tribunal o por la autoridad municipal. A veces, en los casos de apelación, el tribunal considera el juicio *ex novo*, como si fuera visto en primera instancia y prescindiendo de las actuaciones anteriores, aun de la prueba y de la sentencia.

En la instancia ⁽¹¹⁸⁾ el juez se pronuncia acerca de todos los procedimientos preliminares, cuestiones de competencia y cuestiones de derecho, durante todo el juicio y deja al jurado, si lo hay, sólo la decisión de las cuestiones de hecho, conforme a los resultados que, después de examinar los alegatos escritos y de oír la prueba, le formula y expone cuidadosamente. La demanda (*pleading*) puede ser oral o escrita, formal (bajo juramento) o no formal, lo cual tiene importancia a los efectos de la prueba y de las responsabilidades en caso de perjurio. Cuando la demanda es escrita, el oficial de la Corte la guarda en una carpeta, que se forma para cada juicio, y si es oral, se formula un resumen de la misma. Salvo casos excepcionales, las notificaciones se hacen personalmente y pueden ser practicadas en forma directa por cualquier persona. No intervienen procuradores, pero las partes pueden hacerse representar por abogados ^(118/1).

(118) De acuerdo con la tradición inglesa, el Poder Judicial de los Estados estaba sometido a la antigua distinción entre *common law* y *equity*, ordinario uno y extraordinario el otro, pero a mediados del siglo pasado este dualismo fué abandonado, y siguiendo el ejemplo de Nueva York, la mayoría de los Estados adoptaron un sistema codificado, por el que se acuerda una forma única de acción, en vez de la antigua diversidad de acciones. Este movimiento no afectó a las Cortes federales hasta la sanción de la ley de 16 de septiembre de 1938, a que nos referiremos más adelante (ver C. H. JAFFIN, *Evolución del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos*, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, 1939, pág. 129).

(118/1) La mayoría de las universidades en los Estados Unidos son instituciones privadas, que afectan generalmente la forma de "corporaciones", y en ellas la enseñanza del derecho se hace en Escuelas que han substituído a la enseñanza práctica en los estudios (oficinas) de abogados. El sistema de enseñanza es el "*case method*", ideado por LANGDELL, por cuyo nombre se le conoce, y que consiste en el estudio del "*common law*" mediante el cual los alumnos, bajo la dirección del profesor, procuran desentrañar de la sentencia el principio jurídico, realizando el mismo procedimiento lógico del juez. Este sistema, que adquirió gran popularidad, porque pone al estudiante con la realidad jurídica desde el primer momento, ha sido últimamente obje-

La contestación también puede ser oral o escrita, según lo haya sido la demanda. Si el demandado no comparece a la audiencia, el tribunal lo declara rebelde y sentencia en favor del actor. La parte que quiera ofrecer prueba testimonial debe solicitar al oficial de la Corte su citación, y la comparecencia está asegurada por penas graves. Después de contestada la demanda, el oficial fija la fecha para la audiencia, en la que se leen la demanda y la contestación, si hubieran sido escritas. Todas las actuaciones ante el tribunal se registran por taquígrafos oficiales, cuyas versiones se agregan a las carpetas. Una vez producida la prueba, el jurado delibera sin la presencia del juez y pronuncia su veredicto sin fundarlo, y la parte perdedora, o ambas a la vez, si no están satisfechas acerca de algún punto, solicitan al juez, habitualmente en forma oral, deje sin efecto el veredicto por ser contrario a la prueba y haga lugar a un nuevo juicio, fundándose en un error de derecho cometido por el juez durante el juicio, al recibir o rechazar la prueba o en su exposición del caso al jurado. El juez, generalmente, no hace lugar a estos pedidos, pronunciando su sentencia a base del veredicto. La sentencia no necesita ser fundada; basta que exprese que es conforme a lo expuesto por las partes y a la prueba.

to de severas críticas. Se observa, en primer lugar, que los alumnos carecen de un conocimiento general de la teoría del derecho que les permita captar el vínculo de unidad de sus instituciones, de donde resulta que su razonamiento es parcial y limitado; en segundo término, desde hace algunos años la obra legislativa ha sido considerable y se advierte una tendencia a la codificación, cuyo estudio no puede hacerse por ese sistema sino mediante conceptos abstractos, porque la ley no resuelve casos concretos, y de ahí los diversos proyectos para modificar el sistema de enseñanza, tratando de suministrar a los estudiantes por lo menos un mínimo de teoría. JULIO CUETO RÍCA, "Case methode" (*La Ley*, t. 71, pág. 847); *Id.*, *Modernas tendencias pedagógicas en las escuelas de derecho de Norteamérica* (*La Ley*, t. 73, pág. 734). Ver también: JULIO BARBOZA, *La enseñanza en las escuelas de derecho de Estados Unidos* (*La Ley*, t. 75, pág. 328).

d) De este fallo la parte perdedora puede, en un plazo no superior a treinta días, interponer recurso de apelación, dando aviso por escrito de su propósito de hacerlo y depositando una suma en garantía. El apelante tiene un plazo, que habitualmente es de sesenta días, para formar el expediente de apelación, que regularmente es impreso, y contiene los alegatos, pedimentos y resoluciones previas, la prueba documental y oral, la exposición del juez al jurado, sus propios fundamentos y la sentencia. En algunos Estados pequeños estas apelaciones pasan directamente a la Suprema Corte, pero en los más importantes van a un tribunal intermedio llamado Corte de Apelaciones, dividido en salas, generalmente para varios distritos geográficos. Estos tribunales, en las cuestiones civiles, nunca reciben nuevas pruebas sino que ven la apelación solamente, a base del expediente y de los memoriales, también impresos, de las partes, así como de los argumentos orales que se les permite en algunos casos. La sentencia del tribunal de apelación tampoco requiere fundamento, bastando que exprese que la sentencia apelada es conforme o contraria a la prueba.

e) En ciertos Estados se concede una tercera instancia ante la Corte Suprema, pero limitada generalmente a los casos en que no se hubiera pronunciado la sentencia por unanimidad o cuando la Corte de Apelaciones considere deseable un pronunciamiento definitivo sobre alguna cuestión de derecho. En tal caso, el expediente de apelación es nuevamente impreso, incluyéndose nuevos memoriales y el pronunciamiento es definitivo, a menos que provoque una cuestión constitucional que permita llevar el caso a la Corte Suprema Federal.

f) En la jurisdicción federal existe, en el plano inferior, el tribunal de primera instancia, llamado Corte de Distrito ⁽¹¹⁹⁾. Es desempeñado por un solo juez, con o sin jurado,

(119) Las cortes federales están obligadas a aplicar a los casos en que entienden el *common law* básico del Estado donde sesionan,

según lo requiera el caso y tiene competencia originaria en todos los juicios civiles de derecho y equidad en que los Estados Unidos o cualquier funcionario que actúe en su nombre sea demandante y cuando la materia controvertida exceda de tres mil dólares y verse el juicio: a) sobre puntos regidos por la Constitución o leyes de los Estados Unidos o tratados; b) sean causas entre ciudadanos de diferentes Estados, o c) entre ciudadanos de un Estado y naciones, ciudadanos o súbditos extranjeros. Tienen competencia exclusiva en los delitos o faltas cuyo conocimiento corresponda bajo la autoridad de los Estados Unidos; exclusiva en todas las causas civiles de almirantazgo y jurisdicción marítima; de todos los juicios seguidos en virtud de las leyes de impuestos internos, postales, marcas, comercio interestadual, bancos nacionales, tierras públicas, inmigración y contra los *trusts* y monopolios; así como de los seguidos de acuerdo con las leyes de patentes, propiedad intelectual y bancarrotas; de los juicios concernientes a los derechos polí-

que en muchos aspectos, a menudo difiere substancialmente de un Estado a otro. El procedimiento está regido por el *Judicatory Code* de 1911, pero la Suprema Corte redactó una ley, aprobada por el Congreso, y que rige desde el 16 de septiembre de 1938, que lo modificó fundamentalmente, pues suprimió la distinción entre acciones de derecho y de equidad, amplió considerablemente las facultades de los jueces, simplificó los alegatos y limitó las apelaciones. Por esta ley se creó también un tribunal de "antejuicio y asignaciones", que introducido primeramente en *Droit* en una corte federal se generalizó en Estados Unidos luego de la sanción de la ley mencionada. Cuando se inscribe un litigio para un juicio ordinario, se cita a los abogados de las partes a una reunión con un juez de antejuicio (que no es el que luego intervendrá en la substanciación de la causa), con el objeto de establecer los puntos en que están de acuerdo y aquellos en que no lo están. El juez procura luego una conciliación, que se logra en un gran porcentaje, en razón de que aquél puede discutir con las partes sin el peligro de incurrir en prejuzgamiento; en caso contrario quedan ya fijados los puntos de la litis y la materia de la prueba. Ver MONTGOMERY, *loc. cit.*, y WYNESS MILLAR, *op. cit.*, pág. 180, y *Riv. Dir. Proc.*, 17, 1, 41

ticos; de los juicios iniciados por un extranjero por agravios cometidos en violación del derecho internacional o de un tratado de los Estados Unidos y de los juicios entre cónsules y vicecónsules. Esto abarca las cuestiones relativas al comercio interestadual y con el extranjero, naturalización, quiebras, monedas, correos, derechos de autor y todas las leyes necesarias y convenientes para poner en ejercicio aquellos poderes expresamente concedidos al Congreso por la Constitución federal. Un pleito iniciado en una corte estadual, planteado con arreglo a la Constitución o leyes de los Estados Unidos o tratados, puede ser transferido por el demandado a una corte federal de distrito para su juzgamiento o prosecución.

g) El territorio de Estados Unidos está dividido en diez circuitos, en cada uno de los cuales hay una Corte Federal de apelaciones de circuito, compuesta de tres jueces, las que conocen en grado de apelación o por "*writ of error*" de las sentencias definitivas de las cortes de distrito.

h) La Corte Suprema de los Estados Unidos consta de un presidente y ocho jueces asociados. Tiene competencia originaria en todos los juicios entre un Estado y sus ciudadanos; entre un Estado y ciudadanos de otros Estados o extranjeros, y en todos los juicios iniciados por embajadores u otros ministros públicos o en los cuales un cónsul o vicecónsul sea parte; y originaria y exclusiva en todas aquellas controversias de naturaleza civil en que un Estado sea parte, y en todos aquellos juicios o procedimientos contra embajadores o ministros públicos, o sus sirvientes y criados, en que un tribunal de derecho pueda entender compatiblemente con el derecho internacional. La Suprema Corte tiene competencia por apelación directa de los fallos de las cortes de distrito en los juicios seguidos por equidad contra los monopolios por los Estados Unidos, de las sentencias contrarias a los Estados acerca de la validez de una ley penal federal y sentencias relativas a la constitucionalidad

de leyes estatales; de las sentencias de las cortes de apelaciones de circuito, y por apelación extraordinaria de las decisiones de la más alta corte de un Estado, cuando la Constitución, o una ley o tratado de los Estados Unidos está en juego (119/1).

35. Brasil (120).

a) Desde el 10 de septiembre de 1939 rige en todo el territorio de la República del Brasil un código único en materia de procedimiento civil y comercial. La unificación del procedimiento existía ya bajo el Imperio, pero proclamada la República como consecuencia del levantamiento del 15 de noviembre de 1889 se dictó la Constitución del 24 de febrero de 1891, cuyos arts. 55 a 62 organizaron el Poder

(119/1) CHARLES EVANS HUGHES, *La Suprema Corte de Estados Unidos*, México, 1946.

(120) LUIS ANTONIO DA COSTA CARVALHO, *Curso teórico prático de direito judiciário civil*, Río de Janeiro, 1949-1952; íd., *O espirito do Código de Processo Civil*, Río de Janeiro, 1941; *Do agravo no processo civil brasileiro*, Río de Janeiro, 1936; íd., *Unificación del proceso y reforma procesal brasileña*, *Rev. Der. Proc.* (A), 1950, I, pág. 255; P. BAPTISTA MARTINS, *Comentarios ao Código do Processo Civil*, Río de Janeiro, 1940-1941; MACHADO GUIMARAES, *Comentarios ao Código do Processo Civil*, Río de Janeiro, 1942; PONTES DE MIRANDA, *Comentarios ao Código do Processo Civil*, Río de Janeiro, 1947; JOAO BONUMA, *Direito processual civil*, São Paulo, 1946; CARVALHO SANTOS, *Código Processal Civil*, Río de Janeiro, 1941; LOPEZ DA COSTA ALFREDO ARAUJO, *Direito processual brasileiro*, São Paulo, 1945; ALFONSO FRAGA, *Instituições do processo civil do Brasil*, São Paulo, 1940; JORGE AMERICANO, *Comentarios ao Código do Processo Civil*, São Paulo, 1940-1943; JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO, *Agravo no auto do processo*, Belo Horizonte, 1949; ALFREDO BUZAID, *Do agravo no sistema do código do processo civil*, São Paulo, 1945; E. TULLIO LIEBMAN, *Formación histórica del derecho brasileño (Instituti del diritto comune nel processo civile brasiliano, Studi in onore di Redenti*, t. I, pág. 579); *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, São Paulo, 1947; PEREYRA BRAGA, *Exegese do Código do Processo Civil*, Río de Janeiro, 1942. Ver diversos trabajos en *Revista Forense*, Río de Janeiro, 1940, y nuestra exposición en *Jurisp. Arg.*, t. 68, doct., pág. 17.

Judicial conforme al régimen federal. La justicia sería administrada por un Tribunal Supremo Federal con jurisdicción en todo el territorio de la República; por un juez federal de sección en cada Estado para las cuestiones expresamente determinadas en la Constitución y por los tribunales que cada Estado debía organizar dentro de su respectivo territorio para las cuestiones no reservadas a los tribunales federales y que debían actuar conforme a los códigos de procedimiento que cada uno de ellos sancionaría. La transformación que el nuevo régimen imponía, no fué aceptada sin resistencia, suscitándose, con ese motivo, una controversia sobre los inconvenientes que derivarían de la multiplicidad de procedimientos que regirían la vida judicial del país, sin que el transcurso de los años la acallara definitivamente (121). La Constitución de 16 de julio de 1934 (122), promulgada como consecuencia del pronunciamiento del 24 de octubre de 1930, mantuvo la dualidad de jurisdicciones en estadual y federal (arts. 63 y 104), pero atribuye al poder central la facultad de legislar en materia procesal para todo el territorio de la República (art. 5, xix, a). La Constitución del 10 de noviembre de 1937 (123) reproduce esta disposición (art. 16, xvi), y, además, suprime los jueces federales de sección, pues el art. 90 dispone que son órganos del poder judicial: a) el Supremo Tribunal Federal; b) los jueces y tribunales de los Estados, del distrito federal y de los territorios nacionales, correspondiendo a los Estados organizar la justicia en sus respectivos territorios con sujeción a los preceptos que la misma Constitución determina (art. 103) para entender en todas las cuestiones no reservadas al Supremo Tribunal Federal.

(121) A. DE GUSMAO, *Processo civil e comercial*, pág. 91; JOAO MENDES JUNIOR, *Direito judiciário brasileiro*, pág. 80.

(122) *Jurisp. Arg.*, t. 49, legislación, pág. 85.

(123) *Jurisp. Arg.*, t. 61, legislación, pág. 50; F. LEGÓN, *Carácter y contenido de la Constitución brasileña*.

b) El código consta de 1052 artículos, distribuídos en diez libros, que comprenden: I. Disposiciones generales; II. Del proceso en general; III. Del proceso ordinario; IV. De los procesos especiales; V. De los procesos accesorios; VI. De los procesos de competencia originaria de los tribunales; VII. De los recursos; VIII. De la ejecución; IX. Del juicio arbitral; X. Disposiciones finales y transitorias. Entre las disposiciones generales cabe destacar los siguientes artículos: 2º) Para proponer o contestar una acción es necesario un legítimo interés económico o moral. El actor podrá limitarse a la declaración de existencia o inexistencia de una relación jurídica o a la declaración de autenticidad o falsedad de un documento. 3º) Responderá por pérdidas y daños la parte que intentare demanda por emulación, mero capricho o error grosero. El abuso del derecho puede verificarse igualmente en el ejercicio de los medios de defensa, cuando el demandado opusiere maliciosamente resistencia injustificada a la marcha del proceso. 4º) El juez no podrá pronunciarse sobre lo que no constituya el objeto del pedido, ni considerar excepciones no propuestas, cuando estén reservadas por la ley a la iniciativa de las partes.

c) Para el juicio ordinario, se establecen las siguientes reglas. La demanda se deducirá por escrito, debiendo indicarse en ella los medios de prueba de que intente valerse el actor y acompañarse los documentos en que se funde la acción (art. 158), admitiéndose la acumulación activa o pasiva (litisconsorcio) cuando exista comunidad de intereses, conexión de causa o afinidad de cuestiones sobre un punto común de hecho o de derecho (art. 188), así como la acumulación objetiva (de acciones) en iguales supuestos cuando no sean contradictorias (art. 155). De ella se confiere traslado al demandado notificándosele por cédula, por exhorto o por edictos (art. 161), quien tiene diez días para contestarla (art. 292), y reconvenir en su caso (art. 190), debiendo observar las mismas formalidades prescriptas para

la demanda (art. 186). El demandado podrá también oponer excepciones que serán juzgadas: *a)* en los mismos autos y con suspensión de la causa, las de sospecha de parcialidad (del juez) e incompetencia; *b)* en juicio aparte las de litispendencia y cosa juzgada. Si hubiere reconvencción el actor tendrá cinco días para impugnarla (art. 193). Salvo autorización legal, las partes deben actuar representadas por abogados matriculados (art. 106). Podrá citarse de evicción a terceros (art. 95) y éstos podrán intervenir en el juicio para excluir al actor o al demandado cuando se consideren con derecho en todo o en parte a la cosa litigiosa (art. 102). Presentada la contestación o vencidos los plazos respectivos, el juez decretará una providencia (art. 294) (despacho saneador) ^(123/1) tendiente a fijar las cuestiones procesales y en el que: 1º) decidirá sobre la legitimidad de las partes (capacidad procesal) y de su representación, ordenando, cuando fuere el caso, la citación de los litisconsortes y del ministerio público; 2º) mandará que se oiga al actor dentro de tres días, permitiéndole que agregue prueba contraria cuando en la contestación, reconociendo el hecho en que se funda, se opusiere otro extintivo del pedido; 3º) pronunciará las nulidades insanables o mandará suplir las sanables, así como las irregularidades procesales; 4º) ordenará examen, vista o cualquier otra diligencia, sea para subsanar las deficiencias del procedimiento (art. 295), sea para la instrucción del proceso, a petición de parte o de oficio, pudiendo desechas las inútiles que las partes propongan o que sólo tuvieran propósitos dilatorios (art. 117). Cuando las circunstancias de la causa le convencieren de que las partes se sirven del proceso para ejecutar un acto simulado o conseguir un fin prohibido por la ley, el juez dictará resolución que obste a ese propósito (art. 115) y podrá hasta la sentencia ordenar

(123/1) LIEBMAN, *Estudios*, etc., pág. 101.

ex-oficio la acumulación de acciones conexas o su desacumulación (art. 116).

d) Practicadas las diligencias preparatorias o no siendo ellas necesarias, el juez fijará la audiencia de instrucción y juzgamiento para dentro de quince días, citando a las partes, testigos y perito en su caso (art. 296). Las audiencias serán públicas y tendrán lugar diariamente —salvo los feriados— entre diez y dieciocho horas (art. 263). Las partes sólo tienen obligación de esperar al juez durante quince minutos (art. 265). Si faltare el apoderado del actor, el demandado será absuelto de la instancia y si faltare el del demandado, el juez dispensará de la prueba al actor, a menos que considere necesaria alguna diligencia para formar su convicción, todo ello salvo fuerza mayor alegada antes de la audiencia (art. 266). Los testigos, que no excederán de diez por cada parte, podrán ser citados por quien los ofrezca (art. 238) y serán examinados por el juez (art. 238), pudiendo las partes proponer las preguntas que les interese y que el juez les formulará si las estima pertinentes (art. 246). Los testigos no estarán obligados a deponer: 1º) sobre las cuestiones a las que no pueda responder sin deshonor propia o de su cónyuge, o pariente en grado sucesible o amigo íntimo o exponiéndose al peligro de demanda o daño patrimonial inmediato; 2º) sobre hechos cuya divulgación importe la violación del secreto profesional. La deposición de los testigos podrá ser tomada por taquígrafos designados por las partes o en su defecto por el juez (art. 247). En su caso, el juez nombrará un perito, a petición de parte o de oficio, que podrá ser recusado por las mismas causas que el juez y los testigos (art. 129) y el cual el día de la audiencia hará un resumen de su dictamen, con las aclaraciones que el juez o las partes le soliciten (art. 267); las partes podrán designar técnicos para que acompañen al perito en el examen. Las partes están obligadas a deponer a requerimiento de la contraria, pudiendo su ausencia o su silencio

estimarse como un reconocimiento de los hechos alegados contra ella (art. 229). La confesión produce efecto entre las partes y sus herederos, pero no perjudica a los litisconsortes (art. 231), porque éstos son considerados en sus relaciones con la parte contraria como litigantes distintos y los actos de los unos ni perjudican ni aprovechan a los otros (art. 89). Terminada la instrucción, el juez fijará los puntos a los que deberá limitarse el debate oral, concediendo la palabra por veinte minutos, prorrogable por diez minutos más a criterio del juez, en primer término al representante del actor, luego al del demandado, ministerio público, litisconsorte, tercero oponente, etc. (art. 269). Sólo por causa mayor podrá suspenderse la audiencia y en caso necesario el juez designará para su prosecución la audiencia más próxima (art. 270). Terminado el debate, el juez dictará sentencia, pero si lo estimare necesario podrá convocar a las partes a una nueva audiencia a ese efecto, dentro de los diez días. De lo ocurrido en la audiencia se levantará acta, que será firmada por el juez y los comparecientes (art. 272). El juez no podrá eximirse de dictar sentencia por silencio u obscuridad de la ley (art. 113) y cuando estuviese autorizado para decidir por equidad aplicará la norma que establecería si fuese legislador (art. 113). El juez que no dictare resolución dentro de los plazos establecidos (cinco días para las interlocutorias y diez días para la definitiva) sufrirá un descuento en su sueldo igual a los días de retardo (art. 24).

36. Otros países ^(123/2).

Bolivia: RIGOBERTO PAREDES, *Historia del derecho procesal boliviano* (Rev. Der. Proc. (A), 1944, I, 266; HUMBER-

(123/2) Ver también: ROMERO Y GIRÓN y GARCÍA MORENO, *Instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos*; ENGELMAN, *History of continental civil procedure* (constituye el tomo VII de *The*

TO VÁSQUEZ MACHICADO, *Orígenes de nuestro derecho procesal* (Rev. de Derecho, La Paz, 1950, pág. 31). **Canadá:** ROSARIO GENEST, *El procedimiento civil en la provincia de Québec* (Rev. Der. Proc. (A), 1944, I, pág. 213); SANTA PINTER, *Organización judicial del Canadá*, *Jurisp. Arg.*, 1955-IV, Doctrina, pág. 93, oct. 1955. **Ciudad del Vaticano:** Ley de Organización judicial y Código de procedimiento civil de la Ciudad del Vaticano, 1946 (Rev. Der. Proc. (A), 1952, II, pág. 102. Ver comentarios de ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, en el *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, agosto de 1948, pág. 27, y de G. BROUILLIARD, en el *Bulletin Trimestrielle de la Société de Législation Comparée*, París, abril-junio de 1948, pág. 237. **Colombia:** A. M. OSSORIO, *Estudios sobre procedimiento civil*, 1949; R. MARTÍNEZ SARMIENTO, *Historia del derecho procesal colombiano* (Rev. Der. Proc. (A), 1943, I, pág. 439); RESTREPO BARRIENTOS, *Comentarios al código judicial colombiano*, Bogotá, 1941; GÓMEZ CUÉLLAR, *Comentarios al código judicial colombiano*, Bogotá, 1933; A. J. PARDO, *Tratado de derecho procesal civil*, Medellín, 1950. **Costa Rica:** F. BAUDRIT SOLERA, *La organización de los tribunales de justicia y los procedimientos judiciales en Costa Rica* (Rev. Der. Proc. (A), 1944, I, pág. 472). **Cuba:** F. ANGULO y ALMEIDA, *Ley de enjuiciamiento civil*, La Habana, 1946; C. A. AYARRAGARAY, *Magistratura y abogacía cubanas* (Rev. Coleg. Abogados, B. Aires, agosto 1950, pág. 247). **Chile:** F. ALESSANDRI, *Curso de derecho procesal*, Santiago, 1936; M. CASARINO VITERBO, *Manual de derecho procesal*, Santiago, 1950; M. URRUTIA SALAS, *Manual de de-*

Continental History, publicado por la Association of American Law Schools, citado por COUTURE en el prólogo a la traducción de los *Principios formativos del procedimiento civil* por WYNESS MILLAR, expresando que es una recopilación verdaderamente notable de estudios de historia del proceso civil en el derecho antiguo y en las diversas legislaciones modernas. Asimismo tienen importantes referencias bibliográficas: GOLDSCHMIDT, *Tratado*, págs. 47 y sig.; SCHONKE, *Der. proc. civ.*, pág. 26; PRIETO CASTRO, *Tratado*, pág. 222.

recho procesal, Santiago, 1949; *id.*, *Historia del derecho procesal chileno* (Rev. Der. Proc. (A), 1943, I, pág. 93); R. REIMUNDÍN, *La reforma procesal en Chile* (con una síntesis de la organización judicial y del procedimiento civil y penal. Law Notes, New York, febrero 1945, pág. 4). **Haití:** ETIENNE D. CHARLIER, *Reseña del procedimiento civil en Haití* (Rev. Der. Proc. (A), 1945, I, pág. 521). **México:** J. CASTILLO LARRAÑAGA y R. DE PINA, *Instituciones de derecho procesal civil*, México, 1950; A. MALDONADO, *Derecho procesal civil*, México, 1947; ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, *Unificación de la legislación procesal en México* (Rev. Justicia, México, enero 1948, pág. 505); *Curso Colectivo para el estudio del proyecto de reformas al código de procedimientos* (Rev. de la Esc. Nac. de Jurisprudencia, t. XII, n°. 47-48, México, julio-diciembre, 1950; F. GARCÍA GIMENO, *El proceso civil en la Curia Filípica de Hevia Bolaños y en el derecho mexicano vigente* (Rev. Fac. Der. México, enero-junio 1951, pág. 39). **Nicaragua:** SANTOS FLORES LÓPEZ, *El derecho procesal en Nicaragua* (Rev. Der. Proc. (A), 1943, I, pág. 346); A. LACAYO LACAYO, *El derecho procesal en Nicaragua* (Rev. Der. Proc. (A), 1943, I, pág. 353). **Panamá:** S. TORRES GUDIÑO, *Panorama del derecho procesal civil panameño* (Rev. Fae. Derecho, México, 1954, pág. 79). **Paraguay:** B. OCAMPOS, *Historia del derecho procesal del Paraguay* (Rev. Der. Proc. (A), 1945, I, pág. 127); A. LACONICH, *Repertorio de Jurisprudencia*, Asunción, 1948. **Perú:** P. MAC LEAN ESTENÓS, *Historia del derecho procesal en el Perú* (Rev. Der. Proc. (A), 1945, I, pág. 239); M. SÁNCHEZ PALACIOS, *Derecho procesal civil*, Lima, 1950; D. GARCÍA RADA, *El poder judicial en el Perú* (Rev. del Foro, Lima, julio-septiembre 1944, pág. 458); C. ZAVALA LOAIZA y G. ARENAS, *Necesidad de reformas en la legislación procesal civil peruana* (Rev. Peruana de Ciencias Jurídicas, mayo-junio 1945, pág. 35). **Portugal:** J. A. DOS REIS, *Comentário ao Có-*

digo do Processo Civil, Coimbra, 1945; *Estatuto judicial portugués* (Rev. Coleg. Abog. B. Aires, 1944, pág. 391). **Puerto Rico:** L. MUÑOZ MORALES, *Reseña de la legislación procesal en Puerto Rico* (Rev. Der. Proc. (A), 1945, I, pág. 409). **Rep. Oriental del Uruguay:** E. COUTURE, *Curso sobre el código de organización de los tribunales*, Montevideo, 1936; *íd.*, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 2ª ed., B. Aires, 1951; DE MARÍA, *Lecciones de procedimiento civil*, Montevideo, 1920; R. GALLINAL, *Manual de derecho procesal civil*, Montevideo, 1939. **Rusia:** *Manual oficial de procedimiento civil*. Edición del Ministerio de Justicia de la U.R.S.S. (Exposición crítica en la *Revue Internationale de Droit Comparé*, julio-septiembre de 1950, pág. 519); H. DE CASTRO, *Principios de derecho soviético*, Madrid, 1934; RENÉ DAVID y J. HAZARD, *Le droit soviétique*, París, 1954; C. A. AYARRACARAY, *La justicia en Rusia*, B. Aires, 1947; P. MAC LEAN ESTENOS, *Contribución al estudio del derecho procesal soviético*, Lima, 1946; SANTA PINTER, *Esquema de la organización judicial en la Unión Soviética* (Jurisp. Arg., 1955-IV, Doctrina, pág. 90); A. M. JUSTO, *Enfoque comparativo del juez soviético* (La Ley, t. 77, pág. 722). **Santo Domingo:** F. TAVARES (h.), *Elementos de derecho procesal civil dominicano*, Ciudad Trujillo, 1944-1948; *íd.*, *Organización de los tribunales dominicanos* (Rev. Jur. Dominicana, Ciudad Trujillo, julio-septiembre, 1950, pág. 24); *íd.*, *Oralidad del proceso en la Rep. Dominicana* (Rev. Der. Proc. (A), 1944, I, pág. 106). **Suiza:** H. FRITZSCHE, *La organización judicial en el derecho suizo* (Bulletin de la Société de Législation Comparée, julio-septiembre 1947, pág. 161). **Venezuela:** L. LORETO, *Estado actual del derecho procesal civil en Venezuela* (Rev. Der. Proc. (A), 1943, I, pág. 205); H. CUENCA, *Aspectos fundamentales del proceso civil venezolano* (Rev. Fac. Der. de México, diciembre 1952, pág. 97); A. ROJO, *Comentarios al código de procedimientos civil venezolano*,

B. Aires, 1947; A. BORJAS, *Comentarios al código de procedimientos civil venezolano*; R. MARCANO RODRÍGUEZ, *Apuntaciones analíticas al código de procedimiento civil venezolano*, Caracas, 1941.

CAPÍTULO II

LAS FUENTES DEL DERECHO PROCESAL

FUENTES HISTÓRICAS 1. Generalidades. — 2. El procedimiento en el derecho romano. — 3. El procedimiento entre los germanos. — 3/1. El proceso romano canónico. — 4. La legislación española. — 5. El derecho colonial. — 6. El derecho patrio. — FUENTES LEGISLATIVAS. 7. Preliminares. — 8. Leyes de organización y procedimiento en la justicia federal. 9. Leyes de organización y procedimiento en la justicia ordinaria de la capital de la República. — 10. Proyectos de reformas. — 10/1. Leyes 13.998, 14.237 y otras. — FUENTES CONSTITUCIONALES. 11. Nociones previas. — 12. Igualdad ante la ley. — 13. Supresión de fueros y privilegios. — 14. Juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. — 15. Juez natural. — 16. Inviolabilidad de la defensa en juicio. — 17. Validez de los actos procesales de una provincia en otra. — FUENTES SUBSIDIARIAS. 18. La jurisprudencia. — 19. Práctica judicial. — 20. Acordadas de los tribunales superiores. — 21. La legislación comparada. — 22. La doctrina.

Fuentes históricas (1)

1. Generalidades.

a) Llámense fuentes del derecho procesal las disposiciones que pueden citarse válidamente en el proceso para fundar un acto de procedimiento. Desde este punto de vista, el derecho procesal no es el legislado únicamente en los có-

(1) CARAVANTES, *Procedimientos judiciales*, Introducción, pág. 19; BONDE, *Précis d'histoire du droit français*; MEYER, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*; BIONDO BIONDI, *Diritto e processo nella legislazione giustiniana* (En el volumen "Conferenze per el XIV centenario delle Pandette", editado por la Universidad Católica del Sacro Cuore, Milán, 1931); TITO Y. R. DERCHI, *La primitiva forma del proceso civil romano y la acción legal más an-*

digos de procedimiento, aunque éstos constituyen su fuente inmediata; también se encuentran disposiciones de ese carácter en la Constitución nacional, en los códigos civil, comercial, de minería, en las leyes especiales, etc., que el juez debe tener en cuenta al dictar sentencia. Por otra parte, frecuentemente debe recurrirse a los antecedentes históricos para determinar el significado o el alcance de una disposición legal, y, por consiguiente, la legislación española, que sirvió de modelo a la nuestra, y aun la anterior a la codificación que rigió hasta entonces entre nosotros, constituyen fuentes de nuestro derecho.

b) El juez debe aplicar, en primer término, la Constitución nacional; luego la ley, y cuando ocurra negocio que no pueda resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, acudirá a los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia, y, en defecto de ella, a los principios generales del derecho (Const. nac., art. 31; cód. de proc. civ., arts. 59 y 62). Por otra parte, el art. 814 del cód. de procedimientos, derogado por el art. 95 de la ley 14.237, no obstante lo cual la jurisprudencia, como es lógico, continúa aplicándolo aunque sin citarlo, autoriza la aplicación supletoria de la legislación española y colonial antes de la sanción del código. En orden, pues, de valores, deberíamos ocuparnos, en primer término, de los principios procesales contenidos en la Constitución; luego, de la ley; después, de las leyes supletorias, antecedentes históricos, doctrina, etc. Sin embargo, preferimos invertir los términos porque ello nos facilitará la comprensión del desenvolvimiento de las instituciones, y, en consecuencia, examinaremos: 1º) las fuentes históricas; 2º) las fuentes legislativas; 3º) las fuentes constitucionales; 4º) las fuentes subsidiarias.

tigua (Boletín del Instituto de Derecho Procesal, Santa Fe, noviembre de 1951, pág. 59); G. DE MONTAGÚ, *Origen y formación del proceso civil moderno*, La Habana, 1951.

c) Son muy escasas las noticias llegadas hasta nosotros sobre el procedimiento entre los egipcios; sólo puede afirmarse que conocían las jerarquías judiciales y utilizaban ya la prueba de instrumentos, pero se ignora cuáles eran las formas del juicio. Entre los hebreos, se dice que Moisés administraba justicia personalmente, pero como esa función era agotadora, eligió hombres rectos para que lo hicieran dentro de grupos de ciudadanos, naciendo así los *centuriones*, *quinquenarios*, *decanos*, etc., hasta el tiempo de los Macabeos, en que se constituyó un tribunal supremo, llamado *Sinedrín* (junta de personas sentadas), compuesto de setenta y un jueces presididos por el sumo sacerdote. Poco después se establecieron otros tribunales formados por veinte jueces, que actuaban en las ciudades del interior y conocían de los juicios menores. El procedimiento era sumario, público y oral. Presentadas las partes ante los jueces, que estaban sentados en una alfombra, actor y demandado exponían sus razones, haciéndose luego declarar a los testigos (de los cuales se necesitaba dos, por lo menos, para hacer prueba) y se presentaban los documentos. Los jueces daban su sentencia, que podía ejecutarse en el acto en las causas civiles, pero en las criminales se exigía una ratificación, que debía producirse dentro del tercer día, reproduciéndose la prueba en caso necesario.

d) En Atenas, los magistrados se elegían por el pueblo y existían dos fueros, el civil y el criminal. Los tribunales eran varios: el Areópago y el de los Efetas, que conocían de las causas criminales; el Phrintáneo, tribunal superior para los negocios civiles, compuesto hasta de quinientos jueces, distribuidos en diez grupos; el Heliástico, también para asuntos civiles, formado hasta de mil quinientos jueces, divididos en categorías; etc. El principio del juicio era la intimación hecha por el demandante al demandado para que le siguiese ante los jueces, pudiendo llevarlo por la fuerza pública, salvo causa fundada. El actor exponía

su demanda y el demandado sus excepciones, que podían ser perentorias (por haber sido absuelto en otro juicio) o dilatorias (por no ser tiempo hábil para demandarle o ser incompetente el tribunal), procediéndose luego a la presentación de la prueba, después de lo cual se hacía la defensa por los oradores, cuya elocuencia, como la de Demóstenes, es hasta hoy admirada, emitiendo, por último, los jueces sus sufragios, que consistía en echar en una urna conchas marinas blancas o negras, según que el voto era condenatorio o absolutorio. Además, estaba autorizado el arbitraje, que podía ser de dos clases: los elegidos por suerte, que tenían carácter público, y los compromisarios, nombrados por las partes.

e) En realidad, esta referencia apenas si tiene un simple valor histórico, pues el proceso civil moderno es un derivado de los procesos romano y germano que ninguna influencia recibieron de aquéllos.

2. El procedimiento en el derecho romano ⁽²⁾.

a) A cada uno de los tres períodos que comprende la historia política de Roma corresponde un sistema procesal diferente, como consecuencia de la transformación de sus instituciones.

b) Durante la monarquía rigió el sistema llamado de las *legis actiones*. Como no se conocía el principio de la se-

(2) A. GIFFARD, *Leçons de procédure civile romaine*; BONJEAN, *Traité des actions chez les romains*; ORTOLAN, *Legislación romana*; FLECEÑA, *Magistratura y justicia*, pág. 1; CARAVANTES, *Introducción*, pág. 30; GIRARD, *Manuel de droit romain*, pág. 982; COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*; DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*; ARANGIO RUIZ, *Historia del Derecho Romano*; *id.*, *Instituciones del Derecho Romano*; *id.*, *Las acciones en el derecho privado romano*; WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*; SCIALOJA, *Procedimiento civil romano* (trad. SENTÍS MELENDO y AYERRA REDÍN, B. Aires, 1954).

paración de los poderes, la función judicial era ejercida por el Senado, el pueblo y el rey. En los primeros tiempos, era el rey en persona quien ocupaba el tribunal ^(2/1), pero, desaparecida la monarquía, esa facultad pasó a los cónsules, y cuando los plebeyos, en el año 387, alcanzaron esa dignidad, los patricios, para reservarse la administración de justicia, la confiaron a un nuevo magistrado llamado *pretor*. La instancia comprendía dos partes: ante el magistrado (*in iure*), ante quien el actor podía llevar al demandado por la fuerza (*obtorto collo*), y luego ante el juez (*in iudicium*), el cual era designado por los litigantes y, en su defecto, por el magistrado. No había más que un magistrado para cada jurisdicción y un juez para cada litigio. Las acciones de la ley ^(2/2) eran cinco: 1ª) La *actio sacramenti*, la más antigua, y que se aplicaba a todos los negocios, la cual consistía en una apuesta (sacramento) que el vencido perdía en favor del culto. En la demanda de reivindicación, precedía al depósito un combate simulado, en el que el demandante tocaba con su varita (*vindicta, festuca*) el objeto litigioso, afirmando que éste (la cosa o el esclavo) le pertenecía por derecho quirritario. El demandado repetía las mismas palabras, haciendo igual ademán, de suerte que, hasta entonces, a ninguno de ellos se consideraba poseedor. En seguida el magistrado les ordenaba que dejaran suelta la cosa, y el demandado preguntaba a su demandante qué le había movido a hacer

(2/1) No había, desde luego, una organización judicial y la justicia se administraba personalmente por el rey, que era a la vez sumo pontífice y jefe militar y cuando los litigios se multiplicaron, delegaba sus funciones generalmente en los senadores, que actuaban en su nombre.

(2/2) El particular que quería perseguir a otro ante la justicia debía hacerse otorgar previamente por el Colegio de los Pontífices la acción apropiada al derecho que pretendía hacer reconocer o realizar judicialmente. Si se equivocaba luego en la recitación que debía llevar a efecto ante el magistrado, aunque fuera sólo en una palabra, perdía el proceso (ARANGIO RUIZ, *Las acciones*, cit., pág. 18).

esa reivindicación, respondiendo aquél que había ejercitado un derecho; el demandado añadía que, siendo esa reivindicación sin derecho, le provocaba a depositar el sacramento, y, aceptado por el demandante, se hacía el depósito; después de lo cual pedían la designación del juez, garantizándose la comparecencia de las partes con otro depósito (*vadimonium*). Entretanto, el magistrado acordaba a una de las partes la posesión provisoria de la cosa garantizada con otro depósito (*froedestis*). En la *actio sacramenti*, aplicada a las obligaciones, el demandado exigía su cumplimiento, y el demandante negaba su existencia, cumpliéndose a continuación la formalidad del sacramento. 2ª) La *iudicis postulatio*, cuyo mecanismo es poco conocido, pero de la que se sabe que no requería la formalidad del depósito ni la presencia del objeto litigioso, aplicándose especialmente al cumplimiento de obligaciones determinadas. 3ª) La *pignoris capio*, que era un medio de ejecución sobre los bienes del deudor, y que se concedía a determinados acreedores (soldados, funcionarios, etc.). 4ª) La *manus injectio*, que era también un medio de ejecución, pero sobre la persona del deudor, a quien el acreedor asía, en presencia del magistrado, haciéndolo su esclavo, con derecho a matarle o venderle si en el término de sesenta días él o alguno de sus parientes no satisfacía la deuda. 5ª) La *condictio*, que la ley Sylla introdujo para reclamar sumas de dinero, y que la ley Calpurnia extendió a todas las obligaciones de dar cosas ciertas. Ahora bien: al iniciarse el juicio, las partes cumplían ante el magistrado las formalidades correspondientes a la acción deducida, en presencia de testigos (*litis-estotes*), pues el procedimiento era totalmente oral, luego de lo cual venía la designación del juez, determinando al mismo tiempo el magistrado, de viva voz, los puntos litigiosos que debía examinar y la forma en que debía dictar sentencia según el resultado de la prueba. Esta primera parte constituía la *litis contestatio*, y las formalidades, cuyo secreto sólo conocían los patricios, con-

sistían en verdaderas pantomimas y gestos, como en el caso de la reivindicación, que ninguna vinculación tenían con el derecho que se reclamaba (^{2/3}). Seguía después la instrucción del juicio por el juez, ante quien los testigos repetían

(2/3) Expresa RENÉ DAVID (*Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, pág. 212) que en las sociedades primitivas no existía una noción del derecho subjetivo y lo que interesaba saber era si en presencia de un hecho concreto había una ley que amparase al titular del derecho violado o una acción que permita obtener satisfacción a su derecho. De allí que el derecho estuviera confundido con la acción, o como dice IHERING (*Esprit du droit romain*, t. 4, págs. 74 y 175, y t. 2, pág. 42), el procedimiento y el fondo del derecho estuvieran tan íntimamente unidos que la mayor parte de los principios de fondo del derecho no existe sino como principios del procedimiento, o como dice un autor más moderno (WINFELD, *Province of the law of tort*, 1931, pág. 17), el procedimiento no era tanto un vehículo para que el demandante tuviera éxito en su pretensión, sino una parte integrante de la pretensión misma, comparable a lo que la piel es para el animal y no a lo que el vestido es para el hombre. En nuestra sociedad actual, continúa DAVID, no es la acción sino el derecho el *pivot* de la ciencia jurídica; los juristas fijan y definen las condiciones y contenido del derecho subjetivo y resulta evidente que si un derecho ha sido violado los tribunales deben intervenir por demanda de su titular para hacer respetar el orden social pronunciando una sanción. En las sociedades primitivas la marcha del razonamiento era diferente. La noción del derecho subjetivo es una noción demasiado abstracta para ser claramente concebida; de lo que se da cuenta es el hecho que ha ocasionado el daño, lo que se ve es el hecho de que se tiene o no el derecho de recurrir ante el tribunal. Es la existencia de un cierto número de acciones cuya fórmula puede obtenerse y que contemplan los casos particulares de los perjuicios sufridos. Sin embargo, pensamos que estas reflexiones, si bien son aplicables al último período del procedimiento romano, no lo son ni en el de la *legis actiones* ni en el formulario, como lo probaría el número limitado de aquellas y la estructura de la fórmula, por lo que parece aceptable la afirmación de ARANCIO RUIZ (*Acciones*, pág. 17) de que la acción se refería únicamente al procedimiento, o sea que la palabra "acción" era empleada en el sentido de una ficción dramática, que no variaba por el contenido. La verdad es que el descubrimiento de las *Institutas* de GAYO ha permitido rectificar las conclusiones de IHERING. Más adelante, al estudiar las acciones, veremos que de allí deriva la prolongada discusión sobre la diferencia entre acción substancial o pretensión y acción procesal y de las relaciones entre el derecho procesal y el derecho substancial.

las palabras pronunciadas por el magistrado para interiorizarlo de los términos en que había quedado trabada la litis; se producía la prueba y, de acuerdo con ella, aquél dictaba su sentencia (2/4).

c) La expulsión de Tarquino el Soberbio dió origen a la república, en la que aparecieron nuevas magistraturas (*questores*, *ediles*, etc.), bajo el influjo de los plebeyos, quienes exigieron que se hicieran públicos los preceptos legales relativos a las acciones, redactándose con ese motivo las XII Tablas. La afluencia de extranjeros en el siglo v determinó la creación de los *pretors peregrinos*, que, en lugar del derecho quirritario, aplicaban el *ius gentium*, juzgando de los litigios entre los extranjeros o entre éstos y los romanos. A ellos se debe la creación del procedimiento *formulario* que rigió en el segundo período. Las acciones de la ley fueron dejadas de lado poco a poco, hasta que se suprimieron definitivamente por las leyes *Æbutia* y *Julia* (550), cuando el procedimiento formulario se había generalizado. En éste no existían testigos ni gestos sacramentales por los litigantes. Después de haber oído a las partes, el magistrado entregaba al actor una instrucción escrita o fórmula (de allí su nombre), que comenzaba con la designación del juez y comprendía luego cuatro partes: a) *demonstratio*, o exposición de los hechos alegados por los litigantes; b) *intentio*, que resumía las pretensiones del demandante; c) *condemnatio*, que daba al juez la facultad de condenar o absolver según el resultado de la instrucción; d) *adjudicatio*, que permitía al juez atribuir a alguna de las partes la propiedad de la cosa litigiosa.

d) Al sistema formulario substituyó el procedimiento *extraordinario*, fruto como aquél de lentas transformaciones y que Diocleciano (1037-284) impuso definitivamente.

(2/4) El "*iudex*" recibía las pruebas en juicio oral y público y sus decisiones eran inapelables. CATALA y FLUJÁ, *El sistema formulario estudiado para su adaptación en el juicio civil contemporáneo*, Madrid, 1913.

Consistía en que el magistrado conocía directamente el negocio y lo resolvía por sí mismo, desapareciendo, por tanto, la antigua división de la instancia en *in iure* e *in iudicium*. Aun cuando esta manera de juzgar era ya conocida como una excepción bajo el sistema de las acciones de la ley y del procedimiento formulario, es recién bajo el régimen imperial, cuando el príncipe delegó la jurisdicción en el Senado, en los gobernadores y hasta en sus oficiales, que el sistema se desarrolló y afianzó definitivamente. Es importante hacer notar que, en este período, la condena podía recaer en la cosa litigiosa, sobre todo tratándose de obligaciones, en lugar de ser siempre pecuniaria como en el sistema formulario, y que el procedimiento comenzó a transformarse de oral en escrito y de gratuito en oneroso, adoptándose la costumbre de imponer condenaciones en costas al decidir la cuestión principal.

3. El procedimiento entre los germanos⁽³⁾.

a) La facultad de juzgar entre los bárbaros, pueblo errante y aventurero, residía en el pueblo, y, como no tenían leyes escritas, los juicios se resolvían de acuerdo con las tradiciones conservadas por los ancianos. Cuando las asambleas se hicieron numerosas, se organizó un sistema judicial, poniéndose al frente de cada comunidad un *conde*, encargado de convocarla y presidirla, el cual, al principio, era nombrado por el pueblo, después por el rey, terminando por arro-

(3) GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, pág. 14; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile, Introduzione*, pág. 1; íd., *Romanismo y germanismo en el proceso civil (Ensayos de Derecho Procesal Civil, t. 1*, pág. 301, trad. SENTIS MELENDO, B. Aires, 1949); BELLAVITIS, pág. 13; BONFANTE, *Storia del diritto romano*, págs. 6 y 234; ESMERIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, pág. 98; D'ARBOIS DE JUBAINVILLE, *Études sur le droit celtique*; CARAVANTES, *Introducción*, pág. 56; HENRICH BRUNNER, *Historia del derecho germano* (Ed. Labor).

garse la función misma como atributo hereditario de su persona.

b) El proceso germano se desarrollaba ante el pueblo reunido en asamblea ^(3/1) y estaba encaminado a “*dirimir*” la contienda más que a “*resolverla*”, con un propósito de pacificación, haciendo depender la solución del litigio, no del convencimiento del juez, sino del resultado de fórmulas solemnes ^(3/2). El procedimiento era público y oral, extremadamente formalista ^(3/3), y se dividía en dos etapas: una para las afirmaciones y la otra para la prueba (origen

(3/1) Las asambleas se reunían al aire libre, a cielo descubierto, en un bosque, en una colina, en una plaza (WYNESS MILLAR, *Principios formativos*, etc., pág. 187).

(3/2) CHIOVENDA, *Principii*, págs. 1 y sig.; *Instituciones*, t. 1, págs. 114 y sig. Pero no son muy precisas las referencias que se tienen sobre la organización judicial y el procedimiento entre los primitivos germanos y puede verse en GLASSON (*Histoire du droit*, etc., t. II, págs. 76 y sig.) las distintas interpretaciones dadas a los textos de Tácito (*Germania*, 12), que constituyen la principal fuente de información. Parece que en los primeros tiempos las asambleas se formaban por los hombres libres, constituidos en tribunal bajo la presidencia de un jefe y asistidos por asesores. Posteriormente (t. II, pág. 81) la presidencia se ejercía por un magistrado real y se designaba para cada asunto un *jury*, sometándose la sentencia a la aprobación de la asamblea. Bajo los merovingios la organización judicial fué adquiriendo forma con la aparición de los tribunales del rey, cortes de los condes, etc., pero el procedimiento no varió fundamentalmente (pág. 390). Con los carolingios aparecen los *missis dominici*, funcionarios administrativos encargados de controlar la actuación de esos tribunales, y luego los *scabini*, cuyas funciones eran judiciales, con lo que la justicia fué perdiendo su carácter popular para hacerse real (t. III, pág. 316); al mismo tiempo el procedimiento sufrió modificaciones y la sentencia comenzó a hacerse escrita (t. III, pág. 427); más tarde aparecieron los *notarios*, encargados de llevar una constancia escrita del proceso, pero las asambleas no perdieron sus funciones judiciales, aunque poco a poco fueron limitándose a las cuestiones graves, principalmente en materia criminal (t. III, pág. 435).

(3/3) Al principio no se hacían distinciones entre las causas civiles y criminales; posteriormente se introdujeron algunas, por ejemplo en la forma de citación, pero sin alterarse la estructura del procedimiento durante mucho tiempo.

de la división del proceso en estadios o secciones). La primera se iniciaba con una citación del demandante al demandado, y constituída la asamblea, aquél exponía su demanda e invitaba al segundo a que expusiera su defensa; la palabra del actor generalmente hacía fe si su honorabilidad estaba abonada por testigos; seguidamente se dictaba la sentencia, llamada "*interlocutoria*" (3/4), que no era obligatoria sino que se limitaba a declarar el derecho e indicar la prueba. Si el demandado se conformaba con ella prometía al demandante satisfacerle; pero en caso contrario ofrecía probarle que no tenía razón. Por eso la prueba no se dirigía al tribunal sino al adversario, y no constituía una carga sino un beneficio. Como medios de prueba se utilizaban el juramento de purificación; el testimonio prestado por una o varias personas, que no exponían sobre hechos sino sobre la credibilidad de la parte en cuyo favor declaraban (conjuradores o testigos de reputación); pero el principal medio de prueba era el juicio de Dios (prueba del agua caliente, del fuego, del hierro candente, etc., llamadas *ordalias*). La prueba se realizaba ante la asamblea, que dictaba sentencia definitiva, consistente tan sólo en establecer si aquélla se había rendido satisfactoriamente. En el período franco, cuando se constituyeron los condados, se substituyó la citación privada por el tribunal, a quien se le dió mayor intervención en el proceso, y se admitió la prueba de documentos, así como la de testigos, sobre los hechos.

c) El carácter fundamental que distingue al proceso germano del antiguo proceso romano, y que demuestra una

(3/4) Cuando hoy hablamos todavía de *interlocutoria de prueba* estamos empleando un concepto del derecho procesal de los germanos. En nuestro derecho el auto que abre a prueba no es una interlocutoria, pero lo era en el derecho germánico, porque el juez en la interlocutoria decidía quién tenía derecho a probar, y el poder probar, casi siempre mediante juramento, significaba triunfar (COURTÈZE, *Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano*, pág. 8).

inferioridad originaria del sentido jurídico de aquel pueblo es que mientras el proceso romano tendió a resolver la litis mediante la convicción del juez, en el germano se daba crédito a uno de los contendientes por su reputación o la intervención divina. Esto explica la división del proceso, como hemos visto, en dos etapas: una destinada a las afirmaciones y otra a la prueba. Explica también otra diferencia fundamental con el proceso romano en cuanto a los efectos de la sentencia: en tanto que en el romano ella produce cosa juzgada solamente entre las partes que intervinieron en el litigio, en el germano se extendía a todos los que habían formado parte de la asamblea, cuya concurrencia era obligatoria.

3/1. El proceso romano canónico^(3/5).

a) Los tribunales de la Iglesia, creados para entender en las relaciones entre ella y los individuos que la integraban, fueron poco a poco conociendo de las cuestiones civiles que concernían a éstos y posteriormente se extendió también a los particulares. Por una constitución dada por Constantino en el año 331 se reconoció fuerza legal a las sentencias dictadas por los obispos en las cuestiones civiles siempre que ambas partes hubieran convenido someter sus diferencias a la autoridad episcopal. Diez años más tarde el mismo Emperador promulgó otra constitución estableciendo que era suficiente la voluntad de una de las partes, pero ella

(3/5) EICHMAN, *El derecho procesal según el código de Derecho Canónico* (trad. OTTO y SANZA VILLA, Barcelona); MONTERO Y GUTIÉRREZ, *Manual de derecho canónico* (B. Aires, 1950); LÓPEZ Y LLERAS, *Instituciones de derecho canónico*, Bogotá, 1948; GÓMEZ ARROYOS, *Las leyes de Indias y el Derecho Eclesiástico* (Medellín, 1947); DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil español*, t. 1, pág. 47; PRIETO CASTRO, *Exposición*, t. 1, pág. 27; DELLA ROCCA, *Instituciones de derecho procesal canónico* (trad. P. DE IRAGUI, B. Aires, 1950); MONTAGU, *Origen y formación del proceso civil*, pág. 19; HERRAIZ, *El derecho procesal canónico y sus principios fundamentales* (Rev. Der. Proc. (E), marzo 1953, pág. 55).

tuvo una vigencia efímera, porque Honorio, haciendo extensiva al Occidente una constitución dada por Arcadio para el Oriente, la derogó exigiendo nuevamente la conformidad de ambas partes. Sin embargo, más tarde Mayoriano restituyó ampliamente a la Iglesia la jurisdicción sobre determinadas cuestiones en materia civil. A la caída del imperio de Occidente, el ascendiente que sobre los bárbaros tomó la Iglesia fué tal que en el orden temporal los obispos ejercieron verdadera supremacía ^(3/6).

b) Los tribunales eclesiásticos aplicaban el procedimiento romano, introduciéndole nuevas formas e instituciones. Dice GIRARD ^(3/7) que ya en los últimos períodos del procedimiento romano la justicia no era impartida por magistrados en el sentido técnico del vocablo, sino por funcionarios administrativos jerarquizados de acuerdo con la organización política bizantina, carácter que se acentuó bajo la jurisdicción eclesiástica.

Sobre esta base trabajaron los glosadores, elaborando un procedimiento mixto romano canónico, llamado también *común* porque se aplicaba en cuanto no lo derogasen las leyes locales, y en el cual, sobre el esquema del proceso romano, con el aporte del derecho canónico, se infiltraron las instituciones germanas. No están de acuerdo los historiadores del proceso sobre la influencia que en ese proceso común ejercieron las distintas tendencias ^(3/8), pero CHIOVENDA ^(3/9) hace las siguientes observaciones: romanos eran los princi-

^(3/6) ESMIEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, págs. 153 y sig.; HINOJOSA, *Historia general del derecho español*, págs. 322 y sig.

^(3/7) GIRARD, *Précis de droit romain*, pág. 1092.

^(3/8) La polémica suscitada con ese motivo ha sido ampliamente expuesta por CHIOVENDA en *Romanismo y germanismo en el proceso civil* (Ensayos, t. I, pág. 301).

^(3/9) *Principii*, pág. 4; *Instituciones*, t. 1, págs. 117 y 130. Germana, agrega, era también la *querella nullitatis*, origen del recurso de casación; la influencia germana ha contribuído a desnaturalizar la institución romana de la cosa juzgada; de la prueba "formal" derivóse el

pios fundamentales de la prueba y la sentencia; germana era la división del proceso en dos partes, antes y después de la contestación de la litis y su subdivisión en estadios diferentes y absolutos, consagrados cada uno a distintos puntos de la cuestión; germanas eran también la solemnidad de la "contestación de la litis", que se estimaba indispensable para fundar el juicio y la desmedida preponderancia de la iniciativa de las partes, que acentuaba la actitud de expectativa del juez (^{3/10}). Bajo la influencia del derecho canónico, el proceso se hizo escrito y el procedimiento secreto con el sistema de las pruebas legales (^{3/11}).

4. La legislación española⁽⁴⁾.

a) Es a partir de la invasión de los germanos cuando comienza la historia del procedimiento civil en la península (^{4/1}). Durante la dominación romana, la justicia se administraba en España por *delegados* o *presidentes*, cuyas resoluciones eran apelables sólo en ciertos casos ante el príncipe. Para conocer los litigios de importancia los delegados se

sistema de la prueba "*legal*", o sea el conjunto de normas vinculadoras de la convicción del juez (*loc. cit.*).

(3/10) CHIOVENA, *Romanismo y germanismo*, etc., pág. 339.

(3/11) Las reminiscencias del formalismo germano, dice MOREL (2ª ed., pág. 342), hicieron el proceso común lento y complicado; y así se explica que, para evitarlo, se haya instituido en cierta época ante las jurisdicciones eclesásticas un proceso breve, rápido, prevalentemente oral, para las cuestiones de menor importancia, siendo ése el origen de la distinción entre el juicio ordinario y el juicio sumario que ha pasado a las legislaciones modernas.

(4) CARAVANTES, *Introducción*, t. 1, pág. 61; MANRESA y REUS, *Introducción*, XI; PRIETO CASTRO, *Exposición*, t. 1, pág. 25; DE LA PLAZA, *Der. proc. civ. español*, t. 1, pág. 57 y bibliografía allí citada; HINOJOSA, *Historia general del derecho español*.

(4/1) La llamada "invasión de los bárbaros" fué más bien una lenta penetración, que comenzó en el año 376 y culminó en el 578. Pero a partir del año 476 no hubo más emperadores en Roma: el imperio de Occidente había caído y su territorio dividido en pedazos, instalándose los francos y longobardos en las Galias; en Italia los ostrogodos primero y luego los longobardos; en España los visigodos; en Gran Bre-

reunían en *conventos jurídicos* (existieron hasta catorce), los que celebraban audiencias públicas. El procedimiento era el mismo vigente en todo el imperio, es decir, el extraordinario.

b) Cuando se instalaron en España los germanos dejaron que sus habitantes continuaran rigiéndose por sus instituciones, o sea las romanas, estableciéndose así una división que se acentuó con la publicación de dos códigos, uno para los germanos, conocido por código de Tolosa, redactado por Eurico (466), y que era una recopilación de las costumbres germanas, y otro para los peninsulares, llamado Breviario de Aniano (sucesor de Eurico), que era un resumen de los códigos romanos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano ($4\frac{1}{2}$). Más tarde ambas legislaciones fueron re-

taña los anglosajones; en los Balcanes los croatas y servios. Estos pueblos conservaron sus costumbres y lenguajes y se instalaron principalmente en los campos, que los romanos habían abandonado para instalarse en las ciudades después de las conquistas de César. Cada jefe era señor de las tierras que ocupaba con sus bandas, no debían obediencia al emperador, ni le pagaban tributo, convirtiéndose con el tiempo en los señores feudales de la Edad Media. Los invasores se habían dirigido casi todos a Occidente, y así fué como en Constantinopla pudo seguir un Emperador que gobernaba en Oriente, de los cuales el más célebre fué Justiniano (527-565), quien encomendó a Triboniano un extracto de las obras de los jurisconsultos y decretos imperiales, que se reunieron en tres: 1º) Las Pandectas o Digesto, colección de extractos de los trabajos de más de quinientos jurisconsultos de todas las épocas, dividido en cincuenta libros; 2º) El Código justiniano, colección de edictos y rescriptos de los emperadores desde la época de Constantino; 3º) Las Institutas, pequeño manual para uso de los estudiantes. Estas obras fueron utilizadas principalmente por los glosadores e hicieron posible la renovación de los estudios de la vida jurídica de los romanos.

($4\frac{1}{2}$) Dice COUTURE (*Traectoria y destino*, etc., pág. 15) que cuando en el siglo v se produce la invasión visigoda en España, aparecen frente a frente, no sólo dos razas, sino dos pueblos de antagónico sentido jurídico. El pueblo español, provincia romana, se regía por el derecho procesal romano, que a esa altura del siglo, ya había entrado en una etapa de evolución perfeccionada, pues contaba con un orden jurídico firme, órganos de jurisdicción y un sistema racional de prueba; en tanto que para el espíritu guerrero de los germanos, el proceso era una

fundidas en el Fuero Juzgo (4/3), primer cuerpo de legislación común y en el cual se enumeran las diferentes clases de magistrados, así como las diversas instituciones judiciales entonces existentes.

c) Con la invasión de los árabes el Fuero Juzgo cayó a su vez en desuso, naciendo la legislación foral, que tuvo su origen en las concesiones que los señores hacían a las ciudades para gobernarse, en la imposibilidad como se encontraban ellos mismos para dominarlas, siendo los más famosos los Fueros de Sepúlveda, León, Toledo, Logroño y, especialmente, el Fuero Viejo de Castilla, que en su Libro 3º establece un sistema completo de enjuiciamiento. Fernando el Santo, aprovechando sus conquistas, organizó un sistema judicial en el que estableció jueces anuales en lugar de los condes, a la vez que echó las bases de una legislación uniforme. Éste es el origen del Espéculo y del Fuero Real publicados en 1255 por don Juan II y complementados por las Leyes de Estilo.

d) Pero, indudablemente, la obra legislativa más importante se realizó en 1258, bajo el reinado de Alfonso el Sabio, con la publicación de Las Siete Partidas, de las cuales la tercera (4/4) reglamenta el procedimiento civil, estableciendo normas que rigieron entre nosotros hasta la sanción de los códigos de procedimiento, y muchas de cuyas disposiciones se aplican todavía supletoriamente.

e) No obstante significar un positivo adelanto, Las Par-

lucha más; no tenían organización política ni judicial y en el proceso sólo habla la voz de Dios y el juez se limita a constatarlo. Ambos derechos se transforman luego por influencia recíproca y esas transformaciones se concretan en el Fuero Juzgo, el cuerpo legal de mayor sentido humano no superado en ese aspecto por los códigos posteriores.

(4/3) Redactado por San Braulio, por encargo de Rescenvinto, aprobado por el Concilio de Toledo del año 653 y promulgado en 654 con el nombre de "*Liber Iudiciorum*" (Libro de los Jueces).

(4/4) Atribuida a MAESE JACOBO, consejero de Alfonso X y autor de *Las flores de las leyes*, del que existe una edición moderna, transcripción de UREÑA Y BONILLA, Madrid, 1924.

tiadas no fueron, ni pudieron ser, una obra completa, advirtiéndose bien pronto que adolecía de omisiones substanciales, lo que motivó la publicación, en 1348, del Ordenamiento de Alcalá. Los reyes católicos trataron, a su vez, de mejorar la legislación suprimiendo las leyes bárbaras y haciendo resurgir las romanas en el Ordenamiento Real (1485), las Ordenanzas de Medina, las Leyes de Toro, etc. Por último, en 1567, se publicó la Nueva Recopilación, que es un ordenamiento de la legislación vigente hasta entonces, y luego, en 1805, la Novísima Recopilación, que no llegó a aplicarse en nuestro país.

f) Después de la reforma política operada en España en 1812 se dictaron varios reglamentos de justicia, hasta que el 24 de julio de 1830 se sancionó la ley de enjuiciamiento sobre negocios y causas del comercio, y posteriormente, en 1855, la ley de enjuiciamiento civil, las que sirvieron de modelo a nuestros códigos procesales, tanto en lo federal como en las provincias.

5. El derecho colonial⁽⁵⁾.

a) En principio, la justicia residía en el rey, quien no

(5) BUNGE, *Historia del derecho argentino*; GARCÍA, *Ciudad indiana*; IBÁÑEZ FROCHAM, *La organización judicial argentina*; RUIZ GUÑAZÚ, *Magistratura indiana*; SÁENZ VALIENTE, *La justicia capitular* (*Revista Coleg. Abog.*, t. 15, pág. 87); íd., *El cabildo de Buenos Aires después de la revolución: composición, reglamento y jurisdicción territorial* (*Rev. de Derecho y Administración Municipal*, marzo 1941, pág. 231); íd., *La abolición de los cabildos argentinos* (*Rev. Colegio de Abogados*, 1945, pág. 3); RONCO, *Los cabildos coloniales*; SILGUEIRA, *Estudios sobre procedimientos y organización judicial*; JOFRÉ, *Manual*, t. 1, pág. 65; SALVADORES, *Alcaldes de hermandad* (*Jurisp. Arg.*, t. 32, doct., pág. 61); ZORRAQUIN BECÚ, *La organización judicial argentina en el periodo hispano* (B. Aires, 1952); íd., *La justicia capitular durante la dominación española*, B. Aires, 1947; LATELLA FRÍAS, *Orígenes jurídicos argentinos*, Córdoba, 1951; LORETO, *Influencia de la legislación procesal española* (*Rev. Der. Procesal* (A), 1949, pág. 59); AYARRACARAY, *Divagaciones acerca de la administración de justicia colonial*, *La Ley*, t. 33, pág. 801;

sólo dictaba la ley, sino que también la aplicaba; pero, en las colonias, ella se administraba en forma delegada por los diversos órganos que, a semejanza de los que funcionaban en la metrópoli, fueron creándose a través del tiempo.

b) *Adelantados*. — Eran los primeros a quienes se confirió facultades judiciales, pero aquí no tuvieron oportunidad de ejercitarlas, pues don Pedro de Mendoza abandonó la ciudad de Buenos Aires en 1535, y los que le sucedieron en el cargo fijaron su asiento en Asunción del Paraguay. Sus atribuciones, que eran de jurisdicción apelada de las resoluciones de los gobernadores, estaban especificadas en las leyes 13, 14, 15 y 16 de la Recopilación de Indias.

c) *Gobernadores*. — El primero que ejerció este cargo en la colonia fué don Juan de Garay, con el título de teniente gobernador y capitán general del Río de la Plata, que le fué discernido por el adelantado Torres de Vera y Aragón. Sus atribuciones estaban reglamentadas en las leyes 1, 7, 11, 14, 15 y 20, título II, de la Recopilación de Indias, y aparte de sus funciones administrativas, se les confería también jurisdicción civil y criminal, pues conocían en grado de apelación de las resoluciones de los alcaldes, pudiendo administrar justicia durante sus visitas a las provincias en donde aquéllos no existieran (⁶).

d) *Cabildos*. — Al fundar la ciudad de Buenos Aires, en 1550, Garay procedió a designar el primer cabildo, que era

REIMUNDÍN, *Antecedentes históricos del derecho procesal indiano* (Ed. Fac. Der. Tucumán, 1953); LEVENE, *Historia del Derecho Argentino*, t. III, cap. III, IV, V (B. Aires, 1946); OTS CAPDEQUI, *Manual de historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano* (B. Aires, 1945).

(⁶) SILGUEIRA (pág. 58) hace notar que mucho más adelante, después de la revolución de mayo, los gobernadores y tenientes gobernadores tuvieron otra vez facultades judiciales (*Reg. just. 1813*, arts. 6, 14, 15 y 16).

una junta compuesta del alcalde, regidores y demás funcionarios encargados de la administración de la ciudad. Sus atribuciones podían clasificarse en electorales, deliberantes, administrativas y judiciales. En este último aspecto intervenía en los asuntos de menor cuantía y era tribunal de apelación de las resoluciones de los alcaldes, siempre que se tratara de la aplicación de sus ordenanzas. Subsistieron con esa característica hasta que fueron suprimidos por la ley de 24 de diciembre de 1821.

e) *Alcaldes*. — Era el único oficio que no se vendía ⁽⁷⁾, y los había de dos clases: ordinarios y de hermandad, con jurisdicción en la ciudad y en la campaña respectivamente, siendo designados por el cabildo. Sin perjuicio de sus funciones capitulares como miembros natos del cabildo, al que presidían en ausencia del gobernador, los alcaldes ordinarios desempeñaban el cargo de jueces de primera instancia en lo civil y criminal (en 22 de octubre de 1820 se creó un alcalde para lo criminal), llegando su competencia hasta poder enjuiciar a otro alcalde en caso de urgencia. Se les distinguía con los títulos de alcalde de primer o segundo voto, correspondiendo a estos últimos las cuestiones referentes a los menores. Eran legos, y por ello podían asistirse de letrados (lo que el Reglamento de Justicia de 1812 hizo obligatorio), actuando con un escribano público, y disponían de un alguacil que ejercía las funciones de oficial de justicia. Los alcaldes de hermandad, más tarde llamados jueces pedáneos (Regl. de Justicia de 1812, arts. 2 y 33), tenían funciones de menor importancia, pues estaban encargados de reprimir los excesos en despoblado de gentes vagabundas, etc. Los alcaldes fueron también suprimidos por la ley de 24 de

(7) J. A. GARCÍA (*Ciudad indiana*) y B. RONCO (*Los cabildos coloniales*) afirman que el cargo de alcalde era venal, pero DEL VALLE (*Leciones de derecho constitucional*, pág. 53) dice lo contrario.

diciembre de 1821, que los substituyó por jueces de primera instancia y creó la justicia de paz para los asuntos de menor cuantía.

f) *Intendentes*. — Creados por la Ordenanza de Intendentes de 1782, dictada por el rey Carlos III, tenían las mismas atribuciones administrativas y judiciales que los gobernadores, siendo suprimidos, poco tiempo después, a causa de sus conflictos con el virrey.

g) *Audiencia Real*. — El 6 de abril de 1661 fué creada la Real Audiencia de Buenos Aires, suprimida en 1673 y restablecida el 14 de abril de 1783, con jurisdicción en las provincias del Río de la Plata, Tucumán, Paraguay y Cuyo. Se componía de un regente, cuatro oidores y un fiscal, presididos por el virrey, pero éste no intervenía en la discusión de los pleitos. Integraban el tribunal dos agentes fiscales, un alguacil mayor, dos escribanos, dos relatores y otros funcionarios inferiores, siendo todos estos cargos venales, con excepción de los de fiscal y alguacil mayor. Entendía por apelación de las resoluciones de los gobernadores y alcaldes, siendo únicamente tribunal de segunda instancia, en materia civil y criminal. Conocía también de las causas de patronato, cuidaba de la protección de los indios y entendía en las quejas por abusos del gobernador o del virrey, debiendo, en los casos en que la resolución era desfavorable, denunciarlos ante el Consejo de Indias. Las leyes reglamentaban minuciosamente el procedimiento ante el tribunal, fijando la hora en que debía reunirse y disponiendo que, el que no concurriera, perdía el salario del día. Las Audiencias fueron suprimidas por el Reglamento de Justicia de 1812, que, en su reemplazo, creó la Cámara de Apelaciones en lo civil y criminal.

h) *Virrey*. — Era la más alta autoridad política y administrativa, pues estaba investido de todo el poder real que no se hubiera reservado expresamente el rey. Presidía,

como se ha dicho, la Audiencia y firmaba las sentencias, excepto en lo criminal, pero no votaba.

i) *Tribunal del Consulado*. — Fué creado por cédula de 30 de junio de 1794, y se componía de un prior, nueve conciliarios y un síndico, con sus respectivos suplentes. Dividíase en dos secciones: el tribunal y la junta. El primero estaba constituido por el prior y dos cónsules, y entendía en todas las cuestiones suscitadas entre comerciantes, factores, seguros, compraventa, fletamentos, etc., siendo inapelables sus resoluciones en asuntos menores de un mil pesos; arriba de esa suma, se concedía la apelación para ante un tribunal de alzada compuesto del decano y dos comerciantes elegidos entre los que proponían las partes. El tribunal fallaba sin forma de juicio, a verdad sabida y buena fe guardada. La junta la componían todos los miembros del consulado y se reunía dos veces por mes para dictar medidas sobre la agricultura y el comercio. Los miembros del consulado, elegidos la primera vez por el rey, lo fueron, en adelante, por los comerciantes. El 19 de octubre de 1857 fué suprimido el Tribunal de Alzada, atribuyéndose sus funciones a la Cámara de Apelaciones en lo criminal, creada en la misma fecha, y luego, el 29 de octubre de 1862, se suprimió el Tribunal del Consulado, creándose los juzgados de primera instancia en lo comercial.

j) *Consejo de Indias*. — Al lado del rey, y residente en la Corte, estaba el Consejo Supremo de Indias, creado por Carlos V en 1524, y que ejercía el gobierno superior de las colonias. Sus funciones eran administrativas y judiciales, además de algunas facultades legislativas tratándose de asuntos de las Indias. Reglaba la división judicial, política y eclesiástica, y como tribunal supremo de justicia, entendía en las apelaciones de las sentencias de las audiencias en las causas civiles y criminales; originaria y exclusivamente le correspondía intervenir en los conflictos entre las autoridades

civiles, judiciales y eclesiásticas y en los juicios de residencia a los gobernadores, corregidores, alcaldes, etc.

6. El derecho patrio⁽⁸⁾.

a) Desde la Revolución de Mayo se dictaron numerosas disposiciones referentes a la administración de justicia, muchas de las cuales fueron consagradas en la Constitución nacional de 1853 y en las leyes procesales.

b) La primera es de 21 de junio de 1811, expedida por la Junta Provisoria, reglamentando los recursos de segunda suplicación e injusticia notoria, y estableciendo que dichos recursos, que conforme a la ley se concedían para ante el rey, se interpongan ante la misma Junta. Dictóse luego el Reglamento de Administración de Justicia, de 23 de enero de 1812, que conservó la antigua jurisdicción de los jueces españoles, pero suprimió, como hemos visto, la Real Au-

(8) SILGUEIRA, *Estudios de procedimiento y organización judicial*; SABATTINI, *El procedimiento civil en la provincia de Buenos Aires*; LEVENE, *Historia del derecho argentino*, t. VI; *id.*, *Los primeros codificadores argentinos* (*Rev. Instituto Historia del Derecho*, 1950, pág. 131); *id.*, *Contribución a la historia de la Cámara de Apelaciones en el primer período de su fundación hasta 1813* (*Rev. Fac. Der. y C. Sociales*, B. Aires, 1946, pág. 715); *id.*, *Antecedentes históricos sobre la enseñanza de la jurisprudencia y de la historia del derecho patrio en la Argentina* (*Rev. Inst. Historia del Derecho*, 1950, pág. 78); *id.*, *Contribución a la historia del Tribunal de Recursos Extraordinarios* (*Rev. Fac. Der. y C. Sociales*, B. Aires, 1951, pág. 1107); LEVENE (h.), *El primer proyecto de código procesal argentino* (*Rev. Der. Proc. (A)*, 1945, 1, pág. 435); OTTOLENGHI, *La función judicial en las primeras épocas de la independencia* (*Rev. Coleg. Abog.*, B. Aires, 1945, pág. 53); CALDERÓN, *Formación histórica de las provincias* (*Jurisp. Arg.*, t. III, pág. 852); WILLIAMS (R.), *Historia judicial argentina* (tesis, B. Aires, 1945); CHÁNETON, *Historia de Manuel Antonio Castro* (*Historia de Vélez Sarsfield*, 2ª ed., t. I, pág. 111); REIMUNDÍN, *Apuntamientos para una introducción al estudio de la literatura procesal argentina* (*Rev. Der. Proc. (A)*, 1952, 1, pág. 135); J. C. RODRÍGUEZ, *Historia judicial de Catamarca* (Catamarca, 1953); GURET BELLE-MARE, *Plan general de organización judicial para Buenos Aires*, 1829 (edición del Inst. de Historia del Derecho, B. Aires, 1949; especialmente, Nota preliminar, por R. LEVENE).

diencia y estableció en su reemplazo la Cámara de Apelaciones, compuesta de cinco jueces, de los cuales tres letrados y dos vecinos, cuyas funciones, según el art. 25, comprendía las instancias de apelación, segunda suplicación, recursos ordinarios y extraordinarios, fuerzas eclesiásticas y demás, que por las leyes y ordenanzas han podido y debido conocer las Audiencias y Cancillerías de América. También se creó un Tribunal de Concordia, sin cuyo pase previo no podía admitirse ninguna demanda, y se consagró expresamente la libertad de defensa en juicio. Por decreto de 5 de marzo de 1830 se organizó la Cámara, que en adelante se llamó de Justicia, y se aumentó el número de sus miembros hasta siete. Esta Cámara se convirtió en el Superior Tribunal de Justicia, creado por la Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1854, reorganizado por la ley de 30 de septiembre de 1857, que lo dividió en dos salas: una para las causas civiles y otra para las causas criminales, conociendo ambas, alternativamente, de las causas comerciales.

c) Por ley de 24 de marzo de 1813, se suprimió el Tribunal de Inquisición. El 1º de septiembre de 1813 se dictó el Reglamento para la Administración de Justicia, que nuestra jurisprudencia ha declarado aún vigente ⁽⁹⁾ y por el cual se ordenó el procedimiento en primera y segunda instancia, debiendo recordarse especialmente el art. 7 que admite la intervención de peritos en cuestiones complicadas, y el art. 8 que condena al temerario al pago de las costas procesales. Por la misma ley se creó un Supremo Poder Judicial para los recursos de segunda suplicación, debiendo conocer de ellos la Cámara hasta tanto se organizara el tribunal respectivo.

d) La ley de 24 de diciembre de 1821, que ya hemos mencionado, suprimió los alcaldes y creó los juzgados de

(9) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 27, pág. 313.

primera instancia y los juzgados de paz. Un decreto de Viamonte, de 20 de octubre de 1829, modificó los recursos de segunda suplicación; otro de Rosas, de 5 de junio de 1835, reglamentó las testamentarias ante la justicia de paz, y luego el 12 de abril de 1836 creó los Tribunales de Mercado; otro, de Obligado, de 16 de septiembre de 1853, dictó reglas para la substanciación de los juicios. La ley de 23 de septiembre de 1854 suprimió los dobles traslados; la de 27 de octubre de 1857 atribuyó a la Cámara del crimen las apelaciones contra las resoluciones del Tribunal del Consulado; la ley de 8 de julio de 1859, modificó esa disposición estableciendo que la sala de lo civil conocería alternativamente con la del crimen en los asuntos a que aquélla se refiere; la ley de 2 de noviembre de 1862 reglamentó los juicios ejecutivos y las tercerías; la de 29 de octubre de 1862 suprimió el Tribunal del Consulado y creó los juzgados de comercio. La ley de 4 de septiembre de 1871 reorganizó nuevamente el Superior Tribunal estableciendo dos cámaras para lo civil y otra para lo comercial, debiendo alternarse en las mercantiles y debiendo, de los recursos contra las resoluciones de una de las salas, conocer las otras dos reunidas. Luego, la segunda Constitución de la provincia, de 21 de octubre de 1873, estatuyó que el poder judicial sería desempeñado por una Suprema Corte de Justicia, cámaras de apelaciones y juzgados de primera instancia ⁽¹⁰⁾. Tal era la organización de la administración de justicia en la provincia de Buenos Aires cuando su capital fué federalizada para convertirse en capital de la Nación.

(10) La Constitución mantuvo el deslinde de la jurisdicción en civil, comercial y penal para los tribunales de la Capital, pero introdujo una innovación en los tribunales de campaña, agrupando la civil y comercial en los mismos. La reunión actual de los fueros civil y comercial tiene su origen en la ley de 21 de octubre de 1881, que se dictó como consecuencia de la federalización de la ciudad de Buenos Aires.

Fuentes legislativas

7. Preliminares.

De acuerdo con nuestra organización política y la interpretación dada al art. 67, inc. 11, de la Constitución, cada provincia organiza su administración de justicia y dicta sus códigos de procedimiento, incluso la capital federal de la República y, juntamente a ellas, existe una justicia nacional con organización y procedimiento propio. Nos referiremos, en primer término, a esta última y, en la imposibilidad de hacer lo mismo respecto de los códigos y leyes que rigen en las distintas provincias, lo haremos con relación a la justicia ordinaria de la Capital, cuyas instituciones tomamos por base de nuestra exposición,

8. Leyes de organización y procedimiento en la justicia federal⁽¹¹⁾.

a) Sancionada la Constitución nacional de 1853, cuyo art. 94 establece que el Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Suprema Corte de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación, se dictó la ley 27, el 16 de octubre de 1862, sobre organización de los tribunales federales, la cual estableció la composición de la Suprema Corte y creó un juzgado nacional de sección en cada provincia. Luego se sancionó la ley 48 sobre jurisdicción y competencia de los tribunales federales y reglamentando las relaciones de éstos con los tribunales de provincia. Constituida la Suprema Corte⁽¹²⁾ sus miembros proyectaron la ley de procedimiento

(11) ALSINA, *La justicia federal*; SARTORIO, *La ley 50*; ZAVALÍA, *Historia de la Corte Suprema de Justicia*; JUÁREZ ECHEGARAY, *Derecho procesal federal*.

(12) Por decreto de fecha 18 de octubre de 1862, subscripto por el presidente Mitre y su ministro de justicia, doctor Costa, previo acuerdo

en lo civil para la justicia federal, tomando como modelo las leyes españolas para las causas comerciales de 1830, y de enjuiciamiento civil de 1855, siendo aquélla sancionada el 14 de septiembre de 1863 bajo el nº 50 (13).

b) Estas leyes continúan todavía en vigencia, con las modificaciones introducidas posteriormente, de las cuales merecen especial mención (13/1) la ley 514, de 26 de junio de 1872, que suprime la prisión por deudas en las causas civiles y mercantiles de los tribunales nacionales, derogando, en consecuencia, los arts. 322 a 325 de la ley 50; la ley 935, de 24 de septiembre de 1878, que modifica el art. 36 de la ley 50, sobre reemplazo de los jueces federales impedidos o recusados y establece que, en las informaciones de pobreza que se produzcan en los juzgados nacionales, se observarán las reglas establecidas por las leyes de cada provincia, determinando quiénes deben ser considerados pobres para el efecto; la ley 927, de 3 de septiembre de 1878, que excluye

del Senado, fueron nombrados miembros de la primera Corte Suprema los doctores Valentín Alsina (presidente), Francisco de las Carreras, Salvador María del Carril, Francisco Delgado, José Barros Pazos, y el doctor Francisco Pico como procurador general. No habiendo aceptado el cargo el doctor Alsina, se designó en su reemplazo presidente del tribunal al doctor de las Carreras. Los ministros de la Corte prestaron juramento el 15 de enero de 1863, e inmediatamente, por encargo del Poder Ejecutivo, se dieron a la tarea de redactar los proyectos de leyes indispensables para el funcionamiento de la justicia federal, los cuales fueron sancionados, con ligeras reformas, por las leyes 48 (sobre jurisdicción y competencia), 49 (definiendo los crímenes de competencia federal y estableciendo sus penas), 50 (sobre procedimiento), y las complementarias 42 (sobre arancel y costas) y 44 (sobre autenticación de los actos públicos y procedimientos judiciales de cada provincia para ser válidos en otra), etc.

(13) Puede verse el informe de la comisión del Senado en *Jurisp. Arg.* t. 1, pág. 828, y en SARTO, *La ley 50*, pág. 51. En él se señalan, como innovación importante: 1º) la publicidad en el examen de los testigos, pues, de acuerdo con las disposiciones vigentes en esa época, éstos eran examinados en secreto por el juez o por el escribano, a base de un interrogatorio que la contraparte sólo conocía al agregarse la prueba, por lo cual se establece en la ley una publicidad amplia, mandando

de la competencia de los jueces de sección los juicios universales de concurso de acreedores y sucesión, así como las causas en que el objeto demandado no exceda de quinientos pesos; la ley 3266, de 3 de octubre de 1895, que modifica el art. 20 de la ley 50 y autoriza la recusación sin causa de un miembro de la Suprema Corte; la ley 3375, del 3 de octubre de 1896, que incorpora a la ley 50 los títulos XIII (embargos preventivos) y XVIII (desalojo) del código de procedimiento civil de la capital federal y suprime la mejora del recurso de apelación; la ley 3649, del 6 de noviembre de 1897, sobre notificaciones; la ley 3981, del 31 de mayo de 1901, que modifica varios artículos de la ley 50; la ley 4055, sobre creación de las cámaras federales y que modifica la competencia de la Suprema Corte y demás tribunales inferiores; la ley 4162, sobre integración de los tribunales federales en caso de recusación o impedimento; la ley 4559, de 9 de julio de 1905,

que los testigos declaren en presencia de las partes, y respondiendo a las preguntas que éstas se formularán por intermedio del juez. 2º) Obligación de constituir domicilio legal para las notificaciones dentro de un radio determinado, precisamente para hacer posible la citación de las partes a las audiencias. 3º) La obligación de presentar copias para los traslados, prohibiéndose, en consecuencia, la entrega de los autos originales. Como antecedente puede verse también la carta del doctor Manuel R. García, publicada en *La Nación Argentina* el 6 de febrero de 1863, con interesantes referencias al Poder Judicial de los Estados Unidos, a donde se había trasladado para hacer un estudio del mismo. SARTORIO indica (*De la prueba de testigos en el procedimiento federal*, pág. 22; *Las fuentes de nuestras leyes procesales*, en *Jurisp. Arg.*, 1945-I, doct., pág. 3) que las fuentes inmediatas de la ley 50 son: la ley de procedimiento civil del Cantón de Ginebra de 1819, redactada por Bello; la ley española de enjuiciamiento comercial de 1830; el Reglamento del Consejo Real de España de 1846; la ley de enjuiciamiento civil española de 1855; el código francés de 1807.

(13/1) Por acordada del 31 de marzo de 1949 la Corte Suprema estableció que: "El art. 16 de la nueva Constitución, al disponer que el Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos con el fin de adaptarla a esta Constitución, no impone necesariamente la caducidad de las leyes vigentes, mientras no sean incompatibles con aquélla" (*Jurisp. Arg.*, 1949-II, pág. 31).

sobre caducidad de la instancia; la ley 9511, sobre inembargabilidad de sueldos y pensiones; etc. Además, muchas otras por las que se crearon nuevos juzgados y cámaras federales que mencionaremos oportunamente.

c) El art. 374 de la ley 50 disponía que se aplicarían supletoriamente a la misma las leyes preexistentes reglamentarias de los procedimientos judiciales, aludiendo con ello a la legislación española y las disposiciones patrias, disposición que la ley 3981, del 31 de mayo de 1901, modificó en la siguiente forma: "Las leyes de procedimientos civiles y comerciales de la Capital de la República serán en lo adaptable, supletorias de la presente. Lo serán igualmente las leyes preexistentes que reglamentan los procedimientos judiciales en lo que aquéllas no bastaren y en cuanto no se opusieran a las disposiciones vigentes". Es decir que en caso de silencio de la ley 50 debía aplicarse el código de procedimientos en lo civil y comercial de la Capital Federal y las leyes complementarias del mismo vigentes a la época de la sanción de la ley 3981; por consiguiente, no eran aplicables las dictadas con posterioridad a dicha ley, como la ley 4128 modificatoria de dicho código. En cuanto a las leyes preexistentes, se aplicarían conforme a lo dispuesto en el mismo código por el art. 814, es decir, con carácter supletorio.

d) Pero este régimen ha quedado en parte modificado después de la reforma constitucional de 1949. La ley 13.998, a la que haremos seguidamente referencia, reglamenta la organización de los tribunales federales de la Capital Federal y de los tribunales nacionales con asiento en las provincias y territorios y determina la competencia de los mismos, modificando en consecuencia las disposiciones de las leyes 27 y 48 mencionadas anteriormente. Luego la ley 14.237, modificatoria del código de procedimientos de la Capital Federal, de la que también nos ocuparemos a continuación, dispone en su art. 92 que la ley 4128 será también de aplicación en la justicia letrada de los territorios nacio-

nales y supletoria para la justicia nacional en lo civil y comercial y en lo contencioso administrativo; y agrega en el art. 93 que la misma ley 14.237 será de aplicación supletoria para el resto de la justicia nacional en cuanto sea compatible con sus respectivos regímenes procesales. A su vez la Corte Suprema de Justicia, por acordada del 8 de marzo de 1954, estableció que la ley 14.237 es aplicable a los tribunales nacionales con las modificaciones que a continuación señala.

Estas disposiciones plantean diversas cuestiones que examinaremos en oportunidad de estudiar el procedimiento ante los tribunales nacionales (IX, 15). Por último, el art. 95 de la citada ley 14.237 deroga el art. 374 de la ley 50, en cuanto mantiene la vigencia de leyes procesales anteriores a la legislación patria, de lo cual también nos ocupamos al estudiar el tema referente a la integración de las leyes procesales (I, 19).

e) Debemos advertir, no obstante, que las disposiciones legales anteriormente citadas continúan vigentes en cuanto no han sido objeto de una derogación expresa y que las mismas leyes modificatorias de reciente sanción hacen frecuentemente referencia a ellas, como ocurre por ejemplo con la ley 13.998, que en diversas oportunidades se remite a las leyes 48 y 4055, entre otras.

9. Leyes de organización y procedimiento en la justicia ordinaria de la capital de la República (14).

a) En la ciudad de Buenos Aires, capital entonces de la provincia del mismo nombre, cuya administración de justicia ya hemos diseñado, los jueces continuaron aplicando, en materia procesal, la legislación española y las disposiciones dictadas por los gobiernos patrios que también he-

(14) SILGUEIRA, *Estudios de procedimientos*, pág. 48; JOFRÉ, *Manual*, t. 1, pág. 83; CASTRO, *Curso*, t. 1, pág. 40.

mos resumido. Para llenar ese vacío, el gobernador de la provincia, doctor Valentín Alsina, pidió a la Legislatura autorización para encomendar a un jurista la redacción de una ley de enjuiciamiento, la que le fué concedida el 10 de agosto de 1867, designándose, en consecuencia, al doctor José L. Domínguez, quien, al año siguiente, presentó al Ejecutivo dos proyectos, uno sobre organización de los tribunales y otro sobre enjuiciamiento civil, los que fueron examinados por una comisión de abogados que le introdujo algunas reformas y luego por otra comisión designada por la Cámara de Diputados, quien lo aprobó el 16 de marzo de 1873, pero no alcanzó sanción en el Senado ⁽¹⁵⁾.

b) El mismo año de 1873 se promulgó la Constitución para la provincia, la que estableció que si la Legislatura de 1874 no dictaba las leyes orgánicas y reglamentarias del Poder Judicial, la Suprema Corte de la provincia, que dicha Constitución creaba, propondría a la Legislatura de 1875 un

(15) Pueden examinarse estos Proyectos en la colección de folletos de la Facultad de Derecho, serie 1ª, t. 3 (estante 11, tabla 4). La ley mencionada establecía: "Autorízase al Poder Ejecutivo para encomendar a un abogado que formule un «Proyecto de enjuiciamiento civil», tomando como base la ley nacional de 14 de septiembre de 1863 y las demás que le son anexas, con las modificaciones, suplementos y reformas que sean necesarias para su aplicación en los tribunales de la provincia". Por eso dice DOMÍNGUEZ en su exposición de motivos: "De acuerdo con lo prescripto por la ley del 10 de agosto del año anterior, él (el proyecto) está basado en la ley nacional de 14 de septiembre de 1863 y en las que a éste han servido de fuente y modelo, es decir, el código francés de procedimiento, la ley española de enjuiciamiento mercantil y muy principalmente la de enjuiciamiento civil española de 1855". Este proyecto fué examinado por una comisión integrada por los Dres. Juan Carlos Gómez, Florencio Garrigós y Juan Agustín García, quienes presentaron un nuevo proyecto con numerosas modificaciones. SARTOIS hace notar (*Jurisp. Arg.*, 1945-I, doct., pág. 3), que el proyecto Domínguez muy poco tomó de la ley de enjuiciamiento civil española de 1855 y que sus fuentes principales son la ley 50 y sus fuentes y que en materia de prueba sus disposiciones tienen origen principalmente en la ley del cantón de Ginebra de 1819.

Proyecto de las mismas, cometido que el tribunal cumplió el 12 de agosto de ese año, presentando un Proyecto basado en el del doctor Domínguez y que fué sancionado el 22 de octubre de 1878 (16).

c) Pero, al mismo tiempo, se designó una comisión encargada de estudiar y proponer la reforma de ese código, la que estaba formada por los doctores Antonio Bermejo, Ceperino Araujo, Ángel Blanco, E. Casares, José M. Bustillo y Luis Correa Larguía, y que presentó un nuevo Proyecto que fué convertido en ley el 18 de agosto de 1880 entrando en vigor el 29 de septiembre del mismo año. El Proyecto, que fué brillantemente informado por el doctor Bermejo(17), su inspirador y redactor, introdujo las siguientes modificaciones fundamentales: consagró la prórroga de la jurisdicción territorial; dispuso que consentida la competencia del juez no podría en adelante deducirse incompetencia ni por las partes ni de oficio; limitó la responsabilidad de los procuradores en cuanto a las costas; introdujo el sistema de notificación automática por nota en los autos (hasta entonces todas las notificaciones se hacían por cédula en el domicilio de los litigantes); estableció la rebeldía verbal; disminuyó el número de informes *in voce*; creó la estadística judicial; quitó al juez la facultad de fijar los hechos sobre los cuales debe versar la prueba; defirió al secretario la recepción de las declaraciones, salvo casos especiales; añadió tres títulos nuevos: juicio de desalojo, declaratoria de pobreza, alimentos y litis expensas; en el recurso de hecho, restableció la remisión de los autos al superior en vez de las copias; estableció el embargo preventivo; en el juicio ejecutivo, suprimió el auto *de solvendo*, acordó carácter ejecutivo a los

(16) También pueden examinarse en la misma colección (estante 2, tabla 4).

(17) En la sesión del 10 de diciembre de 1879. Como bien dice SILGUEIRA (*loc. cit.*), ese informe es el mejor comentario del código.

créditos por arrendamiento y puso las costas a cargo del ejecutado; etc.

d) Federalizada la ciudad de Buenos Aires para convertirla en la capital de la República por la ley 1029, de 21 de septiembre de 1880, fué necesario proveerla de una administración de justicia en substitución de la provincial que hasta entonces había actuado y que dejaba de tener jurisdicción en su territorio. A ese efecto se dictó la ley 1144, sobre organización de los tribunales, la que conservó, en sus líneas generales, la existente y dispuso que hasta tanto se dictaran las leyes de procedimiento para la Capital, continuarían rigiendo las vigentes en la provincia. Sancionada el 12 de noviembre de 1886 la nueva Ley Orgánica de los Tribunales nº 1893, su art. 318 repitió el mismo precepto, y por ello rige todavía en la Capital federal el código de procedimiento civil sancionado por la provincia de Buenos Aires el 18 de agosto de 1880.

e) Numerosas son las leyes que se dictaron posteriormente modificando tanto la organización de los tribunales como el código de procedimiento y a las cuales tendremos ocasión de referirnos en más de una oportunidad. Entretanto, mencionaremos especialmente la ley 4128, que introdujo modificaciones fundamentales en el código de procedimiento civil; la ley 7055, que dió a los tribunales su organización actual: la ley 11.924, que estableció la justicia de paz letrada; la ley 12.320, que dividió las Cámaras de apelaciones en Salas; el decreto-ley 32.347/44 (ratificado por la ley 12.948), que organizó los Tribunales del Trabajo, etc.

10. Proyectos de reformas.

a) Poco tiempo después de sancionado el código de 1880, se sintió la necesidad de modificarlo para ser adaptado a una población que se acrecentaba extraordinariamente, y a ese efecto el Poder Ejecutivo de la Nación designó una comisión integrada por los doctores Basavilbaso, Obarrio, Mala-

ver, Alcorta y Zeballos que, en 1885, presentó un proyecto redactado por los dos últimos, que nunca fué considerado por el Congreso. El 16 de septiembre de 1909 se designó una nueva comisión formada por los doctores Agote, Méndez y Montes de Oca, la que presentó otro proyecto que tampoco fué considerado por el Congreso. Pero es de advertir que estos dos proyectos no importaban una innovación, aunque el segundo admitía en forma restringida la oralidad.

b) Vinieron luego otros proyectos debidos a la iniciativa privada, siendo los más importantes el del doctor Tomás Jofré, redactado a pedido del Colegio de Abogados en 1920, y el preparado bajo su dirección en el Seminario de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, con la colaboración de los doctores Zavallía y Miguens y que fué considerado poco menos que revolucionario por los prácticos. El mismo doctor Jofré redactó luego, con los doctores Ferraroti, Silgueira, Calvento y otros, un proyecto de acuerdo con las conclusiones de la Conferencia Nacional de Abogados de 1927.

c) El 3 de mayo de 1934 el Poder Ejecutivo de la Nación designó una comisión integrada por los doctores Nazar Anchorena, Bouquet, Pestalardo, Prota y Mackinlay Zapiola, la que redactó un proyecto para la justicia federal, la ordinaria de la capital de la República y la de los territorios nacionales, el cual fué presentado al Congreso en 1937⁽¹⁸⁾. El proyecto conserva la estructura del código vigente, aunque introduce algunas modificaciones de importancia entre las que pueden señalarse las siguientes: En materia de competencia se ha tratado de evitar dificultades prácticas, para lo cual, además de reglas generales según se trate de acción real o personal, se establece especialmente la que corresponde a determinadas acciones (arts. 3, 4 y 5). El juez puede proceder de oficio y ordenar, para mejor proveer, cualquier dili-

(18) Ver nuestro comentario en *Jurisp. Arg.*, t. 71, doct., pág. 73.

gencia que juzgue necesaria para establecer el derecho de las partes (art. 81). Las resoluciones serán dictadas por el juez o tribunal sin necesidad de la presencia o autorización del secretario (art. 82). No será necesario auto del juez o del tribunal, bastando al efecto la nota del secretario, para agregar a los autos exhortos, oficios, inventarios, etc., y para ordenarlos en los juicios voluntarios (art. 86). El recibimiento de la prueba puede ser encomendado, en todo o en parte, al secretario o a uno de los miembros del tribunal en su caso (art. 86). Se fijan plazos perentorios dentro de los cuales deberán dictarse las resoluciones (art. 95), quedando el juez, en caso contrario, separado, por ese solo hecho, del conocimiento de la causa (art. 96). Todos los incidentes cuyas causas existan simultáneamente deben ser promovidos de una sola vez (art. 116). Se legisla la nulidad de procedimiento por vía de incidente (art. 117). Las acciones de varios contra uno pueden acumularse si actúan bajo una misma representación y existe entre los actores vinculación jurídica o se funden en un mismo hecho, interés o causa (art. 121). Se reglamenta la acumulación de autos (art. 122). El tercero que tenga interés común con el actor o demandado puede intervenir en juicio como coadyuvante y quedará obligado por la sentencia que se dicte (art. 130). Se legislan tres clases de procedimiento: ordinario, sumario y sumarísimo, según el monto del litigio o la naturaleza de la acción, y, luego, diversos juicios especiales. Pero el principal mérito del proyecto, desde el punto de vista práctico, consiste en haberlo acomodado a las conclusiones de la jurisprudencia, legislando así situaciones que por ahora son discutibles. Sin embargo, hay que reconocer también que su principal defecto consiste en no haber dado al proceso la flexibilidad que hoy se propicia por la doctrina.

d) Por su parte, el Instituto de Altos Estudios de la Facultad de Derecho de La Plata, bajo la dirección del doctor David Lascano, redactó un proyecto que, en nuestra opi-

nión, es el que mejor consulta las necesidades del momento ⁽¹⁹⁾. Fué presentado a la cámara de que formaba parte, por el diputado doctor Espil, en 1936, adaptándolo a la organización de los tribunales de la capital de la República, pero tampoco ha sido considerado hasta la fecha. Entre sus principales disposiciones merecen citarse las siguientes: Los jueces conocerán en todas las cuestiones que le sean sometidas por parte interesada para obtener, frente o contra otro, el reconocimiento o satisfacción de un interés tutelado por la ley (art. 1). Corresponde al juez dirigir el procedimiento, debiendo, dentro de los límites expresamente establecidos, disponer cuanto sea necesario para establecer la verdad de los hechos y para asegurar a la causa una decisión conforme a la justicia; mantener la igualdad entre las partes y vigilar para que la tramitación de la causa sea lo más rápida y económica posible (art. 18). El juez puede disponer cualquier diligencia de prueba para el esclarecimiento de los hechos y las que fuesen necesarias para evitar la nulidad del procedimiento, etc. (art. 22). Las audiencias tendrán lugar con la presencia del juez y secretario, bajo pena de nulidad (art. 44). Los términos legales son improrrogables y perentorios (art. 45). Sin necesidad de resolución judicial el secretario procederá a la agregación de oficios, exhortos, inventarios, expedición de certificados y testimonios, etc. (art. 43). El libro segundo está consagrado al juicio ordinario y consta de cuatro títulos: 1º) Del período instructor. 2º) Del procedimiento oral; 3º) Del procedimiento escrito; 4º) De los medios de prueba. En la exposición de motivos se explica que, siguiendo la orientación moderna del derecho procesal, se organiza el juicio oral de acuerdo con las modalidades de nuestro ambiente; pero que para el caso de que el Congreso no aceptara la iniciativa, se legisla también el procedimiento escrito, es decir, que no se establece en forma optativa sino obligato-

(19) Ver nuestro comentario en *Jurisp. Arg.*, t. 71, doct., pág. 73.

riamente, según sea el que se adopte por el legislador. Las principales disposiciones de este libro, son las siguientes: La demanda y la contestación deberán deducirse por escrito, indicando la prueba de que intenten valerse y acompañando, por separado, los interrogatorios, pliegos de posiciones, puntos de la pericia, etc. (arts. 163 y 168). El demandante y el demandado, de común acuerdo, pueden presentar al juez la demanda y contestación en la forma prevenida en los artículos 163 y 168 para que se les convoque correctamente a juicio oral (art. 171). Las únicas excepciones previas admisibles son las de incompetencia de jurisdicción, falta de personería y litis pendencia y su oposición no suspende el término para contestar la demanda (art. 172). Terminado este período de instrucción y en caso de que se estableciere el juicio oral, el juez convocará a las partes a una audiencia pública para la recepción de la prueba, ordenando que previamente se practiquen aquellas diligencias que por su naturaleza no puedan realizarse en esa oportunidad. Producida la prueba en esa audiencia (o en las siguientes, si fuese necesario) se concederá la palabra al ministerio público si tuviere intervención y a las partes por su orden para que se expidan sobre el mérito de la misma, luego de lo cual se pronunciará el fallo. El secretario levantará acta de lo substancial, consignando los datos personales de los comparecientes y las pruebas producidas (art. 175). Si, por el contrario, se estableciere el procedimiento escrito, siempre que hayan hechos controvertidos, el juez abrirá la causa a prueba por un término que no excederá de cuarenta días, indicando las diligencias que estime pertinentes, salvo el derecho de las partes para que se produzca toda la prueba ofrecida (art. 183). La prueba que haya de recibirse en el asiento del juzgado se realizará en una sola audiencia, que continuará en los días sucesivos si fuere necesario, sin nueva citación, de cuyo resultado levantará acta el secretario, pudiendo las partes pedir que a su costa se ob-

tenga una versión taquigráfica (art. 184). Diligenciada la prueba, las partes podrán presentar un escrito alegando sobre el mérito de la misma (art. 185). El libro tercero está dedicado a los juicios y procedimientos especiales: juicio ejecutivo, ejecución de sentencia, licencias, desalojo, etc.

e) Con fecha 6 de julio de 1938, el Poder Ejecutivo remitió al Congreso un Proyecto de ley creando la Cámara de Casación en la justicia ordinaria de la capital, cuyas atribuciones serían las siguientes: 1º) Conocer en los recursos de inaplicabilidad de ley o doctrina legal; 2º) En el recurso de revisión; 3º) En la remoción, en única instancia, de todos los magistrados, fiscales de Cámara, agentes fiscales, asesores de menores y defensores de pobres de la jurisdicción; 4º) En el ejercicio de la superintendencia de todos los tribunales, juzgados y funcionarios de la jurisdicción ordinaria y justicia de paz, en la forma que la ley determina; 5º) Cuando fuere necesario uniformar la jurisprudencia, en los asuntos originados en la justicia de paz, por resolución de cualquiera de las Cámaras.

f) El 25 de junio de 1949 el Poder Ejecutivo de la Nación remitió al H. Congreso un "Proyecto de Código Procesal Civil de la Nación para la justicia de la Capital Federal, territorios nacionales y federal en las provincias", que el Mensaje califica de nuevo, no sólo en su estructura sino también en su léxico, y cuyas principales características según se enuncia son la agilización de los trámites, la ampliación de los poderes del juez para la dirección del proceso independientemente de la actividad de las partes, la obligación para éstas de decir verdad y conducirse con lealtad en el procedimiento, etc. El proyecto se divide en cinco libros distribuidos en la siguiente forma (19/1):

(19/1) El proyecto no ha sido aún considerado por el H. Congreso, pero muchas de sus disposiciones fueron incorporadas a la Ley de Reformas 14.237. Ver sobre el mismo AYARRACARAY, *Crítica al proyecto de Código Procesal Civil de la Nación*, Buenos Aires, 1949; IBAR-

LIBRO PRIMERO. *Disposiciones generales*. TÍT. I. *Del órgano jurisdiccional y de sus auxiliares* (Normas generales. Competencia. Cuestiones de competencia y de falta de jurisdicción. Excusación y recusación. Ministerio Público. Secretarios, peritos y demás auxiliares). TÍT. II. *De los sujetos del proceso y de sus auxiliares* (Actor, demandado y tercerista. Reglas generales. Sucesión procesal. Substitución procesal. Representación en el proceso. Patrocinio letrado. Costas). TÍT. III. *Del ejercicio de las acciones* (Normas generales. Acumulación subjetiva. Deberes y facultades de los jueces y litigantes). TÍT. IV. *De los actos procesales* (De las formas procesales. Expedientes. Del tiempo en el proceso. Plazos procesales. Notificaciones. Rebeldía. Caducidad de la instancia. Allanamiento, desistimiento, conciliación y transacción. Resoluciones judiciales. Incidentes. Beneficio de litigar sin gastos. Acumulación de procesos. Oficios y exhortos). TÍT. V. *De las tercerías* (Normas comunes. Tercerías excluyentes. Tercerías coadyuvantes). TÍT. VI. *De las medidas precautorias* (Normas generales. Medidas para asegurar la ejecución y conservativas. Otras medidas preventivas). TÍT. VII. *De los recursos* (Reposición y aclaratoria. Apelación. Recurso directo y queja).

LIBRO SEGUNDO. *De los procesos típicos comunes*. TÍT. I. *Del proceso ordinario* (Período introductivo. Excepciones previas. Período probatorio. Discusión y sentencia). TÍT. II. *De los procesos sumario y sumarísimo* (Reglas genéricas. Reglas específicas).

LIBRO TERCERO. *De los procesos compulsorios y de la ejecución de las resoluciones judiciales*. TÍT. I. *De la ejecución típica* (Período introductivo. Requerimiento de pago y embargo. Período de prueba y defensa. Sentencia. Cum-

plimiento de la sentencia). TÍT. II. *De las ejecuciones aceleradas* (Reglas generales. Ejecución cambiaria. Ejecución hipotecaria. Ejecución prendaria. Ejecución fiscal). TÍT. III. *Ejecución de resoluciones judiciales* (Ejecución de sentencias y laudos. Ejecución de sentencias extranjeras. Ejecución de honorarios regulados judicialmente. Ejecución de multas aplicables como sanción procesal).

LIBRO CUARTO. *De los procesos atípicos*. TÍT. I. *De los procesos especiales* (Proceso por deslinde. Juicio de árbitros). TÍT. II. *De los procesos sobre cuestiones de familia y estado de las personas* (Proceso por divorcio y separación de bienes, nulidad de matrimonio y filiación. Procesos por declaración de insania y rehabilitación de insanos. Procesos sobre la patria potestad, la tutela y por adopción. Procesos referentes a las inscripciones en el registro del estado civil de las personas). TÍT. III. *De los procesos sucesorios* (Trámites previos. Sucesiones ab-intestato y testamentarias. Sucesión en caso de fallecimiento presunto. Herencia vacante. Cumulación de las sucesiones. Inventario, avalúo y partición).

LIBRO QUINTO. *Del procedimiento ante la justicia de paz*. TÍT. I. *De los tribunales colegiados de instancia única* (Disposiciones generales. Del proceso común. De los procesos compulsorios). TÍT. II. *De la justicia de paz lega* (Competencia. Procedimiento).

10/1. Leyes 13.998, 14.237 y otras.

a) Sancionada la nueva Constitución nacional el 11 de marzo de 1949, cuyo art. 16 establece que el Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todas sus ramas con el fin de adaptarla a la misma, se dictaron diversas leyes en materia procesal, entre las cuales las más importantes son la 13.998, que reorganiza la justicia nacional

en la República, y la 14.237, de reformas al código de procedimientos en lo civil y comercial de la Capital Federal (19/2).

b) La ley 13.998, sancionada el 6 de octubre de 1950, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 95 de la Constitución, establece el carácter nacional de la justicia de la Capital, cuyos diversos tribunales enumera en el art. 32, incluyendo entre ellos a los que antes constituían la justicia federal de la Capital. Esta ley modifica, en consecuencia, la estructura de la justicia local derivada de las leyes 1893, 7055, etc., las que no obstante continúan vigentes en cuanto al resto de sus disposiciones, conforme a la acordada de la Corte Suprema citada en nota precedentemente. A continuación la ley reglamenta la competencia de los distintos órganos y contiene disposiciones de carácter general, aplicables a todos los jueces nacionales y por consiguiente a los de la Capital Federal. Ha desaparecido así la distinción que existía antes entre jueces locales y jueces federales, ya que ahora todos son jueces nacionales, pero los primeros, a los que se continúa llamando *comunes* en razón de que conservan su competencia ordinaria, siguen aplicando el código de procedimientos civiles, y los segundos, que ahora se denominan *especiales*, porque tienen la competencia limitada que antes se atribuía a los jueces federales, aplican también como antes la ley de procedimientos nº 50.

c) La ley 14.237, modificatoria del código de procedimientos civiles, fué sancionada el 13 de octubre de 1953. La reforma tiene por objeto agilizar el procedimiento, procurando una justicia rápida y económica. Sin alterar la estructura del proceso que el código legisla, se le introducen algunas modificaciones fundamentales y se conceden al juez facultades que le permiten dirigir su marcha y complemen-

(19/2) Como hemos dicho, estas leyes no han derogado sino solamente modificado las anteriores (Corte Suprema, acordada del 31 de marzo de 1949, *Jurisp. Arg.*, 1949-II, pág. 31).

tar de oficio las diligencias de prueba para el esclarecimiento de los hechos controvertidos dentro de los límites fijados por la demanda y la contestación, con el concepto de que el proceso no es un instrumento puesto en manos de las partes para dirimir con habilidad y astucia sus diferencias, sino que su objeto es el mantenimiento del orden jurídico mediante una sentencia justa.

A ese efecto se establece la perentoriedad para las partes de los términos procesales (art. 2); la obligación de acompañar con la demanda y la reconvención y contestación de ambas en toda clase de juicios, o con el escrito oponiendo excepciones y su contestación en el ejecutivo, la prueba instrumental que estuviera en poder de las partes, debiendo en caso contrario indicarse el archivo o lugar donde se hallare (art. 12); la fijación en una audiencia previa a la producción de la prueba, de los hechos sobre los cuales ha de versar la misma y la facultad del juez de rechazar las diligencias que no correspondan a esos hechos (arts. 23 y 25); la facultad del juez de disponer en cualquier estado del juicio las medidas necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, mantener la igualdad de los litigantes, prevenir o sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe, así como aquellas tendientes a la más rápida y económica tramitación del proceso, pudiendo hacer uso del auxilio de la fuerza pública cuando las partes o sus mandatarios no hubiesen comparecido a la citación formulada para que dieran explicaciones sobre los puntos litigiosos (art. 23). Se suprime, por innecesaria, la autorización de la firma del juez por la del secretario (art. 22) y se otorga a éste, con el objeto de alivianar la tarea del juez, la facultad de proveer con su sola firma diligencias de mero trámite, como ser las que disponen la agregación de partidas, exhortos, inventarios, tasaciones, cuentas particionarias, expedición de certificados y testimonios, libra-

miento de oficios ordenados por el juez, etc., con un recurso ante éste (art. 20).

Propenden también a acelerar el trámite procesal, entre otras, las siguientes disposiciones: reducción a tres días del término para contestar las vistas y traslados, salvo disposición en contrario (art. 3); ofrecimiento de toda prueba, excepto posiciones, dentro de los primeros diez días (art. 24, última parte); las posiciones podrán pedirse una sola vez, salvo los casos contemplados en los arts. 126 y 137 del cód. de proc. (art. 27, última parte); la citación para reconocer documentos se hará bajo apercibimiento de darlos por reconocidos si el citado no compareciere sin justa causa, suprimiéndose la segunda citación que prescribe el art. 142 del cód. de proc. (art. 28); la citación a que se refiere el art. 146 del cód. de proc. se hará bajo apercibimiento de que el juez desechará el documento si la falta de asistencia procede del interesado en la comprobación, o lo dará por reconocido si procediera de la parte contraria (art. 29); la obligación de acompañar copia de todo escrito de que deba darse traslado o vista, así como de su contestación (art. 6); la adopción del sistema de la sana crítica como régimen general de la apreciación de la prueba (art. 36); la citación para oponer excepciones en el juicio ejecutivo por el hecho de la intimación de pago (art. 58); la caducidad de pleno derecho del embargo preventivo si no se promueve la demanda correspondiente en el término de quince días (art. 57); etc. Se reglamenta el desistimiento (arts. 53 y sig.); la transacción (art. 56); la declaración de incapacidad por insania (arts. 69 y sig.); el depósito de personas (arts. 85 y sig.); etc.

Esta ley ha sido incorporada al código de procedimientos civil y comercial de la Capital Federal desde el 1º de febrero de 1954 y es de aplicación para el resto de la justicia

nacional en cuanto sea compatible con los respectivos regímenes procesales (19/3).

d) Debemos mencionar, además, las leyes 13.644, del 27 de octubre de 1949, de enjuiciamiento de jueces nacionales; la 14.180, del 6 de octubre de 1952, que modifica la ley 13.998; la 14.191, del 1º de julio de 1953, sobre caducidad de la instancia en materia civil, comercial y administrativa de la justicia nacional; el Reglamento para la Justicia Nacional dictado por la Corte Suprema de Justicia el 17 de diciembre de 1952, reformado por acordada del 8 de marzo de 1954.

Fuentes constitucionales (20)

11. Nociones previas.

a) Siendo el Estado una organización jurídica, se encuentra, a su vez, sometido a ciertos preceptos que fijan su posición, deberes y atribuciones en forma permanente como base de la estructura social. Estos preceptos son llamados constitucionales, cuyo conjunto forma la ley suprema del Estado a la cual deben conformarse las disposiciones de la ley bajo pena de nulidad (Constitución nacional, art. 22, antes 31) (21) (*supra*, I, 5, e).

(19/3) La Cámara de Paz en pleno declaró que debe ser aplicada en los tribunales de ese fuero (*La Ley*, t. 76, pág. 705). También la Cám. del Trabajo, no obstante el régimen distinto del procedimiento, declaró aplicable algunas de sus disposiciones (*Jurisp. Arg.*, 1955, t. III, pág. 11; *La Ley*, t. 78, pág. 161).

(20) GONZÁLEZ, *Manual de derecho constitucional*; GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho constitucional argentino*; JOFRÉ, *Manual*, t. 1, pág. 8; BIELSA, *La protección constitucional por el recurso extraordinario*; ALSINA, *La justicia federal*.

(21) En la Constitución se encuentran delimitadas las funciones de cada uno de los poderes del Estado; se enumeran los derechos de los individuos y las garantías para su libre ejercicio, y se formulan ciertos postulados que orientan la marcha jurídica del pueblo. Como toda norma de derecho, ella es fruto de la experiencia, y así se explica

b) La Constitución dedica la sección tercera al Poder Judicial de la Nación. Establece los órganos que han de ejercerlo y determina su competencia (arts. 89 a 96, antes 94 a 103); exige como requisito indispensable para que el gobierno federal garantice a las provincias el libre goce de sus instituciones, que ellas aseguren su administración de justicia (art. 5); prohíbe al presidente de la Nación que en ningún caso ejerza funciones judiciales, arrogándose el conocimiento de las causas pendientes o restableciendo las fenecidas (art. 90, antes 95); garantiza la inamovilidad de los jueces mientras dure su buena conducta, no pudiendo su remuneración serle disminuída (art. 91, antes 96), etc.

c) Además de ello, y esto es lo fundamental, sienta principios procesales a los cuales debe acomodarse la ley tanto nacional como provincial, y que los jueces tienen obligación de respetar aun cuando con ello contrarién disposiciones expresas de las leyes, de lo cual nace, según veremos, su facultad para declarar su inconstitucionalidad. La invocación oportuna de un principio constitucional que se considera violado, permite llevar el caso hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante un recurso extraordinario que autoriza el art. 14 de la ley 48, quien, en su carácter de último intérprete de la Constitución, confirma, anula o revoca en su caso la resolución impugnada (XXX, 27). Estudiaremos separadamente cada uno de esos principios (21/1).

que consagre principios tendientes a evitar el abuso del poder. En los diferentes reglamentos y constituciones que rigieron en el país se establecieron disposiciones con ese objeto, pero no se llegó a atribuir al poder judicial carácter independiente con relación a los otros poderes.

(21/1) Ver lo que decimos del proceso como medio para hacer efectivas las garantías constitucionales (I, 5, e) y de la facultad de los jueces para declarar la inconstitucionalidad de las leyes (IX, 4). Por el Acta de Reformas de la Constitución de México de 18 de mayo de 1847 se instituyó el "Recurso de Amparo", para la defensa de la Constitución, desde un punto de vista muy semejante al art. 14 de

12. Igualdad ante la ley.

a) Declara la Constitución, en su art. 28 (antes 16), que todos los hombres son iguales ante la ley. No se pretende con ello desconocer las diferencias de persona a persona, porque tanto en el orden físico como en el moral, la desigualdad es una ley de la naturaleza, sino que no debe excluirse a los unos de lo que se concede a los otros en las mismas condiciones, de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en que todas las personas sujetas a una legislación determinada dentro del territorio de la Nación sean tratadas del mismo modo siempre que las circunstancias sean las mismas ⁽²²⁾. La jurisprudencia ha tenido muchas oportunidades de interpretar este texto constitucional al examinar las leyes de fondo, principalmente en materia impositiva ⁽²³⁾, pero son pocos los casos en que le ha puesto frente a una norma procesal, aun en la doctrina, no obstante su indudable importancia.

b) Procesalmente el principio significa, por de pronto, que todas las personas litigan ante los mismos jueces con iguales formalidades, derechos y obligaciones, sin que importe una excepción al principio la existencia de tribunales especiales, desde que tienen acceso a ellos todos los que se encuentren en las mismas condiciones. No habrá, pues, diferencia por razón de la persona en el modo de ejercicio de la acción, en la admisión y eficacia de los medios probatorios, en los efectos de la sentencia, etc. ^(23/1).

la ley 48. Ver: L. P. BUSTAMANTE, *La sentencia de amparo*, México, 1949; E. A. CHRISTIENSEN, *Nuevos recursos de amparo en la legislación argentina*, *Rev. Colegio de Abogados*, Santiago del Estero, 1944, pág. 67.

(22) Corte Sup., en *Jurisp. Arg.*, t. 28, pág. 771.

(23) Ver nota en *Jurisp. Arg.*, t. 47, pág. 395.

(23/1) El principio de igualdad importa la obligación de tratar legalmente de un modo igual a los iguales en iguales circunstancias. Ello no impide que la legislación contemple de manera distinta situaciones que considere diferentes (Corte Suprema, *La Ley*, t. 35, pág.

c) Diversas instituciones de la legislación positiva tienen su fundamento en este principio constitucional. Así, la exención de impuestos y gastos de justicia, mediante el otorgamiento de una carta de pobreza (cód. de proc., art. 593), coloca al que carece de recursos en las mismas condiciones para litigar con un adversario de mejor situación económica (24). El pobre que no puede costear una asistencia letrada, es defendido gratuitamente por un defensor oficial costado por el Estado, a fin de colocarlo en condiciones de igualdad jurídica. El ausente es considerado un incapaz de hecho que no puede por ello defenderse en juicio, por lo

727). En materia procesal, dice GELSI BIDART (*De las nulidades en los actos procesales*, pág. 31), la igualdad significa: a) perfeccionamiento del contradictorio, dando a cada parte la posibilidad de conocer todo el material del juicio y las defensas del contrario para estar en condiciones de aumentar aquél y presentar sus defensas; b) la supresión de los obstáculos económicos que dificultan el auxilio a la justicia (auxilio de pobreza); c) el juego limpio, que excluye el dolo y la mentira. El cód. de procedimientos de Jujuy establece en su art. 5: "El órgano jurisdiccional debe mantener en lo posible la igualdad de las partes en el proceso, brindándoles idénticas posibilidades de defensa. Haciendo efectivos los poderes de que está investido, el juez dispondrá lo necesario a fin de que nadie pueda encontrarse en una condición de inferioridad jurídica. Salvo disposición expresa en la ley, ninguna persona puede prevalerse de una situación determinada para advenir a una situación de privilegio". El art. 21 de la ley 14.237 de reformas al código de procedimientos de la Capital Federal autoriza al juez a disponer de oficio todas las medidas necesarias para mantener la igualdad de los litigantes en el proceso.

(24) La ley 9, Tit. 3, Lib. 2º, del Fuero Juzgo, disponía que el poderoso que litigaba con el pobre tenía que nombrar procurador o defensor que no excediera de fortuna al contrario, y que el pobre que litigaba con rico podía nombrar por defensor y representante a persona tan poderosa como aquél. La Cám. Apel. Civ. (C) ha declarado: "El beneficio para actuar con declaratoria de pobreza tiende a hacer efectiva la garantía constitucional de la igualdad de la ley, por lo que corresponde también al extranjero residente en el país que deba comparecer ante los tribunales de la República" (*La Ley*, t. 77, pág. 49; *Jurisp. Arg.*, 1955-I, pág. 243).

que el Estado le presta su asistencia mediante los oficios de un defensor de ausentes, etc.

d) Pueden también citarse algunos casos de pronunciamiento expreso de nuestra jurisprudencia. No es contraria a la Constitución la disposición de la ley que autoriza la excepción de arraigo, porque la clasificación de los litigantes con arreglo a su posición económica que ella supone, no viola el principio de igualdad, desde que la ley no puede ser igual siendo distintas las situaciones que ella prevé y porque se trata de una reglamentación y no un obstáculo al ejercicio de los derechos ⁽²⁵⁾. El hecho de que el art. 3 de la ley 4055 faculte a la Suprema Corte a intervenir como tribunal de apelación de tercera instancia en los casos en que dicha ley expresa, no viola el principio de igualdad porque comprende a todos los litigantes que se encuentran en las mismas condiciones ⁽²⁶⁾. En cambio, lo viola la práctica de algunos juzgados de acordar al Banco de la Nación embargos e inhibiciones sin acreditar los extremos legales ⁽²⁷⁾.

13. Supresión de fueros y privilegios.

a) El mismo art. 28 (antes 16) declara que la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Es ésta también una de las consecuencias del principio de igualdad ante la ley, y, en su virtud, nadie puede invocar privilegios para ser juzgados por otras leyes o por otros jueces que los comunes a los demás, de acuerdo con las jurisdicciones establecidas.

(25) Corte Sup., en *Jurisp. Arg.*, t. 7, pág. 79; t. 26, pág. 1304.

(26) Corte Sup., en *Jurisp. Arg.*, t. 28, pág. 530.

(27) Cám. Fed. de La Plata, en *Jurisp. Arg.*, t. 24, pág. 754.

b) No se comprende en la disposición el fuero militar y eclesiástico, porque no se trata de fueros personales sino reales, y la cláusula constitucional ha querido referirse a los antiguos privilegios de sangre y de nobleza reconocidos por las leyes españolas (28).

14. Juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.

a) El art. 29 (antes 18) de la Constitución establece que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Aun cuando el texto emplea la palabra pena, debe entenderse que se refiere a condena, es decir, a una imposición establecida por sentencia y que por lo tanto se refiere a la condena en lo criminal tanto como en lo civil. El precepto, efectivamente, comprende dos situaciones: el juicio previo y la ley anterior; y si bien en el proceso civil no puede ser un requisito de la condena la existencia de una ley anterior desde que el juez puede, en el silencio de la misma, aplicar los principios generales del derecho, indudablemente no puede haber sentencia sin juicio previo.

b) Ello significa, desde el punto de vista procesal, que sólo la sentencia dictada en un proceso tramitado de acuerdo con las formalidades legales tendrá los efectos de cosa juzgada y ejecutoriada. Supone, en consecuencia, la intervención de un tribunal, la aplicación de las normas procesales y un pronunciamiento judicial.

(28) Los fueros personales habían sido ya abolidos definitivamente, tanto en las causas civiles como en las criminales, por la ley de 5 de junio de 1823, quedando sólo subsistentes los fueros reales, por razón de la materia, en lo eclesiástico y militar. La abolición de los fueros personales no ha quitado a los tribunales militares la facultad de conocer y de juzgar de todas las infracciones a las leyes que rijan al ejército y a la armada (Corte Sup., *Fallos*, t. 54, pág. 577).

15. Juez natural.

a) El mismo artículo agrega que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Se entiende por juez natural al designado por la ley para entender en un litigio según la materia del mismo o las circunstancias personales del litigante, es decir, de acuerdo con disposiciones que reglamentan la competencia de los jueces.

b) Consecuentemente con este principio, el derecho procesal legisla una institución mediante la cual se hace efectiva esa garantía pues permite substraer el conocimiento del proceso a un juez que, por la ley, no le corresponde entender. Esa institución es la incompetencia de jurisdicción que puede proponerse ante el juez a quien se considera incompetente para que se desprenda de la causa (declinatoria) o ante el juez que se considera competente para que tome intervención en la misma y haga cesar la del que se pretende incompetente (inhibitoria).

c) No se vulnera el principio constitucional porque sea uno en vez de otro de los jueces permanentes, el que conozca de la causa con arreglo a la competencia que estime corresponderle ⁽²⁹⁾ o cuando los jueces de la capital, determinando sobre su propia competencia, aplican sus leyes y establecen dentro de ellas el competente para conocer en el caso que se les someta ⁽³⁰⁾.

16. Inviolabilidad de la defensa en juicio.

a) El derecho de defensa es inherente al hombre y la Constitución lo consagra declarando que es inviolable la defensa en juicio de las personas y de los derechos (art. 29, antes 18). Es éste uno de los principios más fecundos en

(29) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 34, pág. 306.

(30) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 33, pág. 1001.

materia procesal, y cuya aplicación ha dado lugar a una interesantísima jurisprudencia.

b) Citaremos algunos casos para precisar el sentido y el alcance del precepto. La garantía de la defensa en juicio no supone que los litigantes deban ser oídos y tengan derecho de producir su prueba en cualquier momento y sin ninguna restricción de forma, sino que deben encontrarse en condiciones de hacer valer sus derechos de acuerdo con las leyes procesales, las que pueden reglamentar esa facultad restringiéndola o limitándola para hacerla compatible con análoga facultad de los demás litigantes y con el interés social de obtener una justicia eficaz ⁽³¹⁾. En consecuencia, las leyes de procedimiento pueden reglamentar la defensa en juicio ⁽³²⁾ exigiendo firma de letrado ⁽³³⁾; establecer el número de instancias ⁽³⁴⁾; fijar el número de audiencias ⁽³⁵⁾; establecer la oportunidad y condiciones en que ha de rendirse la prueba ⁽³⁶⁾; prohibir a las mujeres el ejercicio de la procuración judicial ⁽³⁷⁾; establecer la forma de las notificaciones ⁽³⁸⁾, etc. En cambio, se viola la garantía constitucional cuando se declara simulado o fraudulento un acto sin oír a los que intervinieron en su celebración y con-

(31) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 4, pág. 466; t. 6, pág. 135; t. 21, pág. 583; t. 30, pág. 20; t. 62, pág. 338; t. 65, pág. 302; t. 66, pág. 16; t. 68, pág. 849; t. 69, pág. 586.

(32) Corte Sup., *Fallos*, t. 83, pág. 325.

(33) Corte Sup., *Fallos*, t. 113, pág. 229; t. 202, pág. 47. La Constitución garantiza la libertad de defensa por sí mismo, y por eso opina Jorjé (*Manual*, t. 1, pág. 245), no podría imponerse la representación obligatoria en juicio. Sobre este tema volveremos al estudiar la representación en juicio.

(34) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 36, pág. 1240.

(35) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 13, pág. 5.

(36) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 21, pág. 583; t. 37, pág. 710. C.ám. Civ. 1^a, en *Jurisp. Arg.*, t. 34, pág. 790.

(37) Corte Sup., *Fallos*, t. 42, pág. 274.

(38) Corte Sup., *Fallos*, t. 108, pág. 353.

tra los cuales pueden resultar responsabilidades ⁽³⁹⁾; si se declara la nulidad de un contrato de venta sin la intervención del vendedor ⁽⁴⁰⁾; si se reglamenta la visita de los hijos menores al padre sin intervención de la esposa ⁽⁴¹⁾, etc.

(39) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 5, pág. 125.

(40) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 6, pág. 328.

(41) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 8, pág. 486. Por la trascendencia del tema mencionaremos otros pronunciamientos posteriores a nuestra primera edición. Importa una violación de la garantía de la defensa el hecho de que el tribunal de segunda instancia haya admitido y tratado, sin audiencia de la contraparte, una cuestión planteada recién en ella al presentarse un memorial (Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, 1946-II, pág. 846). Pugna con la garantía constitucional de la defensa en juicio la sentencia de un tribunal de apelación, que al declarar la nulidad de algunos trámites del juicio cumplidos con el mandatario sustituto (entre otros la notificación de la sentencia de primera instancia), declara firme la sentencia apelada. Así, el fallo es contradictorio y condena a una de las partes sin que ella haya intervenido debidamente en los trámites (Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, 1947-I, pág. 866). Es contraria a la garantía de defensa en juicio, la aplicación de una multa sin haber oído al inculcado ni recibido sus descargos (Cám. Fed. Capital, *Jurisp. Arg.*, 1945-I, pág. 405). Esencialmente hay proceso aunque la causa no se substancie ante los tribunales judiciales si se halla sometida a un órgano administrativo investido de la facultad de dictar pronunciamientos irrevisibles por la justicia y porque hay proceso hay que darse ocasión para que la defensa se produzca en la oportunidad y en la forma prevista por las leyes procesales (Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, 1942-IV, pág. 115, con nota de Sgora: *El procedimiento penal administrativo*). La garantía de la defensa en juicio requiere que en el orden normal de las instituciones los derechos de los habitantes no sean definitivamente dilucidados sin que se oiga a sus titulares y se les permita invocar y probar los hechos que considere conducentes a su defensa (Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, 1950-I, pág. 235). A los fines de la garantía constitucional de la defensa en juicio la audiencia del interesado supone la leal información del mismo respecto de la existencia de la cuestión que le incumbe, puesto que lo tutelado por dicha garantía no es la mera formalidad de citar a los litigantes, sino la posibilidad de su participación efectiva y útil en el litigio (Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, 1950-I, pág. 235). Se viola la garantía constitucional de la defensa en juicio al declarar por el tribunal superior que la recurrente ha perdido la patria potestad sin haberla oído, fundándose en la declaración de que la cuestión respectiva habría sido excluida de la litis, en virtud de decisión consentida

c) Merece especial mención el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según el cual la sentencia que intima el desalojo de una propiedad sin que el ocupante que alega derechos sobre ella haya sido oído y vencido en juicio, es contraria a la garantía constitucional de la libertad de defensa y por ello procede su amparo mediante el recurso extraordinario que autoriza el art. 14 de

por las partes (Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, 1950-I, pág. 235). Se viola el derecho de defensa con las medidas precautorias que afectan el patrimonio de los ex socios de una sociedad de responsabilidad limitada si se refieren a obligaciones que derivan de las condenaciones recaídas contra ésta en un juicio seguido en rebeldía, habiéndose publicado la disolución de la demandada con anterioridad a la notificación de la demanda (Corte Sup., *La Ley*, t. 67, pág. 198). No existe privación ni restricción substancial de la defensa en juicio, que haga procedente el recurso extraordinario, cuando la parte que invoca ese agravio tuvo conocimiento de las pruebas acumuladas en el juicio, pudiendo formular respecto de ellas todas las objeciones y presentar los elementos de descargo que estimó convenientes (Corte Sup., *La Ley*, t. 69, pág. 121). No existe violación de la garantía constitucional de la defensa en juicio si quien la alega voluntariamente no compareció a defenderse en la causa incoada en su contra (Corte Sup., *La Ley*, t. 61, pág. 217). No afecta al orden público ni al derecho de defensa la renuncia al derecho a oponer excepciones hecha por el deudor hipotecario en la escritura pública respectiva (Cám. Nac. Civ., *Jurisp. Arg.*, 1953-IV, pág. 422). Consentida una regulación de honorarios por el autor de los trabajos respectivos que la solicitó, hay cosa juzgada en cuanto al límite máximo que la misma comporta para quienes están obligados a su pago; de modo que si éstos han apelado de la regulación por alta, el tribunal de alzada no puede, sin agravio constitucional, elevarla, lo que significaría modificarla en el punto que está contenida (Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, 1954-IV, pág. 185). Procede el recurso extraordinario contra la sentencia que, sin substanciar las defensas aducidas, las desestima en violación de la garantía de la defensa en juicio. El consentimiento del desalojo, dispuesto en el juicio de expropiación, no autoriza la desestimación lisa y llana de la oposición a ese desalojo formado posteriormente, fundado en una ley posterior (Corte Sup., *La Ley*, t. 65, pág. 641). La garantía constitucional de la defensa en juicio se considera vulnerada a los efectos del recurso extraordinario cuando el interesado no es oído y no se le brinda la oportunidad de producir prueba que tienda a justificar su derecho (Corte Sup., *La Ley*, t. 76, pág. 196).

la ley 48 ⁽⁴²⁾. Como consecuencia, el mismo tribunal ha declarado que las facultades otorgadas al Banco Hipotecario Nacional por los arts. 73, de la ley 8172, y 71, inc. 4º, de la ley 10.676, para requerir por sí solo el auxilio de la fuerza pública a los efectos de tomar en su caso la posesión del bien hipotecado y desalojar a sus ocupantes, se refieren a las relaciones del Banco con sus deudores o con quienes a nombre de éstos ocupen el bien, pero de ningún modo pueden ejercitarse contra terceros que invocan derechos propios de posesión sobre el bien hipotecado y que no tienen vinculación contractual alguna ni con el deudor ni con el Banco, porque ello importaría un desalojo violatorio de la garantía de libertad de defensa, procediendo en tal supuesto el correspondiente interdicto de recobrar la posesión y, en su caso, el amparo del tribunal mediante el recurso extraordinario ⁽⁴³⁾.

d) Una de las consecuencias más importantes de la libertad de defensa con relación al proceso es el principio de contradicción, en virtud del cual, los actos procesales de una de las partes están sujetos al control de la otra. De allí deriva la institución de la audiencia (verbal o escrita), que permite al juez conocer las pretensiones de ambos litigantes;

Es procedente el recurso extraordinario (art. 14, ley 48) contra la sentencia que omite considerar y decidir puntos comprendidos en el pleito y conducentes a la solución, pues ello la destituye de fundamento. En el caso la demandada invocó que las gratificaciones reconocidas a sus empleados insumiría regularmente una proporción superior al 80 % de sus ganancias, lo que impediría reconocerles el carácter de habilitación inalterable, dado que significaría imposibilitar la subsistencia económica de la empresa. Se deja sin efecto la sentencia apelada y se ordena que la Sala del tribunal apelado que sigue en orden de turno dicte nueva sentencia con la consideración completa de la prueba (Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, 1955-I, pág. 405).

(42) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 2, pág. 864; t. 4, pág. 294; t. 32, pág. 919; t. 65, págs. 18 y 302.

(43) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 64, págs. 381 y 387; t. 65, págs. 18 y 302.

el traslado, que es el modo de comunicación entre las partes, y la notificación, que es el acto de poner en conocimiento de las mismas las resoluciones judiciales. Sobre ellas volveremos al estudiar los actos jurídicos procesales.

17. Validez de los actos procesales de una provincia en otra.

a) En su art. 7 la Constitución establece que los actos públicos y los procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás y el Congreso puede, por leyes generales, determinar cuál será la forma probatoria de esos actos y procedimientos y los efectos legales que producirán. En ejercicio de esa facultad, el Congreso dictó la ley 44, modificada por la ley 5133, disponiendo que sean tenidos por auténticos los actos y leyes de las legislaturas, Poder Ejecutivo y Poder Judicial de las provincias debidamente legalizados (⁴⁴).

b) Pero los procedimientos judiciales a que estas leyes se refieren son aquellos que, observados por un tribunal de provincia, se quiere hacer valer ante los jueces de otra como comprobantes o títulos de algún derecho y, en consecuencia, no comprende las cartas rogatorias (exhortos) y oficios que los jueces se dirigen entre sí, encargándose el desempeño de diligencias relativas a asuntos de que conocen, de modo que ellos no requieren más que la firma del juez y del secretario con que actúa (⁴⁵). Para el efecto, los tribunales de la capital federal son asimilados a los de una provincia (⁴⁶).

c) Por aplicación de estos principios, se ha establecido que la nulidad de un procedimiento judicial sólo puede ser resuelta por los mismos tribunales de la provincia en que

(14) BRENER, *Estudio de la ley 44*, en *Gac. del Foro*, t. 134, pág. 13.

(45) Corte Sup., *Fallos*, t. 2, pág. 188; t. 72, pág. 249; *Jurisp. Arg.*, t. 41, pág. 562; t. 47, pág. 751.

(46) Corte Sup. (2º), *Jurisp. Arg.*, t. 8, pág. 603; t. 64, pág. 692.

esos procedimientos hubiesen tenido lugar, en virtud de recursos legales directamente interpuestos ante ellos, y mientras esto no se verifique y los actos de procedimiento se hallen en vigor en dicha provincia, deben ser tenidos por válidos y surtir los mismos efectos en toda la República ⁽⁴⁷⁾. Esto, se entiende, a condición de que emanen de tribunales con jurisdicción sobre las cosas y las personas a que afecten y siempre que se trate de actos judiciales que no importen una extralimitación de facultades en lo relativo a la competencia, porque ella es la base en que debe fundarse la validez de un fallo, y, de lo contrario, la sentencia carece de eficacia como decisión irrevisible en el concepto del art. 7 de la Constitución ⁽⁴⁸⁾. Tampoco debe interpretarse esta cláusula y sus leyes reglamentarias en el sentido de que puede imponerse en el territorio de una provincia las leyes de otra cuando las de aquélla establezcan requisitos aplicables a sus habitantes pero las de ésta no los contenga ⁽⁴⁹⁾.

d) También por aplicación de los mismos principios ha sido declarada la inconstitucionalidad de las disposiciones de algunas leyes provinciales que exigen como requisito previo la protocolización en el registro de un escribano local para la inscripción en el registro de la propiedad de las escrituras públicas otorgadas en otras provincias, testimonios de testamentos, declaratorias de herederos e hijuelas expedidas por

(47) Corte Sup., *Fallos*, t. 112, pág. 32; t. 17, pág. 286. La sentencia pronunciada por un juez de la capital federal (o de una provincia) con competencia admitida para entender en el juicio, tiene en toda la República la calidad de cosa juzgada. Las deficiencias de orden legal que contuviera, sólo puede cuestionarse por parte legítima ante la jurisdicción del juez de la causa ejercitando los recursos concedidos por las leyes procesales que rigen en esa jurisdicción (Corte Sup., en *Jurisp. Arg.*, t. 38, pág. 927). La información aprobada por un juez de lo civil debe ser admitida por uno de lo federal, ante quien gestiona la rectificación del apellido en una carta de ciudadanía (Cám. Federal de La Plata. *Jurisp. Arg.*, t. 68, pág. 21).

(48) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 11, pág. 960.

(49) Corte Sup., *Fallos*, t. 31, pág. 62.

tribunales de diferente provincia (⁵⁰), así como las que exigen la inscripción de un título en dichos registros para acreditar el dominio (⁵¹). Se ha establecido, igualmente, que los tribunales de una provincia están obligados a dar cumplimiento a una carta rogatoria en la que se autoriza al síndico de un concurso para actuar en papel común, con cargo de oportuna reposición, aunque las leyes de la provincia exijan el previo pago de un impuesto o impongan la actuación en papel sellado (⁵²).

(50) Corte Sup., en *Jurisp. Arg.*, t. 4, pág. 160; t. 65, pág. 297 (con referencia a la Capital Federal); t. 52, pág. 359 (Catamarca); t. 66, pág. 1020 (San Luis); t. 69, pág. 868 (Córdoba); t. 70, pág. 205 (Mendoza). La Sup. Corte de Buenos Aires (*Jurisp. Arg.*, t. 70, pág. 136), así como la Cám. Civ. 2ª de La Plata, insisten en la exigencia de la protocolización (*Jurisp. Arg.*, t. 66, pág. 343), en tanto que la Cám. 2ª se ha sometido al criterio de la Corte Sup. (*Jurisp. Arg.*, t. 66, pág. 347). Como consecuencia de la resolución de la Corte, el Registro de la propiedad de la Capital Federal ha dictado la siguiente reglamentación: Art. 1. Todo testimonio legalizado de actos pasados en provincias deberá presentarse juntamente con los certificados que expida este Registro (art. 24 de la ley 1893) y los de Obras Sanitarias y municipales que justifican el pago de impuestos (art. 278 de la citada ley). Además, deberá acompañarse el "Corresponde" que se agregara por la transferencia o acto a inscribir, de acuerdo con la ley 11.290. Art. 2. En los casos en que se presente el testimonio y no se acompañen los certificados y el sellado a que se refiere el art. 1, deberán expresarse por nota en ésta las circunstancias de aquellos documentos estableciendo la numeración de los certificados o del sellado, o estampillas o recibos que acrediten el pago. Art. 3. En los formularios que se presenten en los documentos de conformidad al decreto del Poder Ejecutivo 104.961, se transcribirá la nota a que se refiere el art. 2. Art. 4. La presentación de documentos a que se refiere esta resolución deberán efectuarla los escribanos con registros en esta capital, o por los propios interesados, previa justificación de su identidad. Ver también *Jurisp. Arg.*, 1944-II, pág. 389; 1945-I, pág. 718.

(51) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 52, pág. 359.

(52) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 59, pág. 19.

*Fuentes subsidiarias*18. La jurisprudencia ⁽⁵³⁾.

a) Frecuentemente se someten a la decisión judicial cuestiones que no han sido previstas por la ley o cuyos preceptos no son suficientemente claros, sin que el juez pueda negarse a resolverlas bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley (I, 18). Para ello debe investigar la voluntad del legislador, examinar los antecedentes de la ley, compararla con las legislaciones extranjeras, consultar la opinión de los autores y crear, si fuese necesario, la regla de acuerdo con la cual debe resolverse la cuestión propuesta.

Si bien es verdad que la sentencia sólo tiene valor respecto del caso decidido, es indudable que cuando una cuestión ha sido resuelta en un sentido determinado, **constituye** un precedente aplicable a situaciones análogas mientras las circunstancias no varíen. El juez, en tales casos, suple y quizá con ventaja, la omisión del legislador y a veces se le anticipa. En efecto, la ley, según hemos dicho, no es una creación arbitraria de la razón sino el producto de una formación lenta en la conciencia del pueblo, que luego se concreta en un texto legal. Los hechos preceden así, unas veces

(53) GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé* (2ª), t. 2, pág. 138; PERRAU, *Técnica de la jurisprudencia en derecho privado*; MOREL, *Traité élémentaire* (2ª), pág. 17; COLMO, *La Justicia*, pág. 175; SALVAT, *Derecho civil (Parte general)*, nº 27; MÉNDEZ CALZADA, *Rol de la jurisprudencia entre las fuentes subsidiarias* (*Jurisp. Arg.*, t. 20, doct., pág. 120); JOFRÉ, *Manual*, t. 1, pág. 53; GONNET, *El valor de la jurisprudencia* (*Jurisp. Arg.*, t. 12, doct., pág. 49); ANASTASI, *Prólogo del Repertorio de Jurisprudencia Argentina*; DE DIEGO, *La jurisprudencia como fuente del derecho*; ITALO A. LUDEK, *Concepto, función y técnica de la jurisprudencia* (*Rev. de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Santa Fe, 1944, pág. 73); BIELSA, *Ideas generales sobre la función de la jurisprudencia*, Rosario, 1942; CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente* (*Rev. Trim. di Diritto e Procedura Civile*, Milán, 1955, pág. 252).

en forma insensible, otras tumultuosamente, a la obra legislativa y es entonces cuando el juez, que respira ese ambiente y sufre la presión del sentir colectivo, lo traduce en un principio jurídico indicando al legislador una línea de conducta (54).

Por eso, aunque la jurisprudencia no tiene fuerza legal, por la autoridad que emana de la experiencia y el prestigio de los tribunales superiores, influye en forma decisiva en la vida jurídica y constituye, como en otras ramas del derecho, una fuente del derecho procesal. Bueno es hacer notar, sin embargo, que si en materia de fondo la jurisprudencia no es ya sólo interpretativa sino también constructiva, no puede afirmarse que en derecho procesal haya alcanzado el segun-

(54) Limitándonos al procedimiento, citaremos los siguientes ejemplos: El abuso de algunos litigantes al llenar con domicilios supuestos los documentos subscritos en blanco en esa parte por sus deudores, con el propósito de que éstos ignoraran la existencia del juicio hasta el momento de la ejecución de la sentencia, obligó a los jueces a desconocer la validez de esos domicilios constituidos en documentos privados, y poco después el art. 12 de la ley 11.924, sobre organización y procedimiento de la justicia de paz letrada en la Capital, estableció expresamente que los domicilios especiales constituidos en las obligaciones no surtirán efecto legal para establecer la jurisdicción, sin distinguir ya entre documentos públicos y privados. La Corte Suprema declaró inconstitucional esta disposición, no obstante lo cual en la práctica continúa aplicándose respecto de los documentos privados mediante el desconocimiento de la eficacia del domicilio así constituido mientras no sea reconocida la firma del instrumento por el deudor. El art. 480 del cód. de proc. dispone que no se trabará embargo en el lecho cotidiano del deudor, su mujer e hijos, en las ropas y sus muebles de indispensable uso, ni en los instrumentos necesarios para la profesión, arte u oficio que ejerzan, pero como el art. 3883 del cód. civil, que tiene primacía por ser ley nacional, establece un privilegio en favor de los créditos por arrendamientos sobre los muebles introducidos en la finca locada, para evitar situaciones angustiosas los jueces se vieron en la necesidad de establecer algunas excepciones, lo que determinó la sanción de la ley 12.296, que modificó la disposición del código civil incorporando el precepto procesal.

do período, pues son pocos los casos que podrían citarse en ese sentido (55).

b) Pero la diversidad de tribunales crea el peligro de interpretaciones contradictorias, por lo que para asegurar la unidad de la jurisprudencia existe en algunos países un tribunal superior especial llamado Corte de Casación, del que nos ocuparemos al estudiar la organización de la justicia (IX, 16), y del cual puede obtenerse, mediante la interposición del recurso correspondiente, la declaración de invalidez de una sentencia que no se ajuste a la doctrina por ella sentada en la materia, con la particularidad de que su pronunciamiento se limita a declarar si el derecho ha sido bien o mal aplicado en el caso, sin entrar a considerar los hechos, de manera que no constituye una tercera instancia y por consiguiente puede decirse que la verdadera función del tribunal es la defensa objetiva de la ley, fijando obligatoriamente su verdadera interpretación.

Entre nosotros, la aplicación de los códigos de fondo sancionados por el Congreso nacional corresponde a los tribunales nacionales o provinciales según que la causa caiga dentro de su respectiva competencia por razón de la materia, el lugar o las personas, de acuerdo con lo dispuesto por

(55) Como indicio de esta tendencia pueden citarse algunos fallos de los tribunales de la Capital sobre acumulación subjetiva y de autos (VI, 9, 12), cuya doctrina ha sido recogida en la reciente ley 14.237 de reformas al código de procedimientos. MOREL (*loc. cit.*) hace notar que el valor de la jurisprudencia es mayor respecto de las reglas substanciales en materia de procedimiento que en las de simple forma. Es así que ha establecido diversos principios respecto de los cuales la ley nada dice (intervención de terceros en juicio, condiciones de admisión de la acción, elementos de conexidad, etc.), que hoy tienen fuerza de ley. En cambio, en las reglas propiamente de forma, su influencia es menor, pues no puede eximir a las partes del cumplimiento de las formas prescriptas, ni puede, al contrario, establecer formas que la ley no ordena, aunque puede aplicar por analogía las formalidades de un acto o institución a otro cuando la necesidad de la defensa o el interés de los litigantes lo exija.

el inc. 11 del art. 68 (antes 67) de la Constitución nacional, por lo que muchas veces una misma cuestión es resuelta de distinta manera según la forma como el tribunal a quien corresponda decidir interprete la norma legal aplicable. De ahí que la doctrina y las asociaciones profesionales hayan reclamado insistentemente de tiempo atrás la creación de una Corte Nacional de Casación, y que respondiendo a esa exigencia la Constitución de 1949 haya atribuido a la Corte Suprema de Justicia las funciones de tribunal de casación, estableciendo que la interpretación que ella haga de los códigos y leyes por recurso de casación (refiriéndose a los sancionados por el Congreso de acuerdo con el art. 68, inc. 11, es decir con exclusión de los de carácter procesal), será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales y que una ley reglamentará el recurso de casación y para obtener la revisión de la jurisprudencia. Pero esta ley no ha sido aun dictada y por consiguiente el recurso no funciona, por lo cual algunos tribunales han declarado que el carácter obligatorio que el art. 95 de la Constitución de 1949 asigna a los pronunciamientos de la Corte Suprema no rige en cuanto a las interpretaciones de los códigos y leyes comunes mientras no se reglamente el recurso de casación ⁽⁵⁶⁾, entendiéndose, no obstante, que debe se-

(56) Cám. Nac. Civ. (C), *La Ley*, t. 63, pág. 242; Sup. Corte Buenos Aires, *Jurisp. Arg.*, 1951-I, pág. 223; 1951-III, pág. 93; 1952-I, pág. 188; *La Ley*, t. 62, pág. 426; Cám. 2ª Civ. y Com. La Plata, *Jurisp. Arg.*, 1951-II, pág. 80; Sup. Tribunal San Luis, *Jurisp. Arg.*, 1949-IV, pág. 619. FRIAS (*La supremacía de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, *Jurisp. Arg.*, 1951-III, doct., pág. 23) se pronuncia por la obligatoriedad, porque podría aplicarse el argumento del Procurador General de la Nación en materia constitucional de que la doctrina de la Corte ha sido elevada a la categoría de derecho positivo, pues siguiendo la terminología de COOLEY, se trata de una disposición directamente operativa, es decir, cuya aplicación no está supeditada a reglamentación. Pero observa DEVEALI (*Derecho del trabajo*, 1951, pág. 287), que esta afirmación es excesiva, porque la Corte puede modificar su jurisprudencia y en segundo lugar porque las decisiones de la Corte no

guirse el criterio fijado por la Corte Suprema si en el caso existen soluciones jurisprudenciales contradictorias ⁽⁵⁷⁾. Es de advertir que la Corte Suprema tenía ya establecido que los jueces y Cámaras federales de apelaciones deben conformar, en principio, sus sentencias a las reglas que ella hubiera establecido en la interpretación de los códigos y leyes comunes cuando les correspondiere aplicarlos en razón de su competencia, sin que ello importe, sin embargo, una obligación legal ^(57/1).

Algunos códigos de provincias legislan el recurso de casación o el de "inaplicabilidad de ley o doctrina legal", que es una modalidad de aquél, atribuyendo su conocimiento al tribunal superior de su jurisdicción, pero sus resoluciones no son recurribles ante los tribunales nacionales cuando deciden cuestiones de derecho común o de carácter procesal. De ello nos ocuparemos al estudiar los recursos en general (XXX, 38).

c) El art. 14 de la ley nacional 48 permite llevar ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por vía de recurso extraordinario de apelación, las sentencias dictadas por los tribunales de provincia y del fuero federal cuando de cualquier manera contraríen un precepto de la Constitu-

tienen fuerza de ley. El art. 28 de la ley 13.998 establece que las Cámaras nacionales de apelaciones se reunirán en pleno (Inc. b) para "unificar la jurisprudencia de las Salas o evitar sentencias contradictorias cuando no exista interpretación de la Corte Suprema". Interpretando esta disposición ha dicho la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en pleno (*Jurisp. Arg.*, 1953-III, pág. 54), que ella se refiere al supuesto de decisiones dictadas por la Corte como tribunal de casación, de tal modo que mientras no se dicte la ley reglamentaria pertinente el plenario no está vedado sino en materia relativa a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes cuando al respecto existe una decisión de la Corte.

(57) Cám. Nac. de Paz, *La Ley*, t. 62, pág. 492.

(57/1) *Fallos*, t. 9, pág. 53. Posteriormente la Corte aplicó también este criterio respecto de los tribunales locales de provincia (*Jurisp. Arg.*, t. 63, pág. 10).

ción nacional. En cierto modo, este recurso participa de los caracteres de la casación, pues la Corte no examina las cuestiones de hecho sino exclusivamente el aspecto constitucional: si la queja es fundada, revoca la sentencia, y en caso contrario desestima el recurso. Por eso el art. 15 de la misma ley 48 establece que la interpretación que los tribunales de provincia hicieren de los códigos civil, comercial, penal y de minería, no darán lugar a la interposición del recurso, de modo que la función de la Corte en los casos en que el recurso procede, se limita a mantener la supremacía de la Constitución y unificar la jurisprudencia a su respecto.

En diversos pronunciamientos la Corte Suprema había ya establecido la obligatoriedad para todos los tribunales de la República de sus decisiones cuando ellas fijen la interpretación de un precepto constitucional (^{57/2}), pero esa obligatoriedad resultaba sólo de la circunstancia de que en caso contrario se declaraba procedente el recurso extraordinario. La Constitución de 1949 la ha consagrado en forma expresa estableciendo en su art. 95 que la interpretación que la Corte Suprema haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales y que una ley reglamentará el procedimiento para el recurso extraordinario y para obtener la revisión de la jurisprudencia.

Con posterioridad a la reforma constitucional, el alto

(57/2) El desconocimiento de las decisiones adoptadas por la Corte Suprema importa un agravio constitucional y cuando ello se produce mediante una sentencia del tribunal superior a que se refiere el art. 14 de la ley 48, el recurso extraordinario es la vía indicada para restablecer el imperio de la decisión desconocida. El fallo de un tribunal provincial por el cual admite que a un contribuyente se le cobre un tributo que la Corte Suprema declaró inconstitucional en juicio ordinario seguido ante sus estrados —y que fué consecuentemente devuelto—, importa desconocer la decisión pronunciada en esa causa (Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, 1946-IV, pág. 758, y fallos allí citados).

tribunal dictó un importante pronunciamiento, no sólo porque en él se fija el alcance de la obligatoriedad de su interpretación en materia constitucional, sino por haber admitido un recurso extraordinario de apelación no obstante no estar encuadrado el caso en los supuestos del art. 14 de la ley 48 y no haberse dictado aún la ley reglamentaria del recurso que previene el art. 95 de la Constitución. En efecto, la Corte ha dicho: "La Constitución establece en su art. 95 que la interpretación que de sus artículos haga la Corte Suprema de la Nación por recurso extraordinario, debe ser aplicada obligatoriamente por los jueces nacionales y provinciales". Por consiguiente, corresponde el recurso extraordinario, aunque no encuentre apoyo en el inc. 2º del art. 14 de la ley 48 cuando el fallo recurrido se aparta de la interpretación que en casos análogos ha hecho la Corte Suprema respecto al alcance de la Constitución nacional. La Corte Suprema no puede negarse a entender en una causa que le llega mediante el recurso extraordinario sólo porque el fallo recurrido es contrario a la validez de la ley provincial que fué tachada como violatoria de la Constitución nacional; si dicho fallo está en desacuerdo con la interpretación de la Constitución nacional hecha por la Corte Suprema en causas análogas, el art. 95 de la Constitución la obliga a revocar el fallo, a pesar de lo dispuesto en el inc. 2º del art. 14 de la ley 48. La supremacía de la norma del art. 95 de la Constitución, que resulta de lo dispuesto por ella en el art. 22, no puede ser obstaculizada por la carencia de una ley procesal reglamentaria, ya que es ineludible lograr la efectividad de la observancia estricta de dichos preceptos constitucionales (57/3).

Comentando este pronunciamiento, Ayarragaray (57/4) expresa que la Corte ha procedido correctamente, porque no

(57/3) *Jurisp. Arg.*, 1950-II, pág. 166.

(57/4) *Sentencias obligatorias*, Buenos Aires, 1950. Publicado también en *Jurisp. Arg.*, como nota al fallo precedentemente citado. Ver

se trata de la aplicación del art. 14 de la ley 48 sino del art. 95 de la Constitución. Ello importa establecer, observa, que el recurso extraordinario procede aun cuando no se hubiera cuestionado el caso federal, ni el pronunciamiento sea definitivo, ni concurran los demás requisitos del art. 14 de la ley 48, bastando que la sentencia del tribunal superior se aparte de la interpretación de la Corte en materia constitucional hecha en casos análogos. Pero la Corte, continúa, no debió ampliar el recurso extraordinario contenido en los tres incisos del art. 14 de la ley 48 sino declarar que, en cuanto establece una incompatibilidad con el art. 95 de la Constitución, esa disposición resulta ahora inconstitucional. Hace notar, por último, que la obligatoriedad comprende no sólo a los jueces nacionales y provinciales sino también a los órganos de la administración.

En un trabajo posterior, Ayarragaray^(57/5), completando su pensamiento, manifiesta que el medio de llevar el caso a la Corte sería un recurso de amparo fundado en el mismo texto del art. 95, que autorizaría una presentación directa ante la Corte, aplicándose el procedimiento del recurso de queja por denegación de justicia (art. 229 de la ley 50). Pero es de advertir que la Corte ha declarado que no corresponde la presentación directa ante ella bajo el pretexto de que una autoridad viola la jurisprudencia del tribunal, pues debe procederse por la vía del recurso extraordinario^(57/6).

Refiriéndose al mismo pronunciamiento, dice Frías^(57/7) que es necesario hacer un distingo. Cuando una norma es incompatible con el precepto constitucional, la supremacía

también sobre sentencias obligatorias: BECENNA, *Magistratura y justicia*, pág. 119.

(57/5) Frente al art. 95 de la Constitución nacional. Acatamiento o subversión. *Jurisp. Arg.*, 1954-III, doct., pág. 28.

(57/6) *Jurisp. Arg.*, 1951-III, pág. 155.

(57/7) *La supremacía de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, *Jurisp. Arg.*, 1951-III, doct., pág. 23.

de la Constitución se opera mediante una declaración de inconstitucionalidad. Cuando no es incompatible sino insuficiente, la jurisprudencia debe suplir o integrar el texto, fijando su inteligencia cabal; pero la interpretación supletiva o la integración sólo es posible en cuanto el espíritu o finalidad del precepto lo permita; en caso contrario habrá incompatibilidad. En el caso, concluye, la Corte ha hecho una interpretación supletiva que el texto no permitía, y lo que debió hacer es declarar mal concedido el recurso, y si éste hubiera sido planteado correctamente, declarar la inconstitucionalidad del art. 14 de la ley 48.

En nuestra opinión el recurso ha sido bien concedido y no es necesario declarar la inconstitucionalidad del art. 14 de la ley 48, porque la Corte estima que la violación de su jurisprudencia importa desconocer la obligatoriedad de sus fallos establecida por el art. 95 de la Constitución y en consecuencia hay caso federal que autoriza el recurso, supliendo la insuficiencia del art. 14 de la ley 48 que no pudo prever entre sus supuestos el que ahora surge del texto constitucional (57/8).

(57/8) Consideramos del mayor interés, el caso que vamos a resumir, porque en él la Corte ha tenido oportunidad de aplicar los principios precedentemente expuestos. El actor, que se desempeñaba como empleado en una entidad comercial desde 1912, y que en junio de 1949 recibió el preaviso de despido por hallarse en condiciones de jubilarse, demandó a aquélla ante la justicia laboral por cobro de pesos en concepto de indemnización por despido. En ambas instancias del fuero del trabajo la acción prosperó y se condenó a la demandada a pagar la suma exigida. Planteado por ella el recurso extraordinario, le fué denegado, pero la Corte Suprema lo declaró procedente, porque no obstante fundarse la demanda en las disposiciones de la ley 11.729 que es de derecho común, se hallaba en tela de juicio la interpretación del decreto 31.665/44, de jubilaciones de empleados de comercio, y por consiguiente comprendida en el inc. 3º del art. 14 de la ley 48. Abierto el recurso, la Corte revocó la sentencia apelada por no ajustarse a la doctrina por ella sentada según la cual la ley 11.729 no exige que la jubilación haya sido concedida, sino que sólo esté en condiciones de obtenerla (*Fallos*, t. 220, pág. 1459; t. 222, pág. 421; t. 223, pág. 85) y

Por último, debemos también recordar que el art. 95 de la Constitución establece que una ley reglamentará el procedimiento para la revisión de la jurisprudencia y que ella no ha sido dictada hasta la fecha (57/9).

d) En la justicia ordinaria de la Capital antes de la sanción de la ley 7055 la situación no ofrecía mayor peligro, porque no existía sino una Cámara de apelaciones en lo civil y otra en lo criminal, correccional y comercial, aunque en más de una oportunidad sus resoluciones fueron contrarias. Con la reforma que esa ley introdujo al crear una nueva Cámara en lo civil surgió la posibilidad de que un texto legal fuera diversamente interpretado en un mismo fuero. Para evitarlo, el art. 6 de la ley dispuso: *En caso de producirse cuestiones de competencia entre dos Cámaras, el presidente de la que primero hubiese conocido las reunirá en tribunal y la decidirán por mayoría de votos* (58). *Si hubiere empate, se dará intervención a un miembro de las otras Cámaras elegido a la suerte. Igual procedimiento se seguirá en los casos en que al celebrarse el acuerdo para dictar sentencia definitiva cualquiera de las Cámaras entendiera que, en cuanto al punto en debate, es conveniente fijar*

dispuso que se dictara nuevo pronunciamiento. El tribunal del trabajo mantuvo su decisión, lo que motivó un nuevo recurso extraordinario, fundado esta vez en el desconocimiento de la sentencia de la Corte. Ésta admitió el recurso y considerando que se trataba de una revocatoria estimó que correspondía ejercitar la facultad que le confiere el art. 16 de la ley 48, por lo que se pronunció sobre el fondo rechazando definitivamente la demanda (*Jurisp. Arg.*, 1953-II, pág. 485).

(57/9) DEVELLI hace notar que la Corte de Casación italiana, cuando va a variar su jurisprudencia, lo anuncia en el fallo, pero el caso lo resuelve de acuerdo con la jurisprudencia anterior. En esta forma, dice, se evitan los sacrificios individuales injustos y no se traba la evolución de la jurisprudencia (*Rev. Derecho del Trabajo*, 1951, pág. 287).

(58) La ley 7055 no hizo salvedad alguna con relación a la regla del art. 100 de la ley 1893, la que se consideró derogada en caso de tribunal pleno (Cám. Civ. en pleno, *Jurisp. Arg.*, t. 41, pág. 782).

la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable. En su virtud las Cámaras de apelaciones en lo civil reunidas en tribunal pleno, han fijado la interpretación de numerosas disposiciones procesales (59) y lo mismo lo han hecho en

(59) Sin perjuicio de ocuparnos de ellas al estudiar las instituciones en particular, mencionaremos como las más importantes las siguientes resoluciones: El término para presentar los alegatos de bien probado vence el mismo día para todas las partes (*Jurisp. Arg.*, t. 5, pág. 12). El término para contestar el traslado de la reconvencción es de quince días (*Jurisp. Arg.*, t. 5, pág. 18). Procede la acción ejecutiva por cobro de alquileres con prescindencia de la permanencia del deudor en la finca arrendada (*Jurisp. Arg.*, t. 5, pág. 19). No es necesaria la presentación del testamento original protocolizado en el extranjero para iniciar la sucesión en la República (*Jurisp. Arg.*, t. 5, pág. 24). Los constructores de obra, aunque pongan, además de su trabajo, los materiales necesarios para su ejecución, se encuentran sometidos a la jurisdicción civil (*Jurisp. Arg.*, t. 5, pág. 25). En los interdictos procede la presentación de memorial ante la Cámara, como en los casos análogos de apelación en relación (*Jurisp. Arg.*, t. 5, pág. 27). La declaratoria de herederos en país extranjero basta para que los jueces de la República ordenen la entrega a los herederos de los bienes consumibles o fungibles (*Jurisp. Arg.*, t. 5, pág. 29). Si el demandante deduce su acción ante el juez que determina el contrato, por más que sea el de la sucesión, está obligado a arraigarla si tiene su domicilio fuera de la capital (*Jurisp. Arg.*, t. 5, pág. 35). El que ha obtenido sentencia favorable en primera instancia puede pedir embargo preventivo aunque no haya cantidad líquida, debiendo el juez con prudente arbitrio fijar la cantidad por la que debe efectuarse (*Jurisp. Arg.*, t. 5, pág. 35). Los interrogatorios deben presentarse abiertos cuando se proponen repreguntas y se trata de prueba testimonial a prooucirse fuera del asiento del juzgado (*Jurisp. Arg.*, t. 5, pág. 37). Si en el juicio ejecutivo no hay conformidad para la designación de martillero, ésta debe hacerse de oficio (*Jurisp. Arg.*, t. 5, pág. 43). El juez que ordena la venta tiene competencia para ordenar el levantamiento de los embargos e inhibiciones que pesan sobre el inmueble vendido, aunque sea otro el que lo decretó (*Jurisp. Arg.*, t. 5, pág. 44), debiendo comunicar a éste la medida ordenada (*Gac. del Foro*, t. 59, pág. 326). No puede aprobarse una información tendiente a acreditar servicios administrativos (*Jurisp. Arg.*, t. 5, pág. 45). La excepción de espera en el juicio ejecutivo debe abrirse a prueba, a fin de que se justifique por los medios que correspondan, sin que pueda exigirse que se acompañen documentos (*Jurisp. Arg.*, t. 5, pág. 48). En el juicio ejecutivo cada parte tiene derecho a nombrar

acuerdo extraordinario con la Cámara de apelaciones de lo comercial, aunque con poca frecuencia ⁽⁶⁰⁾. Pero la sanción de la ley 12.330, que dividió cada Cámara de lo civil y lo comercial en dos Salas de tres miembros cada una, planteó nuevamente, y, esta vez con mayor intensidad, el problema de la unificación de la jurisprudencia, pues existían en la Capital cuatro tribunales de apelación en lo civil y dos en lo comercial, de modo que la divergencia podía plantearse no sólo ya entre las dos cámaras de lo civil y éstas y la co-

tasador (*Jurisp. Arg.*, t. 5, pág. 54). Si el marido no proporciona a la esposa los recursos necesarios para litigar, procede la suspensión de los pleitos entre los esposos (*Jurisp. Arg.*, t. 5, pág. 59). El embargo no es trámite esencial en el juicio ejecutivo (*Jurisp. Arg.*, t. 5, pág. 62). El comprador de un inmueble en remate judicial puede oponerse a que se disponga del precio mientras no se otorgue la correspondiente escritura pública, aunque haya sido puesto en posesión (*Jurisp. Arg.*, t. 5, pág. 67). Si bien es verdad entre las excepciones que enumera el art. 539 del cód. de proc. no se menciona la compensación y sí la de pago, es evidente que procede la primera, que tiene el mismo carácter jurídico de la segunda (*Jurisp. Arg.*, t. 5, pág. 79). El auto por el que se hace saber al deudor la liquidación practicada en el juicio ejecutivo debe notificarse por cédula (*Gac. del Foro*, t. 50, pág. 214). La condenación en costas no importa solidaridad pasiva (*Gac. del Foro*, t. 58, pág. 37). La protocolización de un testamento debe hacerse con transcripción íntegra del mismo en su idioma original y la traducción (*Gac. del Foro*, t. 59, pág. 205). El derecho del perito tasador para pedir regulación de honorarios se prescribe a los diez años (*Gac. del Foro*, t. 131, pág. 19). No habiendo conformidad entre los herederos, la designación de escribano inventariador y tasador debe hacerse de oficio (*Gac. del Foro*, t. 116, pág. 139). No puede declararse de oficio la incompetencia, aunque sea en razón de la materia, después de la oportunidad fijada por el art. 87 del cód. de proc. (*Jurisp. Arg.*, t. 55, pág. 979).

(60) Pueden citarse los siguientes casos: No procede la recusación sin causa, por el actor, del juez a quien pasaron los autos por recusación del demandado, ni por los copartícipes de éste (*Gac. del Foro*, t. 59, pág. 302). Están sometidos a la jurisdicción comercial los constructores de obras cuando suministran materiales para su ejecución (*Jurisp. Arg.*, t. 32, pág. 439). La omisión del domicilio real del actor en la demanda autoriza la excepción de defecto legal (*Gac. del Foro*, t. 74, pág. 202).

mercial, sino entre las dos salas de una misma cámara. Examinemos la forma como la ley ha tratado de salvar esta dificultad y las sucesivas modificaciones.

e) El art. 3 de esa ley dispone: "Para juzgar en definitiva en juicio ordinario, formará tribunal una de las salas conforme al orden de turno, pero de *oficio o a petición de parte antes del llamamiento de autos podrá resolverse la incorporación de otros dos miembros*". La parte deberá formular su petición antes del llamamiento de autos, pero no constituye un derecho para ella sino una facultad del tribunal que podrá concederlo o negarlo ⁽⁶¹⁾; cuando fuere de oficio sólo podrá disponerse después de esa oportunidad porque es recién entonces que los jueces entran a conocer del asunto ⁽⁶²⁾.

(61) El art. 85 de la ley 1893 disponía que para juzgar en juicio ordinario las Cámaras procederán con el número íntegro de sus miembros (que eran cinco), pero podrán también hacerlo con tres o cuatro miembros, siempre que las partes no pidieran integración, o el tribunal no lo ordenase. La integración era entonces un derecho para las partes, pero el art. 5 de la ley 12330 la ha hecho facultativa del tribunal (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 71, pág. 202; t. 73, pág. 204).

(62) La interpretación de este precepto motivó una acordada de la Cám. de Apelac. en lo Com. (*Jurisp. Arg.*, t. 62, pág. 513, con nota de R. PECACH), cuya referencia es interesante, porque demuestra los inconvenientes de la defectuosa redacción de la ley. La minoría sostuvo en el acuerdo que a cada Sala corresponde decidir en definitiva y por simple mayoría de sus miembros si debe proceder a su propia integración con los de la otra Sala, pero la mayoría resolvió que a cada Sala sólo compete el derecho de resolver ante ella si es llegado el caso o no de su integración, pero en manera alguna la facultad de acordarlo o negarlo definitivamente, *no mediando unanimidad en el primer supuesto*, lo que es de incumbencia y decisión previa del *tribunal integrado*, sin perjuicio de la intervención que pueda corresponder al *tribunal plenario*. En consecuencia, es previa la integración de una Sala a cinco miembros que decida si es llegado o no el caso previsto por la ley. De acuerdo con esto, la Cámara resolvió: 1º) Cuando una Sala por *simple mayoría* acuerde o deniegue la integración del tribunal, la resolución definitiva corresponderá al *tribunal integrado*. 2º) Cuando la integración sea acordada *por unanimidad* de los miembros de una Sala, mediando oposición de los dos vocales integrantes, la resolución defi-

f) Tratándose de conflictos no ya entre Salas sino entre Cámaras, el art. 6 de la ley 7055 fué substituído por el art. 5 de la ley 12.330, que dice: *A pedido de la mayoría de los miembros de una Cámara podrá convocarse a tribunal pleno a efecto de dictar resolución definitiva en un asunto cuando esa mayoría estimara conveniente fijar la interpretación de la ley o doctrina aplicable. Si anteriormente un tribunal pleno hubiere resuelto un caso semejante para convocar nuevo tribunal pleno, será necesaria la conformidad de las dos terceras partes de los miembros de las Cámaras en lo civil y de lo comercial en su caso.* Desde luego la convocatoria a tribunal pleno era facultativa del tribunal que entendía en la causa y, por consiguiente, tampoco constituía un derecho

nitiva corresponderá al *tribunal pleno*. La redacción poco afortunada de la acordada obliga, a su vez, a interpretarla. Desde luego, el párrafo primero de la parte dispositiva se refiere a la Sala (de tres miembros), desde que establece los efectos de su pronunciamiento, en tanto que el segundo, aunque habla de tribunal integrado, se refiere a la Sala una vez integrada (de cinco miembros), que deberá pronunciarse previamente sobre la procedencia de la integración, y cuando menciona al *tribunal plenario*, ha de entenderse que se refiere a la Cámara en pleno, a quien corresponde la resolución definitiva. Sentado esto, veamos lo que puede ocurrir: 1º) Que la Sala, por *mayoría* de votos, *acuerde* la integración, en cuyo caso se sortearán dos vocales de la otra Sala, que integrarán el tribunal, debiendo resolver previamente la procedencia de la integración. 2º) Que la Sala, por *mayoría* deniegue la integración, y entonces habrá también que integrar el tribunal, porque en los fundamentos se dice y se repite en el párrafo primero, que la Sala no podrá negar *definitivamente* la integración. 3º) Que la Sala *por unanimidad* acuerde la integración, situación no prevista en la acordada. Podría suponerse que en tal caso corresponde la integración *definitiva*, pues en los fundamentos de la resolución se dice: no mediando unanimidad, es decir, que si hubiese unanimidad en el sentido de la integración ésta ya no podría ser discutida, pero ello estaría en pugna con el párrafo segundo de la parte dispositiva, porque si los dos vocales integrantes votan desfavorablemente la resolución, corresponde a la Cámara en pleno, de modo que habrá también que integrar el tribunal como en el caso anterior. 4º) Que por *unanimidad* la Sala *deniegue* el pedido. Ateniéndonos a los términos del párrafo segundo, podríamos concluir que la integración no procede, pero sería también

del litigante (⁶³). La convocatoria sería resuelta por mayoría de votos de ese tribunal pero no obligaba a la Cámara requerida, que podía negarse declarando innecesaria la reunión (⁶⁴).

g) En la justicia de paz establece el art. 23 de la ley 11.924, que la Cámara de Paz se reunirá en pleno. . . b) *para unificar la jurisprudencia cuando cualquiera de las Salas entendiera que es conveniente fijar la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable. La doctrina aceptada por la*

un error, porque el pronunciamiento de la Sala, según hemos visto, nunca puede ser definitivo. En resumen, sea por unanimidad o por simple mayoría la Sala acuerde o designe la integración, siempre habrá que integrar el tribunal, y mejor hubiera sido decirlo expresamente. Ahora bien, una vez integrada la Sala, puede suceder: 1º) Que por unanimidad se acuerde o deniegue la integración, en cuyo caso no habrá dificultad. 2º) Que la Sala por unanimidad mantenga su resolución favorable a la integración, en tanto que los dos integrantes voten en contra, situación prevista en el párrafo segundo, según el cual la resolución definitiva corresponderá a la Cámara en pleno, es decir, que se incorpora el sexto miembro de ella, lo que significa la posibilidad de un empate en la votación. 3º) Que la Sala mantenga su criterio negativo en contra de los integrantes, lo cual no está previsto en el párrafo anterior, pero que se resolverá por mayoría de votos, resultando innocua la integración. 4º) Que uno de los integrantes vote afirmativamente y otro por la negativa, lo que tampoco está previsto en la acordada, y que debe resolverse aceptando el criterio de la mayoría.

(⁶³) Cám. Civ. 1ª, en *Jurisp. Arg.*, t. 54, pág. 744.

(⁶⁴) Cám. Civ. 1ª, en *Jurisp. Arg.*, t. 58, pág. 828. Por acuerdo de 27 de junio de 1924, las Cámaras de lo Civil declararon que no procede convocar a tribunal pleno para tratar resoluciones dictadas por la Cám. de lo Com. en asunto propio. También han decidido que la reunión de las Cámaras en pleno para fijar la interpretación de la ley, sólo se refiere al caso en que ellas tengan que dictar sentencia definitiva, y como tribunal de última instancia; si por sobre la autoridad de las Cámaras existe, en un caso dado, otro tribunal que deba intervenir en grado de apelación, es al mismo a quien le corresponde establecer la doctrina aplicable; tal sería el caso en que la sentencia dictada por una Cámara fuese recurrible ante la Corte Suprema de Justicia por vía del recurso extraordinario de apelación (Cám. Civ. en pleno, en *Jurisp. Arg.*, t. 5, pág. 40).

mayoría de la Cámara plena deberá ser aplicada en las resoluciones que en lo sucesivo se dicten por las Salas de Paz. Sin embargo, el presidente procederá a convocar nuevamente a la Cámara cuando la mayoría considere necesaria la revisión de dicha doctrina. Mientras se dicta sentencia en tribunal pleno quedarán paralizados todos los demás expedientes en los cuales se plantee la misma cuestión jurídica. Los camaristas deberán dar preferencia absoluta e inmediata en el despacho al expediente que haya motivado la convocatoria. En consecuencia, la reunión en pleno de la Cámara procederá cuando cualquiera de las Salas por simple mayoría lo requiera y las otras Salas no podrán negarse, porque la ley lo establece con carácter obligatorio. Procederá también cuando la mayoría de la Cámara lo estime conveniente aunque esa mayoría estuviere formada por miembros de las distintas Salas. Pero el procedimiento para dictar la resolución es distinto que en la justicia ordinaria, porque aceptada la doctrina que corresponda por mayoría de votos, si ella es contraria al principio sustentado en el fallo recurrido, devuelve los autos al juez de la causa para que se pronuncie sobre las cuestiones no decididas expresamente, considerando que de otra manera se violaría el principio de la doble instancia. En cambio las Cámaras de apelaciones resuelven todas las cuestiones de hecho y de derecho, estimando que hubo resolución negativa respecto de las que no fueron consideradas expresamente por el inferior. Sobre este punto volveremos a estudiar el recurso de apelación.

En la justicia del trabajo, el art. 17 de la ley 12.948 dispone: “La Cámara se reunirá en pleno para unificar la jurisprudencia cuando cualquiera de las salas entendiera que es conveniente fijar la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable”.

h) La reforma constitucional de 1949 determinó cam-

bios fundamentales en la administración de justicia y en las leyes procesales, pues no sólo unificó los tribunales de la Capital federal, suprimiendo la distinción entre jueces locales y federales, sino que modificó la competencia de los tribunales nacionales. Esas modificaciones están contenidas principalmente en la ley 13.998, de Organización de la Justicia Nacional y en el Reglamento para la Justicia Nacional dictado por la Corte Suprema de Justicia el 17 de diciembre de 1952. De acuerdo con estas disposiciones las antiguas Cámaras 1ª y 2ª de apelaciones en lo civil fueron reunidas en una sola Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, dividida en cuatro Salas de tres miembros cada una; las Cámaras de Apelaciones en lo Comercial, de Paz y del Trabajo conservan su organización anterior, es decir, divididas también en Salas de tres miembros.

Con referencia al tema, el art. 28 de la ley 13.998 contiene una disposición que modifica fundamentalmente el régimen anterior, pues establece que: "Las Cámaras Nacionales de Apelaciones se reunirán en Tribunal Pleno. .

b) Para unificar la jurisprudencia de sus Salas o evitar sentencias contradictorias, cuando no exista interpretación de la Corte Suprema. La doctrina legal o interpretación de la ley adoptada en una sentencia plenaria es de aplicación obligatoria para la misma Cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales la Cámara que la pronuncie es tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces de primera instancia o de Cámara dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá volverse sobre ella como consecuencia de una nueva sentencia plenaria".

Por su parte, el art. 113 del Reglamento de la Corte establece: "Antes de dictar sentencia en las causas sometidas a su pronunciamiento, cada Sala deberá informarse de la jurisprudencia de las demás de que forma parte sobre el

punto a resolver ⁽⁶⁵⁾. En el caso de que no haya coincidencia de criterio, la Sala se abstendrá ⁽⁶⁶⁾ de dictar sentencia y se reunirá en Tribunal Pleno para fijar su jurisprudencia”.

Haremos notar, en primer término, que estas disposiciones tienen carácter general, es decir, que son aplicables a todas las cámaras de apelaciones que integran la justicia nacional, tanto en la Capital federal como en las provincias y territorios. En segundo lugar, que la formación de Tribunal Pleno ha dejado de ser una facultad de las Cámaras o Salas para convertirse en una obligación, exigible por los litigantes interesados en el pronunciamiento y cuya omisión puede ocasionar la nulidad de la sentencia ⁽⁶⁷⁾.

(65) Establece el art. 112 del Reglamento: “Las Cámaras nacionales de apelaciones compuestas de varias Salas organizarán y llevarán al día en cada una de ellas un fichero por materias que contengan la jurisprudencia no sólo del respectivo tribunal en pleno sino también de todas las salas del mismo”. Por acordada del 19 de mayo de 1951 se dictó por Cám. Nacional de Apelaciones en lo Civil el Reglamento para la Oficina de Jurisprudencia de la misma (*Jurisp. Arg.*, 1951-III, pág. 75).

(66) La Cám. Nac. de Apelaciones en lo Civil, por acordada del 31 de julio de 1951, había establecido: “Cuando de acuerdo al art. 5 de la ley 12.330 se sometiere un asunto a tribunal pleno se *podrán* paralizar todas aquellas causas en las que se hubiesen planteado situaciones similares, dictándose al efecto la providencia necesaria correspondiente por el presidente de la Cámara o Sala” (*Jurisp. Arg.*, 1951-III, pág. 345; *La Ley*, t. 65, pág. 756).

(67) De acuerdo con el art. 113 del Reglamento para la justicia nacional, ha dicho la Corte Suprema, antes de dictar sentencia en las causas sometidas a su consideración, cada Sala del tribunal debe informarse de la jurisprudencia de las demás de que forma parte sobre el punto a resolver. En el caso de que no haya coincidencia de criterio, la Sala debe abstenerse de dictar sentencia y se reunirá en tribunal pleno para fijar la jurisprudencia. Para la aplicación de la disposición referida, basta que el juzgamiento de la causa requiera la elucidación de un punto o cuestión de derecho. En el supuesto de no haberse dado cumplimiento con lo dispuesto en el art. 113 del Reglamento, es procedente el recurso extraordinario y corresponde dejar sin efecto la sentencia apelada, devolviendo la causa al tribunal de su procedencia.

i) La obligatoriedad (^{67/1}) de las resoluciones de un tribunal pleno ha sido materia de discusión y no obstante los términos expresos del art. 28 de la ley 13.998 subsisten situaciones a considerar, respecto de las cuales no hay opi-

Jurisp. Arg., 1953-IV, pág. 217; *Rev. Derecho del Trabajo*, 1953, pág. 613, con nota de DEVEALL. La norma del art. 113 del Reglamento, agregó la Corte, procura evitar la expedición de resoluciones encontradas por las Salas que integran una misma Cámara. La disidencia de uno de los camaristas, fundada en jurisprudencia contraria a la opinión sustentada por la mayoría del tribunal, acredita suficientemente la existencia de la colisión jurisprudencial, que obliga a seguir el procedimiento establecido en el art. 113. Esta omisión determina que se deje sin efecto la sentencia por la vía del recurso extraordinario, fundada en la violación de una disposición de carácter federal como es el Reglamento de Justicia. (La Sala había entendido que no correspondía la formación de tribunal pleno porque hasta entonces no existía jurisprudencia contradictoria). *La Ley*, t. 74, pág. 85; t. 75, pág. 108; t. 76, pág. 654; *Gac. del Foro*, t. 212, pág. 26. Posteriormente, en razón de que en varios tribunales provinciales se había interpretado de diversa manera una disposición de derecho común —en el caso, el estatuto del tambero mediero—, la Corte consideró afectada la garantía constitucional de la igualdad y declaró que: "Corresponde el recurso extraordinario todas las veces que la garantía constitucional de la igualdad se halle gravemente comprometida por la coexistencia de decisiones jurisprudenciales contemporáneas que al interpretar los mismos textos legales llegan a conclusiones opuestas y resuelven de manera diferente según la jurisdicción territorial que en la República corresponde a los tribunales donde se suscitan. La legislación nacional procura, además, impedir que se pronuncien sentencias contradictorias dentro de la misma jurisdicción y competencia, y la ley 14.184 propende a que haya homogeneidad en la aplicación de las leyes" (*Jurisp. Arg.*, 1954-IV, pág. 171, con nota de A. G. SPOTA). La interpretación contradictoria efectuada por dos salas de la misma cámara de los incs. 1º y 2º del art. 100 del cód. de procéd. civil y comercial, hace aplicable lo dispuesto en el art. 113 del Reglamento para la justicia nacional y por lo mismo procedente el recurso extraordinario (Corte Sup., *La Ley*, fallo 37.596). Es de advertir que tanto la Cámara de Apelaciones en lo Comercial (*Jurisp. Arg.*, t. 76, pág. 286) como la Cámara de Apelaciones de Paz (*Jurisp. Arg.*, 1947-III, pág. 710) han declarado que no existe disposición legal que autorice la reunión en pleno de las Cáms. civiles, comer-

(^{67/1}) *Supra*, nota 57/4.

nión uniforme. Algunos pronunciamientos habían ya establecido que los fallos plenarios obligan a todos los jueces, aun los disidentes (^{67/2}), solución que en su época fué cri-

cial, de paz y del trabajo, situación que no ha sido prevista por la ley 13.998, pero que tampoco puede considerarse vedada. Debe tenerse en cuenta que, respecto del concepto de jurisprudencia contradictoria a los efectos de la aplicación del art. 113 del Reglamento, la Corte Suprema ha establecido que: a) El cambio de jueces de la Sala no impide que subsista la posibilidad de que se expidan sentencias contradictorias que trata de evitar el art. 113 del Reglamento para la Justicia y dicha circunstancia no basta para obviar la aplicación de la norma mencionada; b) A los efectos del art. 113 del Reglamento es justificada la prescindencia de precedentes superados por la evolución posterior del derecho, pues lo que dicha norma procura es la no contradicción de la actual jurisprudencia; c) Que resultando de lo expresado en la sentencia de la Cámara que respecto de una de las cuestiones tratadas existe jurisprudencia distinta de otra Sala del Tribunal del 23 de febrero de 1950, cuyo voto en disidencia comparte el fallo recurrido, y que también se ha invocado, respecto del primer punto, precedentes discordantes con la solución adoptada en el caso de autos, no ha podido en consecuencia prescindirse de la formación de Tribunal Pleno y por consiguiente es procedente el recurso extraordinario ante la Corte (*Fallos*, t. 227, pág. 524; *Jurisp. Arg.*, 1954-III, pág. 47; *La Ley*, t. 74, pág. 85). Ratificando este concepto, la Corte ha declarado que no corresponde la formación de Tribunal Pleno en el caso en que los únicos fallos citados como contradictorios al recurrido fueron dictados en los años 1931 y 1933 (*Fallos*, t. 231, pág. 114). Es decir que, en el criterio de la Corte, la modificación de la Sala o la fecha de su constitución, no tienen para el caso ningún significado, como tampoco la tiene la fecha del fallo citado como precedente, salvo que fuera muy anterior. No obstante, la Cám. Nac. civ. (B) resolvió que la jurisprudencia contradictoria que de acuerdo al art. 113 del Reglamento hace procedente el Tribunal Pleno, debe emanar de una de las Salas en su actual composición, es decir con posterioridad a la ley 13.998, y que en consecuencia no corresponde tener en cuenta la jurisprudencia anterior a esa fecha (*La Ley*, t. 78, pág. 605). Naturalmente, entendemos que este pronunciamiento es equivocado.

(^{67/2}) Cám. Civ. en pleno, *Jurisp. Arg.*, t. 2, pág. 469; Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 45, pág. 89; t. 53, pág. 319; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 46, pág. 637; t. 52, pág. 523.

ticada (^{67/3}), pero que ahora está confirmada por el citado art. 28 de la ley 13.998. Ocurre, sin embargo, preguntar si esa obligatoriedad se extiende a los particulares y si en presencia de dos fallos plenarios, uno de los cuales rectifica la interpretación dada a la norma en el anterior, corresponde aplicar el segundo con efecto retroactivo a las situaciones jurídicas nacidas bajo la vigencia del primero.

La Cám. Civ. 1ª había resuelto (^{67/4}) que... 2º) Del art. 6 de la ley 7055 y del respectivo debate parlamentario se colige que a la jurisprudencia uniformada se le atribuye un valor especial, en razón de ser tan importante como la ley misma, en cuanto aquélla forma un cuerpo de derecho que se incorpora al derecho positivo de la Nación. 3º) La autoridad de un fallo plenario no se circunscribe al caso particular, ni aprovecha sólo a las partes litigantes, sino que en la mente de la ley ha estado que el fallo sea obligatorio como doctrina legal; de lo contrario se desvirtuaría en la práctica el propósito del legislador, que quiso con la reunión de las Cámaras en Pleno afianzar la misión de uniformar la interpretación jurisprudencial y hacerla obligatoria con prescindencia de su repetición durante largo tiempo. Así lo acaba de establecer el art. 23 de la ley 11.924. 4º) Las Cámaras civiles se reúnen en pleno "cuando es conveniente" fijar la interpretación de la ley o de la doctrina legal; de ese modo ejercitan una función puramente negativa en cuanto no deciden el pleito sino sólo el punto de derecho debatido. El pleito será fallado después por la Sala donde esté radicado, aplicándose la doctrina irrevocablemente fijada por el Tribunal Pleno. 5º) Las personas deben adecuar su actividad jurídica a las soluciones adoptadas por los tribunales en pleno que uniforman la interpretación que cumple dar a la ley o a la doctrina, extendiendo así su autori-

(67/3) O. R. ANIADEO, nota en *Jurisp. Arg.*, t. 2, pág. 60, nº 43.

(67/4) *Jurisp. Arg.*, t. 74, pág. 599.

dad “sobre todas las personas y hechos jurídicos”. 7º) Aunque la jurisprudencia plenaria tiene un valor especial, en virtud de que la ley la ha dotado de la fuerza de una disposición de carácter general, se diferencia de la ley en que esa fuerza sólo deriva de su valor lógico, lo que explica la facultad de reverla, lo cual procederá siempre que se justifique, mediante un examen crítico racional por los jueces o abogados de los litigantes. 10º) La jurisprudencia plenaria es aplicable a todos los hechos jurídicos que pasen bajo su vigencia. Cualquier cambio que mediante ella se consagre no tiene efecto retroactivo respecto de hechos jurídicos anteriores, aunque no hayan motivado controversias judiciales terminadas en cosa juzgada. 12º) A semejanza de lo que ocurre con las leyes nuevas, la nueva jurisprudencia plenaria es inaplicable a los hechos anteriores cuando destruya o cambie derechos adquiridos, porque no tiene efecto retroactivo sino que es obligatoria sólo para el futuro. 13º) Ni el legislador ni el juez pueden, en virtud de una ley nueva o de una nueva interpretación de la ley, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación o jurisprudencia anteriores. 14º) Cuando el derecho ha sido declarado por una sentencia judicial que pone fin a un litigio con carácter definitivo y firme, para decidir que la nueva jurisprudencia es inaplicable no es necesario invocar el principio de su no retroactividad, porque la autoridad de la cosa juzgada basta para sostener esa decisión. 19º) Una jurisprudencia plenaria que sea contraria a la Constitución carece de la obligatoriedad inherente a esa categoría de jurisprudencia, y en consecuencia, si bien no puede alegarse error de derecho o falta de causa, procede la repetición del pago efectuado bajo la vigencia de un acuerdo plenario que fué modificado por otro posterior en virtud de que aquél contrariaba principios constitucionales.

Confirmando estas conclusiones, poco después las Cámaras de lo civil en pleno resolvieron (^{67/5}) que: "De acuerdo con nuestro régimen legal, la jurisprudencia plenaria es aplicable a todas las actividades jurídicas que ocurran durante su vigencia; una alteración jurisprudencial sobreviniente no tiene efecto retroactivo en cuanto a los hechos y actos jurídicos acaecidos antes de la mutación, aunque se trate de hechos o actos que no hayan originado contienda judicial, ni por consiguiente sentencias que hagan cosa juzgada." (En el caso, como en el anterior, se demandaba la repetición de un pago efectuado por el mismo impuesto en las mismas circunstancias, pero no se hizo lugar a la demanda porque, como en aquélla, se desecharon el error de derecho y la falta de causa, pero no se planteó la inconstitucionalidad del fallo plenario (^{67/6}).)

Por su parte, la Cámara de Paz Letrada (Sala 1ª) de la Capital declaró: "La solución consagrada en un fallo plenario tiene en la justicia de paz letrada el valor de la misma ley; por tanto, en el conflicto de dos pronunciamientos contradictorios de aquella índole, debe prevalecer, para decidir

(^{67/5}) *Jurisp. Arg.*, 1943-IV, pág. 501.

(^{67/6}) Comentando este fallo, dice RAYCES (en nota al mismo) que lo considera equivocado, en cuanto declara la irretroactividad del nuevo fallo plenario respecto de situaciones producidas bajo la vigencia de otro anterior y que no han sido materia de pronunciamiento judicial, porque no están limitadas por la cosa juzgada. En otro trabajo posterior, comentando un fallo de la Cám. 2ª en lo Civil y Comercial de La Plata (*Jurisp. Arg.*, 1952-I, pág. 257), en el que se declaró: "El obrero industrial despedido en la época en que conforme a la jurisprudencia local no gozaba de los beneficios de la ley 11.729, no puede invocar en su favor el cambio de orientación que en aquélla se produjera, sólo implícitamente, con posterioridad", RAYCES amplía los fundamentos de su disidencia. No obstante, sus conclusiones desconocen el verdadero fundamento de la irretroactividad del fallo plenario: el principio de seguridad jurídica.

los casos concretos, el que se hallaba en vigencia al tiempo en que acaecieron los hechos del litigio" (67/7).

La Corte Suprema de Justicia declaró que: "La particularidad de que después de haberse iniciado el juicio por inconstitucionalidad, haya variado la jurisprudencia en cuanto al modo de contar el término para promoverlo, y que en dicho juicio se aplique la solución de la nueva jurisprudencia, no comporta aplicar una ley posterior a la interposición de la demanda (porque la jurisprudencia no es una nueva norma, sino la interpretación de una norma anterior), ni viola la garantía sobre la defensa en juicio", desde que no se desconoce ninguna garantía constitucional (67/8).

19. Práctica judicial.

a) Más que en ninguna otra rama del derecho, los usos y costumbres tienen en materia de procedimiento una im-

(67/7) *Jurisp. Arg.*, 1946-III, pág. 333. Este fallo ha sido comentado por DASSEN (nota al mismo), quien reprodujo las observaciones de RAYCES.

(67/8) *Jurisp. Arg.*, 1945-II, pág. 64. Comentando también este fallo, RAYCES después de llamar la atención entre el distingo entre la ley y la jurisprudencia, dice que ése es también el criterio de la Corte norteamericana, la cual, aunque después de algunas vacilaciones, declaró que: "El efecto de las decisiones subsiguientes no es hacer una nueva ley, sino únicamente declarar que la ley siempre significó lo que la Corte dice ahora que significa". Agrega RAYCES: "Los principios sentados por nuestra Corte Suprema y por la de EE. UU. son inconciliables con la tesis de las Cámaras de lo civil, según la cual una jurisprudencia plenaria tiene la misma obligatoriedad que la ley y que por ende un cambio de jurisprudencia no afecta los derechos adquiridos y los actos cumplidos en la misma forma que los afectaría una ley nueva. Que no lo son, es lo que resulta de los pronunciamientos de aquellas Cortes". No obstante, reconoce que también la Corte norteamericana ha resuelto que: "Nunca nos hemos sentido obligados a seguir las últimas (decisiones) si a consecuencia de ellas fueran perjudicialmente afectados derechos contractuales adquiridos bajo una jurisprudencia anterior". Esto es también lo que ha hecho nuestra Corte Suprema, y así recordando precedentes del mismo tribunal declaró:

portancia fundamental. Se forman ellos a través del tiempo con relación a cuestiones que no han sido expresamente reglamentadas en los códigos o consideradas por la jurisprudencia y que se refieren generalmente a detalles de trámites en las actuaciones, llegando a constituir un verdadero código no escrito. Lo malo es que, precisamente por la ausencia de una reglamentación, no existe un criterio uniforme, y así, la redacción de un oficio, exhorto, informe, la formación de los cuadernos de prueba, etc., no es la misma en todos los juzgados ni aun en las diversas secretarías de un mismo juzgado. Por otra parte, la rutina, que tan bien se acomoda con nuestro procedimiento escrito, conserva formulismos de tradición española que hace rato perdieron su razón de ser.

b) El conocimiento de la práctica judicial es por ello indispensable y constituye una de las más graves omisiones en la enseñanza de esta disciplina. Por lo general, el práctico ignora (a veces si los conoce termina por olvidarlos), los principios fundamentales del derecho procesal, como el flamante abogado se encuentra ante un mundo desconocido cuando hace sus primeras armas ante los tribunales y advierte que sus conocimientos teóricos no le sirven para dirigir ni un modesto juicio de desalojo. El laboratorio, como el hospital, permiten, en otro orden de estudios, la aplicación sistemática de los conceptos que se van adquiriendo y coloca al teórico frente a la realidad, en tanto que el estudio del derecho procesal se hace en forma doctrinaria y sólo se ve actuar sus instituciones en el ejercicio ya de la profe-

"No hay derecho a las indemnizaciones por despido Injustificado si a la época de producirse la rescisión del contrato de trabajo la jurisprudencia no exigía su pago, aunque ésta varíe ulteriormente, dada la fuerza liberatoria que tiene la liquidación de un negocio de relación jurídica conforme a la interpretación de la ley judicial que en ese momento prevalece" (*Jurisp. Arg.*, 1950 - I, pág. 383; *La Ley*, t. 57, págs. 335 y 756).

sión. A este respecto, el Instituto de Enseñanza Práctica que funciona en nuestra Facultad de Derecho y otras universidades nacionales ⁽⁶⁸⁾, importa un verdadero progreso en la enseñanza por su transformación objetiva, aunque no puede suplir la eficacia que deriva de la práctica del tribunal, por breve que sea la experiencia, como no basta al alumno de medicina el estudio sobre modelos. De allí que el estudiante de derecho no debe desaprovechar nunca la oportunidad de interiorizarse de la marcha de un proceso, aunque desgraciadamente ellas son bien pocas por la índole escrita de nuestro procedimiento y el secreto en que, no obstante las disposiciones legales, se mantienen las actuaciones en el tribunal ⁽⁶⁹⁾.

20. Acordadas de los tribunales superiores.

a) El art. 102 de la ley de organización de los tribunales de la Capital Federal, autoriza a las Cámaras de apelaciones a dictar los reglamentos para el personal de sus respectivas jurisdicciones, así como las medidas necesarias para mantener el buen orden y el decoro en los juicios. Llámense *acordadas* estas resoluciones, para distinguirlas de las sentencias que pronuncian las Cámaras en su condición de tribunal de apelación, aunque todas se dictan en acuerdo, o sea, la reunión de los miembros que lo integran. Las acordadas pueden referirse a una cuestión determinada de superintendencia, pero por lo común tienen un carácter

(68) Véase E. B. CARLOS, *Clínica jurídica y enseñanza práctica*.

(69) CARNELUTTI observa que cuando él era estudiante, a nadie se le ocurrió aconsejarle que asistiera al tribunal para presenciar el desarrollo de un proceso, y se lamenta que ni siquiera hoy se utilice el cinematógrafo para transportar al aula al menos una parte de la vida del tribunal (*Sistema, Introducción*).

general y su objeto es interpretar o complementar los textos legales sobre el procedimiento (70).

b) Hasta dónde pueden llegar las Cámaras en el ejer-

(70) Las principales acordadas en materia procesal son las siguientes: 1) Reglamentando el funcionamiento de la Excma. Cám. Civ. y reparticiones de sus dependencias (7 febrero 1882, *Fallos*, t. 1, pág. 104). 2) Sobre inscripción en la matrícula de los abogados (6 diciembre 1887, *Fallos*, t. 12, pág. 441). 3) Reglamentando el archivo de los expedientes y el desglose de los documentos archivados (6 diciembre 1887, *Fallos*, t. 12, pág. 447, y *Gac. del Foro*, t. 44, pág. 361). 4) Prohibiendo dádivas a los empleados de la administración de justicia (2 diciembre 1890, *Fallos*, t. 32, pág. 140). 5) Estableciendo la fórmula del juramento de los abogados (2 junio 1891, *Fallos*, t. 36, pág. 265). 6) Ordenando la publicación diaria, en el *Boletín Oficial*, de la carátula de aquellos expedientes en que se haya dictado resoluciones que deban ser modificadas (22 julio 1892). 7) Ordenando se escriban con letras las fechas en los decretos y resoluciones judiciales (6 agosto 1892, *Fallos*, t. 44, pág. 382). 8) Prohibiendo el ejercicio de la procuración o tramitar expedientes a los secretarios y empleados de la administración de justicia (22 agosto 1893). 9) Con la Cám. de lo Com., declarando feriado el mes de enero (16 octubre 1893). 10) Limitando a las partes el derecho de examen y publicidad de las actuaciones judiciales (10 abril 1897). 11) Reglamentando la reposición de sellado en los expedientes (27 noviembre 1897). 12) Reglamentando el funcionamiento del archivo de los tribunales (26 julio 1906). 13) Prohibiendo la admisión de asuntos fuera de turno (4 octubre 1906). 14) Prohibiendo a los empleados de la administración de justicia el ejercicio de su profesión en los expedientes judiciales (22 julio 1909). 15) Reglamentando la agregación de documentos y recordando a los secretarios que, de acuerdo con el art. 20 de la reglamentación de 1882, no deben recibir escritos que no llenen las condiciones en el mismo requeridas (30 diciembre 1909). 16) Estableciendo el turno para los juzgados de primera instancia (26 abril 1910). 17) Reglamentando el turno para las Cámaras de Apelaciones (6 septiembre 1910). 18) Estableciendo nuevo turno para los jueces de primera instancia (15 septiembre 1910). 19) Disponiendo que los jueces eleven trimestralmente una planilla de las causas falladas y en trámite (3 noviembre 1910). 20) Recomendando la buena caligrafía en las actuaciones judiciales (30 marzo 1911). 21) Sobre remisión de informes en los casos de juicio político (1º junio 1911). 22) Sobre asistencia del personal de los juzgados y reparticiones de las Cámaras (9 marzo 1917). 23) Disponiendo la comunicación de las correcciones disciplinarias al Colegio de Abogados (20 junio

cicio de esta facultad es cuestión que suscita algunas dudas. La ley habla de reglamentación, y sabido es que con el pretexto de reglamentar no es permitido desnaturalizar

1914). 24) Estableciendo el turno de los agentes fiscales y asesores de menores (5 noviembre 1912). 25) Reglamentando el recurso de hecho (24 septiembre 1914). 26) Estableciendo que en los casos de recusación de un juez que intervino accidentalmente, las actuaciones continuaran en la secretaría originaria (27 febrero 1915). 27) Ampliando el reglamento de las Cámaras (27 noviembre 1915). 28) Estableciendo que la firma del letrado debe extenderse en el sello sin tocar la estampilla (7 noviembre 1919, *Gac. del Foro*, t. 23, pág. 129, modificado). 29) Ordenando el retiro de los casilleros cada trimestre, de los expedientes paralizados (12 mayo 1920, *Gac. del Foro*, t. 26, pág. 130). 30) Sobre designación de hora en las resoluciones judiciales (30 abril 1920). 31) Prohibiendo las dádivas a los empleados de la administración de justicia (2 diciembre 1920). 32) Disponiendo que los certificados de inhibición expedidos por el Registro de la Propiedad comprendan las anotaciones de diez años anteriores a la fecha del pedido (19 junio 1920). 33) Reglamentando las obligaciones de los secretarios, cargos, desgloses, notificaciones por nota, vencimiento de términos, recursos, etc. (Con la Cám. Com., 30 mayo 1924, *Gac. del Foro*, t. 50, pág. 255). 34) Estableciendo que las firmas de los letrados y apoderados en los escritos debe extenderse de modo que inutilice la estampilla y quede escrita sobre el sello mismo del escrito (22 agosto 1924, *Gac. del Foro*, t. 51, pág. 457). 35) Recordando a los jueces la obligación de llevar en cada secretaría el libro de asistencia de las partes (6 noviembre 1925). 36) Estableciendo la forma de cancelar los embargos e inhibiciones en caso de venta judicial, la que podrá ser ordenada por el juez que ordenó la venta (6 noviembre 1925, *Gac. del Foro*, t. 59, pág. 326). 37) Estableciendo la numeración de los juzgados de primera instancia en lo civil y comercial, y creando el índice general de juicios universales, y reglamentando la foliatura de los cuadernos de prueba, escritura a máquina de las sentencias, agregación de documentos, expedición de testimonios, etc. (2 agosto 1926, *Gac. del Foro*, t. 63, pág. 313). 38) Prohibiendo la admisión de asuntos fuera de turno, y recordando el cumplimiento de los arts. 3 y 87 del cód. de proc. (2 agosto 1926). 39) Estableciendo los requisitos para la anotación de embargos e inhibiciones en el Registro de la Propiedad (28 diciembre 1925, modificada el 30 de diciembre de 1932, *Gac. del Foro*, t. 60, pág. 61). 40) Recordando que no deben recibirse escritos ilegibles (12 septiembre 1928, *Gac. del Foro*, t. 76, pág. 277). 41) Estableciendo que los documentos en idioma extranjero deben ser traducidos por traductores inscriptos en la matrícula

el precepto legal. Por consiguiente, no podrá eximirse a las partes de formalidades impuestas por la ley ni imponerles formas que ella no exige, conforme al criterio expuesto

la (31 octubre 1928, *Gac. del Foro*, t. 77, pág. 118). 42) Estableciendo que no procede la remisión a un juez de provincia de un expediente archivado que se ofrece como prueba (4 octubre 1929, *Gac. del Foro*, t. 82, pág. 290). 43) Reglamentando el libramiento de cheques judiciales (9 junio 1930). 44) Ordenando la publicación, en los tableros de los juzgados, de las designaciones de oficio (2 julio 1933, *Gac. del Foro*, t. 105, pág. 153). 45) Estableciendo que los abogados necesitan autorización de las partes para examinar expedientes en los que no tengan intervención profesional (5 septiembre 1934, *Gac. del Foro*, t. 121, pág. 241). 46) Disponiendo la creación del registro de médicos legistas, de acuerdo con la ley 12.210 (7 noviembre 1935, *Jurisp. Arg.*, t. 52, pág. 888; *Gac. del Foro*, t. 119, pág. 249). 47) Estableciendo que el archivo no puede expedir testimonios sin orden judicial (14 septiembre 1930, *Gac. del Foro*, t. 124, pág. 132). 48) Declarando indispensable la inscripción en la matrícula para ejercer la procuración en la justicia de paz (1º septiembre 1926, *Gac. del Foro*, t. 94, pág. 125). 49) Estableciendo normas para la regulación de honorarios (13 diciembre 1939, *Jurisp. Arg.*, t. 71, pág. 690). 50) Reglamentando la actuación de los defensores de menores (*Gac. del Foro*, t. 147, pág. 225). 51) De las Cámaras de lo Civil, creando la oficina de notificaciones y mandamientos (10 marzo 1933, *Gac. del Foro*, t. 103, pág. 325). 52) De la Cám. Com. dividiendo el territorio del municipio para la distribución del trabajo entre los oficiales de justicia (20 octubre 1931), y creando la oficina de mandamientos y notificaciones (12 febrero 1937, *Jurisp. Arg.*, t. 57, pág. 501). Con posterioridad a la edición anterior se dictaron las siguientes por la *Corte Suprema de Justicia*: Cuando en causas ante jueces federales o de territorios se nombra más de un perito, en el auto respectivo debe expresarse que han de practicar unidos la diligencia y que si hubiere disidencia entre ellos lo hagan saber al juzgado para designar un tercero con intervención del cual llenarán su cometido expidiendo el dictamen en un solo escrito (A., 25 de octubre de 1946, *Jurisp. Arg.*, 1949-IV, pág. 313). El art. 16 de la nueva Constitución al disponer que el Congreso promoverá la reforma de la actual legislación con el fin de adaptarla a sus disposiciones, no impone necesariamente la caducidad de las leyes vigentes mientras no sean incompatibles con aquella (A., 31 de marzo de 1949, *Jurisp. Arg.*, 1949-II, pág. 31). En los tribunales de justicia de la Nación son días hábiles los que resulten del decreto del P. E. nac. 11.519/50 (A., 19 de junio de 1950, *Jurisp. Arg.*, 1950-IV, pág. 472), modificado por resolución

cuando nos ocupamos de la jurisprudencia, pero no sólo le está permitido extender por analogía las formas de una institución a otra, sino establecer otras con carácter subsi-

del 25 de marzo de 1955. Reglamenta la compensación de trabajo por supresión de actividades en los días sábados (A., 2 de noviembre de 1950, *Jurisp. Arg.*, 1950-IV, pág. 830). Redistribución de secretarías en los juzgados nacionales (A., 30 de noviembre de 1950, *Jurisp. Arg.*, 1951-I, pág. 216). Reglamenta la forma de integración de las Cámaras de Apelaciones de la Capital y del interior y el modo de unificación de las Cámaras Civiles de la Capital (A., 13 de diciembre de 1950, *Jurisp. Arg.*, 1951-II, pág. 59). Reglamenta los arts. 27 y 31 de la ley 13.998 referentes a la constitución e integración de las cámaras nacionales de apelaciones (A., 18 de julio de 1951, *Jurisp. Arg.*, 1951-III, pág. 271). Reglamento para la justicia nacional (A., 17 de diciembre de 1952, *Jurisp. Arg.*, 1953-I, pág. 179). Los cheques que se expidan por los jueces y tribunales de toda la Justicia nacional deberán ser subscriptos por el juez o presidente del tribunal respectivo y por el secretario correspondiente (A., 15 de febrero de 1954, *Jurisp. Arg.*, 1954-I, pág. 332). La ley de reformas al cód. de proc. nº 14.237 es aplicable a los procedimientos ante todos los tribunales nacionales, con ciertas modalidades que se especifican (A., 8 de marzo de 1954, *Jurisp. Arg.*, 1954-II, pág. 136). Salvo el caso de escritos presentados ante los jueces de los territorios nacionales, el domicilio legal a que se refiere al art. 1 de la ley 14.237 deberá ser constituido dentro del radio de la ciudad en que funciona el respectivo tribunal (A., 8 de marzo de 1954, *Jurisp. Arg.*, 1954-II, pág. 138). No corresponde aplicar a las partes el régimen de los arts. 2 y 17 de la ley 14.237 (perención de los términos y acumulación de autos, respectivamente), en los juicios en que una de ellas sea el Gobierno nacional, provincial o municipal o sus reparticiones autónomas (A., 8 de marzo de 1954, *Jurisp. Arg.*, 1954-II, pág. 138). En los tribunales colegiados la constancia de no encontrarse el expediente de que se trate en Secretaría (art. 8, ley 14.237) deberá suscribirla el peticionante y el jefe de la respectiva mesa de entradas; incumpliendo a este último el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo citado (A., 8 de marzo de 1954, *Jurisp. Arg.*, 1954-II, pág. 138). Los recursos concedidos para ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las quejas en caso de su denegatoria, continuarán tramitando con arreglo a los arts. 8, ley 4055, y 229 y s., ley 50, requiriéndose la firma del presidente de la Corte sólo para el llamado de "autos", la solicitud de informes, la suspensión de los procedimientos y toda providencia que no sea de mero trámite (A., 8 de marzo de 1954, *Jurisp. Arg.*, 1954-II, pág. 138). La aplicación del art.

diario destinadas a complementar las previstas por la ley. Así, el código determina las formalidades que ha de contener la demanda, pero no indica el material que ha de em-

20 de la ley 14.237, que autoriza la sola firma de los secretarios en las providencias que ahí se especifiquen, incluye las tramitaciones de de superintendencia (A., 8 de marzo de 1931, *Jurisp. Arg.*, 1934-II, pág. 138). Ampliaciones y modificaciones al Reglamento para la Justicia Nacional relativas a la facultad de revisar expedientes, y a la obligación de dejar copia carbónica de los exhortos, oficio o comunicación que se libre en los tribunales nacionales (A., 8 de marzo de 1934, *Jurisp. Arg.*, 1934-II, pág. 138). De acuerdo con el decreto del Poder Ejecutivo de la Nación del 21 de marzo de 1955, se establece que son feriados en la justicia nacional los días 1º de mayo, 25 de mayo, 9 de julio, 26 de julio y 17 de octubre, y días no laborables los días lunes y martes de carnaval, viernes santo y 17 de agosto (A., 22 de marzo de 1955). La *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil* ha dictado las siguientes acordadas y sentencias plenarias: Dispone la publicación de las designaciones de oficio en los tableros de los juzgados (A., 2 de julio de 1933, *Jurisp. Arg.*, t. 42, pág. 1154). Reglamenta la remisión de expedientes al archivo y el desglose de piezas de expedientes archivados (A., 13 de diciembre de 1939, *Jurisp. Arg.*, t. 76, pág. 719). Organiza un archivo de jurisprudencia (A., 31 de diciembre de 1939, *Jurisp. Arg.*, 1942-III, pág. 225). Los empleados notificadores deberán enunciar el día y la hora del diligenciamiento en el duplicado de las cédulas que se deja a los interesados (A., 15 de marzo de 1940, *Jurisp. Arg.*, 1942-II, pág. 1025). Reglamenta las defensorías de menores e incapaces (A., 15 de junio de 1940, *Jurisp. Arg.*, t. 74, pág. 50). Deberes y atribuciones de los Defensores de pobres e incapaces (A., 3 de diciembre de 1940, *Jurisp. Arg.*, t. 74, pág. 546). Normas para la designación de peritos médicos (A., 17 de marzo de 1941, *Jurisp. Arg.*, 1942-II, pág. 1034). Reglamenta la inscripción de testamentos y declaratorias de herederos en el Reg. de la Propiedad (A., 15 de abril de 1941, *Jurisp. Arg.*, t. 73, pág. 1055). Modifica la acordada precedente del 15 de abril de 1941 (A., 8 de mayo de 1941, *Jurisp. Arg.*, t. 74, pág. 613). Régimen de las Defensorías de menores (A., 14 y 30 de julio de 1941, *Jurisp. Arg.*, t. 75, pág. 278). Normas para la formación de sumarios administrativos en los juzgados de primera instancia de lo civil (A., 17 de junio de 1941, *Jurisp. Arg.*, 1942-II, pág. 1035). Amplía la acordada del 15 de abril de 1941 relativa a la inscripción de testamentos y declaratorias de herederos (s/p). Establece la forma en que deben redactarse los edictos en los juicios sucesorios (6 de marzo de 1942, *Jurisp. Arg.*, 1942-II, pág. 54). Reglamenta el diligenciamiento de

plearse (por ejemplo, el color de la tinta, para asegurar su perennidad y facilitar la lectura), ni el modo de su redacción (el orden de la exposición queda al arbitrio del litigante), pero evidentemente un resumen del escrito, lo cual se llama *suma*, permite conocer de inmediato su contenido.

mandamientos (A., 10 de noviembre de 1912, *Jurisp. Arg.*, 1943-III, pág. 456). Reglamenta los giros judiciales, depósitos y transferencias de fondos (A., 21 de marzo de 1944, *Jurisp. Arg.*, 1944-I, pág. 586). Normas para la exhibición de expedientes en secretarías y archivo de los tribunales (A., 29 de septiembre de 1944, *Jurisp. Arg.*, 1944-III, pág. 908), derogada por la acordada de la Corte Suprema del 8 de marzo de 1954, que modifica el Reglamento para los tribunales de Justicia de la Nación del 17 de diciembre de 1952. Los certificados de expedientes sucesorios archivados se decretarán teniendo a la vista los autos y con intervención del Consejo Nacional de Educación (31 de octubre de 1944, *Jurisp. Arg.*, 1945-III, pág. 157). Establece el procedimiento a seguir en los casos de impedimento del juez que actúa transitoriamente en un juicio por vacancia de un juzgado en lo civil (21 de agosto de 1950, *Jurisp. Arg.*, 1951-III, pág. 43). Reglamenta la legalización de documentos (19 de diciembre de 1950, *Jurisp. Arg.*, 1951-III, pág. 75), modificada por las leyes 12.990 y 14.054 del notariado. Establece la división de la Cámara en Salas y la forma de reemplazo de sus miembros (26 de diciembre de 1950, *La Ley*, t. 61, pág. 689). Reglamenta la distribución de expedientes entre las Salas del Tribunal y dispone la numeración de expedientes (27 de diciembre de 1950, *Jurisp. Arg.*, 1951-III, pág. 43). Turnos de las fiscalías y ujierías en asuntos de superintendencia (1º de marzo de 1951, *Jurisp. Arg.*, 1951-III, pág. 148; *La Ley*, t. 62, pág. 626). Asignación de funciones del bibliotecario, del 2º jefe de la oficina de copias, de la oficina de legalizaciones y mesa de entradas (1º de marzo de 1951, *Jurisp. Arg.*, 1951-III, pág. 148; *La Ley*, t. 62, pág. 626). Aclara la acordada del 27 de diciembre de 1950 en cuanto a numeración de expedientes (1º de marzo de 1950, *Jurisp. Arg.*, 1951-III, pág. 148; *La Ley*, t. 62, pág. 626). Dispone la forma en que los juzgados redactarán la nota de elevación de los expedientes en grado de apelación (1º de marzo de 1951, *Jurisp. Arg.*, 1951-III, pág. 148; *La Ley*, t. 62, pág. 626). Dispone que el libro de sorteos sea llevado en la Mesa de Entradas y el de movimiento de expedientes sorteados en la Oficina de Copias (1º de marzo de 1951, *Jurisp. Arg.*, 1951-III, pág. 148; *La Ley*, t. 62, pág. 626). Modifica el art. 3 de la acordada del 27 de diciembre de 1950 sobre distribución de expedientes entre sus Salas (s/p). Establece las denominaciones de los miembros del tribunal (24 de julio de 1951, *Jurisp. Arg.*, 1951-III, pág. 372).

c) En el orden federal, la facultad está conferida expresamente, pues el art. 18 de la ley 48 dice que la Corte Suprema podrá establecer los reglamentos necesarios para la ordenada tramitación de los pleitos, con tal que no sean repugnantes a las prescripciones de la ley de procedimientos.

Establece el trámite a seguir en caso de tribunal pleno (31 de julio de 1951, *Jurisp. Arg.*, 1951-III, pág. 345). Procedimiento a seguir en caso de impedimento del juez que actúa transitoriamente por vacancia de un juzgado (A., 18 de septiembre de 1951, *Jurisp. Arg.*, 1951-IV, pág. 276). Dispone que la providencia de "autos" para sentencia se dictará sin supeditar el llamamiento a la reposición del sellado correspondiente. Las notificaciones de las resoluciones y sentencias de la Cámara se harán en papel simple (A., 22 de diciembre de 1951, *La Ley*, t. 61, pág. 697). Señala a los jueces de la jurisdicción la necesidad de observar estrictamente lo dispuesto en el art. 27 del decreto 30.439/44 (ley 12.997), según el cual al dictar sentencia, en todos los casos, se fijará o regulará el honorario respectivo de los abogados y procuradores de ambas partes, aunque no lo hubieran pedido (A., 15 de mayo de 1952, *Jurisp. Arg.*, 1952-III, pág. 87). Establece el procedimiento a seguir en caso de deuda por falta de reposición de sellado (A., 28 de mayo de 1952, *Jurisp. Arg.*, 1952-III, pág. 83). En las actas de absolución de posiciones y de declaración de testigos en los juicios ordinarios y ejecutivos con excepciones, se transcribirá en forma bien clara el texto de cada posición o interrogación conforme esté redactado en el pliego o interrogatorio acompañado y con las modificaciones que el juez considere pertinentes, procediéndose a la devolución de dicho pliego o interrogatorio (A., 4 de diciembre de 1951, derogado por acordada del 16 de diciembre de 1953, s/p). El sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria en lo criminal no obsta a la acción civil en la que podrán aportarse nuevos elementos o hacer valer otras circunstancias que determinen la responsabilidad del agente, pues aquí se ventila únicamente la responsabilidad civil de las partes, mientras en aquél la investigación y apreciación de los hechos se refirió a la culpa penal (P., 2 de abril de 1946, *Jurisp. Arg.*, 1946-I, pág. 803). El art. 26 del decreto 30.439/44 (ley 12.997), sobre honorarios de abogados y procuradores, rige únicamente en los incidentes relacionados con el objeto principal del pleito, substanciados de acuerdo al art. 409 del cód. de proc. Para la fijación de los honorarios en las demás articulaciones o procedimientos es aplicable el art. 5 del decreto citado, que libra a la justicia su determinación conforme a las reglas que en él establece (P., 28 de mayo de 1948, *Jurisp. Arg.*, 1948-II, pág. 230).

21. La legislación comparada.

a) En presencia de una cuestión que no haya sido prevista por la ley y que tampoco hubiera sido materia de interpretación o reglamentación judicial, el juez debe, de acuerdo con el art. 62 del código de procedimiento, aplicar los principios vigentes en la materia. Estos principios no

Las repreguntas a los testigos pueden versar sobre cualquier hecho conducente al litigio, siendo infundada y contraria a lo dispuesto por el art. 192 del cód. de proc. la exigencia de que aquéllas deben guardar únicamente relación con el interrogatorio a que fué sometido el testigo (P., 24 de junio de 1948, *Jurisp. Arg.*, 1948-IV, pág. 632). El Asesor de Menores de la Cámara está habilitado para desistir —expresa o implícitamente— de los recursos interpuestos por los Asesores de Menores que actúan ante los juzgados de primera instancia. Por lo tanto, en las causas en que únicamente apela dicho magistrado y el Asesor de Menores pide la confirmatoria, deben considerarse desistidas y la misión del tribunal consiste sólo en dar por desistido del recurso (P., 3 de septiembre de 1951, *Jurisp. Arg.*, 1951-IV, pág. 97; *La Ley*, t. 64, pág. 476; *Gac. del Foro*, t. 203, pág. 186). En el supuesto de que en juicio ordinario por escrituración de compraventa voluntaria de un bien inmueble proceda la condena a escriturar, puede el juez firmar la escritura si no lo hace el obligado (P., 3 de octubre de 1951, *La Ley*, t. 64, pág. 476; *Gac. del Foro*, t. 203, pág. 186). Es improcedente la perención fundada en la demora en la elevación al superior de un expediente en el cual se ha notificado a los litigantes, se ha concedido el recurso y repuesto el sellado, por cuanto la obligación de remitir los autos corresponde solamente a los auxiliares de la justicia (P., 12 de diciembre de 1951, *Jurisp. Arg.*, 1952-III, pág. 313). Cuando el litigante no urge la confección de las cédulas para notificar a los testigos que ha propuesto, no incurre en negligencia si solicita se designe audiencia en tiempo propio, teniendo en cuenta que la obligación de citar a los testigos incumbe a los auxiliares de la justicia (P., 12 de diciembre de 1951, *Jurisp. Arg.*, 1952-III, pág. 151; *La Ley*, t. 66, pág. 348; *Gac. del Foro*, t. 205, pág. 41). Por su carácter de orden público debe aplicarse la ley 14.170 (arancel de honorarios de abogados y procuradores) en favor del profesional aunque la regulación practicada en primera instancia haya sido apelada solamente por alta bajo la vigencia de la ley anterior (P., 12 de diciembre de 1952, *La Ley*, t. 69, pág. 1; *Gac. del Foro*, t. 206, pág. 424), derogada por acordada del 18 de noviembre de 1954 (s/p.) en virtud del pronunciamiento de la Cor-

son otros que los contenidos en la legislación extranjera, cuya aplicación por analogía está autorizada en cuanto no se opongan a la esencia de nuestras instituciones, de donde dedúcese que esta facultad debe ser usada con extrema cautela, pues supone un conocimiento exacto, no sólo de nuestra legislación sino de la extranjera, para no importar costumbres o prácticas contrarias al espíritu de aquéllas.

te Suprema (*Jurisp. Arg.*, 1954-IV, pág. 185) en el sentido de que no puede aumentarse la regulación consentida por quien la solicitó. En el concepto legal de las excepciones de falsedad o inhabilidad de título con que se pide la ejecución, no procede comprender la falta de causa de la obligación, si bien esta excepción puede alegarse siempre que se funde en los casos de nulidad absoluta establecidos en el código civil o de garantías constitucionales (P., 21 de agosto de 1944, *Gac. del Foro*, t. 171, pág. 581). La inactividad procesal del alimentario crea la presunción (sujeta a prueba en contrario) de su falta de necesidad y determina, por lo tanto, la caducidad del derecho a cobrar las cuotas atrasadas (P., 27 de julio de 1954, *Jurisp. Arg.*, 1954-III, pág. 383; *La Ley*, t. 75, pág. 737). El domicilio constituido en instrumento privado es ineficaz a los efectos de notificar la demanda y otros actos de procedimiento en tanto no sea reconocido o dado por reconocido (P., 10 de junio de 1954, *Jurisp. Arg.*, 1954-III, pág. 273; *La Ley*, t. 75, pág. 606). Carecen de validez los cargos puestos por los escribanos fuera de hora si son dejados en la secretaría del tribunal después de la primera hora del día siguiente, entendiéndose por tal los primeros sesenta minutos (P., 15 de noviembre de 1954, *Gac. del Foro*, t. 212, pág. 330). No es posible decretar un divorcio en base a la prueba de hechos que no fueron invocados en los escritos de demanda y reconvención ni alegados como hechos nuevos (P., 28 de diciembre de 1953, *Jurisp. Arg.*, 1954-III, pág. 55). Revocada la sentencia de primera instancia que no había entrado al fondo del asunto y no había fijado la indemnización por rechazar la demanda admitiendo una excepción, el tribunal de alzada puede entrar a resolver plenamente (P., 6 de julio de 1955, *Jurisp. Arg.*, 1955-III, pág. 208). Carece de eficacia el cargo puesto por un secretario si el escrito no es presentado en la oficina del actuario en la primera hora del día siguiente (P., de agosto de 1955, *La Ley*, fallo 37.547). Es necesaria la intervención personal de los interesados en el trámite de la clasificación y estimación de los honorarios (P., 21 de junio de 1954, *Jurisp. Arg.*, 1954-IV, pág. 336). Normas para la redacción de exhortos y oficios (P., 11 de abril de 1955, *La Ley*, t. 78, pág. 617). La *Cámara de Apelaciones de Paz* ha dictado las siguientes: Normas para la designa-

b) Recordamos que de acuerdo con el art. 814 del código de procedimientos, rigen supletoriamente las disposiciones vigentes antes de la sanción del código, o sean las leyes patrias y españolas, de tal manera que no han de aplicarse otros principios si por ellas puede resolverse la cuestión propuesta.

ción de peritos médicos (A., 26 de abril de 1942, *Jurisp. Arg.*, 1942-III, pág. 9). Se establece nuevo sistema de turno para los juzgados (A., 13 de mayo de 1952, *Jurisp. Arg.*, 1952-II, pág. 390). No obstante lo dispuesto en el art. 39 de la ley 11.924, procede el recurso de apelación legislado en el art. 52, inc. c, de la misma, interpuesto contra las resoluciones atinentes a la prueba, dictadas en la audiencia respectiva o fuera de ella (A., 27 de noviembre de 1952, *Jurisp. Arg.*, 1952-IV, pág. 342). No existe disposición legal que autorice la reunión en pleno de las Cáms. civiles, comercial, de Paz Letrada y del Trabajo (P., 8 de septiembre de 1947, *Jurisp. Arg.*, 1947-III, pág. 710). La solución consagrada en fallo plenario tiene en la justicia de paz letrada el valor de la ley misma y por tanto en el conflicto de dos pronunciamientos contradictorios de aquella índole, debe prevalecer para decidir los casos concretos el que se hallaba en vigencia al tiempo que ocurrieron los hechos en litigio (P., 31 de mayo de 1946, *Jurisp. Arg.*, 1946-III, pág. 333). La Cámara de Apelaciones en lo Comercial ha dictado las siguientes: Normas para la designación de peritos médicos (A., 7 de marzo de 1940, *Jurisp. Arg.*, 1942-II, pág. 1039). Normas para el sorteo de síndicos en las quiebras (13 de diciembre de 1940, *Jurisp. Arg.*, 1942-II, pág. 1039). Remisión de actuaciones a la justicia del crimen (A., 14 de noviembre de 1941, *Jurisp. Arg.*, 1942-III, pág. 896). Reglamenta la publicación de edictos (A., 23 de diciembre de 1942, *Jurisp. Arg.*, 1942-II, pág. 845). Normas para la designación de contadores públicos en las pequeñas quiebras (A., 9 de abril de 1945, *Jurisp. Arg.*, 1945-I, pág. 739). Las solicitudes de que tratan los arts. 35, 36 y 39 del cód. de comercio, se tramitarán directamente ante el Registro Público de Comercio, con intervención del juez de comercio en turno. El encargado del Registro autorizará las resoluciones de los jueces, las diligencias y demás actuaciones que pasen ante él, dándoles cumplimiento en cuanto le conciernen (P., 3 de noviembre de 1942, *Jurisp. Arg.*, 1942-IV, pág. 437). No procede reunir en acuerdo plenario, por aplicación analógica del art. 6 de la ley 7055, a los tribunales ordinarios de la Capital y los de justicia de paz letrada (10 de septiembre de 1941, *Jurisp. Arg.*, t. 76, pág. 286). Por su parte, la Cámara de Apelaciones del Trabajo ha dictado las siguientes, siempre en materia procesal: Es improcedente la reconvencción en el procedimiento laboral (A., 3 de diciembre de 1946,

22. La doctrina.

a) Los emperadores romanos, desde Augusto hasta Diocleciano, habían acordado a ciertos jurisconsultos la facultad de evacuar consultas con fuerza de ley (*ius publicae respondendi ex auctoritate principis*), en tanto que los demás podían igualmente evacuar consultas (*ius publicae respondendi*) pero sin autoridad alguna (*sine auctoritate principis*), es decir que ella derivaba únicamente del prestigio del autor. Ésta es la situación actual, pues si bien la doctrina antes de la codificación tenía influencia decisiva en ausencia de textos legales, ahora sólo tienen un carácter supletorio.

b) No importa ello, sin embargo, discutir ni mucho menos negar su importancia, pues ya hemos visto cómo la legislación ha evolucionado como consecuencia de los progresos realizados por la doctrina (I, 11) y cuyos postulados comienzan hoy a infiltrarse en nuestra jurisprudencia.

Jurisp. Arg., 1946-IV, pág. 816, dejada sin efecto por acordada del 2 de abril de 1948 (s/p.), la cual deja librada al criterio de cada tribunal la resolución de los casos sometidos a su consideración). Deben ser tramitados ante la jurisdicción del trabajo las cuestiones comprendidas en el art. 32 de la ley 12.713, de trabajo a domicilio (A., 24 de septiembre de 1946, *Jurisp. Arg.*, 1947-I, pág. 102). El art. 35 de la ley 12.948, sobre comparecencia personal de las partes ante las comisiones paritarias y de arbitraje, es de estricto cumplimiento (A., 2 de abril de 1948, *Jurisp. Arg.*, 1948-II, pág. 399). No se recibirán en la instancia conciliatoria escritos de demanda, de contestación, de prueba o de cualesquiera otra naturaleza, impresos o mimeografiados (A., 17 de julio de 1950, *Jurisp. Arg.*, 1950-IV, pág. 69).

CAPÍTULO III

LA ACCIÓN

NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN: 1. Importancia del estudio de las acciones. — 2. La acción en el derecho romano. — 3. La acción como elemento del derecho. Escuela clásica. — 4. La acción como derecho autónomo. Windscheid, Muther, Wach, Degenkolb. — 5. La acción como derecho potestativo. Chiovenda. — 6. La acción como derecho público subjetivo Goldschmidt. — 7. La acción como función procesal. Carnelutti. — 7/1. Otras concepciones de la acción. — 8. Nuestra opinión. ELEMENTOS Y CARACTERES DE LA ACCIÓN: 9. Elementos de la acción. — 10. Acción y excepción. — 11. Influencia del ejercicio de la acción sobre el derecho. — 12. Transmisión de la acción. — 13. Extinción de la acción. — 14. Concurrencia y acumulación de acciones. — CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES: 15. Concepto. — 16. Clasificación de las acciones por su objeto. — 17. Acción de condena. — 18. Acción declarativa. — 19. Acción constitutiva. — 20. Acción ejecutiva. — 21. Acción precautoria. — 22. Clasificación de las acciones en razón del derecho que protegen. — 23. Acciones personalísimas, de estado y patrimoniales. — 24. Acciones personales, reales y mixtas. — 25. Acciones mobiliarias e inmobiliarias. — 26. Otras clasificaciones. — 27. Acción civil y acción penal. — IDENTIFICACIÓN DE LAS ACCIONES: 28. Concepto. — 29. Elementos de identificación. 30. a) Identidad de sujetos. — 31. b) Identidad de objeto. — 32. c) Identidad de causa. — CONDICIONES DE LA ACCIÓN: 33. Condiciones de ejercicio de la acción. — 34. Condiciones de admisión de la acción. — 35. a) Derecho. — 36. b) Calidad. — 37. c) Interés.

Naturaleza jurídica de la acción (1)

1. Importancia del estudio de las acciones.

a) Como consecuencia de haber asumido el Estado, a través de un largo proceso histórico, la tutela del ordena-

(1) Es muy extensa la bibliografía sobre el tema, por lo que nos limitamos a mencionar los trabajos más importantes entre los de más

miento jurídico, prohibiendo el empleo de la violencia en la defensa privada del derecho (1/1), lo cual constituye su función jurisdiccional, se reconoce en los individuos la facultad de requerirle su intervención para la protección de

(1/1) La defensa privada estaba ya prohibida en el derecho romano. *Decretum Divi Marci*, par. 13. Dig. *Quod metus causa*, IV, II, MERCADER, pág. 73.

fácil acceso. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, pág. 43 (Nápoles, 1923); *id.*, *Instituciones de derecho procesal civil*, t. 1, n° 6, pág. 20 (trad. Gómez Orbaneja, Madrid, 1936); *id.*, *La acción en el sistema de los derechos (Ensayos de Derecho Procesal Civil*, trad. SENTÍS MELENDO, B. Aires, 1949, t. 1, pág. 3); CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, n° 356 (trad. Alcalá Zamora y Castillo y Sentís Melendo, B. Aires, 1944); *id.*, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, pág. 184 (trad. Guasp, Barcelona, 1942); *id.*, *Saggio di una teoria integrale della azione (Riv. di Diritto Processuale*, 1946, I, pág. 5); CALAMANDREI, *Relatividad del concepto de acción (El proceso civil*, trad. Sentís Melendo, B. Aires, 1945, pág. 135, y *Riv. di Diritto Processuale Civile*, 1939, I, pág. 22); PEKELIS, *La acción (Rev. de Der. Proc. (A)*, 1948, I, pág. 115, trad. Sentís Melendo, y *Nuovo Digesto Italiano*, voz "Azione", t. 2, pág. 91); HEINITZ, *I limiti oggettive della cosa giudicata* (Padua, 1937, pág. 25); ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción (Estudios en honor de Hugo Alsina*, B. Aires, 1946, pág. 759); ANGELOTTI, *La pretesa giuridica* (Padua, 1932); *id.*, *Teoria generale del processo* (Roma, 1951, pág. 71); ARANCIO RUIZ, *Las acciones en el derecho privado romano* (trad. Gutiérrez-Alviz, Madrid, 1945); COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, pág. 7 (2ª ed., B. Aires, 1951); FAIREN GUILLEN, *La acción (Rev. de der. Proc. (A)* 1950, I, pág. 40); *id.*, *Acción derecho procesal y derecho político (Rev. de Der. Proc. (E)*, 1951, pág. 395); GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, pág. 96 (trad. Prieto Castro y adiciones de Alcalá Zamora y Castillo, Madrid, 1936); *id.*, *Derecho judicial material (Rev. de Der. Proc. (A)*, 1946, I, pág. 3, trad. Grossman); GUASP, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, t. 1, pág. 328 (Madrid, 1943); *id.*, *La pretensión procesal (Rev. de Der. Proc. (A)*, 1951, pág. 333); LIEBMAN, *Corso di diritto processuale civile*, pág. 30 (Milán, 1952); *id.*, *L'azione nella teoria del processo civile (Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padua, 1950, t. 2, pág. 425); MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, pág. 23 (2ª ed., París, 1949); PODETTI, *Trilogía estructural del proceso (Rev. de Der. Proc. (A)*, 1944, I, pág. 113); *id.*, *Teoría y técnica del proceso civil*, pág. 123 (B. Aires, 1942); REDENTI, *Diritto proces-*

un derecho que se considera lesionado, cuando no fuere posible la solución pacífica del conflicto. A esa facultad se designa en doctrina con el nombre de "acción" y ella se ejerce en un instrumento adecuado al efecto que se denomina "proceso". Jurisdicción, acción y proceso son así conceptos correlativos, que integran los tres capítulos fundamentales del Derecho Procesal, cuyo contenido no es otro que el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado (1/2).

b) Por consiguiente, se podría definir la acción (1/3) como el derecho del acreedor a obtener mediante el órgano judicial un bien jurídico que la ley le reconoce y que le es negado o desconocido por su deudor. Pero esta concepción, que inspiró los primeros intentos explicativos de la doctri-

(1/2) Dice PEKELIS: "Sólo se habla de acción cuando se refiere a la actividad procesal del Estado. El derecho del dueño de un enjambre de perseguirlo en el fundo ajeno, será una facultad, pero no es una acción, de la cual sólo puede hablarse si lo reclama judicialmente. Esto nos lleva a la constatación de que sólo puede hablarse de acción cuando hay proceso. Es decir que el concepto técnico jurídico de acción se resuelve en una contradicción con el significado común de la palabra: la acción corresponde a aquel a quien se le prohíbe obrar por sí mismo. Originariamente la acción se refería a una actividad privada: matar, castigar. Por un fenómeno lingüístico ha alcanzado la actual acepción: el poder de actuar se convirtió en el poder de provocar la actuación (*loc. cit.*, nº 4).

(1/3) El vocablo "acción" tiene en el derecho y aun en el derecho procesal numerosas acepciones, que han sido examinadas por CHIOVENDA, *La acción*, etc., nota 9, y PEKELIS, *loc. cit.*, nº 1.

suale civile, pág. 45 (Milán, 1952); Rocco, *La sentenza civile*, pág. 121 (trad. Romero Sánchez y López García, México); SATTI, *Diritto processuale civile*, pág. 79 (Padua, 1953); *id.*, *Ultime tendenze della teoria della azione* (*Riv. Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1940, pág. 1); *id.*, *L'esercizio della azione* (*Riv. Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1947, pág. 212); SCHONKE, *Derecho procesal civil*, pág. 3 (trad. Prieto Castro y Fairen Guillen, Barcelona, 1950); MERCADER, *La acción. Su naturaleza jurídica* (B. Aires, 1944); PRIETO CASTRO, *Tratado de derecho procesal civil*, t. 1, pág. 67 (Madrid, 1952); COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, 1955, pág. 20.

na, resulta insuficiente a poco que se pretenda aplicarla a la solución de las múltiples cuestiones que el examen del proceso suscita, después de haberse puesto de manifiesto aspectos antes inadvertidos. En efecto, el proceso tiene por objeto la decisión de una litis conforme a las normas del derecho substancial y en él intervienen por lo menos tres sujetos: el actor, el demandado y el juez, este último en ejercicio del poder jurisdiccional del Estado. La primera cuestión que se presenta es la de saber si ese medio de obtener la tutela jurídica que llamamos "acción" no es más que el mismo derecho que se pretende, considerado en su fase activa, o si por el contrario es un derecho que subsiste con independencia del derecho substancial. En este segundo supuesto, ¿qué vinculación hay entre la acción y el derecho substancial o es que actúan prescindiéndose mutuamente? Por otra parte, la intervención en el proceso de un órgano del Estado plantea las siguientes cuestiones: ¿la acción está en el campo del derecho privado o del derecho público?, ¿quién es el sujeto pasivo de la acción, el demandado, el juez o el Estado?, ¿cuál es el contenido de la acción? No son éstas meras proposiciones intrascendentes, sino de innegable interés práctico porque las distintas respuestas que se les ha dado constituyen la base de los diversos sistemas procesales que de la doctrina han pasado a la legislación positiva. Esto se ve más claro en la acción penal, cuyo carácter fundamentalmente público la separa en forma absoluta del derecho substancial (no hay una acción de homicidio o de defraudación, sino acción penal), lo que ha permitido a algunos códigos excluir del proceso al querellante particular. Pero bien mirado, el problema central es el de la relación entre la acción y el derecho substancial, del cual las otras proposiciones son en realidad derivados.

c) Acertadamente observa Calamandrei ^(1/4) que la pre-

(1/4) CALAMANDREI, *Relatividad*, nº 1.

sencia en el proceso de dos litigantes frente al juez plantea el siguiente dilema: o se ve en el proceso un servicio que el Estado presta al individuo proporcionándole el medio para actuar su derecho subjetivo, o bien es un servicio que el ciudadano presta al Estado proporcionándole la oportunidad de actuar el derecho objetivo. Se comprende fácilmente que el papel del juez varía según la posición en que se le coloque. En el primer supuesto, que considera la acción desde el punto de vista de las partes (concepción privatística), ellas no sólo determinan la cuestión a decidir, sino que fijan el material de conocimiento y el juez es así un mero "espectador" de la contienda; en el segundo, que considera la acción desde el punto de vista de la jurisdicción (concepción publicística), las partes sólo actúan como auxiliares del juez, el cual se convierte en "dictador" del proceso; distintas soluciones éstas que se hallan vinculadas a un problema más general llevado al terreno procesal: el de las relaciones entre el interés individual y el Estado, entre libertad y autoridad, que hoy aflora en el campo del pensamiento. Por eso, con un exacto sentido de equilibrio, Alcalá Zamora y Castillo completó la fórmula diciendo: ni espectador, ni dictador, sino "director" del proceso, porque toda exaltación del interés público se hace siempre a costa del derecho subjetivo privado (1/5).

d) Por otra parte, el estudio de la teoría de las acciones tiene en nuestro régimen jurídico particular importancia práctica desde diversos puntos de vista. Establecer en un caso concreto la naturaleza de la pretensión deducida en la acción con relación al derecho substancial, sus condiciones de ejercicio, las formas que debe revestir, resulta indispensable para determinar la función de otros institutos del proceso, a los cuales se halla estrechamente vinculada. Así,

(1/5) ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Principios técnicos y políticos de una reforma procesal* (Honduras, 1950, pág. 17).

la ley distribuye la competencia de los jueces según la naturaleza de las acciones: una acción deducida ante juez incompetente puede ser rechazada de oficio por el tribunal o hacer incurrir en el pago de las costas si la incompetencia se opone por el demandado mediante una excepción. En materia de prueba importa saber la que debe ofrecerse por las partes y admitirse por el juez, según sea la acción deducida. En una acción posesoria (así la llama nuestro código civil), sería inútil la prueba del dominio porque no es éste lo que se discute sino el hecho de la posesión. La admisibilidad de la prueba no depende del arbitrio judicial, sino que está regida por textos expresos, que no sólo establecen limitaciones en ciertos casos (como la prueba testimonial en materia de contratos), sino que en otros la prohíbe (si se tratara de atribuir la filiación natural a una mujer casada). En cuanto a la sentencia ella debe estar de acuerdo, bajo pena de nulidad, con las acciones deducidas en la demanda y en la contestación; y por lo que respecta al principal efecto de la misma, o sea la cosa juzgada, sólo el examen de los elementos de la acción permitirá saber, en un caso concreto, cuándo la excepción que de ella deriva puede ser opuesta válidamente. Naturalmente que en casi todos estos casos el concepto de acción para la ley difiere del que hoy le asigna la doctrina y frecuentemente se entiende referirse con ella a la pretensión o a la demanda.

e) Justificado así el interés del tema, trataremos de establecer la naturaleza jurídica de la acción, haciendo previamente un examen, necesariamente limitado, de las diversas doctrinas, que se han enunciado, siguiendo el orden de su aparición. Para facilitar la comprensión de lo que vamos a exponer, diremos que ellas pueden agruparse en tres concepciones fundamentales:

1º) La que considera a la acción como un elemento del derecho substancial (Savigny) y que en estos últimos tiem-

pos ha servido, si no de fundamento, al menos de inspiración de nuevas doctrinas a las que luego nos referiremos.

2º) Las que a partir de Windscheid consideran la acción como un derecho autónomo pero de carácter “concreto”, porque corresponde a quien tiene razón, y que según unos es de derecho público porque se dirige contra el Estado (Wach), y según otros es de naturaleza privada porque se dirige contra el demandado, aunque excepcionalmente también puede dirigirse contra el Estado (Chiovenda).

3º) Las que proclaman su carácter “abstracto”, completamente desvinculada del derecho material, considerándola como un mero derecho de obrar (Degenkolb), o como una función procesal de carácter público (Carnelutti) o una expresión del derecho constitucional de peticionar (Couture).

4º) Las que se han formulado en estos últimos años, quizá como una reacción contra los excesos de la doctrina publicística, y que van desde la negación del carácter procesal de la acción (Guasp) hasta su identificación nuevamente con el derecho (Redenti, Satta), y de las cuales también nos ocuparemos en forma somera.

2. La acción en el derecho romano⁽²⁾.

a) Según hemos visto (II, I), en el derecho romano el concepto de acción varió en los tres períodos de su evolución histórica. En el primero, las acciones de la ley eran una denominación genérica, el conjunto de formalidades que las partes debían cumplir ante el magistrado, independientemente del derecho que se reclamaba y que tenían un

(2) BONJEAN, *Traité des actions chez les romains*, etc.; ARANGIO RUIZ, *Las acciones*, etc.; DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*.

sentido político-religioso (3). En el procedimiento formulario, la acción era la fórmula que el magistrado acordaba y por la cual se investía al juez de la facultad de condenar o de absolver según que la cuestión propuesta debiera resolverse afirmativa o negativamente. Por eso Celso la definió como “el derecho de reclamar en justicia —ante el *iudex*— lo que nos es debido”, es decir, el derecho concedido por el magistrado para acudir ante el juez haciendo valer la fórmula (4). Aquí tampoco la acción estaba vinculada al derecho, sino por el contrario era un derecho autónomo, que tenía su origen en la fórmula misma y se regía por los preceptos de ésta, pudiendo el actor dejar de usarlo si así le convenía. Pero al desaparecer con el procedimiento extraordinario la división de la instancia entre el magistrado y el juez, lo que importó la supresión de la fórmula, desde que el mismo magistrado instruía el proceso y dictaba sentencia, la acción pasó a ser un elemento del derecho, en el sentido de que no era ya necesario que el magistrado la acordara, es decir que su ejercicio no estaba sujeto a la previa autorización por aquél. En este período la acción dejó de ser un concepto autónomo para confundirse con el derecho mismo al extremo de absorberlo, porque ya no se preguntaba si se tenía derecho a una cosa, sino si se tenía una acción para reclamarla; de ahí que el derecho romano contuviera tres capítulos fundamentales: personas, cosas y acciones, y que existiera una acción para cada derecho (reivindicación, nulidad, pauliana, etc.).

b) Conviene señalar aquí que en esta evolución se ad-

(3) Dice ARANGIO RUIZ, refiriéndose a las acciones de la ley: “Tanto el término *actio* como el verbo *agere*, posiblemente no eran empleados, cuando se hablaba del proceso, en el sentido de “obrar” o de “hacer” alguna cosa sino más bien en el especial de presentar una pequeña ficción dramática, cual en el teatro” (*op. cit.*, pág. 17, nota 1).

(4) *Ius persequendi in iudicio quod sibi debetur* (Ley 15, Oblig. et act.). ACCARIAS, *Précis de droit romain*, nº 371.

Vierte cómo la acción, de concepto autónomo e independiente del derecho, pasó a confundirse con éste hasta suplantarle en el plano lógico: si no había acción no había derecho. Vamos a ver ahora que la labor de la doctrina, a partir de Windscheid, consistió en separarlos nuevamente y en elevar a la acción a la categoría de un derecho, pero con un sentido diferente.

3. La acción como elemento del derecho. Escuela clásica.

a) Sobre la base de la concepción monista del tercer período del procedimiento romano, la llamada escuela clásica construyó una doctrina civilista de la acción, expuesta por Savigny ⁽⁵⁾, desarrollada especialmente por los juristas franceses ⁽⁶⁾ y seguida por los prácticos españoles ⁽⁷⁾. Savigny comenzó por restituir al derecho su posición lógica: primero el derecho, luego la acción y atribuyó a ésta una función de garantía: la acción es el derecho que se pone en movimiento como consecuencia de su violación; es el derecho en ejercicio, en pie de guerra, que tiende a remover los obstáculos que se oponen a su eficacia ^(7/1). La acción su-

(5) SAVIGNY, *Sistema de derecho romano actual*, §§ 205 y sig.

(6) AUBRY y RAU, *Cours de droit civil français*, t. 8, pág. 112; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 9, n.º 388; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, n.º 2333; GARSONNER y CÉZAR-BRU, *Traité de procédure civile*, t. 1, pág. 530. Recientemente se ha iniciado una renovación de conceptos con JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 1935, pág. 52; y MOREL, *op. cit.*, 1.ª ed., 1932, pág. 33; 2.ª ed., 1949, pág. 26.

(7) CARATANTES, *Procedimientos civiles*, t. 2, pág. 6; MANHESA y REUS, *Ley de enjuiciamiento civil*, t. 1, pág. 7.

(7/1) "Cuando examinamos un derecho, dice SAVIGNY (*loc. cit.*), bajo la relación especial de su violación, nos aparece un estado nuevo, el estado de defensa, y así la violación, de igual manera que las instituciones establecidas para combatirla, cobran sobre el contenido y la esencia del derecho mismo. Ahora bien, el conjunto de modificaciones en el derecho por aquella causa lo designo con el nombre de derecho de acción".

pone entonces un derecho y la violación del mismo, de donde se sigue que los elementos de la acción son necesariamente cuatro: 1º) un *derecho*, porque no se concibe una acción sin un derecho que le sirva de fundamento y a cuya protección se dirija; 2º) un *interés*, porque el derecho es un interés protegido por la ley y si el interés falta la protección desaparece; 3º) la *calidad*, porque la acción corresponde al titular del derecho o a quien puede ejercerlo en su nombre (padre por el hijo, tutor por el menor, etc.); 4º) la *capacidad*, es decir, la aptitud para actuar personalmente en juicio (no la tienen los menores, los dementes, etc.). Como consecuencia de esta identidad entre la acción y el derecho, se afirma que: 1º) No hay derecho sin acción, ya que de lo contrario carecería prácticamente de eficacia; por excepción y fundada en razones de orden público, la ley priva de acción a algunos derechos (obligaciones naturales); 2º) No hay acción sin derecho, desde que aquélla no es sino un elemento de éste; 3º) La acción participa de la naturaleza del derecho (personal, real, etc.) (8). Es decir que para esta teoría, en el derecho privado deben buscarse los elementos para la concesión de la tutela jurídica, mientras que el objeto del derecho procesal sería puramente formal y técnico. El progreso científico de esta época consistiría más en el perfeccionamiento técnico del procedimiento, que en una teoría general del proceso y la acción (8/1).

b) Pero esta doctrina resulta insuficiente para explicar situaciones que son perfectamente normales en el proceso. Sería difícil encontrar la acción cuando la sentencia rechaza la demanda por falta de mérito (sentencia desestimatoria). Se ha puesto en actividad todo el organismo judi-

(8) Es bajo la influencia de esta concepción que nuestro código civil habla frecuentemente de acciones personales, reales, mobiliarias, inmobiliarias (arts. 1259, 1414, 1425, 1834, 1853, 2612, 2950, 3034, etc.).

(8/1) HEINITZ, pág. 26.

cial (juez, secretario, fiscal, etc.); se ha producido incluso abundante prueba; se han interpuesto recursos que provocaron la intervención de los tribunales de segunda instancia y al final el juez declara en la sentencia que la pretensión del actor no está amparada por una norma legal. Si el derecho no existe según la sentencia y si no puede haber acción sin derecho, ¿qué es lo que ha puesto en movimiento todo el mecanismo del proceso? Lo mismo puede decirse de las obligaciones naturales: la ley les niega expresamente acción según los civilistas, pero nada impide que se demande judicialmente su cumplimiento y se tramite un proceso sobre la base de esa demanda, pues es recién en la sentencia cuando el juez declarará que la obligación no es exigible. Un embargo preventivo puede quedar posteriormente sin efecto si en el juicio subsiguiente se demuestra que el ejecutante carecía de derecho a promoverlo. Los llamados elementos de la acción, con excepción de la capacidad, no son condiciones para su ejercicio, sino para obtener una sentencia favorable, es decir, para su admisión por el juez, pues recién en la sentencia éste declarará si la pretensión deducida en la acción está o no fundada, si su interés es legítimo, si tiene calidad para reclamarlo. Todo ello demuestra que la acción procesal puede funcionar independientemente del derecho substancial y por ello la doctrina moderna ha tratado de fijar sus caracteres y relaciones respecto de aquél.

4. La acción como derecho autónomo. Windscheid, Muther, Wach, Degenkolb.

a) Tal era la situación cuando Windscheid publicó su libro *La acción en el derecho civil romano desde el punto de vista moderno* (Dusseldorf, 1856), que constituye el punto de arranque de las nuevas doctrinas procesales. Lo que nace de la violación de un derecho, dice Windscheid, no es un derecho de accionar como afirmaba Savigny, sino una

pretensión contra el autor de la violación, que se transforma en acción cuando se la hace valer en juicio. La violación del derecho de propiedad no origina un derecho de accionar en justicia, sino una pretensión a la restitución de la cosa respecto de una determinada persona, pretensión que puede quedar satisfecha por sumisión del autor de la violación sin intervención del poder público. A esa dirección personal o tendencia a someter la voluntad de otro, Windscheid designa con la palabra "*anspruch*", que ha sido traducida por "pretensión jurídica", pero cuya exacta acepción ha dado lugar a una extensa bibliografía⁽⁹⁾. La acción sería entonces la pretensión jurídica deducida en juicio.

Para penetrar en el pensamiento de Windscheid debe tenerse presente, como lo advierte Chiovenda^(9/1), que en esa época existía en Alemania una doble terminología: la *actio* y la *klage*. La *actio* romana no era sino el derecho mismo, concebida como potestad inmanente al derecho de reaccionar contra su violación, o como el derecho en su tendencia a la actuación, un derecho que nace de la violación del derecho. La *klage* (*Klagerecht*, derecho de accionar) era un concepto creado por los juristas medievales, sin realidad en el derecho romano ni en el moderno, y constituía un derecho contra el Estado (querella, queja), tendiente a provocar la actividad del poder público. La *actio* romana era predominantemente una afirmación de derecho contra el adversario, en tanto que la *klage* era una invocación al juez; en el concepto romano se tendía más bien a los resultados extremos de la afirmación del derecho en el juicio, y en el germánico al efecto inmediato, la actividad del juez; consiguientemente allí campea la afirmación del derecho, aquí la queja, aun cuando ambos se dirijan contra el adver-

(9) WINDSCHEID, *Pandectas*, § 44; ANGELOTTI, *La pretesa giuridica*; GUASP, *La pretensión procesal* (*Rev. Der. Proc.* (A), 1951, I, pág. 333).

(9/1) CHIOVENDA, *La acción*, etc., n° 3, especialmente notas 11 y 14.

sario. Windscheid descartó la *actio* en el concepto romano y la revistió con la figura de la *klage*, pero dirigida al adversario (9/2).

b) No puede decirse que Windscheid haya despejado el problema de la acción ni de su relación con el derecho, pero tuvo el mérito dice Chiovenda, de haber provocado una polémica con Muther, que fué famosa porque dió origen a nuevas investigaciones (9/3).

Contrariamente a lo afirmado por Windscheid de que la acción no era sino la pretensión deducida en juicio contra el demandado, Muther en su libro *La teoría de la acción romana y el derecho moderno de obrar* (Erlanger, 1857), concibe la acción como un derecho público subjetivo mediante el cual se obtiene la tutela jurídica (*rechtsschutzanspruch*) y se dirige contra el Estado para la obtención de una sentencia favorable y contra el demandado para el cumplimiento de una prestación insatisfecha. La acción tiene por presupuesto la existencia de un derecho privado y su violación, pero aunque está condicionada por el derecho subjetivo, es independiente de éste y su regulación corresponde al derecho público (9/4). Windscheid, agrega Chio-

(9/2) MERCADER, *La acción*, pág. 82.

(9/3) CHIOVENDA, *La acción*, nº 4. Sobre la polémica Windscheid-Muther (cap. I, 11, 20/1), ver PRIETO CASTRO, *La acción en el derecho civil español* (*Boletín de la Universidad de Granada*, 1931), y SILVA MELERO, *Notas para el estudio del concepto de derecho procesal*, en *Rev. General de Legislación y Jurisprudencia*, 1934, t. 164, pág. 332; RICCA BARBERIS, *Klage et actio* (*Recueil d'études en l'honneur de Lambert*, nº 108).

(9/4) Dice GUASP (*Comentarios*, t. 1, pág. 333) que la verdadera traducción de *rechtsschutzanspruch* es "pretensión de tutela de derecho" y no "pretensión de tutela jurídica", porque con ella se indica la materia y no calidad, como no es lo mismo decir "tutela económica" que "tutela de la economía" y que a ello se debe que esta doctrina no haya sido bien interpretada. En el pensamiento de MUTHER, agrega, la acción como derecho subjetivo es distinto del derecho material que le sirve, aunque no siempre, de fundamento. Como tal derecho subjetivo existe

venda, negó al principio la existencia de un nuevo elemento (un derecho independiente del derecho material), porque a su modo de ver no podría persuadirse a un profano de que en un litigio se trata de si existe un derecho de accionar, más bien que la cuestión de si le asiste un derecho. Posteriormente Windscheid admitió en principio la existencia de ese derecho independiente, el cual, como vamos a ver, fué alejándose cada vez más del derecho substancial (9/5).

c) Siguiendo a Muther, pero apartándose de él en ciertos aspectos, Wach en su *Manual de derecho procesal* (1885) y luego en su trabajo *La acción de declaración* (1888), considera la acción como un derecho autónomo *contra* el Estado y *frente* al demandado. De allí sus caracteres: es un derecho público al que corresponde por parte del Estado la obligación de dispensar la "tutela del derecho", pero es un derecho concreto en cuanto su eficacia afecta sólo al adversario: la acción corresponde "a quien tiene derecho" a una sentencia favorable (teoría de la acción concreta).

Con esta concepción, dice Calamandrei (9/6), Wach se coloca francamente en el campo del derecho público, como

con anterioridad al proceso y no depende de su reconocimiento en él, por lo mismo que la existencia de un derecho no depende de su evidencia; el que en un proceso no se reconozca una acción, es decir que haya una sentencia injusta, es un simple fenómeno de hecho, que no puede desvirtuar el concepto dado de acción, ni el fin del proceso entendido de la manera que lo hace esta doctrina".

(9/5) Dice MERCADER (*op. cit.*, pág. 62) que MUTHER, antes que un contradictor, debe ser considerado como un integrador de WINDSCHEID, a pesar de las apariencias que lo presentan en disputa con aquel reflexivo pandectista, porque en realidad complementa la figura de la *anspruch* (pretensión) al denunciar que obra en dos direcciones; una que la remite hacia el Estado, en demanda de amparo jurisdiccional, y otra que la vuelve hacia el deudor para que cumpla la prestación a que se obligó.

(9/6) CALAMANDREI, *Relatividad*, nº 5. BULOW había puesto fin al método descriptivo con su teoría de la relación jurídica procesal, derivada del derecho civil, pero a la que atribuyó carácter público sobre la base de los deberes del juez hacia las partes. HEINITZ, pág. 27.

expresión de una relación que corre, no ya entre particular y particular, sino entre ciudadano y el Estado, y cesa por ello el interés individual como fundamento de la acción. Wach, agrega Calamandrei, es el que más ha contribuido, siguiendo a Muther, a poner de relieve la posición jurídica de ese tercero en el proceso, el Estado, que las teorías precedentes habían dejado en la sombra. Por su parte, Chioven-
da (9/7) señala que Wach pudo demostrar la autonomía de la acción mediante la elaboración doctrinaria de la sentencia declarativa: el derecho a la tutela jurídica existe aunque no haya una prestación insatisfecha (sentencia desestimatoria de la demanda) y aun para demostrar que ninguna prestación es debida (sentencia de mera declaración) (9/8).

(9/7) CHIOVENDA, *La acción*, nº 6.

(9/8) No siempre se ha interpretado el pensamiento de WACH en el mismo sentido. Refiriéndose a ello dice MERCADER (*La acción*, pág. 52), que en esta doctrina está implícita la condición de que exista previamente el derecho protegido que se invoca en la demanda, lo que conduce a afirmar inevitablemente que si falta el derecho protegido que ha de triunfar en la sentencia, la acción no existe, y que este error de WACH, que importa un retroceso, fué luego muchas veces repetido en la doctrina. Asimismo Rocco (*La sentencia civil*, nº 36) expresa que la teoría de la tutela jurídica, derrotada por BULOW y KOHLER, continuó defendiéndose vigorosamente a través de WACH, pero sin que pueda escapar a este dilema: o identificar el derecho concreto a la protección jurídica con el derecho abstracto de proceder, o confundirlo con el derecho subjetivo material. En efecto, agrega, el derecho a la tutela jurídica supone el derecho a una sentencia favorable, y como ésta se pronuncia recién al final del procedimiento, resulta que entretanto no puede hablarse de un derecho, porque no se sabe si la sentencia será favorable; por otra parte la sentencia puede ser desfavorable y en ese caso menos podría hablarse de un derecho en tal sentido. En cambio, LIEBMAN (*L'azione*, nº 4), coincidiendo en este punto con CALAMANDREI (*Relatividad*, nº 5), dice que WACH pudo afirmar la autonomía de la acción porque no supone la existencia de un derecho verdadero y propio, siendo suficiente un interés jurídico en obtener el pronunciamiento. Se ha formulado también la observación de que para WACH la acción se da *contra* el Estado *frente* al demandado, pero sin referirse todavía a la relación que existe entre la iniciativa privada y la actividad del Estado. Para ello habría que suponer un conflicto

d) Frente a la doctrina de la acción concreta y precediendo a la obra de Wach, enunció Degenkolb en su monografía *La acción en el contradictorio y naturaleza de la norma contenida en la sentencia* (1878), la llamada "teoría de la acción abstracta". Según ella la acción es dada, no sólo a quien tiene razón, sino a cualquiera que se dirija al juez en demanda de una decisión sobre una pretensión; la acción, por consiguiente, puede ser deducida aun por quien esté equivocado y por ello es abstracta del fundamento de la demanda. Degenkolb, dice Mercader ^(9/9), presintió que la acción es algo más extenso que el derecho que triunfa, y con espíritu conciliador hizo un esfuerzo supletorio al proponer que la acción fuese, simplemente, el derecho abstracto de obrar, desvinculado de todo fundamento positivo que legitime la pretensión de quien la ejerce; de ahí que para Degenkolb la acción no sea un derecho sino una simple facultad.

Los adversarios de esta teoría ^(9/10) dicen que ella confunde el derecho de acción con la mera facultad jurídica de obrar; indudablemente para poder dar la razón a quien la tiene es necesario admitir que el que no tiene razón puede pedir que el juez declare si la tiene o no la tiene, pero en cualquier caso la acción tiene como fundamento una pretensión que, si prospera, hace que la acción sea admitida, y en caso contrario determina su rechazo.

La doctrina de la acción abstracta hizo camino, logrando la adhesión, entre otros, de Rocco (*La sentencia civil*, pág. 80), Carnelutti (*Sistema*, n° 356, de quien nos ocuparemos especialmente más adelante), Zanzucchi (*Tratado*, t. 1, pág. 47), etc. Pero probablemente quien ha llevado a su ex-

entre el ciudadano y el Estado, mientras que dar la razón a quien la tiene es un interés del Estado mismo (CHIOVENDA, *Principii*, pág. 86; CARNELUTTI, *Sistema*, n° 356).

(9/9) MERCADER, *La acción*, pág. 57.

(9/10) CHIOVENDA, *La acción*, n° 5, y bibliografía allí citada.

tremo esta concepción es Couture (*Fundamentos*, pág. 30), al identificar la acción con el derecho constitucional de petionar, derecho equiparable al que se ejercita con relación a los poderes ejecutivo y legislativo; y que también examinaremos.

5. La acción como derecho potestativo. Chiovenda.

a) Estos trabajos prepararon la elaboración de la doctrina de Chiovenda, quien ha dado extraordinario impulso a los estudios de derecho procesal, considerándosele como el fundador de la moderna escuela italiana. Inspirándose en Wach, pero apartándose de él, trató de ubicar la acción en la teoría general de los derechos y la definió como "el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley por el órgano jurisdiccional" ⁽¹⁰⁾. Analizaremos detenidamente esta concepción, cuya crítica es el punto de partida de un debate de vastas proyecciones.

b) Chiovenda admite con Ihering que el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido y expresa que la coacción es inherente a la idea del derecho, no en el sentido de poderlo actuar directamente, ya que está prohibida la defensa privada, sino de hacerlo actuar por el órgano jurisdiccional. Las normas jurídicas tienden a actuarse y normalmente actúan por el cumplimiento espontáneo de quien se halla sometido a su mandato, pero no siempre ocurre así, ni todas las normas tienen una naturaleza adecuada para ser ejecutada por el particular. De ahí que en muchos casos la actuación del derecho se realiza por los órganos del Estado, sea por incumplimiento del obligado, sea porque la intervención del Estado es indispensable para la actuación de la

(10) Por primera vez en su proluación *La acción en el sistema de los derechos*, leída en Bolonia el 3 de febrero de 1903 al hacerse cargo de la cátedra (*Ensayos*, t. 1, pág. 3); luego en los *Principii*, pág. 29, y posteriormente en *Instituciones*, t. 1, pág. 20.

norma (sentencia de divorcio, declaración de quiebra, demencia, etc.). En estos supuestos la intervención del órgano jurisdiccional está condicionada a una manifestación de voluntad del particular, porque el tribunal no actúa de oficio, y al modo de expresar esa voluntad se designa con el nombre de "acción".

c) La acción constituye un derecho que generalmente nace del hecho de que quien debía conformarse a una norma garantizadora de un bien de la vida, la ha transgredido (deudor que no paga, intruso en un inmueble, etc.). La acción arranca, pues, del derecho subjetivo (personal o real), pero son dos derechos diferentes, que tienen vida y condiciones de diverso contenido, aunque pueden coordinarse en un mismo interés económico. La voluntad de la ley que corresponde a una obligación es más extensa y comprensiva que la obligación misma, porque mientras ésta se dirige a la prestación, aquélla garantiza al acreedor su cumplimiento "por todos los medios posibles", aun contra la voluntad del deudor. La acción aspira a obtener en el proceso el bien garantizado por la ley y para lo cual la obligación misma se manifiesta como instrumento insuficiente. Acción y obligación son, pues, dos derechos subjetivos distintos que unidos llenan absolutamente la voluntad concreta de la ley, lo que llamamos derecho objetivo. Una cosa es el derecho a la prestación y otra el poder de provocar la coacción del Estado, y por consiguiente son diferentes las normas que regulan la obligación y la acción, puesto que la acción, fundándose en la existencia del proceso, es regulada, aunque tenga naturaleza pública o privada, según los intereses a los cuales se dirija, por la ley procesal. Con ello no se niega la existencia de un estrechísimo lazo entre la acción y la obligación, puesto que ambas se dirigen a la misma voluntad de ley que garantiza un bien determinado y tienden a la consecución de ese mismo bien aunque por caminos y medios diferentes: la obligación por el deudor, la acción por el órgano

jurisdiccional. De ahí que satisfecha la obligación mediante una prestación del obligado la acción se extinga, y satisfecha la acción en la ejecución forzosa se extinga la obligación.

c) La acción es un poder jurídico de la categoría de los derechos potestativos. Denominanse así aquellos derechos a los cuales no corresponde una obligación, porque el sujeto a quien está dirigido no es deudor de una prestación, ni debe hacer nada para satisfacer el interés de quien lo ejerce. La ley concede, en efecto, en ciertos casos, a una persona el derecho de influir en la condición jurídica de otra, con la sola manifestación de su voluntad, es decir, sin necesidad del concurso de aquélla; así, el poder del donante de revocar la donación; del vendedor con pacto de retroventa, de retrotraer la propiedad; del propietario, de constituirse en condómino del muro medianero; del condómino, de hacer cesar el condominio; del mandante, de revocar el mandato, etc. De igual manera, mediante la acción el demandado queda sujeto, aun contra su voluntad, a la actuación de la ley, que es lo que caracteriza la función jurisdiccional ^(10/1).

(10/1) Dice CALAMANDREI: "A Chiovenda, que idealmente, ya que no cronológicamente, se encuentra a mitad del camino entre Wach y Klein, corresponde sin duda el mérito de haber sabido encontrar, con su concepción de la acción como derecho potestativo, el punto de equilibrio entre el interés público y el interés individual, la conjunción de los cuales se ha presentado por él, no como la subordinación del uno al otro, sino como la coordinación armoniosa de los dos, que realiza de una manera perfecta la contemporización de la libertad con la autoridad. Esta teoría de Chiovenda constituye el ápice de una curva ideal; antes de ella (en las teorías que hemos examinado), la acción se construye con un predominio neto del interés privado sobre el público; después de ella, como veremos dentro de poco, el equilibrio se rompe en favor del interés público, que claramente comienza a dominar sobre el privado. La idea fecunda, el descubrimiento, puede decirse, de Chiovenda, se concentra en haber visto que la acción, si bien se la debe considerar como un derecho subjetivo por sí mismo, no se presta a ser encuadrada en el esquema tradicional del derecho subjetivo en sentido estricto, cuya base está constituida por la prestación respectivamente pretendida y debida, y en el que el predominio del interés del acreedor

d) El derecho de acción es “autónomo” con relación al derecho substancial. Ello no se advierte si sólo se piensa en la acción de condena, pero son numerosos los casos en que existe la acción independientemente de la existencia o inexistencia del derecho substancial: la acción de declaración negativa, con la cual el actor obtiene la declaración de que la ley no lo obliga a un determinado deber; la acción cautelar, que se acuerda sin saber aún si el derecho objetivo ampara al actor; el derecho a pedir la ejecución forzada a base de una sentencia que no es definitiva, o de un interés contractual que puede ser impugnado; la sentencia desestimatoria de la demanda; etc.

e) La acción es un derecho “contra” el adversario “frente” al Estado ⁽¹¹⁾. Por ella el órgano jurisdiccional se substituye a la actividad del actor para la protección de su derecho, y a la del demandado, en su caso, para el cumplimiento de su obligación. Es, dice Chiovenda, un derecho substantivo que consiste en una relación entre la voluntad de un parti-

tiene como inevitable contrapartida el sacrificio del interés del deudor. En realidad, cuando el Estado administra justicia, se mueve, no para prestar con sacrificio propio un servicio a quien se lo pide, sino para cumplir con ello uno de los fines esenciales del Estado, esto es, para servir un interés esencialmente público. El interés individual y el interés público no se pueden considerar en el proceso como dos fuerzas en oposición, sino como dos fuerzas convergentes, cada una de las cuales considera la satisfacción de la otra como condición de la propia. La teoría de Chiovenda está orientada al fortalecimiento de la autoridad, cuyo inspirador más directo es Klein, el autor de la ley austríaca. Al Estado, que como legislador le corresponde establecer la voluntad abstracta de la ley, compete también vigilar su actuación, determinando la voluntad concreta en la ley en cada caso. La inobservancia de la ley, por ello, lesiona el derecho público y el interés privado y es mediante la acción del particular que el Estado confirma su autoridad y satisface el interés particular” (*Relatividad*, etc., *loc. cit.*).

(11) La acción, dice CHIOVENDA, presupone pero no tiene por contenido la obligación del Estado de administrar justicia, y por lo tanto corre únicamente entre parte y parte y es de naturaleza privada o excepcionalmente pública según la norma cuya actuación se pide.

cular y la organización jurídica; pertenece al derecho privado, porque una cosa es la naturaleza pública del organismo judicial, y otra la naturaleza del derecho de acción. Este poder puede encaminarse a la actuación de la ley de diferentes maneras: en forma de declaración, mediante sentencia; de aplicación de medidas de previsión (cautela); o en forma de ejecución. La sentencia puede declarar pura y simplemente la voluntad de la ley (sentencia de declaración o meramente declarativa, como sería la nulidad de un acto jurídico); o declararla como preparación para su ulterior ejecución (sentencia de condena); algunas veces la sentencia produce efectos jurídicos que la parte tenía derecho a producir para el futuro (sentencia constitutiva, por ejemplo, el divorcio, la demencia, etc.). De la sentencia nace un nuevo poder jurídico que tiende a la actuación de la voluntad en el contenido (*actio iudicati*).

f) La acción es un derecho a obtener una sentencia favorable que se concede "a quien tiene razón". Si el actor carece de ella o prospera la excepción opuesta por el demandado, la acción debe ser rechazada en la sentencia. En el primer supuesto, la ley actuará en favor del actor (sentencia estimatoria); en el segundo, actuará en favor del demandado (sentencia desestimatoria).

g) Veamos ahora las objeciones que se han hecho a esta teoría, las que para mayor claridad expondremos también en orden sucesivo:

1º) Teniendo por exacto que la acción tiende a producir un determinado efecto jurídico (sujeción del demandado a la ley), es de advertir, dice Carnelutti (11/1), que ese efecto jurídico deriva de la providencia del juez y que la acción como derecho tiene como objeto inmediato esa providencia y en consecuencia se dirige contra quien puede darla o sea el juez

(11/1) CARNELUTTI. *Diritto ed processo nella teoria delle obbligazioni* (Studi in onore di G. Chiovenda, 1927, nº 4); *Sistema*, nº 356.

como órgano del Estado. La acción es entonces un derecho al medio y no al fin y ello en dos sentidos: en el de su contenido y en el de su relación. En primer lugar, la ley confiere el derecho al cumplimiento de los actos destinados a la tutela del derecho, pero no garantiza el éxito del experimento. En segundo lugar, es también un derecho al medio y no al fin porque no reconoce en el individuo el poder de imponer el efecto querido, sino que ello es atributo del Estado. Por consiguiente, no es lícito hablar de "sujeción a la ley" sino de "sujeción a la jurisdicción", y así acción y jurisdicción se presentan como términos correlativos, una como premisa y otra como consecuencia.

29) Considerada en su complejidad y en sus caracteres salientes, dice Liebman ^(11/2), esta teoría es la consecuencia de estudiar el proceso solamente desde el punto de vista del actor que tiene razón, lo cual expresa ciertamente una realidad en el sentido de que es éste solamente quien puede obtener en el proceso el efecto buscado. Pero es necesario ver también el proceso desde afuera, porque no es un instrumento que el actor maneja a voluntad, sino el resultado de la actividad de varios sujetos entre los cuales predomina la figura del juez. La acción no es concreta porque el juez al determinar el contenido se va a guiar únicamente por el convencimiento que se forma en el curso del proceso a base de elementos objetivos de hecho y de derecho y de los cuales aquélla resulta fundada o infundada. Lo único seguro es que el juez proveerá y éste es el objeto de la acción; la esperanza del actor va más lejos, aspira a una sentencia favorable, pero ella dependerá, como dice Goldschmidt, de la situación que se le cree en el proceso, y para lo cual deberán concurrir determinadas circunstancias (derecho, calidad, interés, etc.), que el juez examinará en la sentencia aun sin instancia de parte.

(11/2) LIEBMAN, *L'azione*, etc., nº 2.

39) A su vez, Rocco (11/3) advierte que habría una contradicción en el concepto de autonomía de la acción al hacer depender la existencia de ésta de la violación de un derecho, ya que según Chiovenda, siguiendo los pasos de Wach, la acción sólo corresponde a quien tiene derecho a una sentencia favorable, vale decir que la acción presupone el derecho. Por otra parte, esta teoría importa un retroceso en el camino andado en la investigación de la naturaleza jurídica de la acción, pues no estando dirigida contra el Estado no adquiere el carácter de derecho público y permanece en la sombra del derecho privado.

40) También ha sido controvertido el carácter potestativo de la acción, haciéndose notar que el cambio de situación jurídica del demandado no deriva del ejercicio de la acción sino de la sentencia del juez (11/4).

6. La acción como derecho público subjetivo. Goldschmidt.

a) Para penetrar en el concepto de acción enunciado por Goldschmidt, es necesario referirse previamente a su doctrina sobre el "derecho justicial material" (12). El maestro berlinés distingue entre derecho substancial, derecho justicial material y derecho procesal. Según él, detrás de cada precepto del derecho privado se encuentra su proyección en el derecho justicial material, es decir que detrás de casi todos los derechos subjetivos, están las acciones correspondientes. Por ejemplo, el código civil dispone que por el contrato de compraventa el comprador se obliga a pagar por la cosa un precio cierto; si el comprador no cumple su obligación, el Estado tiene frente al vendedor el deber de constre-

(11/3) Rocco, *La sentencia civil*, n^{os}. 38 y sig.

(11/4) HEINITZ, pág. 35.

(12) J. GOLDSCHMIDT, *Derecho justicial material* (Rev. Der. Proc. (A), 1946, trad. de C. Grossmann); íd., *Teoría general del proceso* (Madrid, 1936, págs. 24 y sigs.); R. GOLDSCHMIDT, *Derecho justicial material* (*Estudios en honor de Alsina*, pág. 317).

ñir al comprador a pagar el precio. El vendedor tiene así una pretensión de tutela jurídica que la hace valer contra el Estado, a cuya jurisdicción están sometidos todos quienes se vinculan por una relación de derecho privado. El derecho procesal regula la actuación del juez en el proceso y determina las condiciones para dictar sentencia. Por consiguiente, el derecho justicial no es de derecho privado ni de derecho procesal, sino una relación de derecho político, que tiene su fundamento en la norma de derecho substancial y en virtud del cual puede exigir del Estado la tutela jurídica que en ella está implícita. El derecho privado establece lo que el particular debe a otro particular; el derecho justicial, como un fenómeno concomitante del derecho privado, determina el contenido de la sentencia; el derecho procesal regula el modo de llegar al fallo.

b) Sobre esta base Goldschmidt concibe la acción como un derecho público subjetivo dirigido contra el Estado para obtener la tutela jurídica mediante una sentencia favorable. Es un derecho contra el Estado pero cuya carga recae sobre el demandado, porque éste tiene el deber de soportar la tutela jurídica del Estado. Por consiguiente, la acción o derecho de obrar (con su contenido de pretensión de sentencia) no es de carácter procesal, sino que es un derecho justicial de carácter material (12/1).

c) Consecuentemente, los presupuestos de la acción o requisitos para la tutela jurídica son: 1º) un estado de hecho; 2º) que ese estado de hecho sea susceptible de protección jurídica; 3º) que haya necesidad o interés en la protección judicial.

7. La acción como función procesal. Carnelutti.

a) También para penetrar en el pensamiento de Carnelutti sobre la naturaleza jurídica de la acción, es necesario

(12/1) GOLDSCHMIDT, *Tratado*, pág. 96.

tener una noción integral de su sistema, ya que no ha expuesto una concepción dogmática como las doctrinas precedentes, sino que ha estudiado la acción en su función dentro del proceso (13).

b) Carnelutti distingue entre litis y proceso. Se entiende por litis el conflicto de intereses regulado por una norma jurídica y sus elementos son: las partes, el objeto y la pretensión (*Anspruch*). Las partes son el sujeto activo (titular del derecho) y el pasivo (frente al cual se pretende hacer valer ese derecho); el objeto de la litis es el bien al cual se dirige el interés de las partes; la pretensión es la exigencia (manifestación de voluntad) de la subordinación de un interés ajeno al propio. El proceso es el instrumento judicial para la solución de la litis: ésta es un contenido o supuesto, y aquél su continente o expresión. Son elementos del proceso: las partes (actora y demandada) y el juez, que constituyen los sujetos; el elemento objetivo es el conjunto de actividades que éstos desarrollan hasta la sentencia inclusive.

c) Ordinariamente la litis es extraña al juez y de allí que esas actividades comprendan dos aspectos: el de investigación y el de apreciación. Como no es posible que el juez vaya en busca de la litis sin volver a los tiempos de la inquisición, sino que son las partes quienes deben poner la litis en presencia del juez, a ellas corresponde la afirmación de los hechos y la aportación de la prueba. Al juez, en cambio, corresponde la función de apreciación en la sentencia. En consecuencia, toda esa actividad que las partes despliegan durante el proceso y que se inicia con la demanda, constituye la acción, palabra que deriva precisamente de actividad, que supone movimiento.

d) La acción es un derecho independiente del derecho

(13) CARNELUTTI, *Sistema*, nº 356; *Instituciones*, nº 189; *Saggio di una teoria integrale della azione*, loc. cit., pág. 5.

material y su objeto es provocar la actividad jurisdiccional. El derecho subjetivo procesal de acción y el material de tal modo no se confunden que el uno puede existir sin el otro: yo tengo derecho a obtener del juez una sentencia sobre mi pretensión, aunque esta pretensión sea infundada. La distinción entre los dos derechos afecta tanto a su contenido como a su sujeto pasivo: el derecho subjetivo material tiene por contenido la prevalencia del interés en litigio y por sujeto pasivo a la otra parte; el derecho subjetivo procesal tiene por contenido la prevalencia del interés a la composición de la litis y por sujeto pasivo al juez o en general al miembro del órgano al que corresponde decidir sobre la demanda.

e) De allí los caracteres específicos de la acción. Es un derecho autónomo, porque el interés que protege no es el interés substancial de las partes deducido en la litis, sino un interés general en el cumplimiento por el juez de una obligación procesal: la justa composición de la litis. Es un derecho público subjetivo, porque al igual que otros derechos cívicos, puede ser ejercitado por cualquier ciudadano, desde que no le está atribuido *uti singulis* sino *utis civis*. No es concreto, porque no supone la legitimidad, la que no afecta a la acción sino a la pretensión, y basta que el que la proponga esté comprendido dentro de determinados límites de capacidad. Tampoco es un derecho potestativo, un mero poder de producir un efecto jurídico, sino un derecho a una prestación: la actividad jurisdiccional; por ello no se dirige contra la parte contraria, ni contra el Estado que no puede tener un interés opuesto a la composición de la litis, sino contra el oficial público investido de la potestad jurisdiccional. En su exacto significado, constituye un derecho a la jurisdicción; y en cuanto el interés tutelado (la justa composición de la litis) es un interés esencialmente público, la acción debe ser concebida como el ejercicio privado de una función pública, ya que mediante ella se obtiene la satisfacción del interés particu-

lar lesionado, y como consecuencia, la reintegración del orden jurídico.

7/1. Otras concepciones de la acción.

a) Según Pekelis ⁽¹⁴⁾, por una especie de error óptico, explicable por razones históricas, en la llamada relación jurídica substancial se ha visto una relación directa de sujeción del deudor respecto del acreedor, y de allí que el derecho subjetivo sea considerado como "primario" respecto de la acción, que es sin embargo su fuente y no obstante se lo considera "secundario". En efecto, agrega, entre acreedor y deudor surge una relación en tanto en cuanto los hechos ocurridos (delito o contrato, poco importa) han creado en uno de ellos el poder de hacer ejecutar, en ciertas condiciones, una actividad coactiva o sancionatoria respecto del otro; esto es, en cuanto al primero corresponde un derecho de acción. Ya al molinero de Sans Souci le habría parecido evidente que sólo se tiene realmente un derecho en cuanto haya jueces en Berlín a los cuales se pueda ocurrir, es decir, en cuanto se tenga un derecho de acción, y resulta inexplicable que a los procesalistas no se les hubiera ocurrido invertir los términos de la proposición de Savigny, quien ya no obstante en su *Vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del derecho*, publicado en 1814, presentía que estaba defendiendo una posición que pertenecía al pasado. En realidad, en la llamada relación jurídica substancial, debe considerarse en primer término la que el acreedor tiene respecto del Estado, que es el derecho de acción; y luego la que el deudor tiene, también respecto del Estado, como sujeto de la acción. Por consiguiente, el derecho subjetivo substancial no merece el nombre de derecho, ya que sólo es un interés protegido o una facultad; verdadero derecho es sola-

(14) PEKELIS, *La acción*, loc. cit., n.ºs. 11, 16 y 25.

mente la acción, ya que mediante ella se hace actuar la sanción. El derecho privado no es más que un reflejo, un aspecto del derecho de acción. Ésta importa un señorío sobre el Estado, un poder de provocar la actividad de la sociedad jurídicamente organizada, como consecuencia de la evolución del derecho “de obrar” en el derecho de “hacer obrar”, y constituye por ello una situación de ventaja en relación con la actividad jurisdiccional del Estado (14/1).

b) Después de examinar las distintas doctrinas, que califica de unilaterales, porque consideran el proceso unas desde el punto de vista del actor y otras desde el punto de vista del juez, Liebman expresa (14/2) que el verdadero concepto de acción debe buscarse en las mutuas relaciones que de su ejercicio nacen entre las partes y el órgano jurisdiccional, considerando el proceso como una unidad compleja. Atribuye a la acción un carácter instrumental cuyo efecto es someter al demandado a la jurisdicción, conforme al criterio de Carnelutti, y ella se dirige hacia el Estado, constituyendo en su exacto significado un derecho a la jurisdicción, sin que exista propiamente una obligación por parte del Estado, porque la característica de la acción consiste en ser un derecho de iniciativa o de dar vida a la condición para la actuación del órgano jurisdiccional, como expresa Chiovenda. Por ello el poder del particular va contra el órgano público y provoca su ejercicio. Su contenido es, por consiguiente, producir un efecto jurídico relevante en el ámbito de la norma instrumental, efecto que consiste en verificar el evento al cual el Estado ha condicionado el ejercicio efectivo de la potestad jurisdiccional. Solamente al actor corresponde el interés en el

(14/1) Agudamente observa TORAL MORENO (*La teoría de la acción en Pekelis*, *Rev. de la Fac. de Derecho de México*, julio-diciembre de 1951, pág. 122) que esto equivale a invertir, como en la concepción kelseniana, la realidad de las cosas, y situar el medio en el lugar del fin, el efecto en lugar de la causa.

(14/2) LIEBMAN, *L'azione*, *loc. cit.*; *id.*, Corso, etc., pág. 41.

ejercicio de la acción proponiendo la demanda, pero una vez propuesta el interés del particular coincide con el interés del Estado en hacer justicia. La acción no tiene carácter concreto, porque ninguna seguridad existe sobre el contenido del pronunciamiento, pero su carácter abstracto tampoco debe entenderse en el sentido de que puede ser ejercitada por cualquiera, como enseña Carnelutti, sino que es necesario que al ejercitarla concurren ciertos requisitos (interés, legitimación, posibilidad jurídica) en defecto de los cuales el juez puede rehusarse a conocer del fondo del litigio (14/3). La acción, por consiguiente, es el derecho que corresponde a una persona de provocar el ejercicio de la jurisdicción respecto de una situación jurídica en la que esa persona está interesada, o más brevemente, el derecho de provocar el proceso, el derecho al proceso en un caso concreto.

c) De acuerdo con el método del "deber ser", prestigiado por Kelsen, dice Lascano al resumir en el prólogo el pensamiento del autor, que para Mercader (14/4) el orden jurídico es un supuesto necesario de la convivencia social, que a su vez parte de la existencia hipotética de una norma fundamental que obliga a los particulares a guardar obediencia al legislador. La substitución de la violencia privada por la jurisdicción es una consecuencia directa del orden jurídico mismo, y la jurisdicción, por ende, debe ser ejercida de un modo necesario y coactivamente, porque la acción es igualmente un elemento de la estructura jurídica que tiene la virtud de persuadir al sujeto de la inutilidad de cualquier

(14/3) Esto recuerda a los *fins de non recevoir* del derecho francés y a la "excepción de inadmisibilidad" del proceso venezolano, que resultan inaplicables en sistemas como el nuestro donde las condiciones de la acción, en cuanto pretensión, son consideradas por el juez recién en la sentencia. Ver sobre el punto nuestro trabajo *Defensas y excepciones*, en *Studi in onore di Redenti*, y *Scritti giuridici in onore di Carnelutti*, reproducido en la *Rev. Der. Proc. (A)*, 1949, pág. 1.

(14/4) MERCADER, *La acción*, etc.

resistencia. Con arreglo a esta lógica, como el particular en caso de conflicto de intereses no puede ejercer la violencia ni hacerse justicia por sí mismo, "debe" dirigirse al órgano jurisdiccional solicitando el socorro judicial, vale decir, debe ejercitar la acción. De esta manera, la acción se presenta como un "deber" jurídicamente necesario para el sujeto que se pretenda titular de un crédito; no deriva de ningún derecho, ni constituye por sí mismo un derecho *a priori*. Es un presupuesto, un elemento analítico del orden jurídico. Está dada como una condición inmanente de las normas generales y particulares, porque es un supuesto gnoseológico de ellas (14/5).

d) En el pensamiento de Couture (14/6) la acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la solución de un conflicto de intereses. La acción como poder jurídico de acudir a la jurisdicción existe siempre, con derecho material o sin él, con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene el poder jurídico aun antes de que nazca su pretensión concreta. Ese poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo en cuanto tal; existe aun cuando no se le ejerza efectivamente. De la misma manera que todo individuo, en cuanto tal, tiene derecho de recibir asistencia del Estado, también tiene derecho de acudir a los órganos de la jurisdicción a fin de pedirles su ingerencia cuando la considera procedente. Esa facultad es independiente de su ejercicio; hasta puede ejercerse sin razón, como cuando invoca y pretende ser amparado por el Estado, aquel que no se halla efectiva-

(14/5) Refiriéndose a esta concepción, dice LASCANO (*loc. cit.*) que es difícil en el terreno del derecho positivo concebir una obligación no exigible, es decir, una obligación a la cual no corresponda el poder de hacerla efectiva y la realidad conspira contra la calificación de deber jurídico dada a una conducta que sólo puede ejercerse de un modo voluntario y optativo.

(14/6) COUTURE, *Fundamentos*, págs. 7, 17, 20 y 23.

mente en estado de necesidad, o aquel cuyo crédito ya se ha extinguido porque el pago hecho al mandatario era válido. Quien quiera saber qué es la acción, en efecto, no podrá desentenderse del fenómeno, que sería sorprendente de no sernos tan familiar, de que la acción funciona desde la demanda hasta la sentencia en la ignorancia de la razón o sinrazón del actor. La acción, pues, vive y actúa con prescindencia del derecho del actor o que éste quiere ver protegido. No sólo la pretensión infundada, sino también hasta la temeraria, la pretensión del *improbis litigator* merece la consideración de la actividad jurisdiccional hasta el último instante. Y ello porque la pretensión no es la acción: la acción es el poder jurídico de hacer valer la pretensión, pero ésta es un mero hecho, un querer del individuo. De lo expuesto resulta que la acción no es sino una de las formas del derecho de petición que consagra la Constitución (14/7).

e) Redenti (14/8) trata de armonizar los conceptos clásicos con las teorías modernas y sobre la base de la definición de Celso, elabora una doctrina de la acción en la que, como ya lo hacía Savigny, se distingue la acción en sentido subs-

(14/7) Un derecho de esta especie, dice LIEBMAN (*L'azione*, nº 5), existe sin duda y es el reflejo *ex parti* de la institución de los tribunales por el Estado; ellos tienen la misión de administrar justicia a quien lo pida y para ello el ordenamiento jurídico garantiza a todos la posibilidad de requerirlo con los efectos previstos en las leyes. Pero como enseñan los constitucionalistas, ése es un derecho, o mejor dicho un poder de derecho público, absolutamente genérico e indeterminado, sin particular relación con una especie concreta y por ello —si se me consiente la expresión— inagotable e inconsumible, que permanece siempre íntegro y siempre idéntico en todos los casos en que sea ejercitado y es exteriorización inmediata de la capacidad jurídica. Ésa no es, por consiguiente, la acción en el sentido que esta figura se presenta en el proceso, sino su base, su presupuesto constitucional, el camino siempre abierto por el cual el ciudadano, de tiempo en tiempo, ejercita su acción en los diversos casos concretos en que se dirige a la autoridad judicial requiriendo la protección de un interés lesionado o amenazado.

(14/8) REDENTI, *Diritto processuale civile*, 1952, t. 1, págs. 12 y 46 (nos. 3 y 9).

tancial de la acción como actividad procesal, considerando a ésta como el instrumento para el ejercicio de aquélla. Al Estado corresponde la función de garantía del derecho mediante la actuación de la sanción, la que es inherente a toda norma jurídica, y la cual es expresa en el derecho penal y se halla implícita en el derecho civil. La sanción penal tiene por objeto infligir un sufrimiento al autor del delito; la civil tiende al restablecimiento de la situación jurídica alterada por la violación de la norma. Ésta, por consiguiente, supone un estado de sujeción, o sea el deber de ajustarse a su precepto y de sufrir en su caso la aplicación de la sanción, y correlativamente la facultad de exigir el cumplimiento de ese deber y en su defecto la aplicación de la sanción. Esta facultad constituye la acción considerada en su conjunto, pero en la que pueden distinguirse tres momentos: el derecho de hacer respetar una situación jurídica, lo cual constituye la acción substancial; el derecho que nace de la violación, contra el autor de la misma, que es la acción-pretensión; el derecho a hacer aplicar la sanción, que es la acción-actividad procesal. La ley dispone, por ejemplo, que el propietario puede reivindicar la cosa de la que es desposeído (derecho a reivindicar en abstracto); producida la desposesión nace para él la pretensión a que se le reintegre en el fundo (acción reivindicatoria), y ésta se hace valer en la demanda judicial (acción procesal). Por consiguiente, con la acción (actividad procesal) se propone al juez la acción (pretensión) y él dirá en la sentencia si hay acción (derecho). El derecho, pues, que se hace valer en el proceso es fundamentalmente el mismo derecho substancial, pero en una posición diversa derivada de su incumplimiento (14/9).

(14/9) Dice LIEBMAN (*L'azione*, pág. 52) que REDENTI, habiendo individualizado el fin de la jurisdicción en la aplicación de las sanciones, pudo definir la acción como el derecho a la sanción, en lo cual se advierte una elegante simplificación de la fórmula chiovendiana.

f) Para Satta (14/10) toda la discusión sobre la naturaleza jurídica de la acción tiene su antecedente en el desconocimiento de la acción como poder y la acción como hecho. La acción como poder es ciertamente distinto del derecho, pero es indisoluble de éste y tienen de común la naturaleza substancial. Si se reduce la acción al concepto de poder procesal, como lo hace la doctrina abstracta, no puede dudarse que sea autónoma, pero ello no es sino una transmutación del concepto, porque la acción es anterior al proceso y tiene su fundamento en el mismo derecho substancial; una cosa es la acción y otra muy distinta su ejercicio mediante la demanda judicial (14/11).

g) Guasp dice (14/12) que el concepto de acción (como derecho a obtener la actividad jurisdiccional) no pertenece al ámbito del derecho procesal, porque constituye un puro poder político, un supuesto de la actividad procesal, fuera del mundo del proceso. Su lugar en el derecho procesal debe ser ocupado por el concepto de "pretensión procesal", al que se ha venido manteniendo injustamente en un segundo plano y en el cual debe buscarse el fundamento del proceso y la determinación de su estructura.

h) Es también interesante la posición de Carnelli (14/13) apoyada en la teoría egológica del derecho y para quien no hay más que un derecho: el derecho es acción o no es derecho; la acción es la facultad de señorío con que se inicia el

(14/10) SATTA, *bibl. cit.*

(14/11) Observa COUTURE (*Fundamentos*, pág. 14, nota 18) que lo que SATTA configura no es la acción sino la pretensión. Esta como un mero querer del individuo es efectivamente un hecho. Sin embargo, lo que el derecho trata de aislar es el poder jurídico que infunde a ese hecho proyecciones de derecho.

(14/12) GUASP, *La pretensión procesal* (*Rev. Der. Proc.* (A), 1951, I, pág. 356).

(14/13) CARNELLI, *La acción* (*La Ley*, t. 44, pág. 849). Sobre este trabajo puede verse: GOLDSCHMIDT, *La doctrina de la acción procesal*, de CARNELLI (*Rev. Der. Proc.* (A), 1947, II, pág. 30); MERCADER, *La acción procesal*, de CARNELLI (*íd.*, 1947, II, pág. 33).

proceso, concepto que tiene muchos puntos de contacto con la doctrina de Pekelis que hemos resumido anteriormente.

8. Nuestra opinión.

a) Recordemos nuevamente, porque la consideramos fundamental, la observación de Calamandrei (1, c) de que el problema de la acción es correlativo al del proceso y que su solución depende de la forma como se consideren las relaciones entre el individuo y el Estado, es decir, entre autoridad y libertad. La concepción clásica de la acción, vinculada a la escuela individualista, como que fué desarrollada principalmente por los juristas franceses, pone el proceso al servicio de las partes y el Estado desempeña el papel de un tercero llamado a dirimir la contienda (*concepción privativística*). El estudio de los elementos de la acción condujo a ésta al campo del derecho público y corresponde a Chiovenda el haber encontrado un punto de equilibrio entre el interés privado y el interés público, al considerar la acción como una condición para la actuación de los órganos del Estado (*tendencia publicística*). En cambio, en la teoría de Carnelutti, la acción desempeña una función pública: el interés que mueve la acción no deriva de la posición individual en que el actor se encuentra respecto de un derecho substancial, sino del interés genérico que todo ciudadano tiene en el funcionamiento de la justicia, es decir, en la actuación del derecho objetivo (*concepción publicística*). Esta tendencia ha conducido a la negación del derecho privado; a la facultad del juez para crear el derecho, o como se pretendió por algunos juristas alemanes, a la supresión del proceso, transformando la jurisdicción en función de policía y substituyendo la acción por la denuncia. De allí a la asimilación del proceso civil con el proceso penal no hay más que un paso.

b) Se trata ahora de adoptar una posición en presencia de tantas doctrinas dispares y, desde luego, no será en el

sentido de ninguno de los dos extremos. Pensamos que la acción es un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica. Ello es consecuencia de la prohibición de hacerse justicia por mano propia y de haber asumido el Estado la función jurisdiccional. Acción y jurisdicción son, por lo tanto, conceptos que se corresponden, y llevados a un último análisis, podría decirse que la acción es el derecho a la jurisdicción. La pretensión que se deduce en la acción podrá o no prosperar, según que ella esté o no amparada por una norma substancial, pero en cualquier caso la acción se habrá ejercitado y la actividad jurisdiccional se habrá puesto en movimiento.

c) Así concebida la acción se distingue del derecho substancial bajo diversos aspectos: 1º) Por su origen, pues el derecho nace de un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito o deriva de las relaciones de familia (cód. civ., art. 495), en tanto que la acción nace del conflicto entre dos personas sobre la existencia, inexistencia o interpretación de un derecho; 2º) Por sus condiciones de ejercicio, ya que están sometidos a reglas distintas: una persona puede tener capacidad para adquirir un derecho y ser incapaz para defenderlo en justicia; la acción supone una actividad y el proceso donde ella se desarrolla está sujeto a normas propias, en tanto que el derecho supone una situación jurídica cuya protección se pretende mediante la acción; 3º) Por su objeto, ya que la acción tiende a una sentencia favorable, y el derecho es precisamente la regla que la sentencia va a aplicar para la solución de la litis; 4º) Por sus efectos, pues la acción agrega al derecho un nuevo elemento: su efectividad.

d) Precisamente este último carácter, hace que no obstante ser autónomos, el derecho y la acción estén tan estrechamente vinculados que puede decirse que se complementan. La acción no tiene una función específica, sino que es

instituída con miras a la protección del derecho; puede éste faltar y sin embargo se ha ejercitado la acción, como ocurre cuando la sentencia es desestimatoria de la demanda, pero ello no autoriza a suponer que la acción pueda deducirse sin otro objeto que su propio ejercicio. Recíprocamente, el derecho no siempre requiere la protección de la acción, como ocurre en el caso de cumplimiento voluntario de la obligación, pero resultaría ineficaz si no contase con ella en los casos de incumplimiento. Es con este sentido que debe entenderse el viejo aforismo: *no hay derecho sin acción, ni acción sin derecho*, porque un derecho que carezca de protección deja de ser derecho y una acción sin derecho que amparar no tiene significación jurídica.

e) El ejercicio de la acción corresponde a cualquiera que pretenda la protección jurisdiccional, sin el requisito de la previa legitimación, el que será considerado recién en la sentencia. Quien la ejerce tiende a la obtención de una sentencia favorable, es decir, al reconocimiento de una situación regulada por el derecho privado, pero esa protección sólo puede acordarla el órgano público encargado de la función jurisdiccional, el que resuelve la litis aplicando las normas del derecho objetivo. Desde este punto de vista puede decirse entonces que la acción tiende a la protección del derecho subjetivo mediante la actuación del derecho objetivo. De aquí resultan dos consecuencias: la primera de las cuales es que el proceso presta un servicio al particular en cuanto le permite obtener del Estado la protección de un interés individual; y al mismo tiempo presta un servicio al Estado en cuanto le proporciona la oportunidad de satisfacer el interés colectivo en el mantenimiento del orden jurídico. La segunda es que justamente esta circunstancia caracteriza la acción como un derecho público subjetivo, en cuanto ella importa una condición para la actuación de un órgano del Estado en el ejercicio de una función pública.

f) Esto contribuye, en nuestra opinión, a resolver una cuestión muy controvertida en la doctrina y es la de saber quién es el destinatario de la acción, el Estado, el demandado o el órgano judicial. Porque si la acción es un derecho que se ejerce contra el Estado, parece evidente que el sujeto pasivo es éste y no el demandado, de tal manera que las condiciones para la admisión de la acción en cuanto pretensión no deben referirse al demandado sino al Estado; lo mismo puede decirse si se concibe la acción contra el órgano judicial. En cambio, parece evidente que si el sujeto pasivo es el demandado, no puede hablarse de un derecho contra el Estado.

Pero si concebimos la acción como un derecho contra el Estado para la protección de una pretensión jurídica fundada en el derecho privado, la solución aparecerá más clara, porque el Estado será el sujeto pasivo de una obligación procesal: la que tienen sus órganos jurisdiccionales de amparar en la sentencia a quien lo merezca (actor o demandado); en tanto que el demandado será el sujeto pasivo de la pretensión fundada en la relación substancial. El Estado, hemos dicho, no sólo crea la norma sino que la tutela y la acción tiende precisamente a obtener esa tutela. Ello significa que la acción tiene como fundamento una doble pretensión: por una parte una pretensión procesal, en la que el actor y el demandado son los sujetos activos, en cuanto ambos pretenden que el juez, sujeto pasivo, haga actuar la ley en su favor, admitiendo o rechazando la pretensión jurídica mediante la sentencia; por la otra, esa pretensión dirigida contra el demandado, a fin de que éste cumpla la prestación a que se obligó o para que se declare la inexistencia de una obligación, y para que en su caso el Estado actúe coactivamente para la satisfacción del derecho.

Esta concepción puede contribuir también a establecer una línea de separación más definida entre los llamados "presupuestos procesales", referidos a los requisitos nece-

sarios para la normal constitución del proceso, y las "condiciones para la admisibilidad de la acción" en la sentencia, referidas a los fundamentos de la pretensión substancial.

g) Debemos aclarar, no obstante, que cuando decimos que el sujeto pasivo de la acción desde el punto de vista procesal es el Estado, entendemos referirnos a los titulares de la función jurisdiccional, en cuanto actúan como delegados de aquél, de lo cual deriva igualmente una doble circunstancia. En primer lugar, los funcionarios públicos, comprendidos en esa categoría, y desde luego los jueces, están sometidos a dicha exigencia bajo la garantía de sanciones disciplinarias, civiles y hasta penales; en segundo lugar, esa responsabilidad puede en ciertos casos alcanzar al Estado mismo en su carácter de titular de la jurisdicción, como en los supuestos más comunes de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por dependientes del Estado en el ejercicio de sus funciones, aspecto al que ni la doctrina ni la jurisprudencia han dado todavía su verdadera importancia.

h) Consideramos que esta concepción es aplicable igualmente a la acción penal. El tema de la unidad conceptual de la acción es hoy uno de los más controvertidos en derecho procesal. Como es sabido, el proceso civil y el proceso penal tuvieron un origen y desenvolvimiento común, lo que explica que por largo tiempo fueran objeto no sólo de una exposición sino también de un tratamiento legislativo unitario. A principios de este siglo, como consecuencia del florecimiento del derecho penal, la doctrina señaló, con una precisión que parece convincente, las diferencias que los separan, proclamando la autonomía del proceso penal en razón de sus caracteres específicos (obligatoriedad, oficialidad en el ejercicio de la acción, irrenunciabilidad de la misma, amplitud de las facultades del juez), y como consecuencia la separación absoluta entre la acción penal y la acción civil; pero no tardó en producirse una reacción, demostrándose a nuestro juicio, en forma concluyente, que esas diferencias no hacen

a la esencia sino a la estructura del proceso, impuesta por la distinta naturaleza de la materia a decidir, y que es posible una teoría general que comprenda los principios fundamentales que los informan, lo que no importa desde luego una identificación ni respecto de la acción ni respecto del proceso (14/14).

Elementos y caracteres de la acción

9. Elementos de la acción.

a) La doctrina clásica (*supra*, nº 3) enseña que la acción consta de cuatro elementos; capacidad, derecho, calidad e interés. Pero este distingo, vinculado al concepto de que la acción es un elemento del derecho, es inexacto, según hemos visto. En primer lugar, la capacidad no es un elemento de la acción, sino una condición requerida en el sujeto para su ejercicio: si falta la capacidad no se constituye la relación procesal y el juez no tiene obligación de pronunciarse sobre la acción misma, que permanece intacta y puede ser reproducida en otro proceso. En cuanto al derecho, la calidad y el interés, son condiciones para la admisión de la acción en la sentencia, que es la oportunidad en que el juez

(14/14) Sobre el tema puede verse: ALCALÁ ZAMORA y LEVENE, *Tratado*, t. 1, pág. 37; CARNELUTTI, *Para una teoría general del proceso* (Rev. Der. Proc. (A), 1948, I, pág. 3); id., *Proceso civil y proceso penal* (Boletín del Patronato de Recluidos y Liberados (B. Aires, 1948); GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, pág. 8; DIANA, *Unità del processo civile e della dottrina processuale* (Siena, 1914); GUASP, *Comentarios*, t. I, pág. 30; FLORIAN, *Elementos de derecho procesal penal* (trad. Prieto Castro, pág. 20); FAIREN GUILLEN, *La acción* (Rev. Der. Proc. (A), 1950, I, pág. 62); BARTOLONI FERRO, *La unidad de la acción y la unidad del concepto de proceso como presupuesto de éste* (Rev. Jurídica de Entre Ríos, marzo 1952); FERNATTI, *Proceso civil y proceso penal* (La Ley, t. 63, pág. 918); CARLOS, *Anotaciones al problema de la unidad del derecho procesal* (Rev. Der. Proc. (A), 1951, I, pág. 169).

debe apreciarlas, de tal manera que la ausencia de una de ellas determinará el rechazo de la acción por falta de mérito, y es así como puede haber un proceso válido, aunque ninguna norma legal proteja la pretensión del demandante. Considerada, en cambio, la acción como un derecho autónomo, se advierte la presencia en ella de tres elementos: los sujetos, el objeto y la causa.

b) El problema de la determinación de los *sujetos* de la acción está vinculado al de su naturaleza jurídica. Si la acción es un elemento del derecho, el sujeto activo es el titular de la relación jurídica, y el sujeto pasivo el obligado contra el cual se pide su cumplimiento. Estamos, así, dentro del campo del derecho privado, y no se ve, entonces, cómo puede hablarse de un derecho contra el Estado. Si, por el contrario, la acción es un derecho autónomo de carácter público, el sujeto activo es quien la ejerce y el sujeto pasivo es el Estado en la persona de sus órganos jurisdiccionales. Entonces no se ve qué razón hay para que una de las condiciones de su admisión en la sentencia sea la legitimidad de la calidad del obligado en la relación jurídica substancial, pues en todo caso no será éste sino el Estado el deudor de la prestación. Pero si, como hemos dicho (*supra*, nº 8), definimos la acción como un derecho público contra el Estado para proteger una pretensión jurídica material, es fácil advertir que en la acción existen dos aspectos: uno de carácter procesal y otro de carácter substancial. Desde este segundo punto de vista, el sujeto activo es el titular de la relación jurídica que se pretende amparada por una norma legal, por lo cual toma en el proceso el nombre de *actor*, y el sujeto pasivo es aquel frente al cual se pretende hacer valer esa relación jurídica, por lo cual se le llama *demandado*. Pero actor y demandado, como hemos dicho, son sujetos activos de la acción en su función procesal, en cuanto ambos pretenden que el juez, sujeto pasivo, haga actuar la ley en su favor, admitiendo o rechazando la pretensión jurídica.

Ahora bien; como la jurisdicción no es una función primaria, según hemos explicado (I, 9, b), dado que no tiene un fin en sí misma, sino la realización del derecho material, habitualmente el concepto de sujeto de la acción se confunde con el de sujeto de la relación jurídica substancial.

c) Algo análogo ocurre con el *objeto*, o sea el efecto al cual se tiende con el ejercicio de la acción (*petitum*). Para la escuela clásica, la acción no podía tener otro objeto que el cumplimiento de una obligación (dar, hacer, no hacer), es decir, la obtención de lo que el demandado debía al actor. La doctrina moderna, sin desconocer que ése es su efecto mediato, demuestra que lo que el actor busca, en realidad, es una sentencia que declare si su pretensión es o no fundada. En el primer caso, contará, si fuere necesario, con el auxilio de la fuerza del Estado para el reintegro de su patrimonio; en el segundo, deberá guardar perpetuo silencio. En ambos casos el Estado, mediante la institución de la cosa juzgada que nace de la sentencia, habrá satisfecho el interés público restableciendo el orden jurídico, y habrá satisfecho el interés privado haciendo actuar la ley en favor de alguna de las partes; es decir que, en definitiva, la acción habrá desempeñado su función social. Por eso el juez, cuando administra justicia en nombre del Estado, tiene en vista, desde luego, el interés particular; pero, por sobre todo, debe preocuparle el interés de la sociedad. La sentencia no sólo tiene efecto decisivo respecto de los que intervienen en la litis, sino que actúa en forma preventiva frente a los que se encuentran en análoga situación jurídica, ya que podrán deducir cuál será la actitud del juez en conflictos de la misma naturaleza.

d) La *causa* es el fundamento del ejercicio de la acción. Ordinariamente, comprende dos elementos: un derecho y un hecho contrario al mismo (la posesión de un inmueble por un tercero importa la negación del derecho del propietario), de cuya presencia nace la pretensión jurídica al reconocimiento del derecho, y ésta es la causa en la acción de con-

dena. En la acción declarativa falta esa relación contraria de hecho, pero supone la existencia de un obstáculo al ejercicio del derecho cuya remoción *pretende* quien la ejercita. En la acción constitutiva el fundamento está dado por la pretensión a un nuevo estado jurídico. En definitiva, la pretensión jurídica viene a ser el fundamento único de la acción, pero, como ella, a su vez, tiene como antecedente un hecho constitutivo, es el análisis de éste lo que nos permitirá determinar su esencia.

e) Al estudiar la identificación de las acciones nos ocuparemos nuevamente de estos tres elementos y será la oportunidad para precisar el alcance de los conceptos que aquí sólo dejamos enunciados (*infra*, nº 28).

10. Acción y excepción.

a) Todo derecho nace, se transforma o se extingue como consecuencia de un hecho, y las distintas situaciones jurídicas derivan, así, de la naturaleza de los hechos. Éstos pueden ser de tres clases: 1º) Hechos *constitutivos*, que dan nacimiento a una relación jurídica (por ejemplo, un préstamo), y que, a su vez, se distinguen en voluntarios e involuntarios, lícitos e ilícitos, etc.; 2º) Hechos *impeditivos*, que no obstante existir el hecho constitutivo, importan un obstáculo al nacimiento de la relación jurídica (incapacidad, dolo, etc.); 3º) Hechos *extintivos*, que ponen fin a la relación jurídica, pago, prescripción, etc.

b) Esta clasificación está vinculada a la diversa forma como el juez puede conducirse en la sentencia respecto de la acción. Si el demandado niega la existencia del hecho constitutivo afirmado por el actor, lo cual importa negar el nacimiento de la relación jurídica misma, la sentencia que admita o rechace la acción considerará existente o inexistente el hecho constitutivo. Pero puede el demandado reconocer el

hecho constitutivo y afirmar, al mismo tiempo, la existencia de un hecho impeditivo o extintivo, en cuyo caso habrá opuesto una excepción al progreso de la acción.

c) En términos generales, como vemos, llámase excepción a toda defensa que el demandado opone a la acción. En un sentido más restringido, llámase excepción la que puede alegarse únicamente por el demandado invocando un hecho impeditivo o extintivo o transformativo, porque mientras no se alegue, la acción subsiste y el juez no puede considerarla de oficio; para las demás se reserva el nombre de defensas en general.

d) Pero al lado de estas excepciones derivadas del derecho de fondo, por lo cual se les llama substanciales, existen otras, llamadas procesales, que se refieren a las circunstancias que impiden la normal constitución de la relación procesal (15).

e) La identificación del derecho con la acción trajo, como consecuencia, que habitualmente se confundiera a ésta con la demanda, no obstante tratarse de conceptos distintos. La demanda es, efectivamente, la forma corriente y hasta la más visible del ejercicio de la acción, de donde resulta que, en la práctica, se llega hasta a prescindir mencionarla, y así, generalmente, en la parte dispositiva de las sentencias, el juez expresa que admite o rechaza la demanda. Y que se trata de cosas diferentes se advierte con sólo considerar que la demanda debe reunir diversos requisitos de forma para que se abra la instancia (cód. proc. civ., arts. 10, 13, 71, etc.), en tanto que en la acción deben coincidir requisitos de fondo para que sea admitida en la sentencia: derecho, calidad, interés. Pero también el demandado ejercita una acción al oponer una defensa, porque con ella requiere del juez que le

(15) Es de advertir que en esta oportunidad nos limitamos al planteamiento de cuestiones que serán motivo de más amplio desarrollo al estudiar las excepciones y la sentencia, con el objeto de precisar conceptos y habituarnos al uso de la terminología procesal.

ampare en una situación jurídica haciendo actuar la ley en su favor. Sin embargo, por ser la demanda la forma normal del ejercicio de la acción, estudiaremos ésta refiriéndonos a ella, pero sin olvidar que sus principios son aplicables a los otros medios de su ejercicio, y así también, para el progreso de la excepción, se exigen las mismas condiciones: derecho, calidad, interés.

11. Influencia del ejercicio de la acción sobre el derecho.

La vinculación entre la acción y el derecho se pone de manifiesto especialmente en el ejercicio de aquélla, pues así como la norma substancial es la que determina las condiciones requeridas en quien la deduce (capacidad), y sirve de base a su clasificación a los efectos de establecer el tribunal ante quien se deduce (competencia), también el ejercicio de la acción influye en el derecho desde diversos puntos de vista.

a) Conserva el derecho interrumpiendo el curso de la prescripción, que no renace mientras la instancia se mantenga pendiente. "La prescripción se interrumpe por demanda contra el poseedor —dice el art. 3986 del cód. civ.— aunque sea interpuesta ante juez incompetente y aunque sea nula por defecto de forma o porque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio" (16). Y

(16) LLERENA, t. 10, pág. 475; MACHADO, t. 11, pág. 139; SALVAT, *Oblig.*, n.º 2128; Corte Suprema, *Gac. del Foro*, t. 5, pág. 185; Cám. Civ. 1.ª, *Jurisp. Arg.*, t. 8, pág. 287; t. 21, pág. 210; Cám. Civ. 2.ª, *Jurisp. Arg.*, t. 26, pág. 153; t. 29, pág. 211; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 11, pág. 218; t. 25, pág. 1059. Si por una imposibilidad de hecho se impide el ejercicio de una acción, los jueces pueden librar al demandante de los efectos de la prescripción si éste ejercita sus derechos apenas cesa la imposibilidad (Cám. Fed. de la Cap., *Jurisp. Arg.*, t. 6, pág. 143). Se considera como acto interruptivo de la prescripción todo acto procesal que traduzca la voluntad del acreedor de obtener el pago de su crédito: así, las medidas preparatorias del juicio ejecutivo (Corte Suprema, *Jurisp. Arg.*, t. 5,

agrega el art. 3987 del mismo código: "La interrupción de la prescripción causada por demanda se tendrá por no sucedida si el demandante desiste de ella o si ha tenido lugar la deserción de la instancia según las disposiciones del código de procedimiento o si el demandado es absuelto definitivamente". De igual modo, es un caso de conservación del derecho el previsto en el art. 258 del mismo código, según el cual los herederos del marido no podrán contradecir la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, cuando él no hubiera comenzado la demanda. Y también lo es el del art. 1099, que previene que si se tratare de delitos que no hubiesen causado sino agravio moral, como las injurias o la difamación, la acción civil no pasa a los herederos y sucesores universales, sino cuando hubiese sido entablada por el difunto (17).

b) Modifica el derecho: 1º) individualizando la cosa de-

pág. 342; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 40, pág. 247); los pedidos de embargo e inhibición (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 32, pág. 1040; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 31, pág. 918; Cám. Civ. 1ª de La Plata, *Jurisp. Arg.*, t. 13, pág. 902); la iniciación del juicio ejecutivo, aunque no se haya citado de remate (Cám. Fed. de La Plata, *Jurisp. Arg.*, t. 21, pág. 83); la iniciación de un juicio sucesorio a efectos de cobrar un crédito (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 36, pág. 591); el pedido de los autos del archivo y reitero del embargo solicitado (Cám. Civ. 1ª, *La Ley*, t. 12, pág. 577). Ver ACUÑA ANZORENA, *El curso de la prescripción liberatoria y las medidas de seguridad*, en *Jurisp. Arg.*, t. 48, pág. 363. De acuerdo con SECOVIA (nota al art. 3983 del cód. civ.) la demanda interruptiva de la prescripción puede ser principal, incidental o reconvenzional y no tener otro objeto que interrumpir la prescripción cuando no proceda la demanda principal (Cám. Fed. Cap., *Jurisp. Arg.*, t. 68, pág. 775). El desistimiento de la instancia no hace desaparecer el efecto interruptivo de la prescripción cuando se ha realizado para ocurrir ante juez competente, porque el art. 3986 del cód. civil dice que la prescripción se interrumpe aunque la demanda sea interpuesta ante juez incompetente (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 69, pág. 289; Cám. Fed. Cap., *Jurisp. Arg.*, t. 76, pág. 667).

(17) Ver también art. 3997 del cód. civ.

bida en las obligaciones alternativas, cuando la elección hubiera sido dejada al acreedor y éste la formula en su demanda (cód. civ., art. 641); 2º) colocando al deudor de buena fe que ha sido condenado por sentencia a restituir la cosa, en la obligación de devolver los frutos percibidos desde el día en que se le hizo saber la demanda y de los que por su negligencia hubiese dejado de percibir (cód. civ., art. 2433); 3º) constituyendo en mora al deudor y poniendo a su cargo las consecuencias del caso fortuito (cód. civ., arts. 509, 513, etc.) (17/1).

c) Hace incesible el derecho respecto de ciertas personas, pues no puede hacerse cesión a los abogados y procuradores de acciones de cualquier naturaleza deducidas en los procesos en que hubiesen ejercido sus oficios, ni a los demás funcionarios de la administración de justicia de acciones judiciales de cualquier naturaleza que fuesen de la competencia del juzgado o tribunal en que sirviesen (cód. civ., art. 1442) y les está especialmente prohibida la adquisición de los bienes que estuviesen en litigio ante los mismos (íd., art. 1361, inc. 6º).

d) Extingue el derecho, porque una vez pronunciada la sentencia, si ella es absolutoria, el actor ya no podrá invocar el mismo derecho contra el demandado, pues éste estará amparado por la excepción de cosa juzgada, y, si es condenatoria, la obligación del demandado derivará de los términos de la sentencia y no del primitivo derecho del actor.

12. Transmisión de la acción.

a) La acción, como cualquier otro derecho, puede transmitirse por acto entre vivos (cesión) o por causa de muerte (sucesión). Ello ocurre, en primer lugar, en los casos de

(17/1) Cuando la Nación o las entidades autárquicas actúan como personas jurídicas incurren en mora (arts. 508 y 509, cód. civ.) y son

transmisión del derecho substancial, lo que se explica porque la acción es la garantía de la pretensión jurídica, y así, en la cesión de un crédito (substitución activa) como en la de una deuda (substitución pasiva), se produce, como consecuencia, el cambio de los sujetos de la acción, lo cual ocurre no sólo en el supuesto de sucesión singular, sino también en la universal.

b) Recíprocamente, la transmisión de la acción importa la transferencia del derecho, como sucede respecto de los créditos litigiosos en que el cesionario ocupa en el proceso el mismo lugar que el cedente (cód. civ., art. 1458), lo que no impide, por cierto, que la sentencia pueda ser desestimatoria, en cuyo caso habría habido transmisión de la acción procesal sin que existiera un derecho material. Las condiciones y requisitos para la transmisión de la acción son las mismas exigidas para la cesión de créditos en general, pues el código de procedimiento no tiene disposiciones especiales al respecto.

c) En principio son transmisibles todas acciones, pero algunas, sin embargo, no lo son en razón de que protegen un derecho personalísimo que sólo puede ser reclamado por su titular. Así, por ejemplo, no son transmisibles la acción del divorcio (17/2), la de desconocimiento de patr-

pasibles del pago de intereses desde el requerimiento de pago en las actuaciones administrativas (Cam. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 68, pág. 836).

(17/2) Producida la muerte de uno de los cónyuges pendiente el juicio de divorcio, plantéase la cuestión de saber si éste puede proseguir a fin de que se dicte sentencia, conforme lo requiere el art. 3574 del cód. civil que permita excluir de la herencia al culpable. Una parte de la doctrina se pronuncia por la afirmativa, como puede verse en el estudio de LEONARDO COLOMBO, *Situación hereditaria del cónyuge que fué parte en un juicio de divorcio no terminado debido a la muerte del otro cónyuge*, con bibliografía y jurisprudencia, en *La Ley*, t. 59, pág. 1016. La Cám. Civ. 2ª resolvió (*Jurisp. Arg.*, 1946-I, pág. 292), que lo que corresponde en tal situación es que el juez de la sucesión investigue, en el juicio en que la esposa reclama la herencia, cuál de los cónyuges fué el culpable.

nidad, la de nulidad de matrimonio, la de reconocimiento de filiación, etc. Hemos visto en el número anterior, que ciertas acciones son también incesibles respecto de determinadas personas (c) y que otras sólo se transmiten a los herederos cuando han sido intentadas en vida por el causante (u).

d) La acción de reconocimiento de filiación puede cederse, sin embargo, cuando de ella dependa la eficacia de la cesión de un derecho de contenido patrimonial. Así, cuando un heredero cede sus derechos a los bienes dejados por el causante y su calidad de tal le es negada por los otros herederos, el cesionario está habilitado para reclamar judicialmente el reconocimiento del carácter hereditario de su cedente.

13. Extinción de la acción.

a) Por regla general, la acción está sometida a un espacio de tiempo dentro del cual debe ser ejercitada; pues, en caso contrario, se produce su caducidad, o el demandado adquiere el poder de anularla mediante la excepción de la prescripción (18). Si bien es verdad que el código civil habla

(18) La distinción entre caducidad y prescripción es todavía discutida en la doctrina y la jurisprudencia. La caducidad se produce por la inacción del titular durante un tiempo prefijado, sin que para ello sea necesaria la oposición del obligado; así, es de caducidad el plazo establecido en el estatuto de una asociación para que los herederos beneficiarios reclamen la pensión que les corresponde por muerte del causante, y, por consiguiente, se produce aun contra los herederos menores de edad, porque el art. 3966 del cód. civ. sólo se aplica a la prescripción (Cám. Civ. 1ª, *Gac. del Foro*, t. 133, pág. 279); es también de caducidad el plazo fijado por convenio de partes para iniciar la acción de indemnización derivada de un contrato de seguro, y, en consecuencia, no puede alegarse en cualquier estado de la instancia, como podría hacerse con la prescripción (cód. civ., art. 3902). Son también de caducidad los plazos establecidos en los arts. 1381, 1382, 3350, 3885, 3948 del cód. civ. y 621, 652, 654, 663, 666, 714, 813, 814 del cód. de com. Por el contrario, la

de la prescripción como medio de extinción de los derechos (art. 3947), en realidad a lo que ella afecta es a la acción misma como poder para pedir la actuación de la ley, y por eso el mismo código legisla luego la prescripción de las acciones en particular (arts. 4020 y sig.). Ciertas acciones son imprescriptibles, como la de reivindicación de la propiedad de una cosa que está fuera del comercio; la acción relativa a la reclamación de estado, ejercida por el hijo mismo; la acción de división mientras dura la indivisión de la cosa poseída en común; la acción negatoria que tenga por objeto una servidumbre, que no ha sido adquirida por prescripción; la acción de separación de patrimonio mientras los muebles de la sucesión se encuentren en poder del heredero; el derecho del propietario del fundo encerrado por las propiedades vecinas para pedir el paso por ellas a la vía pública (cód. civ., art. 4019).

b) La extinción del derecho produce también la extin-

prescripción no sólo supone negligencia del titular, sino que requiere la oposición del obligado mediante la excepción correspondiente (SALVAT, *Obligaciones*, nº 2311). Para MICHEL VASSEUR la prescripción es un modo de extinción de los derechos; la caducidad es un obstáculo para el cumplimiento de un acto; o el ejercicio de la acción sin tocar directamente el derecho pretendido. Todos los plazos que extinguen el derecho, cualquiera sea su duración, son plazos de prescripción; lo que se pierde es el derecho y no la acción, como erróneamente se afirmaba en la concepción romana. La acción, en cambio, caduca sin afectar el derecho y así el plazo fijado para cumplir un acto o deducir una acción, es condición de validez del acto o de la admisibilidad de la demanda. Estos caracteres y la sanción de naturaleza procesal que nace de su inobservancia, ponen de manifiesto la naturaleza procesal de caducidad y permiten establecer su régimen, que excluye las causas de suspensión e interrupción, en razón de la improrrogabilidad de los plazos en general, salvo los casos previstos por la ley (feriados, ampliación por la distancia, etc.) o de convención de las partes (renuncia, etc.). (*Plazo de caducidad, plazo de prescripción y plazo procesal*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, diciembre 1949, pág. 439). Ver también: ACDEEL SALAS, *Prescripción, caducidad y plazo preclusivo* (*Jurisp. Arg.*, 1944-I, pág. 331); id., *De la diferencia entre la prescripción extintiva y caducidad o plazo preclusivo* (*Jurisp. Arg.*, 1953-III, doct., pág. 8).

ción de la acción que le ampara y, por consiguiente, todos los medios de extinción de las obligaciones que los códigos de fondo legislan (cód. civ., arts. 724, 2042, 2918, 3196, etc., y cód. com., arts. 499, 537, 621, 661, etc.) producen, a su vez, la extinción de la acción.

c) Aparte de ellos, existen otros medios de extinción exclusivamente procesales, como la sentencia y el desistimiento, pero como ellos, a su vez, son modos de extinción del proceso, reservamos su examen para cuando estudiemos esta materia.

d) Es de advertir que, dentro de nuestro sistema procesal, las causas de extinción de la acción derivadas del derecho de fondo sólo pueden ser tenidas en cuenta en la sentencia definitiva, fuera de los casos en que se autoriza expresamente su consideración previa, es decir, antes de entrar a la discusión del litigio, como en las excepciones perentorias de cosa juzgada, transacción y prescripción de treinta años que autorizaba el art. 95 del código de procedimiento civil, suprimido por el art. 16 de la ley 14.237.

14. Concurrencia y acumulación de acciones.

a) Cuando la violación de una relación jurídica afecta dos o más aspectos de un mismo derecho, hay *concurrencia* de acciones, porque del mismo hecho nacen pretensiones diferentes; así, en el caso de incumplimiento de la obligación, el acreedor podrá exigir su cumplimiento y la indemnización del daño sufrido. También hay concurrencia de acciones cuando para la protección de un mismo derecho se acuerdan dos acciones distintas (como las acciones redhibitoria y *quantum minoris*; cód. civ., art. 2174).

b) Pero también puede el actor tener varias acciones derivadas de dos o más relaciones jurídicas (por ejemplo,

un mandatario puede ser a la vez acreedor de su mandante por concepto del mandato y de un préstamo independiente del mismo). En este caso no hay concurrencia, porque el origen es distinto, pero las acciones pueden acumularse en una sola demanda para ser resueltas en una misma sentencia, siempre que reúnan determinadas condiciones.

c) Será necesario tener presente esta distinción porque a ella nos vamos a referir cuando estudiemos las condiciones de ejercicio de la acción (*infra*, nº 33) y los requisitos para que sea procedente la acumulación objetiva de acciones (VI, 3).

Clasificación de las acciones

15. Concepto.

Si nos atenemos a la definición que hemos dado de la acción, parecería que ésta no podría ser sino una sola, en cuyo caso sería superfluo hablar de una clasificación. En efecto; el derecho de reclamar la intervención del Estado en presencia de una lesión, es siempre de igual naturaleza, pero no en todos los casos su objeto es el mismo, ni el derecho cuya protección se requiere es necesariamente igual, ni la acción se ejercita de un solo modo. El objeto inmediato de la acción es la sentencia, pero ésta puede ser de distintas clases, y la acción variará según la sentencia que se pretenda. La íntima vinculación que existe entre la acción y el derecho le imprime caracteres que influyen en la determinación de la competencia de los jueces. Por último, no todas las acciones pueden ejercitarse del mismo modo, ni al mismo tiempo. Son éstas las circunstancias que fundamentan una clasificación, la que, por otra parte, tiene la ventaja de facilitar su estudio y aclarar los conceptos.

16. Clasificación de las acciones por su objeto.

Teniendo en cuenta la clase de pronunciamiento que con la acción puede pretenderse, se distinguen las acciones siguientes: *a)* de condena; *b)* declarativa; *c)* constitutiva; *d)* ejecutiva; *e)* precautoria. Fijaremos sus respectivos caracteres.

17. Acción de condena⁽¹⁹⁾.

a) Es ésta la más común, y por ella el actor persigue una sentencia que condene al demandado a una determinada prestación (dar o hacer) o que se deshaga lo hecho si la obligación fuere de no hacer. Para ello se requieren las siguientes condiciones: 1º) un hecho que importe la violación del derecho: así, en los derechos reales y en las obligaciones de no hacer, es necesario un estado de hecho contrario al derecho (posesión de la cosa ajena, ejecución del hecho prohibido); en las obligaciones de dar o de hacer, la violación resulta de la omisión del hecho debido; pero es de advertir que el ejercicio de un derecho, aunque sea contrario al nuestro, no da derecho a acción, a menos que constituya un abuso del derecho; 2º) que sea susceptible de prestación, porque nadie está obligado al cumplimiento de un hecho imposible, lo cual se resuelve por las reglas referentes al objeto de los actos jurídicos (cód. civ., art. 953) y especialmente de los contratos (íd., art. 1167); 3º) que exista una necesidad de protección jurídica, o sea que el interés del actor consista en obtener por medio del proceso la presta-

(19) CHIOVENDA, *Instituciones*, nº 43; GOLDSCHMIDT, *Tratado*, pág. 100; KISCH, *Tratado elemental*; Rocco, *La sentencia civil*, nº 61; CARNELLI, *Cuestiones de procedimiento civil*, pág. 233; LAEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, pág. 112; GUASÍ, *Comentarios*, t. I, pág. 347.

ción a que el demandado estaba obligado. Por consiguiente, para la satisfacción de la pretensión jurídica deducida en la acción, la sentencia de condena contendrá: 1º) la declaración de legitimidad de esa pretensión; 2º) la posibilidad de su ejecución aun contra la voluntad del obligado.

b) En la acción de condena no puede exigirse la prestación al demandado sino en las condiciones y bajo los límites que la relación jurídica substancial determina: si el actor, por su parte, debe realizar una contraprestación, tendrá que ejecutarla previamente u ofrecer cumplirla, porque, de lo contrario, se le puede oponer la excepción *non adimpletus contractus* (cód. civ., art. 1201). El exceso en la cantidad o en el modo o la exigencia pendiente el plazo, hace incurrir al actor en la responsabilidad por las costas, aunque la acción prospere.

c) La acción de condena es la única que legisla nuestro código de procedimiento en el juicio ordinario; así, el art. 216 dice que el juez dictará sentencia condenando o absolviendo al demandado en todo o en parte; el 434 dispone que, declarado en rebeldía el demandado, el actor obtendrá lo que pidiere siendo justo; declarado el actor, el demandado será absuelto también si fuere justo; el art. 535 establece que la sentencia se ejecutará a instancia de parte si hubiese fijado plazo para su cumplimiento; los artículos siguientes establecen las reglas para la ejecución de acuerdo con la naturaleza de la obligación, etc.

d) También nuestro código supone siempre la existencia de un hecho contrario al derecho y no legisla las llamadas de condena de futuro, que autorizan el ejercicio de la acción pendiente el plazo; en cambio, tanto en la legislación alemana como en la italiana, se permite iniciar el juicio de desalojo antes del vencimiento del contrato de arrendamiento, para hacerlo efectivo al momento de su terminación, con lo cual puede el propietario contratar un nuevo arriendo, sin peligro de encontrarse en la imposibilidad de cumplirlo;

en las prestaciones periódicas puede pedirse una sentencia que evite los juicios reiterados en caso de incumplimiento, etc. (*infra*, nº 37, e).

e) Cuando decimos que en la acción de condena se requiere una violación del derecho, entendemos referirnos a una condición para su admisión en la sentencia, pues para la deducción en juicio basta la afirmación del actor sobre su existencia; si ella resulta inexacta, la sentencia será absolutoria, vale decir que la acción será desestimada.

18. Acción declarativa⁽²⁰⁾.

a) Aun cuando pueden encontrarse antecedentes a su respecto en el derecho romano, la teoría de la acción declarativa es de reciente elaboración, pues la ciencia procesal sólo se había ocupado de la acción de condena como conse-

(20) CARNELUTTI, *Sistema*, nº 40; BECEÑA, *Magistratura y Justicia*, pág. 154; BORCHARD, *Las sentencias declarativas* (Rev. Der. Proc. (A), trad. de Martha Evelina Mercader, con la colaboración de Amílcar Mercader, 1947, I, pág. 566); BUZAID, *La acción declarativa en el derecho brasileño*, S. Paulo, 1943; L. COLOMBO, *Cuestiones de fondo y forma relacionadas con las informaciones de prescripción treintaenal*, *La Ley*, t. 53, pág. 811; CHIOVENNA, *Principii*, págs. 68 y 165; *Instituciones*, nº 59; *Acciones y sentencias de mera declaración de certeza* (Relación general sobre el tema *Les jugements déclaratoires*, presentada al Congreso de Derecho Comparado, La Haya, 1932; *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1933, I, pág. 3, y *Rev. Der. Proc. (A)*, trad. Sentís Melendo, 1947, I, pág. 528; *Ensayos*, t. I, pág. 175); COUTURE, *La acción declarativa de prescripción*; DUKE DUVALLA, *La acción declarativa* (*Tulane Law Review*, N. Orleans, Luisiana, vol. XXI, nº 4, junio 1947, pág. 559); J. GOLDSCHMIDT, *Tratado*, pág. 104; R. GOLDSCHMIDT, *La sentencia declarativa*, *Rev. Der. Proc. (A)*, 1943, I, pág. 380; GUASP, *Comentarios*, t. I, pág. 345; *Harvard Law Review*, Resumen de antecedentes jurisprudenciales norteamericanos sobre las sentencias declarativas (Massachusetts, vol. 62, marzo 1944, pág. 787); KISCH, *Elementos*, pág. 178; LIEBMAN, *Corso di diritto processuale civile*, pág. 53; *id.*, *Institutos de derecho común en el proceso civil brasileño* (*Studi in onore di Redenti*, t. I, pág. 579); LORETO, *La sentencia de declaración de simple o de mera certeza* (*Estudios en honor de H. Alsina*,

cuencia del concepto de que la acción no es sino el derecho en movimiento, de modo que toda acción buscaba la condena del obligado. Fue recién a raíz de la promulgación de la ordenanza procesal alemana de 1877, cuyo art. 231 la autorizaba expresamente, cuando la doctrina se preocupó de fijar sus caracteres ⁽²¹⁾ ^(21/1).

pág. 409); MALAVER, *Acción de jactancia y acción declarativa*, B. Aires, 1944; id., *El juicio declarativo en el derecho angloamericano* (*Jurisp. Arg.*, 1944-III, doct., pág. 20); MERCADER, *La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico*, B. Aires, 1944; L. MONTESANO, *Apuntes sobre el interés en las acciones de mera declaración* (*Riv. Dir. Proc.*, julio-sept. 1951, pág. 253); PRIETO CASTRO, *La acción declarativa*, Madrid, 1932; ROSAS LICHTSCHNEIN, *La acción meramente declarativa*. Proyecto de reglamentación (*Rev. Ciencias Jur. y Sociales*, Santa Fe, 1948, pág. 241); ROSENBERG, *Las sentencias declarativas* (*Rev. Der. Proc.* (A), 1947, I, pág. 556; trad. Luis Loreto); ROCCO, *La sentencia civil*, pág. 165; RUPRECHT, *Sobre la procedencia de las acciones declarativas en el proceso laboral* (*Rev. Der. del Trabajo*, agosto 1947, pág. 248).

(21) El actual art. 256 de la ordenanza procesal alemana dice: "Se podrá demandar la declaración de existencia o inexistencia de una relación jurídica y el reconocimiento de la autenticidad o la declaración de falsedad de un documento, si el demandante tiene un interés jurídico en que la relación jurídica o la autenticidad o la falsedad del documento sea declarada inmediatamente por resolución judicial". En Inglaterra, las acciones declarativas son ya cosa corriente (BECENÁ, *loc. cit.*), y en Estados Unidos de Norteamérica, el primero que lo incorporó a su código procesal fué el de Nueva York, en los términos siguientes: "La Corte Suprema estará facultada en cualquier juicio o proceso para declarar, reconocer o establecer derechos y otras relaciones legales, al solicitársele dicha declaración, sea que se reclame o no protección, liberación, exención, compensación o desagravio" (GIL, *La acción declarativa*, *Rev. del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, t. 6, pág. 177). El rápido desarrollo que adquirió en los demás Estados, permitió al Congreso, en 1934, atribuir a la justicia federal la facultad de pronunciar sentencias meramente declarativas aun cuando la cuestión no verse sobre una cuestión constitucional (IRELAND, *El sistema judicial de los Estados Unidos de Norte América*, *Jurisp. Arg.*, t. 72, doct., pág. 3). También la autorizan expresamente el art. 238 de la ordenanza austríaca y el art. 4 del cód. de proced. civ. del Brasil, así como la doctrina y la jurisprudencia francesas e italianas. El parágrafo 228 de la ley procesal austríaca también la autoriza expresamente.

(21/1) No me es posible dilucidar aquí, dice NICETO ALCALÁ ZA-

b) Desde luego, toda sentencia, aun la condenatoria, es declarativa, en cuanto contiene un reconocimiento del derecho del actor; y con mayor razón lo es la absolutoria, en cuanto niega fundamento a su pretensión. El derecho que en un momento determinado se presentaba incierto, adquiere certidumbre mediante la sentencia, y la norma abstracta se convierte así en prescripción concreta. Pero la acción de condena requiere un hecho contrario al derecho, y por eso la sentencia condenatoria tiene una doble función: no sólo declara el derecho, sino que también prepara la vía para obtener, aun contra la voluntad del obligado, el cumplimiento de una prestación. En cambio, la sentencia meramente declarativa no requiere un estado de hecho contrario al derecho, sino que basta un estado de incertidumbre sobre el derecho, y por eso no obliga a nada, sino que se limita a declarar o negar la existencia de una situación jurídica, vale decir que no es susceptible de ejecución, porque la declaración judicial basta para satisfacer el interés del actor (22).

MORA Y CASTILLO, la exactitud de la tesis sustentada por el mexicano GARCÍA ROJAS de que la doctrina de la acción declarativa, esbozada por los prácticos españoles de los siglos XVI y XVII pasó por intermedio de Holanda a Alemania, donde fué reelaborada principalmente por WEISMAN (1879) y por WACH (1888) en el último cuarto del siglo XIX; pero lo que sí resulta indudable, aunque la mayoría de los investigadores del tema lo olviden, es que ya los grandes juristas del siglo de oro atisbaron el concepto muchísimo antes que los alemanes se preocuparan de él, como lo demuestra PRIETO CASIRO en su trabajo *La acción declarativa* (Acertos terminológicos del derecho procesal hispano, *Rev. Esc. Nac. de Jurisprudencia de México*, abril-junio de 1948, párrafo 35, pág. 85).

(22) "El procedimiento de la sentencia declarativa, dice MAIGNARD (*Les jugements déclaratoires, Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé*, Lyon, t. 12), consiste en que, de dos partes igualmente respetuosas de la ley, pero en desacuerdo en cuanto a su interpretación, una de ellas pide al juez una decisión que, determinando el contenido y alcance de sus derechos y obligaciones recíprocas, tenga la autoridad de cosa juzgada, sin que encierre ninguna sanción coercitiva". Pero nada impide que las dos partes, como actor y demandado, pidan de común acuerdo, al juez, un pronunciamiento, como propone el *Proyecto Lascano*, en su art. 171.

La sentencia, por ejemplo, que declara que una persona es hija de otra, no necesita ser ejecutada, ni el demandado está obligado a hacer nada para satisfacerla. En ciertos casos, como las declarativas de estado, sus efectos se extienden *erga omnes* (22/1).

c) Naturalmente que el campo de aplicación de la acción meramente declarativa es más reducido que el de la acción de condena. Quien posea un derecho exigible puede obtener una condena contra su obligado, pero el que tiene la propiedad de una cosa no puede en cualquier momento y contra cualquier persona demandar el reconocimiento de esa situación, porque importaría imponer al adversario y al tribunal una carga sin fundamento. Es necesario para ello un interés especial; así, el que adquirió la propiedad por prescripción, puede pedir al tribunal una sentencia declarativa de reconocimiento con intervención del anterior propietario, porque tiene interés que éste, en adelante, no continúe siendo considerado como tal. Ello no quiere decir, entiéndase bien, que la acción declarativa necesite estar expresamente autorizada por un texto legal, sino que procederá siempre que el actor tenga interés en un pronunciamiento judicial, positivo o negativo, y al juez corresponderá en la sentencia establecer si ese interés es justificado. De allí que para que la acción declarativa prospere sólo se requieren las siguientes condiciones: 1º) Un estado de incertidumbre sobre la existencia o interpretación de una relación jurídica; 2º) Que esa incertidumbre pueda ocasionar un perjuicio al actor; 3º) Que éste no tenga otro medio legal para hacer cesar la incertidumbre (23).

(22/1) DÍAZ DE GUIJARRO, *Acciones de estado de familia* (Jurisp. Arg., 1954-IV, doct., pág. 7, con referencias doctrinarias y jurisprudenciales; Cám. Civ. 1ª, Jurisp. Arg., 1946-IV, pág. 699).

(23) La principal objeción que se hace contra la acción declarativa es que el proceso no puede servir para resolver una cuestión

d) La acción declarativa puede ser ejercitada independientemente como acción principal, pero puede también serlo en un proceso ya iniciado, como cuando se pide la declaración de falsedad de un documento. En el primer caso, se resolverá por los trámites del juicio ordinario; en el segundo, en forma incidental, según las reglas especiales que prescribe el código de procedimiento.

e) Son muchos los casos de acción declarativa que nues-

abstracta, porque la sentencia consiste en la definición de una cuestión actual y concreta que constituye la razón de una pretensión o una contestación. A ello replica CHIOVENDA que la certeza jurídica es por sí misma un bien autónomo concreto, pues el actor no pretende un bien de la vida garantido por la voluntad de la ley, sino únicamente saber que su derecho existe o que el derecho del adversario no existe, es decir que el proceso de declaración garantiza un bien distinto del que garantiza el proceso de conocimiento. La sentencia no es la definición de una cuestión, sino el reconocimiento o el desconocimiento de un bien (*La acción de declaración de mera certeza, loc. cit.*). No hay que suponer que en tales casos el juez haga una declaración abstracta, porque como ha dicho la Corte Suprema de Estados Unidos, la existencia de un interés legítimo en un caso concreto justifica la declaración (G. H. JAFFIN, *Evolución del contralor jurisdiccional de las leyes en Estados Unidos*, Rev. Der., Jurisp. y Administración, Montevideo, 1939, pág. 129). No es, por tanto, aplicable la regla *solve et repete*, a menos que la cuestión verse sobre materia impositiva y por razones político-económicas. DUKE DUVALLA (*loc. cit.*) señala como condición para obtener una sentencia declarativa, de acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos, donde ha sido ampliamente desarrollada, la existencia de una controversia judicial, esto es, una controversia apropiada para obtener una determinación judicial; que no sea un caso hipotético o abstracto; que la controversia verse sobre intereses y que haya un interés legítimo en obtener el pronunciamiento. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha resuelto: "Es incompetente el poder judicial para entender en la controversia sobre inclusión de los gerentes de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada en el régimen jubilatorio del comercio o de la industria, si, tal como aparece planteada en autos, surge privada de interés jurídico y presenta caracteres que la hacen teórica o abstracta, además de que falta la invocación de perjuicio que provoque la acción tendiente a obtener su reparación por la justicia" (*La Ley*, t. 77, pág. 474). Ver también *La Ley*, t. 77, pág. 372.

tras leyes autorizan: reclamación de filiación (cód. civ., arts. 259 y 325), divorcio (ley matr. civ., art. 66), nulidad de matrimonio (íd., art. 86), nulidad de los actos jurídicos (cód. civ., arts. 954, 1045, 1047, 1048, etc.) ⁽²⁴⁾, nulidad de testamento (íd., arts. 3613, 3625, etc.). Pero, el ejemplo típico de acción declarativa en nuestro país lo constituye la demanda de inconstitucionalidad que legisla el art. 368 del código de procedimiento civil de la provincia de Buenos Aires, pues no es necesario que la ley o decreto impugnado haya recibido aplicación, sino que basta, como dice el art. 371, que sea deducida por las partes interesadas comprendidas en sus disposiciones, y a quienes deban aplicarse, cuando se consideren agraviadas por ser contrarias a derechos, exenciones o garantías acordadas por alguna cláusula constitucional ⁽²⁵⁾. Algunas acciones declarativas están también especialmente legisladas en nuestro código de procedimiento, como el juicio de jactancia (art. 425) ⁽²⁶⁾, el de mensura, deslinde y amojonamiento (art. 609), etc. También la jurisprudencia de los tribunales de la Capital la ha admitido al establecer que la prescripción liberatoria puede hacerse valer por vía de acción, cuando se trate de remover un obstáculo para el ejercicio de un derecho ⁽²⁷⁾.

f) Normalmente, la acción se entabla contra una persona determinada, pero nada impide que se dirija contra persona incierta respecto de la cual se desea un pronunciamiento con autoridad de cosa juzgada. En tal caso, la cita-

(24) Cuando por la acción se persigue la declaración de nulidad de un acto jurídico, debe ser dirigida contra todos los que en el acto intervinieron, a fin de que la sentencia produzca contra ellos efecto de cosa juzgada (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 64, pág. 1039).

(25) Ver cap. VIII, nº 22.

(26) Suprimido ya en la legislación moderna, como consecuencia del reconocimiento del carácter declarativo de la sentencia.

(27) Corte Sup., *La Ley*, t. 22, pág. 418; Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 48, pág. 87; t. 52, pág. 411; *La Ley*, t. 10, pág. 165; t. 34, pág. 336; 1944-II, pág. 512; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 49, pág. 603; t. 73, pág.

ción y el emplazamiento se harán por edictos, con intervención del defensor oficial de ausentes, pero en el curso del juicio deberá acreditarse el vínculo del demandado respecto de la litis y el interés que hubiera tenido en su oposición.

19. Acción constitutiva ⁽²⁸⁾.

a) La sentencia declarativa tiene de común con la sentencia de condena que ambas reflejan la situación tal como es, vale decir que sus efectos se remontan al pasado; pero hay otras sentencias que, por el contrario, producen un nuevo estado jurídico, es decir que sus efectos se extienden hacia el futuro. Por eso se dice de ellas que son constitutivas, y la acción tendiente a obtenerla se llama también constitutiva.

570; *La Ley*, t. 12, pág. 12; t. 22, pág. 368; Cám. Fed., *Jurisp. Arg.*, t. 46, pág. 65. La ley 14.159, del 3 de octubre de 1952, sobre "catastro geométrico parcelario" de todo el territorio de la Nación, físico y jurídico, contiene un capítulo (VI) que reglamenta la prescripción adquisitiva de inmuebles, cuyas disposiciones han sido incorporadas al código civil (25) y que determina el procedimiento. Refiriéndose a ella dice SPOTA, *Jurisp. Arg.*, 1953-J, pág. 373, que para que el pronunciamiento que se dicte produzca efecto *erga omnes* se requiere el llamamiento a terceros mediante la publicación de edictos, que la ley no lo establece, lo cual constituye una omisión de la ley que puede ser llenada por la jurisprudencia. En el proceso laboral la jurisprudencia es contraria a la admisión de la acción declarativa. Así, se declaró que: "La antigüedad del trabajador y los distintos períodos que pudo haber trabajado para su patrono son circunstancias de hecho que si bien en unión de otras análogas (remuneraciones, enfermedad inculpable, etc.), pueden llegar a generar derechos, no son suficientes por sí solas para constituir el objeto de un pronunciamiento (Tribunal del Trabajo, Zárate, B. Aires, *La Ley*, t. 57, pág. 434, con referencias jurisprudenciales en nota). Esta solución es criticada por RUPRECHT (*loc. cit.*).

(28) CROVENDA, *Principii*, págs. 58 y 179; *Instituciones*, n.º 51; KISCH, *Elementos*, pág. 181; LORETO, *La sentencia constitutiva* (*Gaceta Jurídica*, Mérida, Venezuela, t. 1, pág. 17, y *Rev. Cultura Jurídica*, Caracas, abril-junio 1912, pág. 135); GOLDSCHMIDT, *Tratado*, pág. 104; MAZEAUD, *De la distinction de jugements déclaratifs et de jugements constitutifs de droit* (*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, año 1929, t.

b) Dichas sentencias pueden ser de dos clases: constitutiva de estado y constitutiva de derechos. Entre las primeras se mencionan las de interdicción, divorcio, nulidad de matrimonio, etc. Entre las segundas se menciona especialmente la que condena a indemnizar el daño causado por un acto ilícito, porque antes de la sentencia sólo había una vía de hecho abierta, pero no había un crédito.

c) Las sentencias constitutivas se caracterizan, en primer lugar, porque con ellas nace una nueva situación jurídica, que determina, por consiguiente, la aplicación de nuevas normas de derecho. Así el demente deja de actuar en la vida civil por virtud de la sentencia de interdicción y es reemplazado por un representante legal; la sentencia de divorcio no se limita a declarar la disolución del matrimonio, sino que permite a las partes solicitar la separación de bienes y en algunas legislaciones las habilita para contraer nuevo matrimonio. En segundo lugar, esa nueva situación jurídica solo se obtiene mediante una sentencia judicial, es decir, que es indispensable la intervención del juez: así, ninguna persona será habida por demente sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente (cód. civ., art. 140); no hay divorcio por mutuo consentimiento de los esposos (ley de matrimonio civil, art. 66) lo que supone un proceso y una sentencia judicial. Como en las sentencias declarativas de estado, sus efectos se extienden *erga omnes* y por consiguiente no es necesario promover una nueva acción frente al que no ha intervenido en el juicio, pero a diferencia de aquélla

28, pág. 17; Rocco, *La sentencia civil*, pág. 168; BUTELER, *La sentencia constitutiva* (Boletín de la Facultad de Derecho de Córdoba, octubre de 1938); MERCADER, *La sentencia constitutiva. Análisis del criterio clasificador* (Rev. Der. Proc. (A), 1947, I, pág. 434); BOYER, *Les effets des jugements d l'égard des tiers* (Rev. Trim. Droit Civil, abril-junio 1951, pág. 163).

sus efectos se proyectan al futuro y no se remontan al pasado (28/1).

d) Ello no obstante, el carácter constitutivo de estas sentencias ha sido negado con argumentos dignos de tenerse en cuenta (29). Así, respecto de las de estado, se hace notar que los efectos que se le atribuyen no son propiamente de la sentencia, sino de la cuestión misma que ella resuelve. Cuando una persona muere, se crea un nuevo estado jurídico al que le sobrevive (viudo, heredero, etc.); cuando un menor llega a la mayoría de edad, entra en una nueva esfera legal, y todo ello se produce sin intervención del juez. En la demencia, como en el divorcio, etc., la sentencia sólo constata un hecho dudoso y, por consiguiente, es meramente declarativa. El demente no es tal, ni el hijo tiene este carácter porque el juez se lo atribuya, pues ya lo era antes, y la sentencia se limita a reconocerlo. El efecto *erga omnes* de las sentencias de estado no nace de ellas, sino de un hecho natural, porque no se puede ser menor para unos y mayor para otros. En cuanto a las constitutivas de derecho, el crédito existe antes de la sentencia, y ésta no hace sino constatarlo: si el demandado transigiera con el actor, el crédito habría sido reconocido sin necesidad del pronunciamiento judicial.

d) Se trata, pues, de una cuestión que la doctrina no

(28/1) La Suprema Corte de Buenos Aires declaró que: "Por ser de carácter constitutivo, la sentencia que declara disuelta la sociedad conyugal produce sus efectos desde la fecha de la misma, no pudiendo éstos retrotraerse al tiempo en que se trabó la litis" (*Jurisp. Arg.*, 1955-I, pág. 73). En nota al pie del fallo, ACBUEL SALAS critica la solución, que importa un cambio de jurisprudencia y que no justifica un apartamiento del principio tradicional del efecto retroactivo de la sentencia. Pero el error está, aunque no se ha señalado en el comentario, en que lo que produce efecto constitutivo es la declaración del divorcio y en que la separación de bienes, es una acción independiente aunque esté supeeditada a aquélla.

(29) Ver ROCCO, MERCADER, BUTELER, *loc. cit.*

ha aclarado todavía en forma satisfactoria, y, a decir verdad, el distingo no tiene mayor importancia práctica, pues los efectos que se consideran característicos de estas sentencias también se encuentran en las meramente declarativas y en las condenatorias.

20. Acción ejecutiva⁽³⁰⁾.

Tiene ella por objeto obtener el cumplimiento, mediante el auxilio de la fuerza pública, de una obligación impuesta en la sentencia de condena (ejecución de sentencia), o reconocida por el mismo obligado en un título que la ley presume legítimo (juicio ejecutivo). La acción llámase entonces ejecutiva, por oposición a la declarativa y de condena, que son de conocimiento, y su examen corresponde a la teoría de la ejecución forzada que estudiaremos en su oportunidad.

21. Acción precautoria⁽³¹⁾.

Entre el momento en que la acción se inicia y aquel en que la sentencia la admite, media un espacio de tiempo durante el cual el demandado puede variar su situación respecto de la cosa litigiosa (enajenación, constitución de derechos reales, destrucción, etc.), y la garantía jurisdiccional

(30) CHIOVENDA, *Principii*, pág. 235; *Instituciones*, nº 70; CARNELUTTI, *Sistema*, nº 61; GOLDSCHMIDT, *Tratado*, pág. 538.

(31) CHIOVENDA, *Principii*, pág. 224; *Instituciones*, nº 82; CARNELUTTI, *Sistema*, nº 71; GOLDSCHMIDT, *Tratado*, pág. 747; OTTOLENGHI, *Medidas precautorias (Estudios en honor de Alsina)*, pág. 505; SPOTA, *Medidas cautelares (Estudios en honor de Alsina)*, pág. 653; JAZEM DRAISY, *El problema de las acciones preventivas (Rev. Jurídica Dominicana, Ciudad Trujillo, abril-junio 1951)*, pág. 49; GIGNOUX, *Les actions préventives*, París, 1935; CALAMANDREI, *Providencias cautelares* (trad. Sentís Melendo, B. Aires, 1945).

sería ilusoria si no se proveyesen las medidas necesarias para asegurar el mantenimiento de la situación inicial. Es, pues, deber del Estado reconocer, bajo ciertas condiciones (presunción de veracidad del crédito), el derecho a exigir su intervención a ese efecto, y la acción mediante la cual ese derecho se ejercita toma el nombre de acción precautoria (embargo preventivo, inhibición, anotación de litis, prohibición de innovar, etc.).

22. Clasificación de las acciones en razón del derecho que protegen (32).

Desde el punto de vista de la pretensión deducida en la acción, éstas pueden ser: a) personalísimas, de estado o patrimoniales; b) personales, reales o mixtas; c) mobiliarias o inmobiliarias.

23. Acciones personalísimas, de estado y patrimoniales (33).

a) El conjunto de los derechos que constituyen la personalidad jurídica del individuo, comprende dos categorías: derechos que tienen su fundamento en la existencia del sujeto mismo, y los que nacen de su relación con los bienes destinados a satisfacer sus necesidades. Los primeros, a su vez, lo consideran desde diversos puntos de vista: aisladamente, es objeto del derecho en cuanto se protege su integridad física, moral e intelectual, dando lugar a los llamados *derechos personalísimos*; su posición dentro de la familia como padre, esposo, hijo, le confiere un estado cuya regulación es origen de los *derechos de familia*; en el seno de

(32) CHIOVENDA, *Principii*, pág. 58; *Instituciones*, nº 10; CASTRO, *Procedimientos civiles*, t. 1, pág. 22; JOFRÉ, *Manual*, t. 3, pág. 5.

(33) DÍAZ DE GUJARRO, *Acciones de estado de familia* (*Jurisp. Arg.*, 1931-IV, doct., pág. 7).

la sociedad, su calidad de ciudadano o extranjero determina sus *derechos políticos* (33/1). En cuanto a los segundos, o sea los que nacen de su relación con los bienes, ellos varían según que supongan una relación directa con los mismos (derechos reales) o a través de otros sujetos (derechos personales), y su conjunto toma el nombre de derechos patrimoniales.

b) De allí, entonces, una división substancial de las acciones en materia civil: las que protegen los derechos de la personalidad, como el derecho al nombre, que se llaman *personalísimas*; las que se refieren a los derechos de familia, como la de filiación, patria potestad, etc., que se denominan *de estado*, y las de contenido económico, o sean las *patrimoniales*, que pueden ser reales o personales. No obstante las diferencias anotadas, tanto las acciones personalísimas como las de estado, están equiparadas, desde el punto de vista procesal, a las acciones personales del grupo patrimonial, por lo que se refiere a su ejercicio, así como a la determinación de la competencia, salvo las disposiciones especiales de las leyes de fondo; ejemplo: incesibilidad, extinción, etc.

24. Acciones personales, reales y mixtas (34).

a) Es ésta la división más importante para nuestro estudio, porque el legislador la ha tomado como base para la distribución de la competencia entre los jueces. Así, ha

(33/1) Es ésta la única oportunidad en que la ley tiene en cuenta la nacionalidad para determinar los derechos de una persona, pues, en cuanto a la aplicación de las leyes civiles, no hace distinción entre ciudadanos y extranjeros.

(34) CHIOFENDA, *Principia*, pág. 35; GLASSON y TISSIER, *Traité*, t. 1, pág. 475; JAPIOT, *Traité élémentaire*, pág. 77; LAFAILLE, *Derechos reales*, t. 1, págs. 9 y sig.; MOREL, *Traité*, pág. 78; SALVAT, *Derecho civil*, Pte. gen., págs. 615 y sig.

sentado el principio de que, tratándose de acciones reales sobre inmuebles, es competente el juez del lugar de la situación de la cosa, en tanto que, en las acciones personales, es competente el juez del domicilio del demandado, salvo convención en contrario (cód. proc., art. 4). Por consiguiente, interesa saber cuándo una acción es real y cuándo es personal, desde que la demanda interpuesta ante juez incompetente puede ser rechazada de oficio (art. 3) o puede autorizar una excepción de incompetencia de jurisdicción (art. 84, inc. 1º).

b) Derechos personales son los que autorizan a exigir de una persona determinada el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer. Sus elementos son: el sujeto activo (acreedor), el sujeto pasivo (deudor) y el objeto. Derechos reales son los que nos permiten usar, gozar y disponer de una cosa propia o ajena. Sus elementos son: el sujeto activo (titular del derecho) y el objeto (la cosa sobre la cual se ejerce); el sujeto pasivo sólo aparece en caso de violación del derecho, desde cuyo momento queda sometido a la pretensión jurídica del titular. Por consiguiente, existen entre estos derechos las siguientes diferencias: 1º) los derechos personales son relativos, porque desde su nacimiento queda individualizado el sujeto pasivo; los derechos reales son absolutos, porque se pueden ejercer contra cualquiera que se convierta en sujeto pasivo por el hecho de la violación; 2º) los personales tienen por objeto una prestación, es decir, una actividad del individuo; los reales se ejercen sobre las cosas, con prescindencia de la actividad de las personas ⁽³⁵⁾. Por consiguiente, las acciones que pro-

(35) En el derecho romano no se clasificaban los derechos, sino las acciones. Los términos *actio in rem*, *actio in personam*, se referían a aquella parte de la fórmula llamada *intentio*, en la que el demandante hacía conocer su pretensión, y que era *in rem* cuando el nombre del demandado no figuraba porque no era necesario, lo que ocurría cuando se invocaba un derecho real; o *in personam*, siempre que la designa-

tegen estos derechos son de dos clases: reales o personales, es decir que para determinar la naturaleza de la acción en un caso concreto habrá que referirse a la naturaleza del derecho al cual protege (36).

c) El código civil enumera los siguientes derechos reales en el art. 2503: 1º) el dominio y el condominio; 2º) el usufructo; 3º) el uso y la habitación; 4º) las servidumbres activas; 5º) la hipoteca; 6º) la prenda; 7º) la anticresis. No son éstos los únicos, porque, aun dentro del código, pueden citarse otros derechos reales, como los censos y las rentas que no exceden de cinco años (art. 2614), y, además, los establecidos en leyes especiales; pero su existencia es limitada, porque sólo pueden crearse por ley, y todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales o modificase los que el código reconoce, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer (cód. civ., art. 2502). Enumera

ción del demandado era indispensable, lo que ocurría cuando se invocaba un crédito, pues no se puede ser acreedor en forma indeterminada sino con relación a alguna persona. El derecho moderno ha adoptado esta terminología, pero con un sentido distinto: para distinguir la acción real de la personal habrá que investigar si ella supone la existencia de una obligación; en caso afirmativo, será personal; en caso negativo, será real. CHIOVENDA, *loc. cit.*; GLASSON y TISSIER, *loc. cit.*

(36) Derecho real, dice la nota al tit. iv, lib. iii, del cód. civ., es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos; la persona, que es el sujeto activo del derecho, y la cosa, que es el objeto. Se llama, al contrario, derecho personal aquel que sólo crea una relación entre la persona a la cual el derecho pertenece y otra persona que se obliga hacia ella por razón de una cosa o de un hecho cualquiera, de modo que en esa relación se encuentran tres elementos, a saber: la persona que es el sujeto activo del derecho (acreedor), la persona que es el sujeto pasivo (deudor) y la cosa que es el objeto o el hecho. Los derechos reales comprenden los derechos sobre un objeto existente (propio o ajeno); los derechos personales comprenden los derechos a una prestación, es decir, a un objeto que tiene necesidad de ser realizado por una acción.

luego el código civil, en el art. 2757, las siguientes acciones reales que nacen del derecho de propiedad: la acción de reivindicación, la acción confesoria y la acción negatoria. Tampoco son éstas las únicas, pues siempre que nos encontremos en presencia de un derecho real, según el criterio expuesto, podremos afirmar que la acción que lo protege es también real; sin embargo, la solución no es tan sencilla, porque de algunos de ellos nacen también acciones personales, como en el usufructo (art. 2376), en el uso (art. 2950), etc. No sería posible, sin una larga exposición, establecer la naturaleza de las distintas acciones que nacen de los derechos reales, y como ello nos interesa al solo efecto de determinar la competencia de los jueces, parece más práctico reservar para esa oportunidad su enumeración.

d) En cambio, el número de los derechos personales es ilimitado, pues tienen su origen en los contratos, los cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y la ley, a lo que debe agregarse que ésta reconoce la autonomía de la voluntad de las partes para establecerlos (cód. civ., art. 1197), de modo que resulta imposible enumerarlos. En consecuencia, hay tantas acciones personales como obligaciones tenga una persona respecto de otra. En algunos casos, la doctrina les atribuye una denominación, y el código las legisla especialmente, como la de nulidad (cód. civ., arts. 954 y 1307); *pauliana* o revocatoria (íd., 961); rescisoria (íd., 1203; cód. de com., 216); *actio empti* (íd., 1409); *actio venditi* (íd., 1424); redhibitoria (íd., 2165); evicción (íd., 2089); *locati* (íd., 1556); pro socio (íd., 1701), etc.; pero la mayor parte de ellas carecen de nombre y se las designa por la naturaleza de la obligación (cobro de pesos, cumplimiento de contrato, indemnización de daños y perjuicios, etc.). Toda acción que no entre en la categoría de real, debe ser considerada personal. Al ocuparnos de la competencia, será la oportunidad

de enumerarlas, conforme al criterio ya establecido ^(36/1).

e) La doctrina menciona también las acciones mixtas, considerando tales a las acciones que reúnen los siguientes caracteres: 1º) que el actor tenga un derecho real y un derecho personal que puede ejercitar simultáneamente; 2º) que haya vinculación entre ambos derechos. En el derecho romano se consideraban mixtas las acciones de deslinde (*finium regundorum*), de partición (*familia erciscundo*) y la de división de condominio (*comuni dividundo*) ⁽³⁷⁾. En el derecho francés se consideran mixtas, entre otras, las de rescisión del contrato de compraventa, pues el vendedor a quien no se ha pagado el precio tiene contra el comprador acción personal para la rescisión del contrato y acción real para la devolución de la cosa, pero ello se explica porque en el derecho francés no se exige el requisito de la tradición y el comprador adquiere la propiedad por el hecho de la convención ⁽³⁸⁾. En nuestro derecho no existen acciones mixtas: las que se ponen como ejemplo constituyen, en realidad, dos acciones, de las cuales una es, necesaria-

(36/1) La acción por cobro de medianería es objeto de discrepancia en la doctrina. Así para PERSEGANI, *Tratado de la medianería urbana*, pág. 350, y para JOFRE, *Manual*, t. 1, pág. 335, se trata de una acción real; en cambio para SPOTA, *Tratado de medianería*, pág. 228, es una acción personal.

(37) Primitivamente se llamaban mixtas las acciones que eran a la vez civiles y penales. Fué JUSTINIANO quien por primera vez llamó mixtas a estas tres acciones (*Institutas*, lib. IV, tit. V, par. 20). Las de partición y división son personales porque suponen una obligación entre condóminos y herederos; la de deslinde también es personal, pero en derecho francés se la considera real; y nuestro código, sin darle ese carácter, establece por excepción la competencia del juez del lugar del inmueble. JARROT, *loc. cit.* La Corte Suprema de La Rioja ha resuelto que la acción de petición de herencia es personal y real: lo primero en cuanto se reclama el reconocimiento de un derecho hereditario; lo segundo en cuanto reclama el dominio de los bienes hereditarios (*Jurisp. Arg.*, 1951-I, pág. 274, con nota de FEDERICO D. QUINTEROS).

(38) MOREL, pág. 81; GLASSON y TISSIER, t. 1, pág. 482.

mente, accesoria de la otra. Así, la acción del acreedor hipotecario está formada por la acción personal para el cobro del crédito y la real que nace de la hipoteca (39).

f) Una categoría especial constituyen los derechos intelectuales, sobre cuya naturaleza no existe uniformidad de opiniones, aunque la mayoría los asimila al derecho de propiedad. Ellos comprenden las patentes de invención, propiedad científica, literaria y artística, marcas de fábrica, comercio y agricultura, etc. Desde el punto de vista procesal, las acciones que se derivan de estos derechos son consideradas personales, y de acuerdo con este criterio se reglamenta la competencia.

25. Acciones mobiliarias e inmobiliarias.

a) Pero la importancia de la clasificación de las acciones en reales y personales es relativa mientras no se la vincule con su división por razón de la cosa que constituye su objeto, según que sea mueble o inmueble. A este respecto, hay que tener presente que las cosas son muebles o inmuebles no sólo por su naturaleza, sino también por accesión y por su carácter representativo (cód. civ., arts. 2313 y sig.) (40).

b) De esta combinación resultan cuatro categorías de acciones: 1ª) *personales mobiliarias* (obligación de entregar una cosa mueble: una suma de dinero); 2ª) *personal inmobiliaria* (obligación de entregar un inmueble: venta, locación); 3ª) *real mobiliaria* (reivindicación de una cosa mueble —cód. civ., arts. 2759, 2767, 2769, 3214, etc.—; la acción prendaria —íd., art. 3204—; la que emana del derecho

(39) En la nota al art. 4023 del cód. civ. se dice expresamente: "En este código no reconocemos acciones mixtas de reales y personales".

(40) Ver SAGOVIA, *Cód. civ. anotado*, art. 2319, nota 18.

real de una cosa mueble —íd., arts. 2951, 2961, 2962—; la de usufructo sobre muebles —íd., arts. 2807 a 2811—); 4ª) *real inmobiliaria* (las de reivindicación, confesoria y negatoria —íd., 2757—; habitación —íd., 2948—; servidumbres —íd., 2970—; hipoteca —art. 3108—; anticresis —íd., 3239—; etc.).

c) Esta clasificación tiene suma importancia, porque es de acuerdo con ella que la ley procesal regula la competencia territorial de los jueces (XII).

26. Otras clasificaciones.

a) Las acciones se dividen también en principales y accesorias, como vendrían a ser, respectivamente, la de indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento de contrato, y la de garantía respecto del crédito. Su importancia reside principalmente en que la acción accesoriasigue la suerte de la principal en materia de competencia.

b) También se clasifican en cesibles e incesibles, transmisibles o intransmisibles, según que puedan transferirse por actos entre vivos o por causa de sucesión universal, cuestiones que hemos examinado precedentemente.

27. Acción civil y acción penal⁽⁴¹⁾.

a) Hemos dicho (I, 12) que un hecho ilícito imputable por dolo o culpa puede constituir un delito penal y dar lugar a una acción de indemnización si, además, ha causado un perjuicio (cód. civ., arts. 1066, 1067, 1068, 1078 y

(41) AVALLE, *La acción civil*; GARRAUD, *Instruction criminelle et procédure pénale*, t. 1, págs. 149 y sig.; LANZA, *Sistema di diritto processuale* Melendo y Ayerra Redín, B. Aires, 1951, t. 1, pág. 109; t. 2, pág. 429); ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO y LEVENE, *Derecho procesal penal, suale penale*, t. 1, pág. 108; MANZINI, *Derecho procesal penal* (trad. Senz), t. 1, pág. 48.

1109), de cuya circunstancia deriva la división del derecho procesal en dos ramas que disciplinan el tratamiento de cada una de estas acciones: el derecho procesal civil y el derecho procesal penal. Al estudiar los caracteres específicos del proceso civil y el proceso penal (IV, 3) examinaremos más detenidamente las diferencias entre ambas acciones, pero entretanto y al solo efecto de la exposición que sigue, relacionada con su modo y condiciones de ejercicio, mencionaremos las siguientes: 1º) La penal tiene por objeto la represión del hecho; la civil busca la indemnización del daño causado; 2º) La penal sólo puede ser ejercida por la víctima o por el Ministerio Público en su caso; la civil corresponde también a toda persona perjudicada, aunque sea indirectamente (íd., 1079, 1095, 1109, 1110; cód. penal, art. 29 inc. 1º) y es transmisible a los herederos (íd., arts. 1099, 1109, 1110); 3º) La penal sólo puede ejercerse contra el autor del hecho; la civil procede también solidariamente contra sus cómplices, encubridores, guardadores, tutor, sus herederos, etc. (íd., 908, 1081, 1098, 1113 a 1122) (42).

b) Ambas acciones son independientes y de allí los distintos supuestos del art. 1097 del código civil, según el cual: "La acción civil no se juzgará renunciada por no haber los ofendidos, durante su vida, intentado la acción criminal o por haber desistido de ella, ni se entenderá que renunciaron a la acción criminal por haber intentado la acción civil o por haber desistido de ella. Pero si renunciaron a la acción civil o hicieron convenios sobre el pago del daño, se tendrá por renunciada la acción criminal". La última parte

(42) No son civilmente imputables los menores de diez años (cód. civ., arts. 909, 921, 1076), los dementes (íd., 900, 921, 1070, 1076), los que obran en estado de embriaguez involuntaria (íd., 1070), por ignorancia o error (íd., 900, 922, 930), fuerza irresistible o amenaza (íd., 900, 936, 937), en estado de necesidad (cód. pen., art. 34, inc. 3º), en cumplimiento de un deber (cód. pen., art. 34, inc. 5º), etc., porque en estos casos el agente no obra voluntariamente (cód. civ., art. 1066).

se refiere a la acción penal privada, que es la única que puede renunciarse. Por consiguiente, el desistimiento de una acción no impide la iniciación de la otra, a menos que el desistimiento se refiera, no ya a la instancia, sino al derecho mismo, porque, en ese caso, importaría una renuncia.

c) La acción civil puede acumularse a la acción penal para ser tramitada en el mismo proceso y ser resueltas en una sola sentencia (cód. pen., art. 29, que derogó el art. 1096 del cód. civ.), pero a condición de que la ley procesal atribuya competencia al juez de la causa ⁽⁴³⁾. Si se extinguiera la acción penal por muerte del acusado, indulto, amnistía, etc., la acción civil deberá transferirse al fuero civil, a menos que exista sobre ella un pronunciamiento de primera instancia. La absolución del acusado no impide que el juez de lo penal sentencie en el mismo acto sobre la acción civil. Puede desistirse de la acción civil iniciada ante el juez de lo penal para promoverla ante un juez de lo civil ⁽⁴⁴⁾, pero la recíproca sólo procede si el estado del proceso penal permite su acumulación.

d) La acción civil puede intentarse ante este fuero aun cuando no se promueva la acción penal ⁽⁴⁵⁾. Pueden también intentarse ambas en forma simultánea o sucesiva ante los respectivos jueces de lo civil y de lo penal, pero en ese caso dispone el art. 1101 del código civil: "Si la acción criminal hubiere precedido a la acción civil, o fuere intentada pendiente ésta, no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal". En consecuencia, la promoción del proceso penal no impedirá la iniciación o prosecución del proceso civil (lo que puede ser indispensable para evitar el curso de la

(13) El art. 79 del cód. de proced. pen. de la provincia de Buenos Aires lo prohíbe expresamente. En la Capital federal se admite en virtud del art. 496, inc. 1º, del código análogo.

(14) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 35, pág. 638.

(15) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 61, pág. 649; t. 43, pág. 997.

prescripción) (46), que en este caso es de un año (arts. 3986 y 4037, cód. civ.); debiendo sólo suspenderse la sentencia, hasta que haya resolución definitiva en aquél, en virtud de la cosa juzgada que la sentencia penal podría producir respecto de la acción civil (47). La segunda parte del art. 1101 contiene las siguientes excepciones: 1ª) Si hubiere fallecido el acusado antes de ser juzgada la acción criminal, en cuyo caso la acción civil puede ser intentada o continuada contra los respectivos herederos; 2ª) En caso de ausencia del acusado, en que la acción criminal no puede ser intentada o continuada. Pero, además, hay otras situaciones en que puede dictarse sentencia en el juicio civil aunque no haya pronunciamiento definitivo en el proceso penal: como en los casos de sobreseimiento provisorio (48), archivo de las actuaciones por no encontrarse a los autores (49), demencia del acusado, o de cualquier otro impedimento.

e) La sentencia que se pronuncie en el proceso penal puede tener influencia en la que corresponde dictar en el juicio civil y hasta determinar su rechazo, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1102 y 1103 del código civil; pero

(46) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 67, pág. 340; Cám. 1ª Civ. y Com. La Plata, *Jurisp. Arg.*, 1951-III, pág. 115. Ver también 1947-III, pág. 748; 1949-II, pág. 395; 1953-I, pág. 153. En contra: Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, 1945-II, pág. 151, con nota de MARTÍNEZ RUIZ. Ver igualmente nota de ACDEEL SALAS, *Jurisp. Arg.*, 1945-II, pág. 349, cap. v.

(47) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 10, pág. 475; t. 68, pág. 850. Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 27, pág. 1196; t. 36, pág. 1025; t. 67, pág. 398. Sobre la evolución de la jurisprudencia, véase *Jurisp. Arg.*, t. 17, pág. 496. La ley 11.723, al declarar independiente el juicio civil del penal y sus resoluciones definitivas (art. 17), excluye la aplicación de los arts. 1101, 1102 y 1103 del cód. civ. Cám. Civ. 1ª, en *Jurisp. Arg.*, t. 66, pág. 559.

(48) Cám. Civ. en pleno, *Jurisp. Arg.*, t. 14, pág. 857; Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 14, pág. 1091; t. 36, pág. 1711; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 20, pág. 911.

(49) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 3, pág. 1028.

estas cuestiones corresponden ya al estudio de la cosa juzgada y, en consecuencia, las reservamos para cuando nos ocupemos de los efectos de la sentencia.

Identificación de las acciones

28. Concepto⁽⁵⁰⁾.

a) Es un principio derivado del derecho romano que toda acción se extingue con su ejercicio⁽⁵¹⁾, del que se deducen estas reglas fundamentales: 1ª) Que no pueden existir simultáneamente dos procesos fundados en una misma acción; 2ª) Que no pueden tener lugar dos decisiones distintas respecto de una misma acción. Para hacerlo efectivo, se autoriza en el primer caso la excepción de litis pendencia, en razón de que la acción propuesta está ya juzgándose en otro proceso; en el segundo, procede la excepción de cosa juzgada, porque la acción que se intenta ha sido materia de un pronunciamiento judicial en un proceso anterior. Si *Primus* demanda a *Secundus* por reivindicación de un fundo, no puede demandarlo al mismo tiempo en otro proceso por reivindicación del mismo fundo; y si su demanda es

(50) AUBRY y RAU, t. 8, § 769, pág. 372; CARNELUTTI, *Sistema*, nº 130; DEMOLOMBE, t. 7 (*Contratos*), pág. 260; CHIOVENDA, *Principii*, pág. 278; *Instituciones*, nº 108; GLASSON, TISSIER y MOREL, t. 3, pág. 92; G. GRIOLET, *De l'autorité de la chose jugée*, pág. 17; JOFRE, *Manual*, t. 3, pág. 315; LACOSTE, *De la chose jugée*, pág. 127; LAURENT, t. 20, pág. 52; MARCADÉ, t. 5, pág. 160; M. MIGUEL Y ROMERO, *Identificación de las acciones* (*Revista Gen. de Leg. y Jurisprudencia*, Madrid, marzo, 1936); SAVIGNY, *Sistema*, t. 5, pág. 166.

(51) En el derecho romano clásico el principio de que la acción se extingue con su ejercicio tenía un alcance más riguroso, pues la relación originaria se desvanecía para ser substituída por una nueva (*litis contestatio*), y así, aunque el pleito terminara sin una decisión de fondo, la acción originaria no podía reproducirse.

rechazada por sentencia, no puede reiniciarla en un nuevo juicio. El derecho procesal moderno llega a las mismas conclusiones, fundado en la necesidad de poner término a los litigios, porque si la acción subsistiese no obstante la sentencia, podría ser ésta renovada indefinidamente, con lo que la intervención del Estado habría resultado inoficiosa; y si fuese permitido tramitar una misma acción en dos procesos distintos, podrían recaer resoluciones contradictorias, no sabiéndose cuál de las dos debía ejecutarse.

b) Por consiguiente, interesa determinar cuándo la acción deducida en una demanda ha sido anteriormente objeto de una sentencia o está en trance de serlo. Ello se obtiene mediante la identificación de la acción, que es el procedimiento por el cual, confrontada una acción con otra, resultan iguales o diferentes. Pero no es sólo con relación a la cosa juzgada y a la litis pendencia que la identificación tiene importancia, sino también con otras instituciones del proceso: así, el actor no puede variar su demanda ni el demandado sus defensas después de trabada la relación procesal; es causa de recusación del juez, el interés que tenga en la acción deducida ante él; el actor puede acumular contra el demandado diversas acciones, con tal que no sean contrarias entre sí; etc. Por tratarse, pues, de una institución de carácter general, en la que tienen su fundamento diversos institutos procesales, corresponde estudiarla en esta oportunidad, pero limitándonos a exponer los principios que la informan y reservando el examen de sus aplicaciones prácticas para cuando estudiemos dichos institutos en particular.

29. Elementos de identificación.

a) De diversos textos del Digesto (lib. XLIV, 2, 7, párr. 4º; ley 11, párr. 2º, 5º, 12, 14; lib. L, tít. XVII, ley 207), dedu-

cen los autores que, en el derecho romano, dos acciones eran consideradas idénticas cuando coincidían sus tres elementos: 1º) Sujetos (*eadem personæ*); 2º) Objeto (*eadem res*); 3º) Causa (*eadem causa petendi*). Esta regla fué consagrada por el código civil francés, en su art. 1351, en los siguientes términos: "La autoridad de la cosa juzgada no tiene efecto sino respecto de lo que ha sido objeto de la sentencia. Es necesario que la cosa demandada sea la misma, que la demanda sea fundada en la misma causa, que la demanda sea entre las mismas partes, y formada por ellas y contra ellas en la misma calidad". Sin embargo, desde un principio fué objeto de severas críticas, porque supone conceptos absolutos que resultan a veces inaplicables en los casos concretos. Efectivamente, no siempre es posible individualizar el objeto de la acción sin el auxilio de la causa, y esa dificultad para establecer límites separativos precisos entre ambos elementos, ha inducido a algunos a sostener que son una misma cosa, o, mejor dicho, conceptos que se integran, constituyendo una sola identidad: *eadem quaestio*.

b) Nuestro codificador se abstuvo de consagrar la regla romana, y sólo se refiere a ella incidentalmente, como lo hace en la nota a los arts. 1102 y 1103, suponiéndose, por unos, que ello se debe a que consideraba la materia exclusivamente procesal y reservada, por tanto, a las legislaturas provinciales, mientras piensan otros que ha querido apartarse deliberadamente de esa regla por considerarla artificiosa. Lo primero no parece atendible si se piensa que el codificador ha establecido normas de procedimiento siempre que lo estimó necesario para consolidar las instituciones de fondo, y lo segundo estaría desvirtuado por la mención expresa que en las notas de referencia se hace a las tres identidades. Lo probable es que, ante la imprecisión de los conceptos, el codificador haya preferido dejar libertad al juez para apreciar la cuestión según las reglas

de la lógica, cuando no sea posible establecer la existencia de las tres identidades en forma concreta, porque no es ello precisamente lo que interesa, sino determinar si la controversia misma está explícita o implícitamente comprendida en otra. No obstante los reparos de que es susceptible, la regla constituye un auxilio eficiente de interpretación ⁽⁵²⁾, y por eso la adoptamos como método expositivo.

c) Por consiguiente, dos acciones son iguales cuando intervienen las mismas personas, tienen la misma causa y se dirigen al mismo objeto. Cualquier variación en uno de estos tres elementos importa una demanda nueva. Ello nos permitirá, entonces, determinar la procedencia de las excepciones de cosa juzgada y litis pendencia, según se ha dicho, así como la existencia de una demanda nueva que modifique los términos en que ha quedado trabada la relación procesal. De la cosa juzgada nos ocupamos al estudiar las excepciones perentorias (XVIII, 12) y los efectos de la sentencia (XIX, 24). De la litis pendencia nos ocupamos al estudiar las excepciones dilatorias (XVIII, 6).

30. Identidad de sujetos.

a) La primera condición que se requiere es que las personas que intervienen en ambos juicios sean las mismas, aunque el que fué demandado en uno asuma el rol de demandante en el otro. Pero la identidad física no supone necesariamente la identidad de sujetos de la acción, porque puede aquélla variar, y existir no obstante identidad jurídica: si el actor vencido en juicio cede su derecho

(52) El proyecto de reformas del cód. civ. dispone, en su art. 299: "La sentencia firme resuelve definitivamente las relaciones controvertidas en juicio". La comisión ha seguido así la opinión del doctor BIALONI, que, aceptando las críticas de MAYNZ, no adoptó la regla romana, a pesar de lo cual pensamos que no se la puede desechar en absoluto aun para determinar la cuestión controvertida.

y el cesionario renueva la acción, hay identidad de sujetos, porque nadie puede transferir a otro un derecho mejor ni más extenso que el que tenía (cód. civ., art. 3270); la sentencia dictada contra el causante produce sus efectos respecto del heredero, porque éste continúa su persona (cód. civ., art. 3417). Recíprocamente, puede tratarse de la misma persona física y, sin embargo, haber diversidad de sujetos: el que ha ejercido una acción como representante de un derecho ajeno (tutor, curador, etc.) puede luego intentarla a nombre propio, porque él no ha sido parte en el litigio, sino su representado; quien reclamó una cosa invocando un derecho suyo, puede reclamarla nuevamente representando a un tercero, o como heredero o cesionario de éste, porque su calidad ya no es la misma. Lo dicho respecto del actor es aplicable al demandado: el que lo fué directamente, puede serlo de nuevo como sucesor singular o universal de otra persona. Es que cuando se habla de identidad de sujetos se entiende referirse a su posición en el proceso, es decir, aquel en cuyo interés o contra el cual se ejercita la acción (*legitimatío ad causam*).

b) Normalmente, los efectos del proceso sólo alcanzan a los sujetos activo y pasivo de la acción: a ellos únicamente perjudica o beneficia la sentencia que se dicta, pues a los terceros que han permanecido ajenos a la relación procesal los ampara el precepto de la Constitución que declara inviolable la defensa en juicio de la persona y los derechos (art. 18), y podrán excepcionarse invocando la relatividad de la cosa juzgada si se pretendiese hacer efectiva contra ellos una sentencia dictada en juicio en que no han intervenido. Sin embargo, en algunos casos, por expresa disposición de la ley, los terceros resultan afectados o pueden beneficiarse de una sentencia en esas condiciones: la sentencia dictada contra uno de los deudores de una obligación solidaria o indivisible perjudica a sus codeudores

(cód. civ., arts. 685 y 705) ⁽⁵³⁾; el que a instancia del que tenga algún interés en la sucesión como legatario o acreedor haya sido declarado heredero, será tenido como tal para los demás acreedores o legatarios sin necesidad de nuevo juicio (cód. civ., art. 3332).

31. Identidad de objeto.

a) El objeto inmediato de la acción es la sentencia, y, por consiguiente, la identidad resultará de la naturaleza del pronunciamiento que se pretenda: condena, declaración, etc. Pero ello resultaría insuficiente si, al mismo tiempo, no se la relacionara con su objeto inmediato, o sea el bien garantizado por la ley cuya actuación se pide, es decir que, para determinar la identidad, será necesario confrontar el bien que se pretende en ambas acciones.

b) En las acciones de condena la identidad del bien resultará de la naturaleza de la prestación que se demande, y será entonces necesario distinguir según que se trate de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer. En las obligaciones de dar, la prestación podrá referirse a una cosa determinada, a cantidades de cosas, a sumas de dinero. Cuando se trata de una cosa física, los aumentos o disminuciones que ella sufra no se tienen en cuenta, porque su identidad jurídica continúa siendo la misma. Si la obligación es de hacer o de no hacer, el objeto lo constituye el hecho prometido o prohibido.

c) En las acciones meramente declarativas el objeto se determina por la naturaleza de la declaración que se pide, según que se afirme o se niegue la existencia o inexistencia de un derecho. Respecto de las acciones constituti-

(53) COLMO, *Obligaciones*, pág. 369; SALVAT, *Obligaciones*, pág. 364; Corte Sup., *Fallos*, t. 72, pág. 331; Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 3, pág. 127; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 15, pág. 314.

vas, habrá también que hacer un distingo: en las constitutivas de estado, será la nueva situación jurídica que se pretende, mientras que en las constitutivas de derecho lo será la nueva relación jurídica nacida de la sentencia.

d) En realidad, pocas veces habrá dificultad para determinar cuándo una acción tiene el mismo o diferente objeto que otra, porque bastará referirse a su contenido: no es lo mismo demandar el pago del arrendamiento, que la restitución de la cosa por haber vencido el plazo de la locación, porque en el primer caso se pide el pago de una suma de dinero, en tanto que en el segundo se busca la restitución del inmueble. Pero la dificultad se presenta cuando se trata de saber si una cosa que se pide está implícitamente comprendida en otra que ha sido ya negada.

Un bien puede estar, respecto de otro, en una situación de más o de menos, y como regla general, para apreciar la situación de hecho, se dice que: "la parte está comprendida en el todo, y que el todo no está comprendido en la parte". Ciertamente, si se ha rechazado la demanda de reivindicación de una casa, no puede luego reivindicarse el terreno o los materiales; quien no puede reclamar una cuota de intereses, no está impedido de exigir el pago de otra distinta. Pero, aplicada estrictamente la fórmula propuesta, puede llegarse a soluciones absurdas: según ella, rechazada la demanda en cuanto al todo, no puede pedirse la parte; mas el hecho de que un título no dé derecho a la totalidad de un inmueble, no impide que se reclame luego una fracción del mismo o un derecho de condominio; recíprocamente, rechazada la demanda de una parte, puede reclamarse el todo, de modo que, declarado que no soy propietario ni siquiera de un lote, puedo luego reclamar la totalidad del inmueble. Ello demuestra la imposibilidad de establecer reglas precisas para determinar la identidad del objeto en estos casos, y que la solución habrá que buscarla en un criterio lógico: no habrá identidad si el objeto de

una acción puede concebirse independientemente del objeto de otra.

32. Identidad de causa.

a) Pero no basta que se trate de las mismas personas y que el objeto que se pretenda sea también el mismo, desde que éste puede ser debido por razones diversas; es necesario que haya, igualmente, identidad de causa. El que demandó la entrega de un inmueble alegando que el contrato de locación estaba vencido, siendo rechazada su demanda porque la locación no se probó, puede reivindicarla invocando su derecho de dominio, pues el título en que funda su pretensión es diferente. A veces, sin embargo, no es posible identificar la causa sin el auxilio de los otros elementos, del mismo modo que, según hemos visto, éstos requieren, a su vez, el concurso de aquélla, circunstancia por la cual no resulta fácil caracterizarla y es motivo de que frecuentemente se les confunda, principalmente con la calidad, que es uno de los atributos del sujeto. Cuando el vencido en un juicio de reivindicación renueva su demanda en el carácter de heredero del verdadero propietario, no invoca una causa distinta, porque en ambos casos se alega el dominio, sino una nueva calidad del sujeto, que resulta así diverso. La dificultad principal consiste, efectivamente, en distinguir estos dos elementos: la causa, que se refiere al título, de la calidad, que se refiere a la persona.

b) Considerada la acción como un derecho, su causa debe ser el hecho jurídico que constituye su fundamento, pero que no se le debe confundir con el hecho constitutivo del derecho al cual protege. Es cierto que en las acciones personales el distingo, aunque existe, no se percibe porque tienen el mismo origen: la locación, el préstamo, la venta, etc., cada uno de los cuales constituye la fuente de una

obligación distinta, son, a su vez, causa de acciones diferentes. Pero, en cambio, en las acciones reales se advierte con facilidad: en la reivindicación la causa inmediata es el dominio, pero el hecho constitutivo de éste puede variar según que derive de una compraventa, una donación o que se haya adquirido por prescripción, sin que esa diferencia tenga influencia alguna en la acción misma, porque lo que está en juego es el dominio mismo y no el modo de su adquisición. Por eso no varía la acción por el hecho de que se invoque una causa mediata distinta, y así, rechazada la reivindicación por no haberse acreditado el dominio que se dijo adquirido por donación, no podría intentarse nuevamente alegando que el dominio se adquirió por prescripción, pues ya en el primer caso se declaró que el reivindicante no era propietario.

c) Tampoco se debe confundir la causa con la norma abstracta de la ley, porque ésta servirá para calificarla, pero no constituye la causa misma. De allí que el simple cambio del punto de vista jurídico (aun en el caso de que un mismo hecho caiga bajo diversas normas de la ley) no implica diversidad de acciones, en tanto que variando el hecho constitutivo de la acción hay diversidad de acciones: si en un caso se alegó el préstamo, puédese en otro alegar un depósito (cambio del hecho constitutivo); pero si para justificar éste se alegan los mismos hechos, habrá sólo cambio de vista jurídico y, por consiguiente, la acción será la misma.

d) Debe igualmente distinguirse el hecho jurídico de los hechos simples que sólo sirven para justificarlo, y por eso la circunstancia de que se aleguen nuevos medios de prueba no altera la identidad de la acción. Rechazada la demanda de reconocimiento de filiación natural por falta de prueba, no podría intentársela de nuevo aunque se fundase en pruebas obtenidas con posterioridad.

e) La dificultad para identificar la causa es mayor tra-

tándose del concurso de acciones, o sea cuando de una relación jurídica substancial nacen varias acciones. En principio, como ellas tienen distinto objeto, cada acción es independiente y puede ser ejercitada con prescindencia de las otras: de la locación nace, para el locador, una acción para obtener el pago del arrendamiento y otra para exigir la restitución de la cosa. Pero cuando todas tienen el mismo objeto, como en las llamadas acciones de impugnación de los actos jurídicos (nulidad, rescisión, revocación, etc.), surge la cuestión de saber si cada motivo constituye una causa distinta.

Los vicios de nulidad pueden ser clasificados en tres grupos: 1º) vicios del consentimiento; 2º) de la capacidad; 3º) de la forma. Los vicios del consentimiento pueden, a su vez, derivar del error, el dolo, la violencia; los de capacidad pueden ser de hecho, de derecho, absolutos, relativos; los de forma pueden ser uno o varios. Piensan algunos que cada motivo de impugnación constituye una causa distinta, de modo que, alegado el error, podría después invocarse el dolo; para otros, todos los vicios de nulidad constituyen una causa única y, por consiguiente, impugnado el acto por un vicio del consentimiento, no podría después fundarse en la incapacidad o en la violación de las formas; una tercera teoría considera cada grupo como una causa independiente, de modo que, fundándose la demanda en un vicio del consentimiento, no habría identidad de causa si posteriormente se pidiera la nulidad por falta de capacidad o por un vicio de forma. La primera solución importaría multiplicar indefinidamente los pleitos, porque, extremado el análisis, podría sostenerse que cada uno de los hechos en que se funda el error, por ejemplo, constituye una causa nueva; la segunda, en cambio, restringe considerablemente el campo de actuación, vinculando conceptos autónomos, desde que los vicios del consentimiento pueden existir independientemente de los de capacidad o de las formas. Por ello, la ter-

cera teoría es la más comúnmente aceptada, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Condiciones de la acción

33. Condiciones de ejercicio de la acción.

a) En el derecho romano, el ejercicio de la acción estaba subordinado a su reconocimiento expreso en el caso concreto, pues solamente se la podía invocar si había sido prevista por la ley o por un edicto. Sabido es, en efecto, que los romanos concedían acciones particulares y que no tuvieron una concepción general del derecho de acción, a la que la doctrina llegó recién a mediados del siglo pasado. En el derecho moderno, por el contrario, no se requiere una autorización de la ley, sino que ésta se limita a negar su ejercicio cuando razones de orden público lo exijan: tal es el caso de la que tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada (cód. civ., art. 326), la que se proponga investigar la paternidad o la maternidad adulterina, incestuosa o sacrílega (íd., art. 341), o el cumplimiento de una obligación natural (íd., 515) o la repetición de lo pagado indebidamente cuando hubo torpeza de ambas partes (íd., 795). En ausencia, pues, de una prohibición expresa, debe entenderse siempre que la acción está implícitamente concedida para reclamar la protección de un derecho que se considere vulnerado (54).

b) Es necesario distinguir las condiciones para el ejercicio de la acción, de las requeridas para obtener una sentencia favorable. La ausencia de alguna de las condiciones

(54) En materias regidas especialmente por leyes de orden administrativo no es de estricta aplicación la regla del derecho común que admite acción en juicio para la defensa de todo derecho o interés legítimo (Corte Sup., en *Jurisp. Arg.*, t. 36, pág. 817).

que llamaremos de fondo, determinará el rechazo de la demanda en la sentencia; pero, entretanto, la acción se habrá ejercitado y producido sus efectos dentro del proceso. En consecuencia, si ello es así, y dado que la capacidad tampoco es un elemento de la acción, sino un presupuesto procesal, ¿qué condiciones se exigirá para iniciar la acción? Desde luego, una pretensión jurídica, que podrá resultar infundada, pero que el juez no puede dejar de considerarla; basta la invocación de un derecho y el requerimiento de su protección, para que se ponga en movimiento la actividad jurisdiccional. En segundo lugar, el cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley, y cuya omisión autoriza la negativa del tribunal a dar curso a la demanda. Llenadas ambas condiciones, solamente la sentencia puede admitir o rechazar definitivamente la acción.

c) Cuando hay concurrencia de acciones (*supra*, nº 12), pueden ejercitarse simultáneamente, salvo que la acumulación estuviera prohibida (VIII, 5); así, el locador puede demandar al locatario el pago del precio del arrendamiento y la devolución de la cosa locada. A veces, sin embargo, el ejercicio de una acción importa la renuncia de la otra, como ocurre en el contrato de compraventa cuando la cosa no fuere entregada a su debido tiempo, en cuyo caso podrá pedir la resolución de la venta o la entrega de la cosa (arts. 1412 y 1420, cód. civ.). Lo mismo ocurre en las acciones redhibitoria y *quantum minoris*, en que, intentada una, no puede intentarse la otra (cód. civ., arts. 2174 y 2175).

34. Condiciones de admisión de la acción ⁽⁵⁵⁾.

Pero no basta la presencia de los elementos de la acción para que sea favorablemente acogida por la sentencia.

(55) CHIOVENDA, *Principii*, pág. 149; *Instituciones*, nº 38; BELLAVI-

Desde luego que ellos son indispensables, pero la sentencia parte del supuesto de una relación procesal válida (lo que implica la existencia de los presupuestos procesales), y, además, que la pretensión del actor esté amparada por una norma legal (56). Por lo tanto, para que el actor triunfe en su demanda, se requieren las siguientes condiciones: 1ª) *derecho*, o sea una norma de la ley que garantice al actor el bien que pretende; 2ª) *calidad*, o sea la identidad de la persona del actor con la persona favorecida por la ley y de la persona obligada con la del demandado; 3ª) *interés*, de conseguir el bien mediante la intervención del órgano público. Nos ocuparemos de ellas por separado.

35. Derecho.

a) Corresponde al juez determinar en la sentencia si la situación concreta que la demanda plantea está amparada por una norma legal, sea en forma expresa o implícita. Ello supone una operación lógica en la que se establecerá: 1º) si existe una norma abstracta que contemple la situación jurídica; 2º) si el hecho que el actor invoca corresponde a la categoría de los que esa norma considera;

TIS, *Diritto processuale civile*, n° 153; Rocco, *Derecho procesal civil*, pág. 168; JORRÉ, *Manual*, t. 3, pág. 29.

(56) No pueden confundirse las condiciones de admisión de la acción con los presupuestos procesales. Para que la acción tenga resolución (favorable o desfavorable) es necesario que concurren los elementos sin los cuales no puede existir relación procesal válida: capacidad de las partes, competencia del juez, requisitos de forma, etc. (presupuestos procesales), cuya ausencia da lugar a excepciones de carácter procesal. Pero, aun en presencia de una relación procesal válidamente constituida, la acción puede ser rechazada si, además, no se han justificado las condiciones de su admisión (derecho, calidad, interés). Lógicamente, antes de considerar estas condiciones, el juez examinará de oficio si concurren los requisitos procesales (cód. proc., arts. 3, 10, 13, 14, 75, 87, etc.); pero, negados éstos, no se niega la existencia de la acción, que podrá intentarse nuevamente.

3º) si la existencia del hecho está justificada. Los dos primeros requisitos son examinados por el juez, con prescindencia de las afirmaciones de las partes, pues, aun cuando éstas tienen la obligación de fundar en derecho sus pretensiones, la omisión o el error en que incurren pueden y deben ser suplidos por aquél (57). La prueba de la existencia del hecho corresponde a quien lo afirma, y el juez la apreciará de acuerdo con las reglas fijadas para el efecto, sin que le sea permitido tener en cuenta hechos que no han sido alegados, ni disponer medidas de prueba omitidas por las partes, salvo las que la ley le autoriza expresamente en calidad de para mejor proveer.

b) El juez debe dictar sentencia de acuerdo con las acciones deducidas en el juicio (cód. proc., art. 216), para lo cual tomará en cuenta los hechos afirmados en la demanda y en la contestación. Por consiguiente, la aplicación del derecho debe hacerse en la sentencia con referencia a ese momento, porque el tiempo invertido en la tramitación del proceso no puede traducirse en un perjuicio para el actor, y de allí que el demandado esté obligado a abonar los intereses o restituir los frutos desde la notificación de la demanda. Pero la aplicación estricta de este principio tendría como consecuencia que el juez no podría considerar un hecho extintivo (como el pago) o un hecho constitutivo (cumplimiento de la obligación o vencimiento del plazo) por ser posterior a ese momento procesal, lo cual sería contrario a todo principio de economía, puesto que exigiría un nuevo juicio. Por eso la doctrina moderna admite que el juez absuelva al demandado o lo condene si el derecho

(57) La aplicación del derecho corresponde al juez, con prescindencia de la invocación de las partes y no obstante la calificación errónea que ellas hagan (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 22, pág. 246; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 8, pág. 500). Sobre la regla *iura novit curia*, ver IX, nº 29.

se extingue o consolida en el curso del proceso ⁽⁵⁸⁾. Es verdad que el art. 109 del código de procedimiento sólo permite alegar el hecho nuevo dentro de los tres días de abierta la causa a prueba, lo cual importa una seria limitación para la aplicación de este criterio dentro de nuestro régimen procesal, pero, si la existencia del hecho resulta acreditada por las mismas actuaciones (términos del contrato o de la contestación) o con motivo de una diligencia de prueba (absolución de posiciones) o se reconociese en los alegatos, debe el juez tomarlo en cuenta en la sentencia ⁽⁵⁹⁾. Desde luego, el hecho nuevo no puede, en ningún caso, importar una nueva demanda, porque eso tendría como consecuencia modificar los términos de la relación procesal.

c) No se limitará el juez a establecer si la norma abstracta ampara el caso concreto que en el litigio se plantea, sino que, además, deberá verificar si la admisión de la acción no está prohibida en ese supuesto, como ocurriría si ella tuviera una causa o un objeto ilícito o contrario a las buenas costumbres. Así, no podría prosperar, por esa circunstancia, la acción fundada en un contrato para la explotación de un lenocinio ⁽⁶⁰⁾, o una sociedad constituida contra una disposición expresa de la ley ⁽⁶¹⁾ y, en general, las que tienen su fuente en el dolo, el fraude o el delito de alguna de las partes ⁽⁶²⁾.

(58) CHIOVENNA, *Principii*, pág. 151; MOREL, pág. 64, 2ª ed., pág. 48.

(59) En principio, nuestra jurisprudencia se atiene a la interpretación estricta del texto legal, pero en algunas oportunidades ha admitido tácitamente la invocación del hecho nuevo (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 11, pág. 514; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 24, pág. 488). La Cám. Fed. (*Jurisp. Arg.*, t. 1, pág. 23) ha resuelto: "Si la obligación cuyo cumplimiento se pide vence durante el pleito, debe hacerse lugar a la demanda" (ver la nota de JORRÉ a este fallo).

(60) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 14, pág. 1092.

(61) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 7, pág. 276.

(62) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 3, pág. 1131.

36. Calidad⁽⁶³⁾.

a) La acción debe ser intentada *por* el titular del derecho y *contra* la persona obligada, es decir, las partes en la relación jurídica substancial. Llámase *legitimatio ad causam*, la demostración de la existencia de la calidad invocada, que es *activa* cuando se refiere al actor y *pasiva* cuando al demandado. Correspondiendo al actor la prueba de las condiciones de su acción, a él incumbe demostrar su calidad de titular del derecho y la calidad de obligado del demandado. La falta de calidad, sea porque no existe identidad entre la persona del actor y aquella a quien la acción está concedida, o entre la persona del demandado y aquella contra la cual se concede, determina la procedencia de la defensa *sine actione agit*, que debe ser opuesta al contestar la demanda⁽⁶⁴⁾ y apreciada en la sentencia definitiva⁽⁶⁵⁾.

b) Por consiguiente, la legitimación de la calidad de obrar no es un requisito para el ejercicio de la acción, sino para su admisión en la sentencia. Su ausencia no puede dar lugar a la excepción procesal de falta de personería⁽⁶⁶⁾.

(63) CHIOVENDA, *Instituciones*, pág. 196; CARNELUTTI, *Sistema*, n° 134; GOLDSCHMIDT, *Tratado*, pág. 115; MOREL, *Traité*, pág. 39; BELLAVITIS, *Diritto processuale civile*, pág. 164; ZANZUCCHI, *Derecho procesal*, pág. 552; REDENTI, *Profili pratici*, pág. 317; JOFRÉ, *Manual*, t. 3, pág. 30.

(64) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 27, pág. 54; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 35, pág. 1939; t. 36, pág. 1826.

(65) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 27, pág. 553; t. 29, pág. 734.

(66) La defensa de falta de acción se refiere al fondo del derecho, y no puede fundar una excepción de previo y especial pronunciamiento, aunque se pretenda hacerla aparecer como falta de personería. Así, la esposa que excepciona fundada en que no es responsable de las deudas del marido (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 4, pág. 106); la negativa del demandado de haber contratado con el actor (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 13, pág. 864); del martillero que afirma haber sido sólo un intermediario (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 16, pág. 565); el desconocimiento

Si de la prueba no resulta la legitimación activa o pasiva, la sentencia rechazará la demanda, no porque ésta haya sido mal deducida, sino porque la acción no corresponde al actor o contra el demandado (67). Ella es independiente de la capacidad procesal (*legitimatío ad processum*), porque una persona puede tener capacidad para actuar en juicio y serle rechazada su demanda por falta de calidad; y viceversa, puede tener calidad y estar inhabilitada para ejercer la acción por faltarle capacidad. Así, el menor de edad puede ser titular de un derecho, pero no puede actuar personalmente en juicio.

c) Ordinariamente, la prueba de la pertenencia de la acción se confunde con la prueba de la pertenencia del derecho. Así, probando A haber prestado una suma de dinero a B, prueba, al mismo tiempo, su calidad de acreedor y la calidad de deudor de este último. Ello se explica porque corresponde a la situación normal, pues la regla es que el ejercicio de la acción pertenece al titular del derecho; pero ocurre, a veces, que puede ser ejercida también por otra persona. Tal es el caso de la substitución procesal, en que el substituto ejerce en interés propio un derecho ajeno. En esa situación, no sólo debe probarse el derecho del tercero, sino la calidad que se invoca para ejercitar la acción; así, en el caso de la acción oblicua (cód. civ., art. 1196), el actor no sólo debe probar el crédito de su deudor, sino su calidad de acreedor de este último. Otras veces, el ejercicio de la acción no corresponde a una persona, sino a un funcionario, como, por ejemplo, el ministerio público. Por lo demás, cambiando el titular del derecho o de la obligación

de la pretensión atribuida al demandado (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 20, pág. 167); la negativa de la calidad de heredera (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 33, pág. 811).

(67) Procede la defensa de falta de calidad si se reclama al demandado la comisión correspondiente a la venta de un bien propio de la esposa (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 11, pág. 1269); en la demanda por

(cesión, herencia, venta, etc.), varía el sujeto de la legitimación, pero no modifica su situación en el proceso ya iniciado.

d) Otro caso en que el ejercicio de la acción no corresponde al titular del derecho, sino a una persona distinta, es el de la representación legal. A este respecto deben hacerse previamente algunos distingos, que nos permitirán precisar los conceptos.

1º) Los padres, respecto de sus hijos, tienen una doble situación: por una parte, son titulares de un derecho, el de patria potestad, que les concede determinadas facultades sobre las personas y bienes del menor (cód. civ., art. 264); por otra, son sus representantes frente a terceros (art. 57, incs. 1º y 2º), y sin intervención de ellos pueden estar en juicio en su nombre como actores o demandados (art. 274). En el primer caso, los padres ejercen un derecho en interés propio y, por consiguiente, es esa calidad

devolución de fletes si el actor no es titular ni cesionario de la carta de porte (Cám. Fed. Cap., *Jurisp. Arg.*, t. 12, pág. 280); si de la pericia practicada resulta que el contrato de venta celebrado por el demandado lo ha sido con una firma distinta de la actora, aunque ésta haya oficiado de intermediaria y gire bajo el mismo nombre de aquélla (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 14, pág. 302); si el demandado había transferido ya el dominio del automóvil que causó el accidente, aunque el precio lo haya recibido con posterioridad a éste (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 23, pág. 97); si el actor funda su derecho en que en el contrato se le designó para recibir el pago sin constituirlo en mandatario de las partes (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 35, pág. 1414); si es nula la cesión de derechos y acciones en cuya virtud se demanda (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 35, pág. 1442; t. 36, pág. 1481). Es improcedente opuesta contra un acreedor por el hecho de no aparecer como propietario ostensible del negocio (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 14, pág. 233); si el actor presentó el recibo del flete y la empresa no justificó que fuera otra la persona que hizo el pago ni presentó la carta de porte, no siendo suficiente a tal efecto la constancia de la guía en cuya elaboración no intervinieron las partes (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 25, pág. 1432); por haberse agregado una palabra a la razón social si de autos resulta la inexistencia de la sociedad (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 23, pág. 436).

que invocan la que deben justificar en el curso de la instancia ⁽⁶⁸⁾; en el segundo, ejercen la acción, pero en interés del menor, y de allí que deban justificar, al momento de iniciarse el juicio, su carácter de representante legal (art. 13, cód. proc.), pudiendo, en cambio, acreditar en el período de prueba la calidad de titular del derecho del menor. En la misma situación se encuentra el marido con respecto a la mujer (art. 57, inc. 4º, cód. civ.), sin perjuicio de las limitaciones impuestas por la ley 11.357, de que nos ocuparemos más adelante.

2º) Pero tratándose de los demás incapaces (dementes, sordomudos, ausentes), no hay distinguos que hacer, porque el curador no ejercita ningún derecho, sino que actúa como mero representante (arts. 57, inc. 3º, y 475, cód. civ.). De allí que deba justificar, al comienzo del litigio, el carácter invocado (art. 13, cód. proc.), y pueda, en el curso de la instancia, legitimar la calidad de su representado. En la misma situación se encuentra el tutor con respecto a su pupilo (arts. 57, inc. 2º, y 411, cód. civ.).

e) En los casos de pluralidad de acreedores o de deudores, la ley determina a quién corresponde el ejercicio de la acción. Si la acción fuese divisible, cada uno de los acreedores tendrá derecho a exigir su parte en el crédito a cada uno de los deudores por la parte que les corresponda en la obligación (cód. civ., art. 675), pero si la obligación fuese indivisible o solidaria, cada acreedor puede exigir a cada deudor el cumplimiento íntegro de la obligación, en forma simultánea o sucesiva, hasta hacerse íntegro pago de su

(68) Así, procede la defensa *sine actione agit* si el actor no acredita su carácter de padre del menor fallecido a consecuencia del accidente, en la demanda por indemnización de daños y perjuicios (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 25, pág. 1384).

crédito, y la demanda interpuesta contra uno interrumpirá la prescripción respecto de los demás ⁽⁶⁹⁾.

f) En el silencio de la ley deberá considerarse que, cuando la acción tiende a obtener una prestación, el actor estará legitimado en proporción a su interés y en proporción análoga con relación al demandado, porque la solidaridad es una excepción. Pero cuando tuviese por objeto el cambio de una situación jurídica (nulidad de un acto jurídico, división de condominio, etc.), deberá dirigirse contra todos los que en ella tengan interés, porque, en tal caso, existe litisconsorcio necesario.

37. Interés ⁽⁷⁰⁾.

a) Para intentar una acción, así como para contradecirla, es necesario tener interés, porque sólo con esa condición se pone en juego la actividad jurisdiccional: los jueces no hacen declaraciones abstractas. Eso no impide que

(69) Estos principios no rigen en materia de letras de cambio (cód. com., arts. 669 y 848, *in fine*).

(70) En un estudio sobre la materia, publicado en la *Revista de Derecho Privado*, de Madrid, nº 175, pág. 97, después de mencionar numerosos casos de jurisprudencia francesa que extractamos en el texto, DEMOGUE se pregunta si el derecho, la calidad y el interés no serían aspectos de una sola cuestión, o sea la concepción del derecho como un interés jurídicamente protegido según la expresión de IHERING, pues que, en efecto, son requisitos que se complementan. Lo mismo MOREL, en su *Traité*, pág. 40 (2ª ed., pág. 30), refiriéndose a la calidad y el interés, se expresa así: "Estas dos condiciones no deben confundirse, pero la calidad no es sino uno de los aspectos que debe revestir el interés: veremos, en efecto, que el interés debe ser directo o personal; en otros términos, se puede decir que el que ejercita la acción debe tener calidad o que debe tener un interés directo o personal, pues las dos expresiones son equivalentes". En consecuencia, sostiene que el interés, que debe ser jurídico y corresponder a quien ejercita la acción, es la única condición para su admisión en la sentencia. Por su parte, CHIOVENDA, pág. 155, dice: "La doctrina ha tratado de fijar algunos caracteres generales del interés de obrar, pero se han confundido problemas

en ciertos casos se permita el ejercicio de la acción, aun cuando aparentemente no se descubra un interés inmediato, como ocurre en las acciones precautorias, pues en ellas el interés radica precisamente en el aseguramiento del derecho. En efecto; el interés consiste únicamente en que, sin la intervención del órgano público, el actor sufriría un perjuicio. Por consiguiente, la cuestión de saber si media un interés justificado constituye una situación de hecho, debiendo tenerse en cuenta que, si bien todo interés merece la protección judicial, por mínimo que sea, no puede el juez ampararlo cuando el procedimiento sólo tiene un propósito vejatorio.

b) De lo expuesto resultan dos principios: 1º) sin interés no hay acción; 2º) el interés es la medida de la acción. De los numerosos casos de aplicación de estas reglas pueden citarse los siguientes: no puede demandarse la indemnización de daños y perjuicios, aunque el hecho esté probado, si no se ha sufrido perjuicio alguno; el heredero no forzoso no puede atacar de nulidad un testamento

que corresponden a otras materias. Discutiéndose, por ejemplo, si el interés de obrar debe ser patrimonial o si puede ser inmaterial o espiritual, se confunde la cuestión sobre la existencia de un bien garantizado por la ley con la cuestión sobre el derecho de conseguirlo en juicio. Afirmándose que el interés de obrar debe ser personal, y examinando las pretendidas excepciones a esta regla, se entra en el campo de la *legitimitas ad causam*. Pretendiendo que el interés debe ser actual y sólo excepcionalmente puede ser futuro, se dice cosa inexacta, porque el interés de obrar debe ser siempre actual; solamente pueden existir modos de actuación de la ley mediante los cuales se asegura la obtención futura de los bienes. Habitualmente, se dice también que el interés de obrar debe ser legítimo y jurídico. Con esto se quiere a menudo significar que, para obrar en juicio, conviene que exista un estado de hecho contrario al derecho. Eso no siempre es necesario. Otras veces se contraponen el interés jurídico al interés de mero hecho o interés simple; pero aquí se cae en la cuestión de si existe un bien garantido por la ley". No obstante reconocer la exactitud de estas observaciones, preferimos separar los elementos de la acción y caracterizarlos mediante ejemplos, con lo que se gana en claridad.

cuando hay otro testamento válido que también lo deshere-
da; no puede apelarse de una resolución que concede lo
que se ha pedido; es improcedente la impugnación de un
legado particular por un pariente desheredado; un acree-
dor no puede pedir que se reduzcan los intereses reclama-
dos por otro acreedor si esta medida no ha de beneficiarle;
el industrial que hizo cesión a una sociedad del contrato
efectuado con un tercero, no puede demandar la estimación
del perjuicio sufrido por éste por incumplimiento del con-
trato por parte de la sociedad si no consta que el tercero
le haya formulado reclamación alguna; el heredero del ad-
ministrador de una sociedad no tiene interés en conocer
las condiciones en que ésta se fusionó con otra, basándose
en las responsabilidades que podría haber correspondido
al causante, etc. (71).

c) Es innecesario determinar si el interés puede ser
moral o patrimonial, puesto que es autónomo. Generalmen-
te, se trata de un interés patrimonial, el cual, a su vez,
tiene, a menudo, un contenido económico (pago de un cré-
dito), pero que puede tener también otro objeto: interrumpir
una prescripción, la destrucción de una obra, etc. El
interés moral puede existir, a su vez, con exclusión de todo
beneficio pecuniario (72). Sólo se requiere, pues, como he-
mos dicho, que la falta de intervención judicial pueda oca-

(71) En nuestra jurisprudencia pueden citarse los siguientes casos: carece de interés para pedir la nulidad de una patente quien no la solicitó en su favor (Cám. Fed., *Jurisp. Arg.*, t. 7, pág. 354); en la ejecución hipotecaria seguida por el acreedor en primer término tiene acción el tercer acreedor hipotecario para impugnar la liquidación en aquello que tienda a disminuir su garantía (Cám. Civ., *Jurisp. Arg.*, t. 24, pág. 421); para la procedencia de toda acción judicial es indispensable la existencia de un derecho que haya sido efectivamente desconocido o negado (Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 31, pág. 62); el acreedor no puede pedir la revocación de un acto de su deudor que en nada le perjudica (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 32, pág. 301).

(72) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 48, pág. 155. El marido puede pedir que la esposa deje de usar su apellido cuando el divorcio se

sionar un perjuicio, cualquiera sea su naturaleza, para que el interés quede justificado.

d) Pero es necesario que se trate de un interés actual, es decir, nacido como consecuencia de un hecho contrario al derecho, o que, tratándose de las acciones declarativas, exista un obstáculo para su ejercicio ⁽⁷³⁾. Por consiguiente, una simple amenaza no autoriza la acción, desde que puede ser eventual o simplemente imaginaria, en cuyo caso se habría puesto en movimiento el órgano público sin un motivo justificado. En cambio, cuando la amenaza se traduce en actos o situaciones que hacen presumir verosímilmente el propósito de ejecutarlas, existe ya un interés en evitar su consumación: tal el caso del interdicto de obra nueva (cód. civ., art. 2499, y cód. proc., art. 585).

e) Fundada en el principio de economía procesal, se admite también una excepción en favor de las acciones de condena de futuro, es decir, cuando no siendo todavía exigible la obligación, circunstancias de hecho, como ser la conducta del deudor, autorizan a suponer que no serán cumplidas a su debido tiempo: así, las que tienen por objeto prestaciones sucesivas, como los créditos por arrendamientos, pensión alimenticia, etc. En estos casos no existe violación actual del derecho, ya que la prestación se hará exigible después de la condena, pero la acción es admitida para evitar juicios reiterados sobre la misma cuestión. Nuestra jurisprudencia ha declarado, por ello, que debe hacerse lugar a la demanda que se refiere a los alquileres que se devenguen hasta la desocupación del inmueble loca-

decretó por culpa de ella, por las causales de injurias graves y adulterio (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 55, pág. 131).

(73) La Corte de Casación francesa ha establecido que el legatario a quien se le ha impuesto la obligación de no casarse, puede demandar la nulidad de esa condición aunque nadie le haya turbado en la posesión de su legado; que el vendedor de un fundo de comercio puede pedir la nulidad de la cláusula que le prohíbe establecerse de nuevo, aunque ese derecho no le haya sido discutido. MOREL, pág. 52.

do (74), y que la sentencia que condena a pagar alimentos conserva sus efectos para las cuotas futuras, cuyo importe puede garantizarse mediante un embargo (75). En el derecho italiano se admite la acción de desalojo para hacer efectiva la sentencia el día del vencimiento del contrato (*supra*, n° 17, d) (76).

f) También constituyen una excepción las informaciones judiciales tendientes a constatar un hecho o asegurar una prueba *ad perpetuam rei memoriam*. Esta institución, cuya génesis ha creído encontrarse en algunos textos romanos, pero que, en realidad, fué en el derecho canónico donde se desarrolló y en el que se le consideraba como un medio para probar un hecho cuando había peligro en la desaparición de la prueba, como en los casos de ancianidad, enfermedad del testigo, etc., fué consagrada por la Partida 3ª, tít. XVI, leyes 2 y sigs. De ella pasó a la ley de enjuiciamiento civil española de 1855, pero con el siguiente distingo: si la diligencia tiene por objeto preparar el juicio ordinario o asegurar una prueba para el mismo, debe realizarse con la intervención de la parte contraria (art. 233), y si no tiene en vista un juicio futuro ni estaba dirigida contra persona determinada, basta la intervención del promotor fiscal (art. 1359) (77), distinción mantenida por la

(74) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 1, pág. 217.

(75) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 60, pág. 878. La condena de futuro es procesalmente admisible cuando se trata de prestaciones periódicas, en que la conducta del obligado, que ya ha dejado de cumplir las anteriores, hace presumir que no se realizará a su debido tiempo (Cám. de Paz, *Jurisp. Arg.*, 1950-III, pág. 564). En el caso se trataba de una demanda por repetición, cuyo pago debía hacerse periódicamente. El actor fué condenado a pagar una suma como fiador del demandado y para hacer efectivo el pago se trabó embargo sobre su sueldo, por lo cual demandó la repetición de lo que se le había ya descontado y lo que se le descontare por el embargo hasta la cancelación de la deuda.

(76) CHIOVENNA, *Principii*, pág. 163; MORTARA, t. 5, n° 15.

(77) CARAVANTES, t. 4, pág. 396; MANRESA Y REUS, t. 5, pág. 354.

ley de 1881 en su art. 2002. En Francia era conocida con el nombre de *enquête de futur*, siendo suprimida por la ordenanza de 1677, art. 13, y aunque el código de procedimiento no la menciona, la jurisprudencia la admite ampliamente⁽⁷⁸⁾. En Italia está autorizada en forma expresa por el art. 251 del código de procedimiento⁽⁷⁹⁾. Pero el nuestro sólo la autoriza como diligencia preparatoria del juicio (art. 67), cuyas disposiciones, según la jurisprudencia, deben interpretarse restrictivamente⁽⁸⁰⁾. De allí que la información *ad perpetuam memoriam* no sea admitida hoy por nuestros tribunales, considerando que no pueden aceptar informaciones con prescindencia del objeto a que están destinadas⁽⁸¹⁾. Algunas leyes la autorizan a los efectos de justificar servicios para la jubilación (ley 10.650, de jubilaciones y pensiones de empleados ferroviarios), otras exigen que la información se practique ante la misma caja, con apelación ante los jueces (ley 11.110, de jubilación de empleados y obreros de empresas particulares, y ley 12.581, de jubilación de periodistas), pero, en general, los tribunales se consideran incompetentes para conocer de ellas cuando se trata de acreditar servicios prestados a la administración pública⁽⁸²⁾. Bajo la forma de información sumaria, también se la admite, con intervención de la parte que pudiera resultar perjudicada, para la rectificación de un título⁽⁸³⁾, o con intervención fiscal para la rectificación del nombre⁽⁸⁴⁾, etc. No obstante ello, pensamos que puede ad-

(78) BONNIER, t. 1, pág. 290; GARSONNET, t. 3, pág. 79; MOREL, pág. 53.

(79) CHIOVENNA, *Principii*, pág. 336.

(80) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 29, pág. 482.

(81) Cám. Civ. en pleno, *Jurisp. Arg.*, t. 5, pág. 45.

(82) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 15, pág. 520; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 14, pág. 209; t. 19, pág. 360; t. 51, pág. 916; Cám. Fed., *Jurisp. Arg.*, t. 21, pág. 640.

(83) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 30, pág. 412.

(84) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 24, pág. 506.

mitirse la información con sujeción a las reglas establecidas en las leyes de partidas, desde que ello no importa sino una de las formas de ejercicio de la jurisdicción voluntaria (85).

(85) Lo autorizan expresamente, entre otros, los códigos de procedimiento de las provincias de Córdoba (art. 1224), La Rioja (art. 1534), San Juan (art. 1180), Santa Fe (art. 1184), etc. Véase sobre la materia: J. SUÁREZ VIDELA, *Información ad perpetuam memoria*, en *Rev. del Colegio de Abogados*, Buenos Aires, t. 11, pág. 143.

CAPÍTULO IV

EL PROCESO

GENERALIDADES: 1. Concepto, contenido y objeto del proceso. — 2. Desarrollo histórico del proceso civil. — 3. Proceso civil y proceso penal. — NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO: 4. Teoría del cuasicontrato de *litiscontestatio*. — 5. Teoría de la relación jurídica. — 6. Teoría de la situación jurídica. — 7. Teoría de la pluralidad de relaciones. — 7/1. Teoría de la institución. — LA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL: 8. Los sujetos de la relación procesal. — 9. Los presupuestos procesales. — 10. Contenido de la relación procesal. — 11. Desarrollo de la relación procesal. — 12. Suspensión de la relación procesal. — 13. Extinción de la relación procesal. — 14. Acción y relación procesal. — ESTRUCTURA DEL PROCESO: 15. Concepto. — 16. El impulso procesal. — 17. La *preclusión* procesal. — 18. El principio de contradicción. — 19. La adquisición procesal. — 20. El principio de inmediación. — 21. El principio de concentración. — 22. El principio de eventualidad. — 23. Carga procesal. — DISTINTAS CLASES DE PROCESOS: 24. En general. — 25. Por el objeto: de condena, declarativos, constitutivos, ejecutivos y precautorios. — 26. Por el modo: de conciliación, arbitraje, voluntarios y contenciosos. — 27. Por la forma: ordinarios, especiales, sumarios. — 28. Por el contenido: singulares y universales. — 29. Omisiones del código de procedimiento.

Generalidades

1. Concepto, contenido y objeto del proceso⁽¹⁾.

a) Sentado el principio de que no es admitida la defensa propia del derecho, y agotados los medios pacíficos de solución, en todo supuesto de violación del mismo debe recu-

(1) CARNELUTTI, *Sistema*, n.ºs. 16 y 76; CHIOVENDA, *Principii*, pág. 83; *Instituciones*, n.º 11; ROCCO, *Derecho procesal civil*, pág. 60; GARSONNET, *Traité*, t. 2, n.º 662; t. 3, n.º 1128; t. 4, n.ºs. 2508 y 2509; CARNELUTTI, *La naturaleza jurídica del proceso* (*La Ley*, t. 4, secc. jur. extranj.

rrirse a la protección del Estado, que actúa por medio de los órganos en los cuales ha delegado su función jurisdiccional. Desde que esa protección se invoca por la interposición de la demanda, que es el modo normal del ejercicio de la acción, hasta que el juez la acuerda o la niega en la sentencia, media una serie de actos llamados de procedimiento (de *procedere*, que quiere decir actuar) cuyo conjunto toma el nombre de proceso (1/1). La palabra *proceso* es de uso relativamente moderno, pues antes se usaba la de *juicio*, que tiene su origen en el derecho romano y viene de *iudicare*, declarar el derecho. El término *proceso* es más amplio, porque comprende todos los actos que realizan las partes y el juez, cualquiera sea la causa que los origine, en tanto que

pág. 1); *Id.*, *Algunos conceptos de legislación sobre el procedimiento civil*; KELLER, *De la procédure et des actions chez les romains*, pág. 262; MOREL, *Traité élémentaire*, pág. 352; MONPOINT, *Le contrat judiciaire*; ROBERTO RUGGIERO, *Bolletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 1906, pág. 149; SAVIGNY, *Sistema*, t. 5, pág. 14; KISCH, *Elementos*, pág. 15; JOFRE, *Manual*, t. 3, pág. 03; BETTI, *Diritto processuale civile*, nº 8; CALAMANDREI, *Il processo come giuoco* (*Studi in onore di Carnelutti*, t. II, pág. 485); *Id.*, *Proceso y justicia* (*Rev. Der. Proc.* (A), 1952, I, pág. 13); CAPOGROSSI, *In torno al processo. Ricordando a Chiovenda* (*Riv. Intern. di Filosofia del Diritto*, junio de 1938); ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y defensa*; COUTURE, *Fundamentos* (2ª), págs. 57 y sig.; *Id.*, *Direcciones políticas del derecho procesal contemporáneo*; SCHONKE, *Derecho procesal civil*, pág. 13; PRIETO CASTRO, *Tratado*, t. 1, págs. 10 y 28; GUASP, *Comentarios*, t. I, págs. 3 y sig.; SATTA, *Considerazione sul processo* (*Riv. di Dir. Com.*, mayo-junio, Milán, 1948); *Id.*, *Dir. Proc. Civile*, pág. 121; LIEBMAN, *Corso di dir. processuale*, pág. 93; LOIS ESTÉVEZ, *Proceso y forma* (Sgo. de Compostela, 1947); ANGELOTTI, *Teoria generale del processo* (Roma, 1951); SARTORIO, *¿Qué es el proceso? Ensayo de una definición fenomenológica* (*Rev. Der. Proc.* (A), 1953, I, pág. 95); CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo* (*Studi in onore di Redenti*, t. II, pág. 695; *Rev. Fac. Der. Méjico*, octubre-diciembre, 1953, pág. 87); ROSENBERG, *Tratado*, t. I, pág. 1.

(1/1) Según COUTURE, el vocablo "proceso" deriva etimológicamente del verbo griego "*proseko*" o "*prosekso*", que significa venir de atrás e ir adelante (*Proyecto cód. proc. Exposición de motivos*, pág. 124).

juicio supone una controversia, es decir, una especie dentro del género. Por otra parte, este segundo concepto excluye la ejecución forzada, que no requiere una declaración y constituye, sin embargo, uno de los modos de ejercicio de la función jurisdiccional.

b) El actor en su demanda afirma la existencia de un hecho constitutivo, impeditivo o extintivo de un derecho, y deberá luego aportar al tribunal la prueba de los mismos para justificar su pretensión; el demandado, por su parte, vese precisado a oponer sus defensas, porque su silencio podrá ser interpretado como un reconocimiento tácito de los hechos en que se funda la demanda, produciendo en su caso la prueba de descargo de que disponga; el juez, por su parte, provee a las peticiones de ambos litigantes, interviene en el diligenciamiento de las pruebas ofrecidas y, clausurado el debate, pronuncia su sentencia. Pero ni las partes ni el juez proceden arbitrariamente, ni sus actos son independientes, sino que están condicionados entre sí y regulados por normas legales. Todo ello da al proceso un contenido orgánico que permite examinarlo desde dos puntos de vista: el uno, en su forma estática, o sea la estructura y los elementos; el otro, dinámico, o sea en su aspecto funcional. El primero constituirá la materia de este capítulo y los tres que le siguen; del segundo nos ocuparemos al estudiar el juicio ordinario y los procedimientos especiales.

c) La determinación del fin del proceso es materia que todavía divide a la doctrina. Las diversas teorías pueden dividirse en dos grupos fundamentales: la subjetiva y la objetiva. Para las primeras, el proceso tiene por objeto decidir las controversias entre partes y definen el proceso como la discusión que sostienen con arreglo a las leyes dos o más personas que tienen intereses opuestos sobre sus respectivos derechos u obligaciones o para la aplicación de las leyes civiles o penales ante juez competente, que la dirige

y termina con su decisión, declarando o haciendo respetar un derecho o imponiendo una multa. Tal era también la opinión de los prácticos españoles⁽²⁾, quienes la explican diciendo que se requiere una controversia o discusión, porque si las partes están de acuerdo no hay proceso, sino un acto de jurisdicción voluntaria; ha de tramitarse con arreglo a las leyes, porque de lo contrario el procedimiento sería nulo; debe suscitarse entre dos o más personas que tengan intereses opuestos, porque si son comunes no hay controversia; debe terminarse con la decisión del juez, porque es a él y no a las partes a quien corresponde apreciar los hechos y fundamentos alegados por aquéllos. El proceso es, pues, según este criterio, una contienda entre particulares, en la que el interés público sólo interviene para imponer ciertas normas que aseguren la libertad de los debates, el régimen de las pruebas y la decisión judicial; es decir, un instrumento que el Estado pone en sus manos para la *protección del derecho subjetivo* y por consiguiente a las partes corresponde no sólo la iniciación sino el impulso del procedimiento y al juez una actitud expectante para dar la razón al final de la contienda al vencedor de acuerdo con lo que las partes han querido que sea materia del pronunciamiento. Pero como observa Chiovenda^(2/1), esta manera de considerar el proceso es inexacta, porque puede haber definición de controversia sin proceso (arbitraje), o proceso sin controversia (juicio en rebeldía o sumisión del demandado) o proceso sin definición de controversia (ejecución de sentencia). Por otra parte, se desconoce el verdadero significado de la función jurisdiccional, al considerar el proceso como una institución del derecho privado, por cuyo motivo se le denomina también *concepción privatística* del proceso.

(2) CARAVANTES, *Procedimientos judiciales*, t. I, pág. 352.

(2/1) *Principii*, pág. 68.

d) La evolución de los estudios del derecho procesal ha hecho que se atribuya al juez una función pública encaminada al mantenimiento del orden jurídico determinado en las leyes substanciales. La llamada tendencia *publicística* considera la litis como un fenómeno social, cuya justa solución interesa a la colectividad para el restablecimiento del orden jurídico alterado; el proceso es entonces un instrumento que la ley pone en manos del juez para la *actuación del derecho objetivo*, y por ello debe investirse al juez de amplias facultades para la averiguación de la verdad real frente a la verdad formal y conferirle la dirección del proceso para evitar que la mala fe o la negligencia de las partes puedan llevarlo a una solución injusta. Pero esta concepción adolece del defecto fundamental de ser excesivamente formalista. En efecto, el derecho objetivo no tiene un fin en sí mismo, sino que es el medio por el cual el Estado tutela los intereses de los individuos, y su actuación puede obtenerse sin necesidad de recurrir al proceso, como lo demuestra el cumplimiento voluntario de la obligación; no se alcanza a comprender la razón de esta protección abstracta de la ley y tampoco se explica la necesidad de la acción por la parte para poner en movimiento la actividad jurisdiccional.

e) El verdadero fin del proceso puede inducirse considerando la actuación del juez y de las partes en el mismo. Indudablemente el juez desarrolla una función pública y ésta procura el restablecimiento del orden jurídico mediante la actuación de la ley: su misión consiste en declarar si una voluntad abstracta de la ley ampara una situación concreta y, en su caso, hacer efectiva su realización por todos los medios posibles, incluso la fuerza pública. Pero el proceso civil sólo se inicia a instancia de parte y lo que ésta busca es la satisfacción de un interés individual, satisfacción que obtiene mediante la actuación de la ley en el proceso. Para el juez la satisfacción de un interés individual

es objeto mediato, pues el inmediato lo constituye el restablecimiento del orden jurídico; para la parte, en cambio, lo inmediato es su interés individual. El que adquiere una cosa en un comercio, dice Chiovenda, satisface una necesidad personal y no tiene en cuenta el beneficio que con ello procura al comerciante; éste a su vez realiza un acto de su giro comercial y no le interesa el destino que el comprador dé a la cosa adquirida. Entre el juez y el sujeto de la litis no existe ciertamente una desvinculación tan absoluta, pero cada uno de ellos busca en el proceso un fin distinto. Por eso es acertada la concepción de Chiovenda de que el proceso tiene por objeto *la protección del derecho subjetivo mediante la actuación del derecho objetivo* y en su regulación debe tenerse en cuenta, tanto el interés privado de los litigantes como el interés público en el mantenimiento del orden jurídico. No es otro, en realidad, el alcance de la famosa expresión de Carnelutti, según el cual el proceso se hace para la justa composición de la litis: su objeto es paz con justicia.

2. Desarrollo histórico del proceso civil (3).

a) El proceso civil conserva todavía, especialmente en las naciones de raza latina, los caracteres generales del pro-

(3) CHIOVENDA, *Principii*, pág. 1; COUTURE, *Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano*; HERNÁNDEZ PADILLA, *Historia del proceso civil*, en su trabajo: *Código procesal vigente en el distrito y territorios federales y algunas de sus innovaciones* (*Anales de Jurisprudencia*, Méjico, septiembre de 1940); BONDE, *Histoire du droit français*, págs. 111 y 298; GOLDSCHMIDT, *Tratado*, pág. 10; ALSINA, *Alegación de hechos nuevos. Evolución histórica del proceso civil* (*Rev. Der. Proc.* (A), 1951, I, pág. 7); GUILLERMO DE MONTAGÚ, *Origen y formación del proceso civil moderno*, Habana, 1951; PRIETO CASTRO, *Tratado*, t. I, pág. 21; *Exposición*, t. I, pág. 21; ENGELMANN y MILLAR, *A History of Continental Civil Procedure* (Constituye el 7º volumen de *The Continental Legal Story Series*, publicado por la Association of American

ceso romano, pero puede señalarse la influencia del proceso germano, iniciada con la invasión de los bárbaros en la Península hispánica, sobre todo a partir del Fuero Juzgo, que, como sabemos (I, 4), fué la primera legislación uniforme para los dos pueblos, porque resumía los principios fundamentales del Código de Eurico y del Breviario de Aniano.

b) En el proceso romano, cuya estructura ya conocemos (I, 2), se desarrollaba una actividad del Estado por un funcionario que aquél nombraba y cuya misión era declarar el derecho; la intervención del pueblo estaba reducida al juez que el magistrado designaba para que, en calidad de jurado, juzgase los hechos y resolviese la causa con arreglo a las instrucciones que aquél previamente le había impartido. De allí los caracteres del proceso: era una institución de derecho privado, en la que el juez desarrollaba una actividad intelectual, porque decidía la controversia de acuerdo con su convicción; por eso la prueba constituía una carga, ya que estaba destinada a formar esa convicción y debía entonces recaer sobre los hechos particulares que las partes invocaban. Como consecuencia, la sentencia obligaba tan sólo a los que habían sido partes en el litigio.

c) El proceso germano (I, 3), en cambio, tenía una estructura y un objeto muy distintos. Era un medio de pacificación social: la solución dependía, no del convencimiento del juez, sino de ciertas formalidades en las que el pueblo veía una expresión de la divinidad. Objeto de la prueba no eran los hechos particulares, sino las afirmaciones de las partes, y los medios de prueba (juicios de Dios) no estaban dirigidos a formar la convicción del juez, sino a buscar una manifestación de la voluntad suprema, como emanación de la divinidad, y por eso no constituían una carga, sino un

Law Schools (Little Brown and Co., Boston); R. W. MILLAR, *Síntesis histórica del proceso civil*, en *Enciclopedia de Ciencias Sociales*, vocablo *Judgements*, t. 8, pág. 443 (Cita de COUTURE en el prólogo a la trad. del libro de MILLAR. *Los principios formativos del procedimiento civil*).

beneficio. Quien resistía la prueba del fuego era inocente, porque de la divinidad recibía las fuerzas necesarias para sobreponerse a los sufrimientos. La misión del juez se limitaba a declarar a quién correspondía la prueba, y por eso la primera parte del proceso terminaba con una sentencia, llamada interlocutoria, en la que se hacía esa declaración. La sentencia definitiva se pronunciaba por la asamblea, después de producida la prueba, y obligaba no sólo a los litigantes, sino a todos los que habían asistido a ella, porque era la verdad absoluta revelada al pueblo por la divinidad.

d) Aunque en el período del renacimiento el derecho romano adquirió nuevamente preponderancia, no se volvió al proceso romano puro, sino que se infiltraron numerosas instituciones germanas. Los principios fundamentales sobre la prueba y la sentencia continuaron siendo romanos, pero tienen tradición germana la *querela nullitatis*, que es el antecedente del recurso de casación; la división del proceso en dos períodos, uno anterior y otro posterior a la contestación de la demanda; la división del procedimiento en varios estadios con términos diferentes y un orden predeterminado; el sistema de las pruebas legales, etc. Estas reminiscencias del formalismo germánico son las que dieron al proceso su extensión actual y su complicada estructura. Posteriormente se introdujo la costumbre de hacer actas de las diligencias, con lo que el proceso, hasta entonces oral, fué haciéndose escrito; las partes ya no formulaban de palabra sus pretensiones, y hasta las manifestaciones de los testigos se consignaban por escrito, sin intervención de los litigantes. La influencia del derecho canónico, que se hizo sentir a partir de la edad media, sobre todo con sus métodos inquisitivos, terminó de dar al proceso una fisonomía particular, que subsistió, principalmente en materia penal, hasta la revolución francesa. Junto al proceso ordinario romano-germano, se formó otro proceso breve y sencillo, legislado especialmente en la *Clementina Saepe contingit*,

que procuró concretar en una audiencia todas las peticiones de las partes, afirmando el poder del juez en la dirección del pleito y admitiendo el juicio en rebeldía tal como hoy se le conoce. Con este proceso general e indeterminado se favoreció el desarrollo de los juicios especiales, principalmente el ejecutivo.

e) Sobre esta base, como hemos dicho (*supra*, II, 3/1), los glosadores elaboraron un proceso denominado "común", que comenzó a aplicarse en Alemania en el período de la recepción del derecho romano (fines del siglo XIV), y un siglo después se había extendido a todo su territorio, pero allí bajo la influencia de la llamada "evolución cameralista" sufrió exageraciones que lo transformaron por completo. En Francia la romanización del proceso era ya decisiva en el siglo XIV bajo la influencia del derecho canónico y los estudios del derecho romano; los rigores del formulismo se atenúan; al procedimiento oral substituye el procedimiento escrito; los testigos son examinados en secreto como en el proceso canónico; se suprimen las ordalías y se adopta el sistema de prueba romano. Pero en el norte de Francia continuaron aplicándose las costumbres germanas, lo cual permitió más tarde la elaboración de un nuevo proceso. En efecto, consolidado el poder central, fué plasmándose un proceso típico, más racional, en gran parte por obra de las ordenanzas reales, que unas veces no hacían sino consagrar las prácticas seguidas por los parlamentos y otras introducían nuevas formas de procedimiento. De esta triple fuente, el derecho romano canónico, el derecho feudal y las ordenanzas reales, derivó un proceso autónomo, a la vez oral y escrito, a diferencia del procedimiento feudal que era exclusivamente oral, y del procedimiento canónico que era exclusivamente escrito. Este proceso tuvo su expresión en la Ordenanza de 1667, en que se inspiró el código de procedimiento sancionado en 1806.

f) Con Napoleón el código francés se infiltró en Alemania, mostrando, dice Chiovenda ^(3/1), un enérgico contraste con el pesado y complicado proceso germano, porque era más simple, más adaptado y más ligero, presentando como realizadas aquellas oralidad y publicidad que ya formaban confusamente las universales aspiraciones reformistas. Esto suscitó, con el tiempo, una disputa sobre la conveniencia de mantener sus principios como orientadores de la futura legislación procesal germana, siendo fácil advertir su influencia en la Ordenanza Procesal de 1877 (Z. P. O.), en la que se inspiró más tarde la Ordenanza Procesal austríaca en 1895.

También en Italia después de la restauración continuó aplicándose en algunos Estados el código francés, y cuando se sancionó el código de 1865, juntamente con las leyes existentes en algunos Estados, en particular el código sardo, fueron su fuente inmediata el código francés y la Ordenanza de 1667.

Esta interesante evolución histórica explica la estructura de los códigos procesales de esos países y el hecho de que en cambio la legislación española se mantuviera bajo la influencia del proceso romano-canónico.

3. Proceso civil y proceso penal.

a) El derecho positivo se diversifica en distintas ramas según sea la naturaleza de las relaciones que regula y ello hace que la tutela jurídica no siempre pueda realizarse por los mismos medios. De ahí la existencia de diversos procedimientos en consideración al órgano que deba aplicarlo y al derecho que se intenta tutelar (judicial, administrativo, militar, eclesiástico). En el orden judicial también la naturaleza del derecho impone un distinguo, según que la vio-

(3/1) *Romanismo y germanismo (Ensayos, t. I, pág. 301).*

lación del mismo afecte los derechos de los particulares o los generales de la colectividad: en el primer caso, la afirmación del derecho se hace en el proceso civil; en el segundo, se hace en el proceso penal. Ésta es la razón, como hemos visto (I, 12), de un derecho procesal civil y de un derecho procesal penal, que regulan, respectivamente, la acción civil y la acción penal (III, 27), y para cuyo ejercicio se instituyen a su vez el proceso civil y el proceso penal.

b) El procedimiento civil y el procedimiento penal, como es sabido, tuvieron origen y desenvolvimiento común, lo que explica que por largo tiempo fueran objeto, no sólo de una exposición, sino también de un tratamiento legislativo unitario ⁽⁴⁾. El proceso de separación se inició a principios del siglo pasado con la sanción del código de procedimientos civil francés de 1806 ^(4/1), seguido del código de instrucción criminal en 1808, lo que determinó la aparición de diversas obras destinadas a su comentario. Pero es recién a principios de este siglo, con el florecimiento del derecho procesal penal, que la doctrina estableció una línea de separación absoluta proclamando la autonomía del proceso penal, tras de lo cual, sin embargo, no tardó en producirse una reacción en favor de su unidad conceptual.

c) Son principalmente los penalistas ^(4/2) quienes señalan, con una precisión que parece convincente, las dife-

(4) JIMÉNEZ ASENJO, *Derecho procesal penal*, t. 1, pág. 78; GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, pág. 8; FAÏREN GUILLEN, *La elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento* (Rev. Der. Proc. (A), 1949, pág. 185).

(4/1) En realidad, observa ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, comenzó en 1667 con la Ordenanza de Luis XIV sobre procedimiento civil, seguida en 1670 por la Ordenanza sobre procedimiento penal, en que se inspiraron los respectivos códigos. *Examen del enjuiciamiento mercantil mexicano y consecuencia de su reabsorción por el civil*, en Rev. de la Facultad de Derecho de México, julio-septiembre de 1952, pág. 38.

(4/2) FLORIAN, *Elementos de derecho procesal penal*, trad. Prieto Castro, pág. 20; JIMÉNEZ ASENJO, t. 1, pág. 79; LUCHINI, *Elementi di procedura penale*, pág. 4; MANZINI, *Istituzioni di diritto processuale pe-*

rencias que los separan y las que pueden resumirse así: 1º) El proceso civil tiene por objeto declarar la existencia o inexistencia de un derecho, o la reparación de un daño, lo cual afecta al derecho privado; el penal tiene por objeto la averiguación de un delito, la individualización de su autor y la aplicación de una pena, lo cual interesa al derecho público, porque el delito no existe con respecto al individuo sino frente a la sociedad; 2º) Como consecuencia de ello. el impulso en el procedimiento civil corresponde preferentemente a las partes, en tanto que en el penal se acuerda preferentemente al juez; 3º) El proceso civil tiene carácter subsidiario, porque sólo funciona en defecto de un entendimiento amigable de las partes, mientras que el penal es obligatorio desde que no puede existir pena sin proceso (*nulla poena sine iudicio*); 4º) En tanto que la acción civil puede ser intentada por cualquiera aun cuando no esté legitimado, la penal sólo puede serlo por el Ministerio Público (oficialidad) y excepcionalmente por el damnificado; 5º) A diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, en el que la relación procesal se perfecciona *ab initio*, en la instrucción criminal no existe y sólo puede hablarse de ella en el plenario; 6º) El régimen de las pruebas en lo civil es diferente que en lo penal. En éste la materia de la prueba pertenece exclusivamente al derecho formal, es decir, al procedimiento, y por eso el código penal no contiene reglas a su respecto. En cambio, la materia de la prueba en lo civil pertenece en gran parte al derecho civil: las relaciones tienen limitaciones, vinculaciones y obstáculos determinados por su contenido y que se reflejan en la admisibilidad y eficacia de la prueba (forma de los actos jurídicos, prueba de los contratos, etc.); 7º) Una controversia civil puede ser sometida a la decisión de árbitros, mientras que en materia

penal el proceso es indeclinable; 8º) El proceso civil puede terminar por una transacción y en cambio el penal es irrenunciable.

d) Pero estas proposiciones no han quedado sin respuesta y así los partidarios de la unidad (^{4/3}) han anotado, siguiendo el mismo orden, que: 1º) En el proceso civil está igualmente interesado el orden público y la diferencia no estriba en la naturaleza de la pretensión, resarcitoria o simplemente declarativa en el primero, y punitiva en el segundo, sino en la prevalencia del interés, privado o público, que puede influir en el modo de conducción del proceso, pero que no supone una exclusión del interés público en el proceso civil. 2º) Hay ciertos procesos civiles, como el monitorio, el laboral y el concursal, en que las facultades dispositivas de las partes se hallan anuladas prácticamente por las concedidas al juez; 3º) También existen ciertos procesos civiles obligatorios, como los que se originan en las acciones constitutivas (divorcio, demencia, quiebra, etc.); 4º) La acción penal, en ciertas legislaciones, también puede ser ejercitada por el particular ofendido y en algunos

(1/2) CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal italiano*, trad. Sentís Melendo, t. 2, págs. 17 y 51; íd., *Sistema*, nos. 43 y sig.; íd., *Para una teoría general del proceso* (Rev. Der. Proc. (A), 1948, pág. 3); íd., *Instituciones*, nº 24; íd., *Proceso civil y proceso penal* (Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas, B. Aires, 1948); *Estudios de derecho procesal civil* (trad. Sentís Melendo), t. II, pág. 106; RENDE, *L'unità fondamentale del processo civile e del processo penale* (Riv. di Diritto Pubblico, 1921, nos. 3 y 4); DIANA, *L'unità del processo e delle dottrine processuali*, Siena, 1914; GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, loc. cit.; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO y LEVENE, *Derecho procesal penal*, t. 1, pág. 37; GUASP, *Comentarios*, t. 1, pág. 30; FAIREN GUILLEN, *La acción* (Rev. Der. Proc. (A), 1950, pág. 62); BARTOLONI FERIO, *La unidad de la acción y la unidad del concepto de proceso como presupuesto de éste* (Rev. Jurídica de Entre Ríos, marzo 1952); FORNATTI, *Proceso civil y proceso penal* (La Ley, t. 63, pág. 918); CARLOS, *Acotaciones al problema de la unidad del derecho procesal* (Rev. Der. Proc. (A), 1951, pág. 169); PRIETO CASTRO, *Tratado*, t. 1, pág. 38.

casos es el dueño de la instancia, como ocurre en los delitos de acción privada; 5º) En la instrucción también hay relación procesal, aunque imperfecta porque no se admiten debates ni defensas, pero el juez no actúa arbitrariamente sino con sujeción a reglas destinadas a proteger los derechos del acusado; 6º) La circunstancia de que el código civil legisle sobre prueba no hace perder a ésta su carácter procesal y, por otra parte, también el juez de lo penal debe tener en cuenta sus disposiciones para pronunciarse sobre ciertas cuestiones previas (la propiedad en el hurto, la posesión en la usurpación, el régimen de los instrumentos públicos y privados, etc.); 7º) En materia civil hay cuestiones que no pueden someterse a la decisión de árbitros, como las que versan sobre el estado y la capacidad de las personas y en general en las que estén interesadas la moral y las buenas costumbres; 8º) También el proceso penal puede extinguirse por la renuncia del agraviado en los delitos de acción privada.

e) Ello demuestra que la diferencia no hace a la esencia sino a la estructura de ambos procesos, impuesta por la distinta naturaleza de la materia a decidir y que es posible una teoría que comprenda los principios fundamentales que los informan. Así, la acción, concebida como el medio de provocar la actividad jurisdiccional del Estado, admite una concepción unitaria aplicable en el proceso civil y en el proceso penal: en el primero es el individuo quien se siente lesionado en su derecho y por eso se le acuerda preferentemente su ejercicio y excepcionalmente al Ministerio Fiscal cuando se halle interesado el orden público, como en el proceso laboral; en el segundo el lesionado es la sociedad y por ello la acción corresponde al Ministerio Fiscal y excepcionalmente se concede al individuo cuando el interés social cede ante el interés particular, tales las acciones privadas y de instancia privada. Lo mismo puede decirse de la prueba en cuanto a su régimen de administración, los términos,

notificaciones, recursos, sentencia, y otras tantas instituciones, que sin dificultad y probablemente con ventaja, sobre todo desde el punto de vista práctico, pueden ser sometidas a un régimen uniforme. La uniformidad, sin embargo, no significa identidad, sino comunidad conceptual, que admite las peculiaridades de cada proceso y que hasta pueden ser recogidas en un mismo cuerpo legal (4/4).

Naturaleza jurídica del proceso

4. Teoría del cuasicontrato de "litiscontestatio".

a) Cuál sea la esencia del proceso es uno de los problemas que todavía esperan una respuesta definitiva. Se han enunciado cuatro soluciones fundamentales: 1ª) la teoría contractualista; 2ª) la de la relación jurídica; 3ª) la de la situación jurídica; 4ª) la de la pluralidad de relaciones. No se trata de meras especulaciones doctrinarias, sino de gran importancia práctica, porque partiendo de puntos distintos se llega a conclusiones diferentes, que inspiran luego los distintos sistemas legislativos. Si se admite la existencia de un contrato entre las partes, habrá que considerar que las disposiciones de fondo son supletorias de las leyes de procedimiento para resolver las situaciones no previstas por ellas, conclusión que la doctrina moderna repudia; si se acepta la teoría de la situación jurídica, el juez quedará excluido de la relación procesal, acrecentándose considerablemente sus facultades; en tanto que dentro del concepto de la relación jurídica, el juez es pasible de obligaciones respecto de las partes y se reconoce a éstas derecho para

(4/4) Como ejemplos podrían citarse los códigos de Suecia (SCHONKE, pág. 16) y Dinamarca (ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO y LEVENE, t. 1, pág. 47, nota 89).

hacerlas efectivas. Veamos, pues, cuáles son sus principios fundamentales.

b) La teoría contractualista supone la existencia de una convención entre el actor y el demandado, en la que se fijan los puntos del litigio y en la que tiene su fuente los poderes del juez. Su antecedente se remonta a la *litiscontestatio* del derecho romano, expresión que, según hemos visto, proviene de la presencia de cinco testigos en el sistema de las acciones de la ley, quienes luego expresaban ante el juez la forma como había quedado trabada la litis ante el magistrado y de cuyos puntos no podía aquél apartarse en la sentencia. El procedimiento formulario suprimió los testigos, substituyéndolos por la fórmula, pero mantuvo la división de la instancia y el principio de la limitación de las facultades del juez. En ambos casos era indispensable la presencia del demandado, y por eso se autorizaron diversas medidas para hacerla efectiva, como la *in jus vocatio* forzada, las *vadimonia*, la *missio in possessionem boncrum*, etc. En el procedimiento extraordinario subsistió el principio de la limitación de los poderes del juez, porque continuaba considerándose al proceso como una institución del derecho privado. Con estos caracteres pasó al derecho español, y en la ley 3, título 10 de la Partida III, se dice expresamente que el fundamento y principio del juicio es la demanda y la contestación.

c) Sobre esta base se sostuvo por algunos ⁽⁵⁾ que existía un verdadero contrato en el cual quedaban fijadas las cuestiones litigiosas, y de allí que ni el actor pudiera más adelante variar su demanda ni el demandado sus defensas, debiendo el juez pronunciarse únicamente sobre las cuestiones propuestas ^(5/1). Otros, en cambio, advirtiendo que

(5) AUERY y RAU, t. 8, pág. 327; DEMOLOMBE, t. 30, nº 382; MONTFORT, *op. cit.*; POTHIER, *Obligaciones*, t. 8, pág. 327.

(5/1) La concepción contractualista del proceso se remonta a los primeros tiempos del procedimiento romano, en que el juez era en

el consentimiento de las partes no es enteramente libre, puesto que el demandado concurre por lo común contra su voluntad, sostuvieron la existencia de un acto bilateral que presenta los caracteres de un cuasicontrato, lo cual explica qué los efectos de la cosa juzgada afecten solamente a quienes intervinieron en el litigio. De esta doctrina participaron los prácticos españoles ⁽⁶⁾, y de allí que los comentadores de nuestro código de procedimiento hayan afirmado igualmente su consagración en ese cuerpo de ley, en presencia de disposiciones como el art. 108, según el cual no podrán producirse pruebas sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos; el 109, que dispone que cuando con posterioridad a la contestación ocurriese o llegase a conocimiento de las partes algún hecho que tuviese relación con la cuestión que se ventila, sólo podrá alegarse hasta tres días después del auto de prueba; el 216, que establece que la sentencia definitiva debe contener decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a las acciones deducidas en juicio, etc. ⁽⁷⁾.

realidad un árbitro (*arbitrer*); de allí que una de las consecuencias de esta manera de concebir el proceso, que se ha perpetuado a través de los siglos, es la limitación de los poderes del juez, que tiene en él la fuente de su competencia, así como la relatividad de la cosa juzgada, que no puede afectar a terceros que no han sido partes en el proceso.

(6) CARAVANTES, t. 2, nº 668; DE LA SERNA y MONTAÑÁN, t. 1, pág. 391; MANRESA y REUS, t. 2, pág. 150. La explicación de la naturaleza del proceso como un cuasicontrato, dice ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, si bien ha quedado demolida por la crítica a raíz de las concepciones publicísticas, contribuyó en su hora al progreso de nuestra disciplina y durante siglos tuvo un predicamento no extinguido del todo entre los prácticos más conservadores o menos informados. Pues bien, dicha doctrina, que tuvo su más autorizado expositor en un desconocido autor francés, ARNAULT DE GUENIVEAU, en su obra *Du quasi contrat judiciaire*, Poitiers, 1851, se manifiesta con anterioridad en varios prácticos españoles, como Saigado de Zomoza. Carneval. Conde de la Cañada, etc. (*Aciertos terminológicos del derecho procesal hispano*, Rev. Soc. Nac. de Jurisprudencia, México, 1948, pár. 36).

(7) DE LA COLINA, t. 2, pág. 23; RODRÍGUEZ, t. 1, pág. 187.

d) Pero no resulta difícil demostrar la inaplicabilidad de la doctrina contractualista al proceso moderno. En el procedimiento romano el juez desempeñaba en realidad una función de árbitro, y se explica entonces que sus poderes estuvieran limitados por la voluntad de las partes, en tanto que hoy nadie discute que el juez llena una función pública, puesto que ejerce en forma delegada uno de los atributos de la soberanía. La *litiscontestatio* producía la novación del derecho, que no renacía aun cuando la acción fuera rechazada por un impedimento exclusivamente formal, mientras que la procedencia de una excepción dilatoria, el desistimiento y la perención de la instancia, no afectan a la acción misma. No es tampoco indispensable ahora la presencia del demandado, pudiendo continuar el juicio en su rebeldía, y es evidente que no puede hablarse de convención en ausencia de una de las partes.

5. Teoría de la relación jurídica⁽⁸⁾.

a) La doctrina de la relación jurídica, aunque tiene su antecedente en los trabajos de Hegel, fué expuesta por primera vez por Bulow^(8/1) y desarrollada especialmente por la doctrina italiana. Afirma que la actividad de las partes

(8) CHIOVENDA, *Principii*, pág. 89; *Instituciones*, t. I, nº 17; *Id.*, *Rapporto giuridico processuale e litispendenza* (Riv. Dir. Proc. Civile, 1931, pág. 24; *Ensayos*, trad. Sentís Melendo, t. III, pág. 163); SILVA MELERO, *Contribución al estudio de la relación jurídica procesal* (Rev. General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1930, pág. 156); FERRARA, *Saggi di diritto processuale*, 1914; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Algunas concepciones menores acerca del proceso* (Rev. Der. Proc. (A), 1952, I, pág. 212); CALAMANDREI, *Instituciones*, pág. 259; PALLARES, *Críticas de la doctrina sobre la relación jurídica procesal* (Rev. Ese. Nac. de Jurisp. de México, julio-septiembre 1946, pág. 19); SCHONKE, *Der. procesal*, pág. 17; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, pág. 27.

(8/1) OSCAR BULOW, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* (1868). Al tratar de la evolución del derecho

y del juez está regulada por la ley, salvo los casos excepcionales que ésta permita a aquéllas apartarse de sus preceptos. El proceso determina la existencia de una relación de carácter procesal entre todos los que intervienen, creando obligaciones y derechos para cada uno de ellos, pero teniendo todos al mismo fin común: la actuación de la ley. Es, pues, una relación autónoma y compleja que pertenece al derecho público. Autónoma en cuanto tiene vida y condiciones propias fundada en normas distintas (procesales) de las afirmadas por las partes (substanciales); compleja porque comprende un conjunto indefinido de derechos y obligaciones; pertenece al derecho público porque deriva de normas que regulan una actividad pública.

b) El deber fundamental que constituye como el esqueleto de toda la relación procesal, es la obligación que tiene el juez de proveer a las demandas de las partes, aun en caso de silencio u obscuridad de la ley, obligación que forma parte de su oficio y que está garantizada por las penalidades en que incurre por su incumplimiento. A las partes corresponde la exposición y prueba de los hechos, en la forma y dentro de los plazos y condiciones que la ley determina. El contenido de la relación procesal, que viene así a comprender el conjunto de derechos y obligaciones que tienen el juez y las partes, está condicionado por las formas establecidas por la ley para la tramitación de los juicios. Ella determina bajo qué condiciones está el demandado obligado a contestar la demanda, el actor a justificar sus pretensiones y el juez a dictar sentencia (8/2). Precizando estos conceptos, dice Chiovenda, su principal ex-

procesal (*supra*, I, 11) hemos hecho referencia a la traducción de esta obra por ROSAS LICHTSCHNEIN, que ha comenzado a publicar el *Boletín del Inst. de Derecho Procesal* de Santa Fe.

(8/2) Dice SCHONKE, pág. 20: "La importancia de la concepción del proceso como relación jurídica, estriba en que así puede ser mejor aclarada una serie de fenómenos procesales, especialmente la suce-

positor (9): "El proceso es una unidad no solamente porque los varios actos de que se compone están coligados para un fin común. Esta unidad es propia de cualquier empresa, aunque no sea jurídica, como una obra de arte, la construcción de un edificio, un experimento científico y otras semejantes. El proceso es una unidad jurídica, una organización jurídica o, en otros términos, una relación jurídica. Antes que la demanda de actuación de la ley pueda ser juzgada, tiene que ser examinada: esto produce un estado de pendencia durante el cual no se sabe si la demanda está o no fundada, pero se hace lo necesario para averiguarlo. Durante este estado de pendencia, por consiguiente, las partes (actor y demandado) deben ser colocadas en aptitud de hacer valer sus razones eventuales: existen por ello deberes y derechos. De aquí la idea simplísima, pero fundamental, vislumbrada por Hegel, afirmada por Bethman-Hollweg y desenvuelta por Bulow y después de él por Kohler y otros muchos aun en Italia: *el proceso civil contiene una relación jurídica*. Es la idea ya inherente al *iudicium* romano, así como a la definición que de él daban los procesalistas medievales: *iudicium est actus trium personarum, actoris, rei, iudicis*. Es la idea que la doctrina y los prácticos expresaban ya, inconscientemente, con la palabra *litispendentia*, entendiendo por ésta la pendencia de un litigio con la plenitud de sus efectos jurídicos. Litispendencia y relación jurídico-procesal son conceptos y expresiones no equivalentes, pero sí coincidentes (9/1). Independientemente

sión en el proceso. Ante todo se presenta a nosotros un nexo jurídico que nos hace aparecer los actos procesales como algo homogéneo y no como un mero conglomerado de actos de las partes y del tribunal.

(9) CHIOVENDA, *loc. cit.*

(9/1) Aclarando estos conceptos dice CHIOVENDA (*Relación jurídica procesal y litispendencia, loc. cit.*): "Relación jurídica procesal y litispendencia son conceptos que coinciden. Se entiende que hablo aquí de litispendencia, no en el sentido restringido que expresa uno de los efectos de la pendencia de litis, esto es, la prevención por parte de la

te del derecho de acción, que no puede corresponder sino a una de las partes y que sólo una vez terminado el proceso corresponderá a una o a otra, durante el proceso *ambas* partes tienen derecho al pronunciamiento, y el juez está obligado a darlo con respecto a ambas partes. Si es incierto durante el proceso a cuál de las partes favorecerá la sentencia y, por consiguiente, la tendencia de cada parte a obtenerla no puede considerarse entretanto sino como una aspiración, es por el contrario una verdadera y propia expectativa jurídica, es decir un derecho, aun cuando de naturaleza formal e instrumental, la que cada parte tiene durante el proceso, con relación al pronunciamiento del juez" (9/2).

litis pendiente respecto a otras sobrevinientes, sino en el sentido general que indica *la existencia de una litis en la plenitud de sus efectos*. La litispendencia así entendida comienza con el nacimiento de la relación procesal, esto es, con la demanda, y dura tanto como ella, y significa (lo mismo que la expresión "relación jurídica procesal") eficazmente la unidad del proceso en la indefinida variedad de sus actos, de sus fases y de sus vicisitudes. Es precisamente el concepto de litispendencia el que ha cumplido la función de representar esta unidad, esta idea fundamental en la sistemática del proceso de todos los tiempos, antes de que la doctrina moderna confiase este oficio al concepto más preciso de relación jurídica procesal".

(9/2) "Para comprender el alcance de esta noción, dice CALAMANDREI (*loc. cit.*), que la doctrina hoy predominantemente considera fundamental (siguiendo también aquí las enseñanzas de CHIOVENDA, que construyó su sistema, como sobre dos pilares, sobre los conceptos de *acción y de relación procesal*), no es necesario permanecer ligados al concepto tradicional de la relación jurídica, entendido como conflicto intersubjetivo de intereses regulado por el derecho, y por consiguiente, a la relación que se instaura, en fuerza de la tutela acordada por la ley, a uno de los intereses en conflicto con sacrificio del otro, entre el titular de un derecho subjetivo y el titular de la obligación correspondiente. Es necesario, por el contrario, partir de un concepto más amplio, más comprensivo, que abrace no solamente la regulación jurídica de los *conflictos* de intereses entre dos sujetos, sino además el de *colaboración* de intereses en que pueden encontrarse dos o varias personas cuando cooperen al logro de una finalidad común: como ocurre, por ejemplo, cuando la ley interviene para regular el desarrollo de una

6. Teoría de la situación jurídica.

a) La doctrina de la situación jurídica, expuesta por Goldschmidt ⁽¹⁰⁾, comienza por negar la existencia de una relación procesal. Es éste, dice, un concepto de absoluta inutilidad científica, porque los llamados presupuestos procesales (capacidad de las partes y competencia del juez)

empresa continuada, como podría ser una sociedad, en la cual la "relación social" no se concluye entre dos personas solas, porque los socios que participan en ella pueden ser más de dos, y no se agota en una correlación entre un derecho y una obligación, porque en el desarrollo de una empresa social los intereses de los varios socios pueden manifestarse y agruparse de una manera diversa según el tiempo y las circunstancias, y por consiguiente encontrarse en diversas situaciones de convergencia o de conflicto, que aun cuando sean múltiples, se inserten en la relación jurídica única que de una manera duradera las une. También la relación procesal debemos imaginaria aquí como *unitaria, compleja y continuativa*, idónea para plasmarse en situaciones jurídicas variables de cooperación o de oposición, que sucesivamente se perfecciona en función de la actividad con la que cada uno de los sujetos se mueve hacia el objeto común; *opuestas* en cuanto a la acción (esto es, en cuanto al contenido de la providencia jurisdiccional, que cada parte espera que sea favorable a ella y desfavorable para la contraria), todas las partes son sin embargo *cooperantes en el proceso* en cuanto todas concurren a apresurar con los propios actos el logro de aquella finalidad formalmente común que es el pronunciamiento de la providencia judicial. En cuanto al contenido de la decisión, las aspiraciones de cada litigante pueden estar en pugna con las del adversario, pero en cuanto a pedir que una decisión se pronuncie, están todos de acuerdo y en cuanto a ello sus intereses confluyen".

(10) Por primera vez en su libro *El proceso como situación jurídica* (Springer, 1925), concretada en *Teoría general del proceso* (Editorial Labor, 1936) y aplicada en su *Tratado de derecho procesal civil* (Editorial Labor, 1936). Véase el resumen de PODETTI en *La ciencia del proceso y las teorías de Goldschmidt* (Antología jurídica, 1938); KISCH; *Elementos*, pág. 20; MORTARA, *Manuale della procedura civile*, t. 1, pág. 21; LIEBMAN, *La obra científica de James Goldschmidt y la teoría de la relación procesal* (Rev. Der. Proc. (A), 1951-II, pág. 57); LUNA, *El proceso es una relación jurídica o una situación jurídica?* (Rev. de los Tribunales, Madrid, 1931, pág. 37); MERCADER, *La acción*, pág. 97.

no son condiciones de existencia de una relación jurídica, sino de una sentencia de fondo válida, y porque no puede hablarse de derechos y obligaciones, sino de cargas procesales, las que tienen su origen en la relación de derecho público que, fuera del proceso, existe entre el Estado, el órgano encargado de la jurisdicción y los individuos. El deber del juez de decidir la controversia no es de naturaleza procesal, sino constitucional, y deriva de su carácter de funcionario público. En cuanto a los llamados deberes de las partes, éstas no tienen, como en el derecho romano, la obligación de comparecer, pero está en su interés hacerlo si desean evitar las consecuencias de su incomparecencia; la llamada obligación de producir prueba no es sino la carga que todo ciudadano tiene de colaborar con la administración de justicia, como ocurre con los testigos; el llamado deber de buena fe no es sino de carácter moral, aun cuando se traduzca en normas legislativas. En favor de la teoría que sostiene que el proceso es una relación jurídica, se ha alegado el argumento de que el mismo implica una cooperación de voluntades encaminadas al mismo fin: la sentencia, y que la sentencia tiene la fuerza vinculatoria que falta al principio del proceso. Es cierto que la sentencia, y más exactamente su efecto, la cosa juzgada, es el objeto del proceso; es igualmente cierto que, según algunas teorías, la sentencia tiene la eficacia de un negocio jurídico material, es decir la de alterar las relaciones jurídicas materiales. Pero aun cuando estas teorías tuviesen fundamento, en rigor cabría atribuir a los actos procesales la calidad de negocios jurídicos, mas no la de una relación jurídica. El hecho jurídico que produce una relación jurídica no es por esa sola circunstancia una relación jurídica ni siquiera latente. Claro que el proceso no ha de considerarse como una serie de actos aislados. Pero un complejo de actos encaminados hacia un mismo fin, aun cuando haya varios sujetos, no llega por eso a ser una relación jurídica, a no ser que este térmi-

no adquiriera una acepción enteramente nueva. Un rebaño no constituye una relación porque sea un complejo de cosas semovientes. Por otra parte, es evidente que la peculiaridad jurídica del proceso determina la naturaleza del efecto del acto procesal. Pero ni uno ni otro constituyen una relación jurídica y el efecto común a que se refieren todos los actos procesales, desde la demanda hasta la sentencia, y que en realidad constituye la unidad del proceso, es el derecho subjetivo material que el actor hace valer.

b) La norma substantiva, dice, no sólo debe ser considerada como un sistema de regulación de la conducta (*imperativos*), sino también como un sistema de regulación de la litis (*medidas*), que se dirigen al juez y a las partes. Partiendo del punto de vista de que el derecho substantivo regula la conducta del juez y de que el objeto del proceso es beneficiar a una de las partes con la cosa juzgada, la sentencia constituye para ellas una expectativa, y, por consiguiente, a las partes corresponde, mediante los respectivos actos procesales, procurarse una situación favorable y evitar las que pudieran perjudicarle. El planteamiento del litigio importa entonces un estado de incertidumbre, que es lo que caracteriza el aspecto dinámico del proceso: el derecho se reduce a la promesa de una sentencia favorable o a la amenaza de una sentencia desfavorable. La situación jurídica, entendida como la expectativa a una sentencia favorable y, por consiguiente, al reconocimiento en juicio del fundamento de una pretensión, dependerá de la previsión y actuación de las partes en el proceso. No puede entonces hablarse de derechos y obligaciones entre las partes, sino simplemente de cargas y posibilidades, ya que de ellas depende que la expectativa de una sentencia se incline hacia una u otra de las partes. El juez no tiene para con éstas ninguna obligación, sino que, como órgano del Estado, es quien rige y gobierna el proceso, fallándolo con arreglo a la ley. En resumen, sólo puede afirmarse que las partes en el proceso

tienen *expectativas* (esperanza de obtener una ventaja procesal sin un acto propio, como la que tiene el demandado de que la demanda sea rechazada por un vicio de procedimiento); *posibilidades* (de obtener una ventaja mediante la ejecución de un acto, como la demanda, excepciones, recusación, tacha de testigos, etc.), o de *liberación* de cargas procesales (reconocimiento del demandado, confesión del contrario, etc.), todo lo cual se traduce en situaciones del proceso.

c) La teoría de la situación jurídica destruye sin construir; por ella se pierde la visión de conjunto que el concepto de relación procesal permite ver en el proceso una unidad. Es cierto que no puede hablarse de derechos y obligaciones, porque estos conceptos corresponden al derecho substancial o material, pero no puede negarse la existencia de deberes y facultades de las partes y del juez (I, 7) (11). La prueba es una carga, que impone el deber de aportarla para que el juez pueda tomarla en consideración; la interposición de un recurso es una facultad que puede dejar de usarse, pero que permite llevar el conocimiento de la litis a un nuevo examen por el mismo o por otro tribunal, etc. Los actos de las partes están condicionados por ciertos principios como el de bilateralidad, y todos tienen por objeto formar la convicción del juez. Esta doctrina considera el proceso no como debe ser, sino como es a veces en la vida judicial; es decir, según lo hace notar Calamandrei (12), el proceso no sería un medio para actuar el derecho, sino un medio para hacer valer como derecho lo que no lo es, criterio demasiado realista que no puede constituir el fundamento de una doctrina científica. Además, toda situación jurídica supone una relación jurídica, y, por tanto, es

(11) RADBRUCH, *Filosofía del derecho*, pág. 235.

(12) CALAMANDREI, *El proceso como situación jurídica* (*Riv. di Diritto Processuale Civile*, julio, 1927, pág. 219).

una consecuencia y no un estado autónomo dentro del proceso (12/1). Por otra parte, una consideración de orden político hace peligrosa esta teoría aplicada a nuestras instituciones:

(12/1) En realidad, la teoría de la situación jurídica no debe ser considerada como opuesta sino complementaria de la de la relación jurídica. Así lo hizo notar CALAMANDREI (*Un maestro del liberalismo procesal*, *Rev. Der. Proc.* (A), 1951, pág. 162), quien después de manifestar que no se atrevería a ratificar en todos sus términos lo que había dicho en la *Riv. di Dir. Proc. Civ.* en 1927, expresa: "Creo que se puede permanecer fieles a la teoría tradicional de la relación procesal, que se refiere a la constitución externa del proceso, sin desconocer la validez fundamental de la teoría de GOLDSCHMIDT sobre la situación jurídica, la cual es importante sobre todo para aclarar las situaciones internas entre proceso y derecho sustancial y para demostrar de qué modo el delicado mecanismo de la dialéctica procesal, que es el trámite necesario a través del cual la ley abstracta se concreta en el fallo judicial, opera de manera determinante sobre el contenido de la sentencia". Esta concepción fué desenvuelta por nosotros en nuestro trabajo presentado al Congreso de Juristas de Lima en 1952 titulado: *La teoría de la situación jurídica no se opone, antes bien integra el concepto de la relación jurídica* (*Rev. Der. Proc.* (A), 1952, I, pág. 1), en el que, luego de recordar que no puede haber situación jurídica sin una relación jurídica (el concepto de acreedor supone el de deudor, el de demandado supone el de actor, etc.), se llega a la conclusión de que la situación (jurídica) de los sujetos procesales varía en la relación procesal según que cumplan o no con las cargas (deberes) que la ley les impone. Por su parte, PRIETO CASTRO (*Tratado*, t. 1, pág. 15), con una concepción más amplia, se expresa así: "La teoría del contrato (de la que la del cuasi-contrato es una derivación), la de la relación procesal y la de la situación jurídica, no se excluyen, sino antes bien se complementan. Son tres modos distintos de contemplar el fenómeno, que responden a diversos grados del conocimiento. La teoría del contrato veía sólo el aspecto externo y respondía a la preocupación de hallar un principio aglutinador de los actos orientados hacia la misión final: la sentencia. La de la relación procesal es un examen de su contextura interna que da un sentido unitario a los actos del procedimiento; la de la situación jurídica es la fundamentación sociológica del proceso, visto éste no como unidad jurídica sino como una realidad de la vida social; aquélla explica "cómo debe ser" el proceso cuyo fin es que quien tenga razón triunfe: éste explica "cómo es" el proceso en la realidad y en el cual triunfa quien mejor defiende su derecho mediante el cumplimiento de las cargas procesales".

por ella el juez queda excluido de la relación procesal y no debe cuenta de su conducta más que al Estado, que le ha delegado sus funciones, es decir, priva a las partes de todo derecho de control.

7. Teoría de la pluralidad de relaciones.

a) Para Carnelutti (13), la relación jurídica nace de la combinación de una obligación y eventualmente de un derecho que tiene por objeto la prestación de una actividad para el desenvolvimiento del proceso. Por consiguiente, si hay por una parte una obligación y por la otra un correlativo derecho subjetivo de acción, puede afirmarse que existen tantas relaciones jurídicas procesales cuantos sean los conflictos, de tal manera que el proceso es un complejo de relaciones.

b) Pero esta doctrina también tiene el inconveniente de que destruye la concepción orgánica del proceso y no facilita, sino que hace menos viable el examen de su estructura.

7/1. Teoría de la institución.

a) El concepto de institución, enunciado en el campo del derecho administrativo (13/1), donde se le define como “una organización jurídica al servicio de una idea”, ha sido

(13) CARNELUTTI, *Sistema*, nº 357; *id.*, *Instituciones*, nº 170. En el mismo sentido, ROCCO, *Derecho procesal civil*, pág. 197.

(13/1) Principalmente por HAURIOU (*Principes de droit public*, París, 1916) y RENARD (*La théorie de l'institution*, París, 1930). Institución (de crear, instituir) es la reglamentación —por el Estado o por el individuo— de un ente o una actividad con caracteres de permanencia y continuidad: la familia, la propiedad, el contrato, la empresa, etc. Ver sobre el tema: SPOTA, *Tratado de derecho civil*, t. 1, vol. 1, pág. 313.

aplicado al proceso por Guasp (13/2), concibiéndolo como “una organización puesta al servicio de la idea de justicia” (13/3). Entendemos por institución, dice Guasp, no simplemente el resultado de una combinación de actos tendientes a un fin, sino un complejo de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común objetiva, a la que figuran adheridas, sea ésta o no su finalidad específica, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes proviene aquella actividad. La institución se compone, pues, de dos elementos fundamentales, que son como la trama y la urdimbre de un tejido: la *idea objetiva* y el *conjunto* de esas voluntades que se adhieren a dicha idea para lograr su realización. Entendida de esta manera, no es difícil aplicar el concepto de institución al proceso: la idea objetiva común que en él aparece, es la actuación o la denegación de la pretensión; las voluntades adheridas a esta idea son las de los diversos sujetos que en el proceso figuran, entre los que la idea común crea una serie de vínculos de carácter jurídico.

De esta fundamentación, Guasp saca las siguientes conclusiones: a) El proceso es una realidad jurídica de tendencia permanente (pueden nacer y extinguirse continuamente procesos concretos, pero la idea de actuación estatal de pretensiones fundadas sigue siempre en pie); b) El proceso tiene carácter objetivo (su realidad se determina, no por la actitud de las voluntades a las que se debe la actividad que

(13/2) GUASP, *Comentarios*, t. 1, págs. 22 y slg. Reconociendo, dice, lo que de exacto existe en la teoría del proceso como relación jurídica, es preferible abandonar esta concepción y buscar una determinación más afinada de la naturaleza del proceso.

(13/3) Según DE PINA (*Temas de derecho procesal*, México, 1951), quien primero lo hizo fué MANUEL GIMÉNEZ Y FERNÁNDEZ, catedrático de derecho canónico de la Universidad de Sevilla, pero en un sentido distinto, porque parte de la existencia de un orden jurídico natural prevalente, fundado en tres elementos esenciales, que son: la verdad objetiva, la libertad humana y la justicia social.

lo integra, sino por la significación de la idea objetiva superior a dichas voluntades); c) El proceso no sitúa a los sujetos que en él intervienen en un plano de igualdad o coordinación, sino en un plano de desigualdad o subordinación; la idea jerárquica es también consustancial con el concepto de proceso; d) El proceso no es modificable en su contenido por las voluntades de los sujetos procesales sino dentro de ciertos límites reducidos que no pueden, en modo alguno, extenderse a la alteración de la idea fundamental del mismo; e) El proceso es adaptable a la realidad de cada momento, sin que la consideración del respeto a situaciones subjetivas anteriores tenga la misma fuerza que en una relación de tipo contractual.

b) Esta concepción ha provocado objeciones desde diversos puntos de vista. Así Werner Goldschmidt ^(13/4) dice que Guasp no ha tenido en cuenta la diferencia entre el enfoque estático del proceso (teoría de la relación jurídica) y el enfoque dinámico (teoría de la situación jurídica), lo que le induce a dar prevalencia a la idea sobre la función, o sea que prescinde de la estructura del proceso para definirlo por su objeto. Couture, que en un primer momento le había prestado su adhesión aunque sin fundarla ^(13/5), precisó luego el alcance de la misma ^(13/6) reconociendo que el concepto de institución es impreciso; y agrega: "No cabe esperar que la definición del proceso como institución vaya a revolucionar la ciencia del derecho, ni que haya de sustituir a las otras concepciones hoy dominantes, en particular

^(13/4) Recensión de los *Comentarios de Guasp* en la *Revista de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1943, págs. 634-645.

^(13/5) *Fundamentos do direito processual civil*, São Paulo, 1946 (traducción portuguesa de la primera edición de *Fundamentos del derecho procesal*, B. Aires, 1942).

^(13/6) *El proceso como institución*, en *Studi in onore di Redenti*, t. 1, pág. 351 (con un amplio desarrollo del concepto y abundante bibliografía), y *Fundamentos del derecho procesal civil*, 2ª ed., 1951, pág. 74.

a la que concibe el proceso como una relación jurídica, a la que hemos prestado y continuamos prestando adhesión. Esta idea no constituye propiamente una doctrina, ni siquiera una nueva concepción. Es apenas una forma más sencilla de entenderse. En un momento del derecho en que se conciben como instituciones el trabajo, la empresa, el nombre y, según lo ha demostrado un escritor norteamericano, hasta la Constitución, bien podemos incorporar el proceso a esta abundante y no siempre bien avenida familia institucional, para servirnos de un vocablo que acentúe esos dos o tres caracteres anotados" (permanencia y continuidad). Por su parte, De Pina (13/7) dice que afirmar que el proceso es una institución sin perjuicio de ser una relación, no sólo no contribuye a esclarecer la naturaleza del proceso, sino que conduce a abrir un nuevo debate que parecía definitivamente clausurado con la conclusión, admitida por la mayoría de los procesalistas, de que es una relación jurídica.

La relación jurídica procesal

8. Los sujetos de la relación procesal (14).

a) En nuestra opinión, no puede negarse la existencia de una relación jurídica en el proceso con derechos y obligaciones entre el juez y las partes, y no vemos para ello ningún obstáculo en cuanto aceptamos que la acción es un

(13/7) *Op. cit.*, pág. 203.

(14) CHIOVENDA, *Principii*, pág. 89; *Instituciones*, nº 213; LIEBMAN, *Corso*, pág. 79; CARNELUTTI, *Sistema*, nº 133; *id.*, *Instituciones*, nº 95; REDENTI, *Dir. Proc. Civ.*, I, pág. 107; SATTA, *Dir. Proc. Civ.*, nº 48; PRIETO CASTRO, *Exposición*, t. 1, pág. 420; GUASP, *Comentarios*, t. 1, pág. 92; ROSENBERG, *Tratado*, t. 1, pág. 8.

derecho que el actor tiene contra el Estado para la tutela de su pretensión jurídica frente al demandado.

b) Tres son los sujetos de la relación procesal: actor, demandado y juez. Los dos primeros constituyen las partes en el juicio, y la ley determina su capacidad, las condiciones de su actuación en el proceso, sus deberes y facultades, así como los efectos de la sentencia entre ellos. El juez ejerce la función jurisdiccional en nombre del Estado, el cual reglamenta la forma de su designación, fija sus atribuciones y reglamenta su actividad en el proceso.

c) Ordinariamente interviene un actor y un demandado, pero es posible la presencia de varios actores o varios demandados (litisconsorcio activo o pasivo). Otras veces las mismas partes se encuentran frente a frente en distintos procesos vinculados por la misma relación jurídica substancial o por cuestiones conexas (pluralidad de procesos). En fin, en algunos casos los efectos del proceso se extienden a terceros, que en una u otra forma resultan afectados por los actos de los sujetos principales.

d) Pero el concepto de relación jurídica no es entendido uniformemente por los autores. Dice a este respecto Alcalá Zamora y Castillo: "Mientras unos estiman que el proceso es una relación jurídica, para otros la *establece*, y en tanto un sector aprecia *una sola* relación jurídica, que progresivamente se desenvuelve, son varios los que reputan que el proceso se compone de *una serie* de relaciones jurídicas. La divergencia surge asimismo en cuanto a la determinación de quienes sean *sujetos* de dicha relación, pues al paso que hay autores en cuya opinión lo son *sólo las partes*, la mayoría sostiene que la relación es *triangular*: las dos partes y el juez. En cuanto a la situación de las partes entre sí, se considera en algunos libros como de *derecho privado*, en los restantes como de *derecho público*; por unos procesalistas como relación *inmediata*, mientras que los demás afirman que el nexo entre ambas se verifica *por medio del*

juez. A su vez, hay quienes entienden que entre las partes surgen *derechos y obligaciones*, en tanto que una corriente doctrinal distinta reconoce únicamente la presencia de *ligámenes* entre aquéllas; y éstos, en ocasiones, son caracterizados como *presupuesto*, en tanto que en otras como *consecuencia*, de la actuación procesal. Y por lo que atañe a la *triangularidad* de la relación jurídica procesal, se concibe por unos procesalistas como *sencilla*, y por otros como *doble*. Finalmente, el proceso es contemplado, en los últimos años como una relación de *puro derecho público*, o sea exclusivamente como una relación jurídica entre las partes por un lado y el tribunal por otro" (15).

e) Pensamos que los sujetos de la relación jurídica procesal son las partes y el juez, con derechos y obligaciones recíprocos; que es una relación de derecho público que se inicia con la demanda, se integra con la contestación y se desenvuelve en el curso del proceso hasta extinguirse con la sentencia. Son éstos los conceptos que desarrollamos en los párrafos que siguen.

9. Los presupuestos procesales (16).

a) No basta la interposición de la demanda, sino que también es necesaria la concurrencia de ciertos requisitos para que la relación procesal sea válida: la sola presencia de las partes no sería suficiente para generarla si carecieren de aptitud para actuar en juicio o faltare en el juez la aptitud para conocer del mismo. Tales requisitos no afectan a la acción, pues su ausencia sólo impide la constitución de la relación procesal y no nace, en consecuencia, el deber del

(15) ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Advertencia preliminar a la traducción del Tratado de derecho procesal* de GOLDSCHMIDT por PRIETO CASTRO.

(16) CHIOVENDA, *Principii*, pág. 92; *Instituciones*, pág. 63; GUASP, *Comentarios*, t. 2, pág. 181; PRIETO CASTRO, *Exposición*, t. 1, pág. 214.

juez para actuar en el proceso, debiendo únicamente fundar la razón de su imposibilidad. Por eso se les llama presupuestos procesales (16/1).

b) Toda persona puede ser titular de un derecho substancial (*legitimatío ad causam*), pero no siempre tiene la aptitud necesaria para defenderlo personalmente en caso de litigio (*legitimatío ad processum*). El primer presupuesto de la relación procesal es la capacidad de los sujetos para estar en juicio: si esa capacidad falta, sea en el actor, sea en el demandado, podrá oponerse una excepción previa de falta de personería, que, resuelta afirmativamente, impedirá la prosecución del proceso. La capacidad procesal es, por consiguiente, uno de los capítulos fundamentales en el estudio del proceso, y por las diversas cuestiones que comprende le dedicaremos luego un estudio aparte (V, 2).

c) La facultad conferida a los jueces para resolver los litigios está condicionada a la aptitud para conocer de los mismos: no todos los jueces tienen la misma competencia. En primer lugar, será necesario determinar la jurisdicción dentro de la cual corresponde la promoción del proceso (nacional, provincial, judicial, administrativa, etc.), y dentro de ella establecer el tribunal que por razón de la materia, cantidad, etc., esté anticipadamente designado por la ley para su conocimiento. La competencia del juez es, por lo tanto, otro presupuesto de la relación procesal, cuya ausencia hace procedente la excepción previa de incompetencia de jurisdicción. Su importancia justifica que dediquemos a su estudio un capítulo especial (XII).

d) Por otra parte, es necesario que la demanda esté revestida de ciertas formalidades exigidas para asegurar la regularidad del debate y cuya existencia debe ser constatada por el juez antes de entrar al fondo del litigio (arts. 10 y 75). La ausencia de alguna de ellas hace procedente la

(16/1) Expresión debida a BuLow (*supra*, I, 11).

excepción previa de defecto legal en el modo de proponer la demanda. Su examen lo haremos al estudiar el juicio ordinario.

e) De lo dicho resulta que la falta de un presupuesto procesal da lugar a una excepción también procesal (falta de personería, incompetencia de jurisdicción, defecto legal en el modo de proponer la demanda), que el código legisla como previa a la discusión de fondo (art. 84), y cuya procedencia no afecta a la acción, que puede ser intentada nuevamente.

10. Contenido de la relación procesal (16/2).

a) Se inicia la relación procesal con la interposición de la demanda, que es la forma normal de ejercicio de la acción, pues desde ese momento el actor y el juez se hallan sujetos a determinados deberes procesales: el actor queda sometido a la jurisdicción del juez, al que ya no puede recusar sin causa, y contrae el compromiso de proseguir su ac-

(16/2) SCHÖNKE (*Der. proc.*, pág. 17), refiriéndose al contenido de la relación procesal, dice que ella supone una serie de deberes que son inversamente derechos frente al tribunal y frente a las partes y que pueden resumirse así: 1º) *Frente al tribunal*: Deber de cooperación, esto es, deber de coadyuvar a una rápida y justa solución de la litis, procediendo con buena fe y produciéndose con veracidad. Ello implica la obligación de comparecer a las audiencias, facilitar la producción de la prueba, absteniéndose de las inconducentes y de formular peticiones o interponer recursos improcedentes. Algunos de estos deberes están sancionados, como el de comparecencia, en tanto que otros sirven para calificar la conducta de los litigantes. 2º) *Entre las partes*: Cada una de ellas está obligada a instar el procedimiento, sin exigir a la contraria molestias innecesarias y conduciéndose hacia ella con lealtad y buena fe, no incurriendo en afirmaciones inexactas, peticiones improcedentes o agraviantes, ni obstaculizando las defensas o la prueba del adversario. 3º) *El tribunal*: Tiene la obligación de examinar las peticiones de las partes, proveer a las mismas, recibir las pruebas y dirigir el proceso para lograr el esclarecimiento de los hechos y dictar sentencia en el menor tiempo posible.

ción hasta la sentencia, bajo pena de incurrir en la perención de la instancia o en rebeldía en su caso (art. 433); el juez debe pronunciarse sobre su competencia para conocer de la demanda (art. 3), examinar si está revestida de las formalidades legales (arts. 10 y 75) y, en caso afirmativo, conferir traslado de ella al demandado, citándole y emplazándole para que comparezca a contestarla dentro del término respectivo (art. 76). He aquí una primera diferencia entre el concepto de la relación procesal y la teoría del cuasicontrato de *litiscontestatio*, pues ésta supone que la demanda ha sido contestada, vale decir, que antes de esa oportunidad, ninguna vinculación se constata entre las partes y el juez.

b) Por el hecho de la citación y emplazamiento, el demandado tiene el deber de concurrir a tomar intervención en el juicio y proponer sus defensas. Su ausencia podrá autorizar la prosecución del juicio en su rebeldía (art. 433). y su silencio, aun en el supuesto de haber comparecido, podría ser estimado por el juez como reconocimiento de la verdad de los hechos a que se refiere la demanda (art. 100. inc. 1º). Es ésta una segunda diferencia entre los mencionados conceptos, desde que no puede hablarse de cuasicontrato en ausencia de una de las partes.

c) Pero es con la contestación a la demanda cuando la relación procesal se integra, produciendo estos dos efectos fundamentales: 1º) quedan fijados los sujetos en la relación procesal; 2º) quedan fijadas las cuestiones sometidas al pronunciamiento del juez. Éstos eran también los efectos de la *litiscontestatio*, pero con la diferencia de que mientras ella producía la novación del derecho, según hemos visto, en la relación procesal la acción subsiste aun en caso de desistimiento o perención de la instancia. La litis del proceso moderno, o sea la determinación de las cuestiones litigiosas, como uno de los efectos de la relación procesal, aunque tiene su antecedente en la institución romana, difiere

en sus consecuencias, por la distinta manera de concebir el proceso.

d) Producida la contestación, el actor no puede variar su demanda ni el demandado sus defensas ^(16/3). Diversos textos legales consagran en nuestro código este principio. El art. 71, inc. 4º, dispone que el actor debe exponer con claridad los hechos en que funde su demanda; el art. 100, incs. 1º y 2º, establece que el demandado debe reconocerlos o negarlos expresamente, exponiendo también los que alegue como fundamento de sus pretensiones; el art. 108 previene que no podrán producirse pruebas sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos ^(16/4), y el art. 216 dice que el juez deberá dictar sentencia de acuerdo con las acciones deducidas en juicio, es decir, a lo que el actor haya expuesto en su demanda y el demandado en su contestación. Por consiguiente, trabada la litis, no pueden las partes modificarla, y a sus límites debe ceñirse el pronunciamiento judicial.

e) El art. 109 establece que cuando con posterioridad a la contestación ocurriese o llegase a conocimiento de las partes algún hecho que tuviese relación con la cuestión que se ventila, podrán alegarlo hasta tres días después del auto de prueba. No importa este precepto, cuyo examen haremos al estudiar el juicio ordinario, una derogación del

(16/3) CHIOVENDA, *Relación jurídica procesal y litispendencia* (Ensayos, t. 3, pág. 163).

(16/4) La ley 14.237, de reformas al Código de procedimientos en lo civil de la Capital Federal, establece (art. 23) que el juez en el auto de apertura de la causa a prueba convocará a las partes a una audiencia que deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes, a fin de que establezcan los hechos articulados sobre los cuales versará la prueba de acuerdo con la demanda, reconvencción o contestación de ambas en su caso y que sean conducentes a la decisión del litigio. No podrá (art. 24) producirse prueba sino sobre los hechos *fijados* definitivamente y si se ofreciere sobre otros hechos será desestimada por el juez sin recurso alguno.

principio enunciado, sino, por el contrario, una confirmación. Hay que distinguir, para precisar su significado, entre demanda nueva y hecho nuevo. Aquélla supone una pretensión distinta y se refiere al objeto de la acción; el hecho nuevo se refiere a la causa y constituye un fundamento más de la acción ya deducida. Por ello la demanda nueva importa una acción distinta, mientras el hecho nuevo no supone cambio de acción. Ahora bien: después de la contestación, es de todo punto inadmisibile una demanda nueva; pero por excepción, que confirma la regla, el código permite que hasta tres días de abierta la causa a prueba se alegue un hecho nuevo o desconocido. También en segunda instancia puede alegarse un hecho nuevo, conducente al pleito, ignorado antes o posterior al término de prueba de la primera instancia (art. 247, inc. 1º) (16/5).

f) Por consiguiente, tiene particular importancia saber si el actor ha variado su acción o el demandado sus defensas o si el juez se ha apartado en su fallo de los términos de la litis, y para saberlo nos basta aplicar las reglas establecidas para la identificación de las acciones (III, 28) (17). Efectivamente, hay modificación de la litis cuando varía alguno de los elementos de la acción (sujetos, objeto y causa), tanto respecto del actor como del demandado. Un ligero examen de la jurisprudencia nos permitirá ratificar este aserto y formarnos criterio para la solución de las cuestiones que se presenten.

1º) Producida la demanda y la contestación, sobre ellas debe recaer el pronunciamiento sin que el juez ni las partes

(16/5) ALSINA, *Alegación de hechos nuevos en el proceso civil* (Rev. Der. Proc. (A), 1951, I, pág. 7).

(17) Al estudiar la contestación a la demanda en el juicio ordinario, tendremos oportunidad de volver sobre este tema, pero la circunstancia de tratarse de una cuestión de carácter general, aplicable también a los juicios especiales y de referirse a la esencia misma de la relación procesal, nos decide a exponer aquí los principios fundamentales de la materia.

puedan modificarla (18). La acusación de rebeldía equivale a la contestación para la determinación de la litis (19). En las causas declaradas de puro derecho, el nuevo traslado no acuerda a las partes la facultad de alterar la litis (20). La falta de observancia en los escritos de las formalidades extrínsecas de la demanda y la contestación, no impide que exista la litis determinada por los hechos controvertidos y que corresponda la apertura de la causa a prueba (21). La litis no se traba en la excepción previa, sino en la contestación: si en el escrito en que se opone la excepción de

(18) Cám. Com., t. 34, pág. 367; Cám. Civ., t. 76, pág. 146; Corte Sup., t. 2, pág. 220; t. 10, pág. 390; t. 48, pág. 346; t. 70, pág. 143; t. 86, pág. 412; t. 93, pág. 306; *Jurisp. Arg.*, t. 27, pág. 1141; t. 28, pág. 540. Con la demanda y contestación queda integrada la relación procesal y fijados los hechos sobre los cuales debe versar la prueba y recaer la sentencia, la que absolverá o condenará al demandado, sin tener en cuenta las modificaciones que se hubiesen operado durante la tramitación del juicio, ya que ni el actor puede variar válidamente su demanda ni el demandado sus defensas (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, 1953-I, pág. 38; *Jurisp. Arg.*, 1953-IV, pág. 273; Cám. Civ. 1ª, La Plata, *Jurisp. Arg.*, t. 15, pág. 497). El juez se halla limitado por los términos en que ha quedado trabada la litis por la demanda y la contestación. Si se han realizado los pagos con imputación a intereses, no cabe cambiar esa imputación por tratarse de intereses usurarios y juzgar amortizado el capital si no media reconversión en tal sentido (Cám. Com. (B), *La Ley*, t. 76, pág. 713). La relación procesal fija los puntos sobre los cuales debe versar la sentencia, sin que las partes ni el juez puedan exceder ni restringir los límites señalados por la misma, salvo los casos de consolidación o extinción del derecho durante la tramitación del proceso, so pena de nulidad de la sentencia. La litis debe integrarse fundamentalmente con los escritos de demanda y contestación, sin que escritos anteriores a esta traba formal de la litis tengan una influencia fundamental. La aplicación de un determinado procedimiento, propio a determinada acción, no es decisivo para fijar el alcance de la litis: puede tratarse de un mero vicio formal sanado con la conformidad de las partes (Cám. Com., *La Ley*, t. 60, pág. 468).

(19) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 38, pág. 921.

(20) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 46, pág. 398.

(21) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 23, pág. 331

arraigo se expresa que las consideraciones generales que se formulan no importan contestar la demanda, puede introducirse por el actor cualquier modificación o ampliación en su escrito de demanda, antes de que sea contestada (22). El alcance de las palabras o conceptos empleados al trabarse el litigio no puede rectificarse o aclararse al alegar de bien probado o al expresar agravios (23). Nada impide que los litigantes limiten los puntos de la litis sobre los cuales debe recaer la sentencia (24). Las partes amplían tácitamente la litis cuando admiten la discusión de cuestiones no comprendidas en ellas (25).

2º) En cuanto a los sujetos. Si la demanda es contestada por un tercero sin observación del actor, la litis queda trabada con él (26). No procede la substitución de la sociedad actora por el socio sucesor de la misma (27). Tampoco procede la substitución del deudor demandado (28) ni debe admitirse la intervención de terceros extraños a la litis (29).

3º) En cuanto al objeto. Después de contestada la demanda el actor no puede retirarla, modificarla ni ampliarla (30). El que ha pedido reconocimiento de una sociedad

(22) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 52, pág. 671.

(23) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 29, pág. 761.

(24) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 18, pág. 660. Contra: Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 4, pág. 204; t. 47, pág. 670.

(25) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 37, pág. 1482.

(26) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 31, pág. 382. Aunque los demandados son los únicos que pueden contestar la demanda y reconvenir, si el actor consintió que otras personas intervinieran conjuntamente con aquéllos —contestando y reconviniendo— la relación jurídica procesal existe con respecto a las mismas, en cuanto a la reconvención, no así en cuanto a la demanda, porque ésta es precisa y concreta en cuanto a quienes emplaza (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, 1949-III, pág. 331).

(27) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 22, pág. 1134.

(28) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 14, pág. 555.

(29) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 9, pág. 795.

(30) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 29, pág. 784; t. 33, pág. 1141; Cám. Fed., *Jurisp. Arg.*, t. 24, pág. 745. Mediante la integración de la litis la doctrina moderna procura evitar un desgaste inútil de la actividad ju-

no puede luego pedir indemnización por incumplimiento de la promesa de constituirla (31). En el alegato no puede reclamarse intereses no pedidos en la demanda (32). No puede el actor aumentar el monto de lo demandado (33) ni ampliarlo fundado en que se trata de obligaciones de vencimiento sucesivo (34). Si en la contestación a la demanda el demandado no objetó el monto de lo reclamado, la posterior absolución de posiciones es en absoluto ineficaz para modificar la relación procesal trabada en la demanda y en la contestación (35).

4º) En cuanto a la causa (35/1). El actor que ha alegado la calidad de propietario no puede en el alegato sostener su carácter de usuario o usufructuario (36). Si se ha alegado la calidad de inquilino del demandado, no puede luego fundarse la acción pretendiendo que ha quedado demostrada su calidad de subinquilino (37). Trabada la litis por escrituración de un boleto de compraventa, son cuestiones extrañas a la controversia las que se relacionan con el cumplimiento de las obligaciones impuestas al pactar la transferencia o sobre la culpa de uno u otros de los contra-

risdiccional. En consecuencia, aunque la demanda haya sido contestada, corresponde ampliarla con respecto a un nuevo demandado si la causa no se ha abierto a prueba y no se modifica la pretensión en contra de los que ya contestaron (Cám. Nac. Civ. (B), *La Ley*, t. 77, pág. 27).

(31) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 11, pág. 826.

(32) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 20, pág. 912.

(33) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 45, pág. 539.

(34) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 50, pág. 229.

(35) Cám. Civ. 2ª de Paz, *Jurisp. Arg.*, t. 54, pág. 261.

(35/1) La prohibición de cambiar la *causa petendi* no excluye que pueda hacerse valer una causa *superveniens* cuando ésta deriva del mismo hecho jurídico que fué afirmado como existente en la demanda y que en ese momento no existía (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, 1950-III, pág. 567). Sobre hechos *superveniens*, ver *supra*, III, 35, b; Jofré, *Hechos sobrevinientes*, *Jurisp. Arg.*, t. 1, pág. 23.

(36) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 9, pág. 450.

(37) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 46, pág. 572.

tantes y la eficacia de las obligaciones emergentes del contrato (38). Si en el juicio por cobro de alquileres contra el ex inquilino el defensor de ausentes contesta la demanda alegando ignorar los hechos y ateniéndose al resultado de la prueba que se produzca, al expresar agravios no puede objetar que se ha omitido acreditar la autenticidad del contrato que sirve de base a la acción deducida (39). El cobro de un crédito originado por una locación de obra puede prosperar, si el actor, que por error en la demanda afirmó que los trabajos habían sido hechos en una casa determinada, se rectificó después de la contestación sosteniendo que dichos trabajos fueron practicados en otra casa, siempre que el demandado haya sabido, cuando presentó la contestación, cuáles eran las obras cuyo precio se le reclamaba (40). Trabada la litis por la contestación no puede el demandado variar sus defensas y, en consecuencia, no puede posteriormente alegar la fuerza mayor (41), el caso fortuito (42), la simulación (43), la defensa relativa al alcance del desistimiento de un juicio anterior (44), que la obligación demandada estaba sujeta a condición (45), la falta de matrícula del actor como martillero (46), el desconocimiento de la calidad de propietario del automóvil dañado (47), el desconocimiento de la calidad de sucesor de la sociedad acreedora (48), la falta de prueba de un hecho confesado en la contestación (49), la

(38) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 20, pág. 823.

(39) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 47, pág. 176.

(40) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 17, pág. 244.

(41) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 27, pág. 829.

(42) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 38, pág. 1210.

(43) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 22, pág. 439.

(44) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 12, pág. 111.

(45) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 12, pág. 109.

(46) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 24, pág. 94.

(47) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 22, pág. 951.

(48) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 27, pág. 830.

(49) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 16, pág. 263.

nulidad de un acto jurídico ⁽⁵⁰⁾, su incapacidad para contraer obligaciones ⁽⁵¹⁾, la defensa *sine actione agit* ⁽⁵²⁾, el desconocimiento de la calidad de propietario de un inmueble ⁽⁵³⁾.

59) En cuanto al juez. Los jueces no pueden ocuparse en la sentencia de puntos o cuestiones no comprendidos en la litis ⁽⁵⁴⁾. Los puntos consentidos por las partes quedan eliminados de la discusión ⁽⁵⁵⁾, así como los desistidos ⁽⁵⁶⁾. Para llegar a la justa interpretación de lo controvertido, a los magistrados les es dado ir más allá de los términos de la demanda y la contestación, y buscar en la prueba la exacta reconstrucción de los hechos, excluyendo sutilezas y ateniéndose a la buena fe ⁽⁵⁷⁾. Convenido entre vendedor y comprador, que el primero debía realizar a su costa ciertos trámites para subsanar los defectos que ambas partes reconocieron en los títulos, es extraño al conocimiento del juez que entiende en la causa iniciada por incumplimiento de esa convención. determinar si tales trámites son o no necesarios y si el título es o no objetable ⁽⁵⁸⁾.

g) Pero los principios expuestos se refieren exclusivamente a los hechos, pues en cuanto al derecho, aun cuando el actor y el demandado deben también fundarlo sucintamente (arts. 75, inc. 5º, y 100, inc. 3º), nada impide que las partes modifiquen su punto de vista ⁽⁵⁹⁾ o que el juez

⁽⁵⁰⁾ Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 11, pág. 1921; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 6, pág. 94.

⁽⁵¹⁾ Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 2, pág. 484.

⁽⁵²⁾ Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 14, pág. 562; t. 20, pág. 457; t. 36, pág. 1286.

⁽⁵³⁾ Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 48, pág. 87.

⁽⁵⁴⁾ *Jurisp. Arg.*, t. 1, pág. 633.

⁽⁵⁵⁾ Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 4, pág. 285.

⁽⁵⁶⁾ Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 17, pág. 579.

⁽⁵⁷⁾ Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 6, pág. 441; t. 22, pág. 867.

⁽⁵⁸⁾ Cám. Civ., *Jurisp. Arg.*, t. 47, pág. 102.

⁽⁵⁹⁾ Equivocadamente, la Cámara 1ª de Apelaciones de Santa Fe, resolvió que, si se invocaron principios de derecho civil en la demanda,

aplique el derecho con prescindencia o en contra de la opinión de aquéllas, en virtud del principio *iura novit curia*.

11. Desarrollo de la relación procesal.

a) Si consideramos la actuación del juez en su conjunto, es decir, en el ejercicio de la plenitud de sus facultades, vemos que ella puede ser dividida en dos etapas: en la primera, después de escuchar a las partes y examinar sus pruebas, dicta sentencia declarando el derecho en favor del actor o del demandado (período de conocimiento); en la segunda, cuando la parte vencida no cumple voluntariamente las obligaciones que la sentencia le impone, se substituye a ella, y, aplicando los principios de la ejecución procesal forzada, satisface el interés del vencedor a costa del interés del vencido (período de ejecución).

b) Pero no siempre es necesario pasar al segundo período, sea porque el obligado cumple voluntariamente el mandato de la sentencia, sea porque ésta no es susceptible de ejecución (como ocurre en las acciones declarativas). Ello demuestra que el período de conocimiento y el de ejecución son perfectamente separables, pues aunque ordinariamente el uno es consecuencia del otro, la sentencia puede ejecutarse ante un juez distinto del que la dictó, y constituye en ese caso un nuevo proceso, lo cual significa una nueva relación procesal. Por otra parte, teniendo en cuenta la naturaleza del crédito o los caracteres del título del cual consta el crédito, la ley permite prescindir de la relación de conocimiento y entrar directamente en el de ejecución (acción ejecutiva), sin perjuicio de una revisión posterior de la relación substancial (juicio ordinario como

no puede posteriormente fundarse la acción en disposiciones de la ley comercial (*Jurisp. Arg.*, t. 50, pág. 703). Ver la fundada crítica de DÍAZ DE GUJARRO al pie del fallo.

consecuencia del ejecutivo). Por último, la obligación que el Estado tiene de proveer a la conservación del objeto litigioso mientras se declara el derecho (medidas precautorias) da lugar a actuaciones independientes del proceso principal. En consecuencia, la relación procesal puede ser: de conocimiento, de ejecución y de conservación ⁽⁶⁰⁾. Dejando el examen del segundo período para cuando estudiemos la ejecución procesal forzada (ejecución de sentencia, juicio ejecutivo, apremio, etcétera) y del tercero para cuando estudiemos medidas precautorias, vamos a limitarnos por ahora al análisis del primer período, o sea el de conocimiento.

c) Éste supone, a su vez, dos etapas. En la primera, llamada de *instrucción*, corresponde a las partes la ejecución de una serie de actos (demanda, contestación, prueba, alegatos), que no tienen otro objeto que formar la convicción del juez. En la segunda, llamada de *declaración*, el juez pone fin a la relación procesal mediante la sentencia ^(60/1).

d) Los trámites de la relación de conocimiento varían por voluntad de la ley, y, cuando ésta lo permite, por voluntad de las partes. En efecto; según el sistema procesal que la ley adopte (escrito, oral, público, secreto), el proceso se desarrollará de distinta manera, pero siempre el período

⁽⁶⁰⁾ *Infra*, nº 25.

^(60/1) Refiriéndose al proceso ordinario de mayor cuantía en la ley de enjuiciamiento civil española, dice GUASP (*Comentarios*, t. 2, pág. 228): "En el desenvolvimiento del proceso de mayor cuantía hay una división oficial en trámites que tienen una significación extraordinaria a los efectos de conocer el procedimiento en este juicio. Tales trámites son susceptibles de agruparse en tres períodos: a) *Introdutoria* o *expositiva* (demanda, emplazamiento, comparencia, defensas previas o excepciones dilatorias, contestación, eventual reconvencción, réplica y dúplica); b) *Instructoria* (recibimiento a prueba, proposición y diligenciamiento de la prueba); c) *Decisoria* (conclusiones, sentencia). Basta esta llerfísima exposición para comprender, agrega, el erróneo criterio, por prolijo y dilatado, con que ha resuelto el legislador el procedimiento en este juicio básico de nuestro sistema procesal".

de instrucción es previo al de declaración. Por otra parte, la naturaleza del derecho determina la creación de formas distintas: generalmente se establece un tipo común de proceso para todas aquellas acciones que no tengan señalada una forma especial de tramitación y luego se fijan reglas para determinadas acciones; otras veces, al lado del proceso común se organiza otro proceso abreviado para determinadas acciones; por último, la ley permite a los litigantes apartarse de las formas procesales o renunciar a algunas de las facultades que ella les confiere, lo cual no altera las bases fundamentales del proceso. Las distintas formas que puede afectar la relación procesal en su desarrollo es la base de la división de los procesos, de la cual nos ocupamos más adelante.

12. Suspensión de la relación procesal⁽⁶¹⁾.

a) La relación procesal puede suspenderse por circunstancias que afecten a los sujetos de la misma: muerte o incapacidad de alguna de las partes o cesación del juez en el ejercicio de sus funciones. La suspensión no importa la interrupción de la relación procesal, pues por el hecho de la muerte el heredero ocupa el lugar del causante (cód. civ., art. 3417); en caso de incapacidad, su representante legal le substituye, y producida la cesación de funciones del juez, la ley determina la forma de suplirlo. Pero, entretanto, media un espacio de tiempo hasta que la relación procesal se reintegra, durante el cual no pueden ejecutarse actos procesales válidos, salvo los que tengan por objeto

(61) CHIOVENDA, *Principii*, pág. 877; *Instituciones*, n° 362; MOREL, pág. 559; GOLDSCHMIDT, *Tratado*, pág. 366; CARNELUTTI, *Sistema*, n° 49 b; MICHELI, *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1942, I, pág. 3; LIEPMAN, *Corso*, pág. 185; GUASP, *Comentarios*, t. 1, pág. 821; PRIETO CASTRO, *Exposición*, t. 11, pág. 199.

una medida precautoria. Por esa razón, la suspensión de la relación procesal produce la interrupción de los términos, pero la interrupción de un término no importa la suspensión de la relación procesal, porque los términos no afectan a su existencia, sino a su desarrollo.

b) El momento en que la suspensión se inicia varía según las circunstancias. La muerte de la parte que interviene personalmente en el proceso suspende la relación procesal desde el momento mismo del fallecimiento, pero si actúa mediante representante sólo se produce desde que el hecho queda acreditado en los autos (^{61/1}). En caso de incapacidad, la suspensión no comienza hasta el momento de la declaración judicial (cód. civ., art. 140). La suspensión por cesación de las funciones del juez se produce en el momento mismo en que la cesación tiene lugar.

c) La reconstitución de la relación procesal se produce también de distinta manera. En caso de muerte o incapacidad de la parte, deberá fijarse un plazo a los herederos o al representante legal para que tomen intervención en el juicio, bajo apercibimiento de seguirse éste en rebeldía (⁶²).

(^{61/1}) Si después de pronunciada la sentencia de remate en el juicio ejecutivo el juez advierte que uno de los demandados falleció antes que comenzara el juicio y no se ha notificado la sentencia a sus herederos, puede decretar de oficio que se lleve a cabo tal notificación y se suspenda la venta del inmueble hipotecado (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, 1950- IV, pág. 40).

(⁶²) La jurisprudencia tiene establecido que si la sucesión no estuviese iniciada, corresponde a la parte contraria, si tiene interés en la prosecución del juicio, solicitar su apertura, porque mientras no se conozca quiénes son los herederos no es posible hacerles intimación alguna (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 66, pág. 287). Preferible es la solución del Proyecto Lascano que en su art. 30 establece que la muerte o incapacidad sobreviniente del poderdante extingue el mandato, pero que el apoderado continuará ejerciendo su personería hasta que los herederos, o representante legal en su caso, tomen la intervención que les corresponda en los autos. Mientras tanto, comprobado el deceso, el juez señalará un plazo a los interesados para que concurran a estar a dere-

En caso de muerte, a los herederos corresponde tomar las providencias necesarias para ponerse en condiciones de intervenir en los autos dentro del plazo fijado; pero en caso de incapacidad sobreviniente, la parte podrá solicitar la designación de un curador *ad litem* mientras se provee al incapaz de representante (V, 24).

d) Como la relación procesal sólo afecta a las partes, es obvio que la muerte o incapacidad del representante convencional ningún efecto produce sobre la relación procesal ^(62/1); pero tratándose de un incapaz, la muerte o incapacidad de su representante legal suspende la relación procesal, porque se trata de una incapacidad de hecho en que justamente el representante suple la capacidad procesal de que el representado carece.

e) Esta materia está vinculada con la representación en juicio, por lo que, para evitar repeticiones, nos remitiremos a lo dicho sobre el particular (V, 10).

cho, citándolos directamente si conoce el domicilio dentro de la provincia o por edictos durante cinco días consecutivos, bajo apercibimiento de continuar el juicio en rebeldía, en el primer caso, y de nombrarles defensor al de ausentes, en el segundo. El mandatario está obligado a denunciar el nombre y domicilio de los herederos, si conoce, bajo pena de perder el derecho a cobrar honorarios. El Proyecto Nazar (art. 35, inc. 4º) dispone que la muerte del mandante, un cambio sobreviniente en su capacidad o en su representación legal, no tiene influencia alguna en la representación de los apoderados. Consideramos errónea la solución, porque no se puede representar a quien no existe ni modificar un código de procedimiento las reglas del código civil sobre los efectos de la incapacidad.

(62/1) Por el código procesal italiano, donde la representación en juicio es obligatoria, el fallecimiento o impedimento del procurador suspende la relación procesal (art. 301). Ver: ROLI, *Reanudación del procedimiento interrumpido por muerte del procurador*, *Giurisprudenza Italiana*, vol. CII, nº 11, noviembre 1950, parte 1ª, sec. II, pág. 685. Si media pluralidad de mandatarios para actuar en el juicio, el fallecimiento de quien se hizo parte no autorizada la nulidad de lo actuado con posterioridad a la muerte y hasta la presentación de uno de los comandatarios (Cám. Nac. Com., *La Ley*, t. 72, pág. 548).

13. Extinción de la relación procesal⁽⁶³⁾.

a) El modo normal de extinción de la relación procesal es la sentencia, o sea el acto por el cual el juez pone fin a la litis admitiendo o rechazando las pretensiones del actor, y, en su caso, haciendo o no lugar a las del demandado deducidas por vía de reconvención. Aun en los casos de extinción de la acción (III, 13), la sentencia es necesaria, aunque en este supuesto se limitará a declarar esa circunstancia, pues de lo contrario no podría fundarse válidamente en ella la excepción de cosa juzgada.

b) Pero existen, además, otros medios anormales de extinción de la relación procesal, cuyos efectos son distintos y que examinaremos en su oportunidad, limitándonos por ahora a enunciarlos. En primer término, la transacción, que es un contrato de derecho civil con efecto procesal, porque, tratándose de cuestiones litigiosas, equivale a la sentencia y tiene autoridad de cosa juzgada respecto de los derechos y obligaciones de las partes (cód. civ., art. 832)⁽⁶⁴⁾, aunque sólo es eficaz después de su presentación al juez de la causa (art. 838).

c) El actor puede desistir de su acción, y ello tiene como consecuencia la extinción de la relación procesal, aunque también requiere un pronunciamiento judicial, sobre todo cuando media oposición por parte del demandado.

d) Por último, la relación procesal también se extingue por la inacción de los litigantes durante el término fijado por la ley, en cuyo caso se produce la perención de la instancia, que, como los anteriores, sólo produce efecto después de la declaración judicial a su respecto.

(63) CHIOVENDA, *Principii*, pág. 881; MOREL, *Traité élémentaire*, pág. 563; LIEBMAN, *Corso*, pág. 188.

(64) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 64, pág. 528.

14. Acción y relación procesal.

Lo expuesto confirma las diferencias que, aunque sucintamente, enunciamos ya entre la acción y la relación procesal. Para que la relación procesal se constituya válidamente se requiere una demanda revestida de las formalidades legales, que las partes tengan capacidad para actuar en juicio y que el juez tenga competencia para conocer de ella; para que la acción tenga una resolución favorable es necesario que el actor justifique su derecho, calidad e interés. Aquéllos (los presupuestos procesales) deben existir al momento de iniciarse la relación procesal, y por eso las excepciones procesales se oponen al comienzo del proceso; los otros (condiciones de la acción) deben existir al momento de dictarse sentencia. Se comprende entonces que, no obstante haberse trabado la relación procesal en debida forma, la acción puede tener una resolución desfavorable en la sentencia.

Estructura del proceso

15. Concepto.

El proceso, según hemos visto, es una serie de actos ejecutados por las partes y el juez que tienden a un fin común: la sentencia. La preparación del material de conocimiento que ha de formar la convicción del juez no puede quedar librada al criterio de las partes ni puede ser acordada o negada arbitrariamente por aquél, porque ello importaría suprimir el proceso mismo. En efecto; los actos de procedimiento no se ejecutan aisladamente y sin control alguno; por el contrario, están sometidos a reglas de las que resultan su vinculación y el orden de su ejecución.

La relación procesal se desenvuelve y progresa así condicionada por principios que le dan unidad y explican su mecanismo. Vamos a ver, en efecto, que de ellos derivan las diversas instituciones que permiten presentar al proceso como un todo orgánico y compenetrándonos al mismo tiempo de su funcionamiento.

16. El impulso procesal⁽⁶⁵⁾.

a) El proceso es un organismo sin vida propia, que avanza al tiempo que se construye por virtud de los actos de procedimiento que ejecutan las partes y el juez. Esa fuerza externa que lo mueve se llama *impulso procesal*, concepto que se vincula a la institución de los *términos*, cuya función consiste en poner un límite en el tiempo a los actos procesales, y al principio de preclusión, que establece un orden entre los mismos e impide su regresión, haciendo posible el desenvolvimiento de la relación procesal. Se conocen en la legislación tres modos de impulsar el procedimiento, según que ello se atribuya a las partes, al juez o se establezca por la ley: *dispositivo*, *judicial* o *legal*.

b) Al hablar de los sistemas procesales (I, 20/1) hemos dicho que pueden ser clasificados fundamentalmente en dos: uno, en el que la iniciativa del proceso está reservada a los particulares (sistema acusatorio), y otro en que

(65) CAENELUTTI, *Sistema*, n.º 165; CHIOVENDA, *Instituciones*, nos. 54, 78 y 257; CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, t. 2, pág. 321; *Id.*, *Un maestro del liberalismo procesal* (Rev. Der. Proc. (A), 1951, pág. 159); GOLDSCHMIDT, pág. 82; MOREL (2ª), pág. 344; Rocco, *Derecho procesal civil*, págs. 247 y 252; PRIETO CASTRO, *Exposición*, t. 1, págs. 186 y 180; COUTURE, *Fundamentos* (2ª), pág. 109; DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil*, t. 1, pág. 312; GUASP, *Comentarios*, t. 1, pág. 820; *Id.*, *Juez y hechos en el proceso civil*; KISCH, pág. 144; WYNESS MILLAR, *Los principios formativos del procedimiento civil*, pág. 81.

ella se confiere al órgano jurisdiccional (sistema inquisitivo).

En forma correlativa, en el primero el impulso procesal corresponde a las partes (principio dispositivo); ellas no solamente son dueñas de la acción, a la que dan vida con la presentación de la demanda, pudiendo extinguirla en cualquier momento mediante el desistimiento o la transacción, sino que fijan los términos de la litis, aportan el material de conocimiento y paralizan o activan la marcha del proceso según que denuncien o no, mediante el respectivo acuse de rebeldía, el incumplimiento por la parte contraria de un deber procesal. Se advierte así que el principal efecto del sistema dispositivo es la limitación de los poderes del juez: éste no procede de oficio (*ne iudex procedat ex officio*) y sólo conoce del litigio en la extensión que las partes quieran hacerle conocer, de tal manera que los hechos incontrovertidos deben ser admitidos como ciertos y las afirmaciones y las pruebas aportadas por las partes constituyen los únicos fundamentos de la sentencia.

Por el contrario, en el sistema inquisitivo no sólo el juez tiene la iniciativa, sino que a él le corresponde la conducción del proceso (principio judicial o inquisitivo), es decir, la investigación de los hechos, la formación del material de conocimiento, o sea la aportación de las pruebas, así como las medidas tendientes a hacer efectivo el avance del procedimiento: citación de las partes y terceros (testigos, peritos, etc.), designación de audiencias, aplicación de sanciones, etc., está en manos del juez.

En otros casos es la ley misma la que impone al juez y a las partes el cumplimiento de determinados actos procesales (principio legal), estableciendo sus condiciones y las consecuencias de su omisión, y asegurando el desarrollo del proceso mediante términos preclusivos cuyo vencimiento produce la caducidad del derecho a ejecutar un acto procesal mediante el solo transcurso del tiempo, sin nece-

sidad de requerimiento de parte (términos perentorios).

c) Desde luego, no existen sistemas puros y la prevalencia que en el procedimiento se asigne a uno respecto de los otros, depende de la posición en que la ley coloque a las partes frente al juez según el modo como se conciba la función jurisdiccional. Hemos dicho (*supra*, I, 20/1), repitiendo las palabras de Calamandrei, que ésta no es sino una proyección en el campo de la técnica procesal del problema de las relaciones entre el individuo y el Estado, entre el interés público y el interés privado. En una concepción autoritaria del Estado “las partes sirven al proceso” según expresión de Carnelutti (^{65/1}) y es natural entonces que la responsabilidad en la investigación de los hechos y en la conducción del proceso se ponga a cargo del juez, de quien las partes son simples auxiliares: en cambio, en una concepción individualista “el proceso sirve a las partes” y por consiguiente su desenvolvimiento debe confiarse a los intereses encontrados de los particulares.

La evolución histórica del proceso demuestra, efectivamente, que la posición de las partes frente al juez ha seguido el ritmo de las ideas políticas. El equilibrio casi prodigioso, dice Couture (^{65/2}), entre el hombre y el poder que el derecho procesal había logrado en una época de formación a través del Fuero Juzgo, comenzó a romperse en el siglo XIII con Las Partidas, que constituyó un retorno a los principios romanos, y en el siglo XIX, con el apogeo de la libertad individual, llega al proceso en sus formas de máxima expresión: el proceso es una relación de derecho privado. Ese individualismo, que inspiró la legislación fran-

(^{65/1}) CARNELUTTI, *Reforma alemana y reforma italiana del proceso civil de cognición* (Estudios de derecho procesal civil, t. 1, pág. 168).

(^{65/2}) COUTURE, *Trajectory y destino del derecho procesal civil hispanoamericano*, págs. 4 y sig. Es una bella y aguda síntesis de la evolución histórica de las instituciones procesales.

cesa, se expandió en el continente y se prolongó en la codificación hispanoamericana. Las modernas concepciones del proceso, acorde con la evolución de las ideas políticas que consideran al individuo como integrante de un grupo cuya organización jurídica constituye el Estado, acusan una tendencia, aun en los países de estructura liberal democrática, a reconocerle una función de carácter prevalentemente público, como se advierte sin esfuerzo en el proceso laboral del trabajo, y a ampliar la intervención del juez restringiendo correlativamente las facultades de las partes, pero sin olvidar, como dice Carnelutti (65/3), que en el proceso civil están en juego derechos subjetivos. Si bien se mantiene el principio de que el juez sólo puede pronunciarse sobre los hechos invocados por las partes (65/4), va perdiendo terreno el de que a ellas corresponde exclusivamente la aportación de las pruebas, admitiéndose en cambio que el juez puede por sus propios medios completar el material de conocimiento; se mantiene también el principio de que las partes son las dueñas de la acción, pero la facultad de impulsar el procedimiento mediante peticiones, acuse de rebeldía, provocación de caducidad, etc., va siendo substituída por la perentoriedad de los términos y el pase de un estadio a otro sin requerimiento de parte, por obra del juez o de la ley. Un ejemplo significativo en ese sentido es el decreto del 2 de abril de 1924 que modificó la ley de enjuiciamiento civil española y la ley 14.237 de reformas al Código de procedimiento en lo civil y comercial de la Capital Federal, que establecieron la perentoriedad de los términos y ampliaron las facultades de los jueces y a las que nos referiremos nuevamente a continuación.

(65/3) CARNELUTTI, *loc. cit.*

(65/4) El abandono de la máxima "*iudex ne procedat ex officio*", dice CHIOVENDA, llevaría a una desnaturalización policial del derecho privado (*La acción en el sistema de los derechos*, nota 5, en *Ensayos*, t. 1,

d) El Código de procedimiento en lo civil y comercial para los tribunales ordinarios de la Capital Federal y territorios nacionales, siguiendo a su modelo la ley de enjuiciamiento civil española de 1855, adoptó el principio dispositivo y confió a las partes la marcha del procedimiento. No existen en el código otros términos perentorios que los expresamente establecidos en la ley (art. 46), y así, la notificación del traslado de la demanda es un acto que corresponde al tribunal, pero mientras el actor no se notifique a su vez del auto que lo ordena y no solicite su cumplimiento, ella no se practica, y aunque el demandado no conteste la demanda dentro del término fijado para ese efecto, en tanto el actor no le acuse rebeldía, no pierde el derecho de hacerlo ni la instancia sigue su curso, porque el término para contestar la demanda no está incluido entre los declarados perentorios. A los interesados incumbe urgir el diligenciamiento de la prueba para que sean practicados oportunamente, es decir, dentro del término respectivo, pero si no lo fueren por omisión de las autoridades encargadas de recibirlas, podrán exigir que se practiquen antes de los alegatos (art. 118). Para toda diligencia de prueba se señalará el día en que deba tener lugar (art. 124), pero si la audiencia no se realizara por cualquier motivo, el nuevo señalamiento no se hace sino a petición de parte, que si no la formula inmediatamente (tres o cuatro días según la jurisprudencia) se incurre en negligencia y se pierde el derecho a producir la prueba.

Son raros los casos en que el juez puede actuar de oficio: medidas para mejor proveer (art. 57); segundos traslados en los incidentes (art. 91) y en el juicio ejecutivo (art. 496); aunque debe destacarse la facultad que se le confiere para interrogar a las partes y a los testigos sobre todas las circunstancias que sean conducentes a la averiguación de la verdad (arts. 131 y 192). No son tampoco muchos los casos en que la ley impone al juez el cumplimiento

de determinados actos procesales: apertura a prueba en el juicio ordinario (art. 104), agregación de los alegatos (art. 214), citación de remate al ejecutado (art. 485), etc.

e) La ley 14.237, sancionada el 13 de octubre de 1953, ha introducido reformas fundamentales al procedimiento, pero sin alterar la estructura del código. Establece la perentoriedad de los términos para las partes (art. 2); confiere a los secretarios la facultad de dictar con su sola firma algunas providencias de trámite (art. 20) y amplía considerablemente los poderes del juez autorizándole a disponer en cualquier estado del juicio las medidas necesarias para establecer la verdad de los hechos controvertidos, mantener la igualdad de los litigantes o prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe: así como aquellas tendientes a la más rápida y económica tramitación del proceso: pudiendo hacer uso de la fuerza pública cuando las partes o sus mandatarios no concurrieran a la citación que se les formulara para dar explicaciones sobre los puntos litigiosos o a la audiencia de conciliación que prescribe el art. 64 (art. 21). De esta última disposición nos ocuparemos más detenidamente al estudiar los poderes del juez (cap. X, 26), pero la señalamos ahora por su semejanza con el recordado decreto del 2 de abril de 1924, que modificó la ley de enjuiciamiento civil española, y como expresión de la tendencia a ampliar la intervención del juez en el proceso civil.

17. La preclusión procesal⁽⁶⁶⁾.

a) Para comprender el concepto de *preclusión* conviene referirse previamente al sistema opuesto llamado

(66) CHIOVENDA, *Principii*, pág. 858; íd., *Instituciones*, nº 353; íd., *Cosa juzgada y preclusión* (Ensayos, t. 3, pág. 223); KISCH, pág. 163; D'ONOFRIO, *Sul concetto di preclusione* (*Studi in onore di Chiovenda*,

unidad de vista. En algunas legislaciones la relación procesal no se desenvuelve por secciones o estadios, de tal manera que puede alegarse hechos nuevos y producirse nuevas pruebas hasta que el tribunal declare suficientemente instruída la causa y llame autos para sentencia. Así, la ordenanza procesal alemana dispone que los medios de ataque y de defensa (excepciones sobre el fondo, reconvencción, réplicas, etc.) podrán hacerse valer hasta la terminación de la audiencia en que se pronuncie la sentencia; también hasta ese momento podrán las partes ofrecer prueba. y aun en segunda instancia podrán alegarse hechos nuevos y proponerse la prueba de los mismos (arts. 278, 283 y 529). En otros, en cambio, la relación procesal se desarrolla por etapas, de modo que los actos procesales deben ejecutarse en un orden determinado, porque de lo contrario resultarían ineficaces: el demandado debe oponer las excepciones previas antes de contestar la demanda; después de la contestación no puede el actor variar su demanda ni el demandado sus defensas; la prueba debe producirse dentro de un término dado; etc.

b) Ahora bien, el paso de un estadio al siguiente supone la clausura del anterior, de tal manera que los actos procesales cumplidos quedan firmes y no pueden volverse sobre ellos. Esto es lo que constituye la *preclusión*: el efecto que tiene un estadio procesal de clausurar el anterior (67).

pág. 245); COUTURE, *Fundamentos*, 2ª ed., pág. 88; LIEBMAN, *Corso*, pág. 28; PRIETO CASTRO, *Exposición*, t. 1, pág. 160; *Grassi. Commentario*, t. 1, pág. 822; JIMÉNEZ ECHEGARAY, *La preclusión (Estudios en honor de Alsina)*, pág. 353); WYNNE MILLAR, *Principios formativos*, pág. 95.

(67) *Preclusión*, en italiano, significa clausurar, cerrar, impedir. CHIOVENDA ha adoptado la palabra para significar no sólo que un estado procesal supone la clausura del anterior, sino que éste permanece firme; el proceso puede avanzar, pero no retroceder. Los procesos, particularmente los escritos, dice CHIOVENDA (*Principii*, pág. 393), pueden estar dominados por el principio de la preclusión o de la libertad. El principio de la preclusión consiste en que, para cualquier activi-

Precisamente, los conceptos de *preclusión* e impulso procesal nos explican el mecanismo del proceso: el impulso procesal carecería de objeto sin la *preclusión*, porque de lo contrario los actos procesales podrían repetirse y el proceso no progresaría; tampoco la *preclusión* sería suficiente por sí misma, porque no se pasa de un estadio a otro mecánicamente, sino por efecto del impulso procesal (67/1).

c) En esta acción coordinada encontramos el fundamento de otra institución importantísima en nuestro pro-

cedimiento procesal, destinada a un determinado fin, existe en el proceso un período transcurrido el cual la actividad no puede cumplirse; según el criterio opuesto cualquier actividad puede cumplirse en cualquier período procesal. Forma normal de preclusión existe no solamente en el proceso escrito (división en períodos, orden legal entre las excepciones, ofrecimiento y recepción de las pruebas, etc.), sino aun en los inspirados en los principios de concentración y oralidad. Entre el germánico y el austríaco pueden anotarse fundamentales diferencias desde este punto de vista. En el primero la audiencia es conceptualmente única, aunque comprenda varias sesiones y sirve tanto para la proposición de cuestiones preliminares como las de fondo; en el segundo, por el contrario, antes de la audiencia o "debate" tiene lugar una audiencia preliminar ante el juez delegado en la cual el demandado debe proponer, bajo pena de caducidad, las excepciones "*litis ingressum impediētes*". La preclusión, agrega (pág. 858), consiste en que, después de ejecutados determinados actos o luego de transcurridos ciertos términos, queda "*precluso*" (cerrado, extinguido) para la parte el derecho de cumplir otros actos procesales determinados o en general. La preclusión puede tener un campo mayor o menor en el proceso según los sistemas: hay procesos inspirados por completo en el principio de preclusión, como ocurre en los procesos divididos en estadios o períodos sucesivos; pero cualquier proceso debe en alguna medida servirse de la preclusión para hacer posible el desarrollo de la relación procesal hasta la meta final, o sea la sentencia, o al menos de la "*somma preclusiones*" que consiste en el paso a cosa juzgada de la sentencia de mérito.

(67/1) En un proceso dominado por la oralidad, dice PRIETO CASTRO (*Exposición*, t. 1, pág. 160), todas las sesiones que constituyen la vista oral se consideran como una unidad, de manera que hasta el final del último debate pueden fundadamente alegar las partes toda clase de hechos y practicar pruebas: es el principio que rige en nuestro proceso penal (arts. 729, 730, 732, 744-6º, con excepción del art. 749).

ceso. La oportunidad de impulsar el procedimiento requiere una regulación en el orden del tiempo, lo cual supone la fijación de un límite en la duración de cada estadio. Ésa es la función de los términos en el proceso; el acto procesal debe ejecutarse dentro de un espacio de tiempo, transcurrido el cual se pasa a un nuevo estadio. Así, la contestación a la demanda, la oposición de excepciones, la interposición de recursos, etc., deben hacerse dentro de cierto término; de lo contrario, no podría hablarse de *preclusión* ⁽⁶⁸⁾.

d) No debe confundirse la *preclusión* con la cosa juzgada, aunque aparentemente sus efectos sean los mismos. La cosa juzgada no es sino la *res iudicata*, que a su vez no es sino la *res in iudicium deducta*, es decir, el fundamento de la acción, después que el juez lo ha reconocido o negado en la sentencia. Por consiguiente, la sentencia que produce cosa juzgada es la que admite o rechaza la demanda, destinada a producir sus efectos fuera del proceso, protegiendo al vencedor contra cualquiera nueva pretensión respecto de la misma cosa (*exceptio rei iudicatae*) o acordándole el derecho de solicitar su ejecución (*actio iudicati*). Ahora bien; la incontestabilidad de la sentencia definitiva supone la *preclusión* del derecho a impugnarla tanto en su efecto como en su contenido, es decir, que no se admite contra ella recurso alguno ni puede renovarse la discusión de las cuestiones que ella resuelve. Desde este punto de vista la *preclusión* es un elemento de la cosa juzgada. Pero dentro del proceso, la *preclusión* tiene una función diferente: es el medio del cual se vale el legislador para hacer progresar el procedimiento impidiendo el retroceso de los actos procesales. Así, tiene de común con la cosa juzgada que impide una nueva discusión; por ejemplo, la cuestión decidida en una sentencia interlocutoria, cuan-

(68) Ello explica la poca importancia que en el procedimiento germano tienen los términos como institución procesal.

do no es impugnada, queda preclusa y no puede ser renovada en el mismo proceso. Pero, en cambio, tienen una diferencia fundamental: en tanto que la cosa juzgada produce efecto fuera del proceso, la *preclusión* sólo produce efecto dentro del proceso y para ese proceso ⁽⁶⁹⁾; la cosa juzgada supone entonces un proceso terminado, mientras la *preclusión* supone un proceso en marcha. Por eso es un error afirmar que las sentencias interlocutorias producen cosa juzgada, cuando sólo tiene efecto *preclusivo*.

18. El principio de contradicción ⁽⁷⁰⁾.

a) De acuerdo con el principio constitucional que garantiza la defensa en juicio, nuestro código procesal ha establecido el régimen de la bilateralidad, según el cual todos los actos de procedimiento deben ejecutarse con intervención de la parte contraria. Ello importa la contradicción, o sea el derecho a oponerse a la ejecución del acto, y el contralor, o sea el derecho a verificar su regularidad. Así, el art. 124 dispone que para toda diligencia de prueba se señalará el día en que deba tener lugar y se citará a la parte contraria con un día a lo menos de anticipación ^(70/1).

⁽⁶⁹⁾ El principio de que la *preclusión* sólo produce efecto en el proceso tiene una excepción en el art. 6 de la ley 14.191, de caducidad de la instancia, que reproduce el principio consagrado por el art. 5 de la ley anterior 4550, y que permite utilizar en un nuevo juicio los elementos de prueba producidos en otro anterior; pero ello ha sido establecido expresamente por una razón de economía procesal, para evitar una nueva actividad inútil al tribunal.

⁽⁷⁰⁾ KISCH, *Elementos*, pág. 121; MOREL, *Traité élémentaire*, pág. 465; CHIOVENDA, *Principii*, pág. 624; WYNESS MILLAR, *Principios formativos*, pág. 47.

^(70/1) El principio de contradicción, dice COUTURE (*Proyecto, Exposición de Motivos*, pág. 88), es consecuencia natural de la estructura bilateral del proceso y permite a la justicia eliminar todo recelo y sospecha sobre las proposiciones de las partes. En cuanto a los hechos,

b) Pero la bilateralidad no quiere decir que necesariamente deban intervenir las dos partes para que el acto tenga validez, sino que se les haya dado la oportunidad de intervenir. Así, si el demandado no comparece al juicio, la sentencia no será nula porque éste se haya seguido en su rebeldía, desde que tuvo oportunidad de intervenir en cualquier momento hasta que la sentencia se dictó.

c) Ello supone, sin embargo, que el demandado ha tenido conocimiento de la demanda o que, tratándose de un acto posterior, se ha hecho saber a una parte la actividad de la contraria, lo cual constituye el fundamento de otra institución procesal: la notificación. En efecto; toda providencia del juez, sea que se haya dictado a petición de parte o de oficio, debe ser comunicada a la parte a quien afecte, mediante el procedimiento de la notificación, y mientras no transcurra el término que la ley fije para formular oposición, la providencia no está firme y por lo tanto no puede cumplirse lo que en ella se ordene (71). Si la notificación resultase nula, por no conformarse a las reglas establecidas en el código, el término no habría corrido y serían también nulas las diligencias posteriores (arts. 40 y 82).

d) En algunos casos la ley ordena que previamente a la resolución se oiga a una de las partes sobre el pedido formulado por la otra; así, el art. 115 manda que del pedi-

debe suponerse lógicamente que nadie habrá de tener más interés que el adversario en oponerse y contradecir las proposiciones inexactas de su contraparte; y en consecuencia cabe admitir que las proposiciones no contradichas deben suponerse exactas. En cuanto al derecho, el peligro es mucho menor porque el derecho lo conoce el magistrado. Sin embargo, son los propios jueces los que hacen el elogio del invalorable aporte que supone el debate jurídico hecho por los abogados y estudiosos conscientes. Ver también sobre el tema: LORETO, *El principio de que las partes deben "estar a derecho" en el proceso civil venezolano* (Rev. Der. Proc. (A), 1949, 1, pág. 70).

(71) Por eso constituye una arbitrariedad la costumbre de ordenar el cumplimiento de una resolución sin más trámite, es decir, sin el control de las partes.

do de término extraordinario se corra traslado a la parte contraria. Pero, aun cuando el traslado no estuviera previsto en la ley, el juez puede ordenarlo si lo estima conveniente, sin que su omisión cause perjuicio, desde que la parte afectada podría formalizar su oposición dentro del término respectivo mediante los recursos pertinentes.

e) La jurisprudencia permite que, excepcionalmente, se ejecute una providencia antes de ser notificada a la parte a quien afecte (*inaudita parte*) cuando en caso contrario podría ponerse en peligro un derecho, pero sin que ello impida la oposición posterior. Tal ocurre con las medidas precautorias y entre ellas principalmente el embargo de bienes.

19. La adquisición procesal⁽⁷²⁾.

a) La actividad que las partes desarrollan en el proceso se influye recíprocamente, en el sentido de que no sólo beneficia a quien ejecuta el acto y perjudica a la parte contraria, sino que también puede ésta beneficiarse del acto en cuanto pueda perjudicar a su autor. De ello resulta que el acto procesal es común y que su eficacia no depende de la parte de la cual provenga, sino de los efectos que produzca.

b) Este principio tiene numerosas aplicaciones prácticas; así, la demanda importa una confesión de los hechos que en ella se aducen y no podría el actor negarlos si el demandado los invocara en su provecho; el pliego de posiciones (como el interrogatorio para los testigos) equivale al reconocimiento de los hechos que se afirman y no puede el ponente desconocerlos si el absolvente los invoca más tarde; las declaraciones de los testigos benefician o perju-

(72) CHIOVENDA, *Instituciones*, n° 271; Rocco, *Derecho procesal civil*, pág. 252.

dicen tanto al que los presenta como al contrario; la prueba instrumental tiene eficacia tanto contra quien se opone como respecto del que la presenta, etc.

c) Por sus efectos es uno de los que más pueden contribuir a la aceleración del proceso, porque, bien entendido, evita la duplicidad inútil de la prueba, tan frecuente en nuestra práctica judicial.

20. El principio de inmediación ⁽⁷³⁾.

a) El principio de inmediación significa que el juez debe encontrarse en un estado de relación directa con las partes y recibir personalmente las pruebas, prefiriendo entre éstas las que se encuentren bajo su acción inmediata. En cuanto al primer aspecto, no es escasa la importancia que tiene el hecho de que el juez conozca y aprecie las condiciones morales de los litigantes, no sólo porque le permitirá, llegado el caso, ejercitar con eficacia sus facultades de conciliación, sino valorar su conducta durante el proceso cuando ella pudiera ser un elemento de convicción. En cuanto a la recepción de la prueba, es un hecho abonado por la experiencia, que tanto en la confesión como en la testimonial tienen extraordinaria importancia los modos de expresión y que el estado psicológico del deponente sugiere a veces reflexiones que en otra forma pasarían inadvertidas. Por último, la experiencia personal del juez es el principal medio de convicción y sólo debe prescindirse de ella cuando el reconocimiento de cosas, lugares o circunstancias no fuere posible, recurriéndose entonces a otros medios o delegando la diligencia en otros funcionarios.

b) Pero el principio de inmediación está vinculado con

(73) GOLDSCHMIDT, *Tratado*, pág. 87; KISCH, *Elementos*, pág. 127; Rocco, *Derecho procesal civil*, pág. 252; WYNESS MILLAR, *Principios formativos*, pág. 169.

la oralidad, y mal se aviene con nuestro sistema escrito, en que el juez ni conoce a las partes ni recibe la prueba sino excepcionalmente, porque la ley le permite, en muchos casos, delegar su recepción. Es así como el juez forma su criterio exclusivamente a base de las constancias de los autos, que por mucha vida que tengan, no dan casi nunca la sensación de la realidad (^{73/1}).

21. El principio de concentración (⁷⁴).

a) Tiende el principio de concentración a acelerar el proceso eliminando trámites que no sean indispensables, con lo cual se obtiene al mismo tiempo una visión más concreta de la litis. Ello supone la concesión al juez de facultades amplias en la dirección del procedimiento, que le permita negar aquellas diligencias que considere innecesarias y disponer en cambio ciertas medidas destinadas a suplir omisiones de las partes o que estime convenientes para regularizar el procedimiento (^{74/1}).

(^{73/1}) No obstante, hace notar WYNESS MILLAR (*Principios formativos*, pág. 169), que aunque generalmente se vincula la inmediación con la oralidad, puede también concebirse en un procedimiento escrito en cuanto el juez recibe directamente las alegaciones de las partes e interviene en la producción de la prueba. En cambio, agrega, hay mediación siempre que el conocimiento se adquiere a través de otra persona. Pero es indudable, continúa, que la oralidad favorece la inmediación y que en cambio la escritura favorece la mediación.

(⁷⁴) GOLDSCHMIDT, *Tratado*, pág. 85; CHIOVENDA, *Informe de la octava comisión de postguerra (Ensayos de derecho procesal civil, t. I, pág. 219; Id. Instrucciones, t. III pág. 163.)*; Código de procedimiento del Brasil. *Exposición de motivos*.

(^{74/1}) El concepto de "concentración" expresa el hecho de que toda la actividad procesal, o por lo menos la recepción de la prueba, se realice en una o en pocas audiencias próximas, a fin de que el juez pueda adquirir una visión de conjunto y se encuentre en condiciones de dictar enseguida su sentencia; desde este punto de vista, la concentración es un complemento de la inmediación, porque supone la presencia en la pág. 42).

b) Pero la concentración es también una característica del proceso oral. Nuestro procedimiento escrito es en cambio una negación del principio, porque se diluye en traslados e incidentes que complican y prolongan el proceso. Sólo encontramos una aplicación, por cierto bien reducida, en los juicios especiales, y, sobre todo, en los juicios de menor cuantía ante la justicia de paz donde, según la intención del legislador, todo el proceso debiera concentrarse en una sola audiencia.

22. El principio de eventualidad ⁽⁷⁵⁾.

a) El principio de eventualidad consiste en aportar de una sola vez todos los medios de ataque y defensa como medida de previsión —*ad eventum*— para el caso de que el primeramente interpuesto sea desestimado. Tiene por objeto favorecer la celeridad de los trámites, impidiendo regresiones en el procedimiento y evitando la multiplicidad en juicios.

b) Pueden citarse en nuestro código algunos casos de aplicación de este principio. Así, al mismo tiempo y en un mismo escrito alegará el demandado todas las excepciones dilatorias (cód. proc., art. 86 y ley de reformas 14.237, art. 14); con la contestación a la demanda o a la reconvencción en su caso, el pleito quedará concluso para prueba si la cuestión fuere de hecho o mixta, y si fuere de puro derecho se correrá un nuevo traslado por su orden, con lo que quedará concluso para definitiva (art. 103); en consecuencia, no podrán las partes alegar nuevos hechos, a menos que ocurriesen o llegasen a conocimiento de ellas después de la con-

audiencia de las partes, el juez, los testigos, peritos, etc. Se opone al concepto de "dispersión" que predomina en nuestro código, en el que cada acto procesal tiene señalado un momento determinado y la prueba se recibe en audiencias independientes y hasta inconexas.

(75) GOLDSCHMIDT, *Tratado*, pág. 85.

testación, en cuyo caso podrán hacerlo hasta tres días después del auto de prueba (art. 111); no podrá producirse prueba sino sobre hechos que hayan sido articulados en sus escritos respectivos (art. 108); en el recurso de reposición la resolución que recaiga hará ejecutoria, a menos que el recurso de reposición fuese acompañado del de apelación en subsidio y la providencia reclamada reuniese las condiciones requeridas para que la interlocutoria sea apelable (art. 225), etcétera.

23. Carga procesal⁽⁷⁶⁾.

a) Hemos visto que una de las objeciones que se hacen a la teoría de la relación jurídica procesal es que las partes no están sujetas a obligaciones, en el sentido de que no se puede exigir el cumplimiento de un acto procesal como en el derecho substancial. Así, el demandado no está obligado a contestar la demanda; el citado a absolver posiciones o a reconocer una firma no está obligado a comparecer, y no es dado usar de medios coercitivos para compelerlos a ello. Pero si el demandado no contesta, su silencio puede ser interpretado como un reconocimiento de los hechos; al citado rebelde se le tiene por confeso o se le da por reconocida la firma. Su omisión le depara entonces consecuencias jurídicas que si quiere evitarlas debe ejecutar un acto determinado. Por eso decíamos que la situación jurídica de las partes es una consecuencia de la relación procesal en cuanto de ellas depende que sea más o menos favorable con relación al pronunciamiento esperado. Pero para evitar que la obligación procesal sea identificada con la obligación substancial se habla en estos casos de cargas

(76) CAPNELUTTI, *Sistema*, nº 157; GOLDSCHMIDT, *Tratado*, pág. 201. FRIEDRICH LENT, *Obblighi e oneri nel processo civile* (Riv. Dir. Processuale, junio-sept. 1954, pág. 150).

procesales. Precisamente el propósito de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio es lo que estimula el cumplimiento de las cargas procesales.

b) Son éstas de varias clases, y entre ellas la primera es la demanda, porque el que tiene una pretensión que hacer valer no puede contar con la protección judicial mientras no deduzca una acción. En situación análoga se encuentra el demandado. A ambos corresponde la carga de la instrucción que comprende la exposición de los hechos y la aportación de la prueba, porque el juez no puede fundarse en hechos no afirmados por las partes o aunque afirmados no han sido reconocidos, y, en su defecto, comprobados; a ellos también corresponde la carga de la impugnación, porque si dejan transcurrir los términos fijados por la ley y sin deducir oposición, los autos quedan firmes y no puede volverse sobre los mismos.

Distintas clases de procesos

24. En general⁽⁷⁷⁾.

La relación procesal, según se ha dicho, puede desarrollarse en distintas formas según la naturaleza del derecho que se pretende, dando lugar a procesos de diversa configuración. Además no todos los procesos producen los mismos efectos entre las partes y los terceros, ni las sentencias que en ellos se dictan se ejecutan de la misma manera. De allí que pueda hacerse una clasificación de los procesos referida a las circunstancias mencionadas.

(77) CHIOVENDA, *Principii*, pág. 881; MOREL, *Traité élémentaire*, pág. 563; CARNELUTTI, *Sistema*, nos. 38, 61 y 71.

25. Por el objeto: de condena, declarativos, constitutivos, ejecutivos y precautorios.

a) Cualquiera advierte, dice Carnelutti ⁽⁷⁸⁾, la razón de ser de tres tipos fundamentales de procesos: una cosa es que el acreedor a quien se niega su crédito pida al juez la declaración de su existencia; otra que el acreedor reconocido a quien no se paga pida la satisfacción de su crédito, y otra que cualquiera que tema que su deudor substraiga sus bienes pida su secuestro para garantizar su crédito. En el primer caso hay una pretensión jurídica contestada; en el segundo hay una pretensión jurídica reconocida, pero no satisfecha; en el tercero, la duración del proceso puede poner en peligro la satisfacción de la pretensión jurídica. A estas situaciones corresponden tres procesos distintos: de conocimiento, ejecución y conservación.

b) El proceso de conocimiento puede a su vez tener distinto objeto, según que la acción deducida sea de condena, de mera declaración o busque un efecto constitutivo (III, 16). Su estructura no varía, porque las tres se tramitan por el mismo proceso, o sea el juicio ordinario, pero los efectos de la sentencia son distintos, porque en unas el interés del actor se satisface con la declaración, en tanto que en otras puede ser necesaria la ejecución.

26. Por el modo: de conciliación, arbitraje, voluntarios y contenciosos.

a) El juicio de conciliación —más bien acto de conciliación— consiste en la comparecencia de las partes ante el juez competente, con el objeto de que diriman sus diferencias evitando la contienda judicial. Nuestro código no lo

(78) CARNELUTTI, n° 38.

reglamenta en forma obligatoria, como el francés, el español y otros que hacen de este acto un trámite previo y necesario para la entrada en juicio, sino que se limita a facultar a los jueces para intentar el avenimiento de las partes, en cualquier estado del juicio (cód. proc., art. 64).

b) El juicio de árbitros es aquel en que las partes someten la decisión de sus controversias a jueces elegidos por ellas mismas entre personas que no desempeñan función judicial, el cual está legislado en los títulos XVII y XVIII del código.

c) En el juicio voluntario las partes actúan de común acuerdo y sólo requieren la intervención del juez para consolidar una situación jurídica. En el juicio contencioso, por el contrario, se supone una controversia, que se desarrolla ante el juez por los trámites y con las solemnidades que las leyes procesales prescriben.

27. Por la forma: ordinarios, especiales, sumarios ⁽⁷⁹⁾.

Por la forma, o sea el conjunto de solemnidades que constituyen el trámite, los juicios pueden ser: ordinarios, especiales y sumarios.

a) La regla en nuestro derecho es que todas las contiendas judiciales que no tengan por la ley una forma especial de tramitación, deben ventilarse de acuerdo con las reglas del juicio ordinario (art. 66). Esto es muy importante, porque, como vamos a ver, nuestro código de procedimiento ha incurrido en muchas omisiones, de modo que hay gran cantidad de cuestiones que necesariamente deben diluci-

(79) Algunos códigos provinciales (Córdoba, art. 366; San Juan, art. 135; etc.) dividen los juicios en ordinario de mayor cuantía (para todo asunto de la competencia de los jueces de primera instancia que no tuviera una tramitación especial); ordinario de menor cuantía (para los juicios especiales, actos de jurisdicción voluntaria, incidentes, etc.) y el juicio verbal (para la justicia de paz letrada).

darse por los largos y pesados trámites del juicio ordinario, aun cuando su poca monta o la necesidad de una solución urgente justifiquen un procedimiento especial. El juicio ordinario puede ser dividido en tres partes: a) demanda y contestación; b) prueba; c) sentencia. El juicio comienza con la interposición de la demanda ⁽⁸⁰⁾, la que debe reunir determinados requisitos de forma (arts. 71 y 72); de ella se corre traslado al demandado por quince días (art. 77 y ley 4128, art. 4), quien puede antes de contestarlas oponer excepciones de previo y especial pronunciamiento (art. 83). Contestada la demanda, si las partes están de acuerdo en los hechos, la cuestión se declara de puro derecho (art. 103) y, previo un nuevo traslado, el juez dicta sentencia; en caso contrario, el juicio se abre a prueba por un término que no exceda de cuarenta días (art. 104), vencido el cual se alega sobre su mérito (art. 213), quedando cerrada toda discusión (art. 214) y debiendo el juez dictar sentencia con arreglo a lo alegado y probado por las partes (arts. 216 a 220). Durante el término de prueba, las partes pueden exigirse posiciones bajo juramento sobre la cuestión que se ventila (prueba de confesión, arts. 125 a 138), presentar instrumentos públicos y privados (arts. 139 a 160), pedir el nombramiento de peritos cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiera conocimientos especiales (arts. 161 a 178), ofrecer testigos (arts. 179 a 209), la inspección ocular de algún sitio (arts. 210 y 211), pudiendo el juez, por su parte, antes de dictar sentencia, ordenar ciertas diligencias para mejor proveer (arts. 57 y 214)^(80/1). Contra la sen-

(80) También algunos códigos de provincia conservan todavía el término de emplazamiento (*in ius vocatio*), dentro del cual debe el demandado comparecer a estar a derecho, y recién después se le corre traslado de la demanda, pero esta formalidad es superflua en el procedimiento escrito, porque la fijación de un plazo para la contestación a la demanda importa el emplazamiento para comparecer.

(80/1) El art. 21 de la ley 14.237, de reformas al código, ha ampliado esta facultad, autorizando al juez para disponer en todo estado

tencia se conceden, entre otros, los recursos de nulidad y apelación para ante el superior (arts. 226 y 237), sin perjuicio del recurso de revocatoria o reposición que puede intentarse ante el mismo juez durante la substanciación del proceso (art. 223) y del recurso extraordinario de apelación para ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (ley 48, art. 14).

b) Juicios especiales son los legislados para determinadas acciones, que por la simplicidad de las cuestiones que suscita o por la urgencia que requiere su solución exigen un trámite mucho más breve y sencillo que el ordinario. Son, entre otros, los siguientes: *jactancia* (arts. 425-432), que se acuerda contra toda persona que fuera de juicio se atribuya derechos sobre bienes del actor; *juicio ordinario en rebeldía* (arts. 433-442), del que no comparece a juicio cuando se le cita o que lo abandona después de haber comparecido; *embargo preventivo* (arts. 443-463), sobre bienes del demandado para asegurar el éxito de la acción; *juicio ejecutivo* (arts. 464-528), por el cual el acreedor que tenga un crédito en dinero y que conste de un título que traiga aparejada ejecución, puede hacerlo efectivo sobre los bienes de su deudor; las *tercerías* (arts. 529-534), para reclamar el dominio de un bien embargado a un tercero o para reclamar el pago preferente de un crédito sobre el precio de venta del bien subastado; *ejecución de sentencias de los tribunales ordinarios o arbitrales* (arts. 535-557) o *dictadas en países extranjeros* (arts. 558-562); los *interdictos* (arts. 563-585), para ejercitar las acciones posesorias que el código civil establece para mantener o recuperar la posesión; *desalojo* (arts. 586-592) contra el locatario que no restituye el inmueble locado a su debido tiempo; *declaratoria de pobreza* (arts. 593-601), en el cual las personas carentes de recursos obtienen auto-

del juicio cualquier diligencia tendiente al esclarecimiento de los hechos controvertidos.

rización para litigar sin abonar el impuesto de sellado y sin incurrir en responsabilidades por las costas, todo con carácter provisorio; *alimentos provisorios y litis-expensas* (arts. 602-608), por el que se hacen efectivos los derechos que el código civil acuerda a los parientes para exigirse alimentos; *mensura, deslinde y amojonamiento* (arts. 609-625), para la aplicación de un título a un inmueble, estableciendo sus medidas y límites; *sucesorio* (arts. 626-717), en el que se procede a la distribución de los bienes de una persona fallecida, según que haya dejado o no disposiciones testamentarias; *concurso civil de acreedores* (arts. 718-766), para la liquidación de los bienes y su distribución entre los acreedores de una persona que se encuentre en estado de insolvencia.

c) En los juicios sumarios el conocimiento del juez se reduce a la constatación de los requisitos exigidos por la ley para la procedencia de la acción, sin entrar al examen de la relación de derecho en que se funda: es un conocimiento puramente procesal y que, por consiguiente, no supone la necesidad de formas solemnes: tales son el juicio ejecutivo, el de alimentos provisorios y litis-expensas, el de desalojo, etc., que hemos ya mencionado, y a los que pueden agregarse el de *apremio* (ley 50, arts. 308-321), el de ejecución de *prenda agraria* (ley 9644), etc.

28. Por el contenido: singulares y universales.

Es singular el proceso en que se trata del interés de una o más personas con relación a una acción o cosa determinada (cobro de pesos, rescisión de contrato, reconocimiento de estado, etc.). Por el contrario, el proceso es universal cuando, en virtud del fuero de atracción, se ventilan a un mismo tiempo diferentes acciones pertenecientes a diversas personas para la liquidación de un activo común. El proceso singular comprende tanto el ordinario como los especiales y

sumarios. El universal, más que un proceso, es un procedimiento, del cual existen tres tipos: el sucesorio (art. 626), el concurso civil de acreedores (art. 718) y la quiebra, que se rige por una ley especial: la 11.719.

29. Omisiones del código de procedimiento.

Fuera de las enumeradas, existen otras acciones que por las leyes de fondo deben tramitarse por procedimientos especiales, pero el código de procedimiento no las ha reglamentado, de modo que conforme al principio del art. 66 deben serlo por los trámites del juicio ordinario. Faltan, pues, disposiciones referentes a la declaración de insania (^{80/2}), provisión de tutela y curatela, pago por consignación, acciones derivadas de las restricciones y límites al dominio, rendición de cuentas, división de condominio, ausencia con presunción de fallecimiento, depósito de personas, autorización para comparecer en juicio, protocolización, expedición y reposición de escrituras, etc. Pero donde más se nota las deficiencias del código, desde este punto de vista, es en lo referente a la situación de los terceros, los que sólo están protegidos por las tercerías de dominio o de mejor derecho, contemplándose así únicamente un aspecto de este complejo problema procesal.

(80/2) La ley 14.237, de reformas al código de procedimientos, ha legislado el juicio de declaración de incapacidad por insania (arts. 69 a 84), depósito de personas (arts. 85 a 91), y establecido algunas reglas adicionales a ciertos juicios especiales, como el ejecutivo (art. 58), alimentos, litisexpensas y tenencia de hijos (art. 64).

CAPÍTULO V

LAS PARTES

PRINCIPIOS GENERALES: 1. Concepto de parte. — 2. Capacidad procesal. — 3. Capacidad de las sociedades civiles y comerciales. — ACTUACIÓN DE LAS PARTES EN EL PROCESO: 4. Límite de actuación de los sujetos procesales. — 5. El deber de veracidad. — 6. Obligación de auxiliar al tribunal. — SUCESIÓN Y SUBSTITUCIÓN DE PARTES: 7. Concepto. — 8. Fallecimiento de la parte. — 9. Enajenación de la cosa litigiosa. — REPRESENTACIÓN EN JUICIO: 10. Concepto. — 11. Justificación de la personería. — REPRESENTACIÓN CONVENCIONAL: 12. Principios generales. — 13. Personas que pueden ejercer la procuración. — 14. Personas exceptuadas del requisito de la matrícula. — 15. Personas que no pueden inscribirse en la matrícula. — 16. Requisitos para la inscripción. — 17. Procedimiento para la inscripción. — 18. Deberes del procurador. — 19. Extensión del mandato. — 20. Ratificación. — 21. Terminación del mandato. — 22. Eliminación de la matrícula y suspensión del procurador. — 23. *Cautio de rato et grato*. — REPRESENTACIÓN LEGAL: 24. Disposiciones legales. — 25. Ausentes. — 26. Menores impúberes o adultos. — 27. De cursados y fallidos. — 31. Condenados.

Principios generales (1)

1. Concepto de parte.

a) En todo proceso intervienen dos partes: una que pretende en nombre propio o en cuyo nombre se pretende

(1) CHIOVENDA, *Principii*, pág. 578; *Instituciones*, nº 213; CARNELUTTI, *Sistema*, nº 147; GOLDSCHMIDT, *Tratado*, pág. 191; KISCH, *Elementos*, pág. 101; MOREL, *Traité élémentaire*, pág. 355; ROCCO, *Derecho procesal civil*, pág. 231; JOFRÉ, *Manual*, t. 3, pág. 98; LIEBMAN, *Corso*, pág. 79; REDENTI, *Dir. proc. civ.*, t. 1, pág. 107; GUASP, *Comentarios*, t. 1, págs. 92, 105, 158; PRIETO CASTRO, *Exposición*, t. 1, pág. 120; SCHONKE, *Der. procesal*, pág. 81; SATTA, *Dir. proc.*, pág. 55; ROSENBERG, *Tratado*, t. 1, pág. 211.

la actuación de una norma legal, por lo cual se le llama *actora*, y otra frente a la cual esa actuación es exigida, por lo que se le llama *demandada*. Es una consecuencia del principio de contradicción, de donde se sigue que en los llamados procesos de jurisdicción voluntaria no puede hablarse de actor o demandado, ya que las pretensiones son coincidentes.

b) La determinación de la calidad de parte en el proceso, así como la de extraños al mismo (juez, procurador, peritos, testigos, etcétera), tiene especial importancia en razón de que: a las partes se refieren las causales de recusación de los jueces (cód. proc., art. 366); los elementos de las excepciones de litispendencia (art. 84, inc. 3º) y cosa juzgada (art. 95, inc. 1º); la absolución de posiciones (art. 125); los requisitos de la sentencia (art. 216); la responsabilidad por las costas (art. 221), etc.

c) Pero la doctrina no se ha puesto de acuerdo todavía sobre los requisitos que se exigen para establecer la calidad de parte o, mejor dicho, sobre los elementos que han de tenerse en cuenta para ese efecto. Existen al respecto tres teorías que vamos a exponer someramente.

La primera de ellas identifica el concepto de parte con el de titular de la relación jurídica substancial. Pero esto no es exacto, porque no siempre a la calidad de parte en el proceso corresponde el de titular de la relación material. La pretensión jurídica, según sabemos, constituye el fundamento de la acción, y ésta podrá resultar acogida o no en la sentencia según que la pretensión esté amparada o no por una norma de derecho; mientras tanto, quien la ejerce asume la calidad de parte actora en el proceso frente al sujeto pasivo de la acción, o sea el demandado. Puede faltar la relación jurídica substancial invocada, como en el caso que se declare la inexistencia o nulidad de un contrato, no obstante lo cual, para obtener esa declaración, ha sido necesario un proceso y, consiguientemente, una parte que afirme, frente a otra que niegue la existencia o validez de esa relación.

La segunda teoría distingue entre sujeto de la acción y sujeto de la litis, porque el proceso se hace respecto de éste, pero con la intervención de aquél (2). La acción, que dentro de este concepto es ejercicio de una función procesal, contiene dos elementos: voluntad e interés. En tanto que el interés determina la posición del sujeto en la litis, al sujeto de la acción corresponde la expresión de voluntad. Cuando voluntad e interés coinciden en una misma persona, el sujeto es simple; pero cuando reside en personas distintas, el sujeto es complejo. Así, el menor es el titular del interés y por tanto sujeto de la litis, pero la expresión de voluntad corresponde al tutor que, por consiguiente, es el sujeto de la acción. De aquí se infiere que, mientras el menor es parte en sentido substancial, el tutor es parte en sentido formal, criterio que se aplica no sólo en los casos de representación legal, sino también convencional. Pero tampoco esta teoría es aceptable, porque deja sin explicación satisfactoria, entre otros, los efectos de la cosa juzgada, que se producirían, no con respecto al representado, sino al representante. En realidad, en la representación se trata de una simple cuestión de integración de la capacidad (como en la legal) o de un mandato (en la convencional), pues que en ningún caso el proceso se hace en provecho o perjuicio del representante, sino del representado.

La tercera doctrina es la que adoptamos en la definición enunciada: parte es aquel que en nombre propio o en cuyo nombre se pretende la actuación de una norma legal y aquel respecto del cual se formula esa pretensión. Por consiguiente, tiene calidad de tal quien como actor o demandado pida la protección de una pretensión jurídica por los órganos jurisdiccionales (3).

d) Pueden ser parte todas las personas, tanto físicas

(2) CARNELUTTI, *Sistema*, nº 147.

(3) ROCCO, *Derecho procesal civil*, pág. 236.

como de existencia ideal, o sean los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones (cód. civ., arts. 30, 31, 32, 35, etc.)^(3/1). La relación procesal, según hemos visto (IV, 8), supone una vinculación jurídica, en cuanto ella está regulada por la ley, de la que derivan facultades y deberes que se traducen en efectos procesales, como la cosa juzgada, pero que también puede traducirse en efectos substanciales, como la responsabilidad por el pago de las costas. Por lo demás, no cabe duda que la sentencia, como los otros medios de extinción de la relación procesal, influye en la relación jurídica substancial en cuanto por ella puede perderse o adquirirse un derecho, y en ese sentido no sería inexacto decir que pueden ser partes en un proceso quienes sean sujetos de la litis.

e) Una misma persona puede tener en el proceso la calidad de parte actora y demandada, como ocurre en el caso de reconvención, y aunque ordinariamente actúan dos personas, una como actora y otra como demandada, pueden varias personas constituir una sola parte (pluralidad de actores o demandados), o cada una de ellas una parte distinta (proceso con pluralidad de partes), o tratarse de varias cuestiones que interesen a las mismas partes (pluralidad de proceso) y aun comprender a terceros. Pero lo que caracteriza a las partes en todos estos casos es la sujeción a la relación procesal. Además, aunque ordinariamente al sujeto activo en la relación jurídica substancial corresponde la función de actor en el proceso, nada impide que pueda asumirla el sujeto pasivo, como ocurre en el caso en que el deu-

(3/1) A los efectos impositivos debe entenderse por "persona" y/o "entidad" los sujetos de derecho que tienen personalidad y patrimonio propios, con capacidad jurídica y aptitud para adquirir y ser titulares de derechos y para contraer obligaciones, ya sean personas de existencia visible o de existencia ideal, aunque estas últimas no lleguen a revestir el carácter de personas jurídicas. (Cám. Nac. Esp. (B), *Jurisp. Arg.*, 1952-III, pág. 126).

dor demanda la declaración de prescripción de su deuda o la nulidad del título donde consta la obligación (III, 18), porque el ejercicio de la acción lo convierte en actor.

f) Después de lo dicho casi no hay necesidad de agregar que el representante legal no es parte en el proceso. El padre, como el marido, el tutor o el curador, no ejercitan la acción en su interés, sino en el de sus representados. Distinto es el caso en que lo hace en ejercicio de un derecho derivado de la patria potestad o del poder marital. Lo mismo y con mayor razón puede decirse tratándose del representante convencional (procurador, administrador, etc.), que sólo ejercitan un mandato.

2. Capacidad procesal⁽⁴⁾.

a) Pero no siempre el que puede ser parte en un proceso está habilitado para actuar por sí mismo; para ello se requiere, además, capacidad procesal (*legitimatio ad processum*). Así como la regla es que a la capacidad de derecho corresponda la capacidad de hecho, también lo normal es que quien se considere titular de un derecho pueda defenderlo personalmente en el proceso, pero justamente a la incapacidad de hecho corresponde la incapacidad procesal, porque en ambos casos se trata de una incapacidad de obrar ^(4/1). La falta de capacidad procesal hace procedente una excepción, también procesal, de falta de personalidad en el actor o en el

(4) CARNELUTTI, *Sistema*, n° 135; CHIOVENDA, *Instituciones*, n° 227; GOLDSCHMIDT, *Tratado*, pág. 229; ROCCO, *Derecho procesal civil*, pág. 240; SALVAT, *Derecho civil*, parte general, págs. 322, 350 y 354; JOFRÉ, t. 3, pág. 100; SCHONKE, *Der. proc.*, pág. 88; SATTA, *Dir. proc.*, pág. 59; GUASP, *Comentarios*, t. 1, pág. 23; PRIETO CASTRO, *Exposición*, t. 1, pág. 124.

(4/1) La capacidad de derecho es la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones; la capacidad de hecho es la aptitud para realizar por sí mismo actos jurídicos. Un incapaz de hecho puede adquirir derechos y contraer obligaciones, pero no por sí mismo sino por intermedio de su representante legal o del que se le nombre en su caso.

demandado (cód. proc. civ., art. 84, inc. 2º), que impide la constitución de la relación procesal, porque la capacidad constituye uno de sus presupuestos (IV, 9). Por consiguiente, para determinar la capacidad de la parte hay que referirse a las disposiciones de las leyes de fondo (*infra*, V, 24).

b) La incapacidad de hecho puede ser absoluta o relativa. Tienen incapacidad absoluta, según el art. 54 del código civil: 1º) las personas por nacer; 2º) los menores impúberes; 3º) los dementes; 4º) los sordomudos que no saben darse a entender por escrito; 5º) los ausentes declarados tales en juicio. Estas personas pueden intervenir como actoras o demandadas, pero sólo por intermedio de sus representantes legales ⁽⁵⁾, y de ellas nos ocupamos al tratar de la representación en general (*infra*, 24). Son incapaces de ciertos actos o del modo de ejercerlos, según el art. 55 del código civil: 1º) los menores adultos; 2º) las mujeres casadas. A ellos hay que agregar: 3º) el concursado civilmente (cód. proc. civ., art. 727); 4º) el fallido (ley 11.719, art. 104); 5º) los condenados a reclusión o prisión por más de tres años (cód. penal, art. 12).

c) Son menores adultos los mayores de catorce años hasta los veintidós cumplidos (cód. civ., art. 127). Pueden ejercer los siguientes actos y, en consecuencia, tienen capacidad para comparecer en los juicios a que ellos se refieran: 1º) Contraer matrimonio, la mujer a los catorce años y el hombre a los dieciséis (ley 14.394, art. 14); 2º) Si ejercieren algún empleo público, profesión o industria, se presume que están autorizados por sus padres para celebrar todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria que ejercieren (cód. civ., art. 283); 3º)

(5) Puede citarse a un menor a reconocer la firma de un documento, pues su comparecencia y el reconocimiento no importan estar personalmente en juicio (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 4, pág. 176; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 18, pág. 1196).

Pueden por sí solos proveer a su defensa (6) en juicio cuando fuesen criminalmente acusados (íd., art. 286); 49) Pueden reconocer sus hijos naturales (íd., art. 286); 59) El menor que tenga dieciocho años cumplidos puede ejercer el comercio con autorización de sus padres y será reputado mayor para todos los actos y obligaciones comerciales (cód. com., arts. 10 y 11) (7). En la justicia del trabajo se recono-

(6) No podrán iniciar acciones criminales, porque para ello se requiere la plena capacidad (cód. proc. crim., arts. 155 y 170) (Cám. Crim. y Correc., *Gac. del Foro*, t. 23, pág. 111).

(7) Como consecuencia cesa la incapacidad que pesaba sobre él y queda autorizado para realizar toda clase de actos jurídicos de administración o de disposición de sus bienes con tal, solamente, que ellos se relacionen con los actos y operaciones comerciales. La capacidad del menor autorizado para ejercer el comercio resulta, desde este punto de vista, mucho más extensa que la capacidad del emancipado en razón del matrimonio, porque en tanto que la capacidad de aquél es amplia, como se desprende del texto legal citado y del art. 19 del mismo código de comercio, en el caso de emancipación por el matrimonio ella está sometida a las limitaciones enumeradas en los arts. 134 y 135 del cód. civ. El efecto de la autorización para ejercer el comercio, lo mismo que el de la emancipación civil por el matrimonio, es la entrega al menor de la posesión y administración de sus bienes, para que en adelante él los administre y disponga de ellos dentro de la capacidad que las respectivas leyes le confieren. Es lógico que así sea, porque de nada le serviría al menor que la ley le confiera autorización para ejercer el comercio, y lo equipare a este efecto al mayor de edad, si por otro lado le negara la posesión y administración de sus bienes; el ejercicio del comercio le sería al menor prácticamente imposible, y la autorización conferida le resultaría absolutamente desprovista de eficacia e interés. Las excepciones a este principio deben resultar expresamente de la ley, y si bien ellas existen en materia de emancipación civil, ninguna se encuentra, en lo tocante a la autorización, conferida de conformidad a los arts. 10 y 11 del cód. de com. Así, el menor autorizado para ejercer el comercio puede pedir la entrega de un legado constituido a su favor (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 14, pág. 500). Lo mismo, cuando el hijo mayor de dieciocho años fuese asociado al comercio del padre (cód. com., art. 12), su capacidad estará limitada a las operaciones mercantiles de la sociedad, pero podrá intervenir en juicio como socio de la misma. Ver RIVAROLA, *Derecho comercial*, t. 2, pág. 71; SAGOVIA, *Cód. de comercio*, t. 1, pág. 72; SIBURU, nos. 325, 347 y 348.

ce a los menores adultos la misma capacidad de los mayores y así pueden estar en juicio y otorgar mandato previa autorización del Ministerio Público del Trabajo (ley 12.948, art. 37)(^{7/1}).

d) El menor emancipado por su matrimonio no puede estar en juicio por pleito civil sin autorización judicial, según el art. 135 del código civil (^{7/2}). Pero esta disposición requiere algunas aclaraciones. Desde luego, rige únicamente para el varón, porque, como lo explicaremos a continuación, para la mujer casada actúan otros principios. Además, puede, sin autorización judicial, según el mismo art. 135, contraer deudas hasta quinientos pesos (⁸), así como celebrar arrendamientos como arrendadores o arrendatarios por plazo que no exceda de tres años, y en estos casos ninguna razón hay para que no puedan intervenir personalmente en las cuestiones judiciales a que esos actos den origen. Fuera de ello será necesaria la autorización judicial, que no se limitará a una formalidad, sino que comprenderá la designación de un curador en cada caso, el cual llevará la representación del menor en el juicio, pudiendo ser designado el que éste indique, salvo que no reúna condiciones de idoneidad (⁹). La disposición comprende tanto los juicios conten-

(^{7/1}) Se ha declarado que las actuaciones cumplidas en el proceso laboral por un menor impúber quedan convalidadas con la intervención del Ministerio Pupilar, debiendo nombrársele un tutor especial (Trib. del Trabajo de Pergamino, B. Aires, *La Ley*, t. 75, pág. 169).

(^{7/2}) BORCA, *Capacidad de los menores emancipados para estar en juicio* (Rev. *Colegio de Abogados*, B. Aires, 1946, pág. 479).

(⁸) Se refiere a cada operación tomada aisladamente; si en el curso de sus operaciones el menor llega con la realización de varias a exceder esa suma, las obligaciones contraídas, como los pagos recibidos, serán válidos; pero si se tratara de una sola operación dividida en varias para eludir la ley, la obligación o el pago serán nulos (SALVAT, pág. 351; Cám. Civ. 1ª, 6 octubre 1910, en *Jur. Trib. Nacionales*).

(⁹) SALVAT, pág. 353; SEGOVIA, *Cód. Civ.*, t. 1, pág. 43, nota 5; Cám. Civ., *Fallos*, t. 43, pág. 238; Cám. Civ. 2ª, *Gac. del Foro*, t. 38, pág. 206; t. 45, pág. 294.

ciosos como los de jurisdicción voluntaria, y así el menor emancipado debe intervenir, representado por un curador, en el juicio sucesorio en que fuere parte ⁽¹⁰⁾.

e) La situación de la mujer casada ha variado fundamentalmente después de la sanción de la ley 11.357, que la coloca en condición más ventajosa que la de su marido, pues aun siendo menor de edad, puede estar en juicio sin venia marital ni autorización judicial en causas civiles o criminales que afecten su persona o sus bienes o la persona o bienes de sus hijos menores, de un matrimonio anterior (art. 3, inc. g, y art. 7) ⁽¹¹⁾. Ello importa la abrogación de los

(10) Cám. Civ., *Fallos*, t. 43, pág. 238. Contra: *Gac. del Foro*, t. 45, pág. 174. Por excepción, en el juicio de divorcio el menor (varón) no será representado, sino asistido por el curador (ley matr. civ., art. 69). Tampoco es necesaria la designación de curador a fin de ejecutar algunos de los actos mencionados en el art. 135, como contratar un préstamo hipotecario (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 38, pág. 334).

(11) SALVAT, pág. 354; ZEBALLOS CRISTOBO, *Derechos civiles de la mujer*; YORIO, *Tratado de la capacidad jurídica de la mujer* (B. Aires, 1943). La mujer casada menor de edad puede, sin necesidad de autorización judicial o marital, estar en juicio que afecte a su persona o sus bienes (Cám. Nac. Civ. (B), *Jurisp. Arg.*, 1954-III, pág. 305). En su vista el fiscal Dr. Padilla expresa: "Si bien tiempo atrás las opiniones sobre la necesidad de designar un curador en los casos como el presente eran encontradas (ver reseña en BORCA, *Capacidad de los menores emancipados para estar en juicio*, *Rev. Colegio de Abogados de B. Aires*, 1946, n° 3, pág. 479), en la actualidad, salvo alguna opinión aislada (entre otros, BUSO, t. 1, pág. 650, y t. 2, pág. 241) ha prevalecido la tesis en nuestra jurisprudencia, que sostiene la derogación del art. 69, L. Matr. civ., por la ley 11.357 (conf. LAFAILLE, *Familia*, pág. 146; DÍAZ DE GUIJARRO, nota en *Jurisp. Arg.*, 1944-II, pág. 190; ARIAS, *Derecho de familia*, págs. 145 y 201; ALSINA, t. 1, pág. 282, y *Gac. del Foro*, t. 103, págs. 218 y 225, y t. 117, pág. 122), lo cual hace innecesaria la designación aludida. Por su parte, ALFREDO ORGAZ entiende (*Personas individuales*, B. Aires, 1936, pág. 316) que el art. 7 de la ley 11.357 no ha derogado respecto de la mujer casada menor de edad ni los arts. 135 y 1239 del código civil ni el art. 69 de la ley de matrimonio civil y que por lo tanto para estar en cualquier clase de juicio necesita la previa autorización del marido o del juez y la representación, o la asistencia en su caso, de un curador. En cambio, LAFAILLE (*Derecho de familia*,

arts. 188, que prohibía a la mujer casada mayor de edad estar en juicio sin autorización marital, y 135, inciso final, del código civil, que impedía a la mujer casada menor de edad estar en juicio en pleito civil sin autorización judicial, así como su complementario, el art. 69 de la ley de matrimonio civil, según el cual en tales casos debía actuar asistida de un curador especial⁽¹²⁾. Por el hecho, pues, del matrimonio, la mujer adquiere plena capacidad de obrar, sin que sea previamente necesario que asuma la administración de sus bienes⁽¹³⁾ y sin que la pierda aun cuando luego quede viuda menor de edad⁽¹⁴⁾; está, en consecuencia, obligada a intervenir en juicio contra ella, sin que le sea permitido invocar la incapacidad establecida en el art. 57 del código civil⁽¹⁵⁾. Tampoco es necesaria la intervención del ministerio pupilar en los pleitos en que ella sea parte⁽¹⁶⁾.

f) Con la declaración del concurso civil cesa la personería del concursado para intervenir en los autos en que sea actor o demandado para dar paso a la intervención del síndico (cód. proc., art. 727), y no la recupera aunque haya formulado oposición al concurso mientras que el auto que or-

n^{os}. 180 y 319) estima que los citados preceptos del código civil han quedado derogados por la ley 11.357, mas no solamente con relación a la mujer emancipada, sino también el varón, pues el propósito de dicha ley ha sido establecer una igualdad de derechos entre los cónyuges y no cabe autorizar una desigualdad en contra del varón. RÉBORA (*Estatuto de la mujer casada*, n^o 60) es de opinión de que la disposición es de interpretación restrictiva.

(12) Cám. Civ. 1^a, *Jurisp. Arg.*, t. 33, pág. 504; t. 40, pág. 436; SPOTA, *La capacidad jurídica de la mujer casada para contraer obligaciones y estar en juicio* (*Jurisp. Arg.*, 1944-I, pág. 503).

(13) Cám. Civ. 1^a, *Jurisp. Arg.*, t. 24, pág. 797; Cám. Civ. 2^a, *Jurisp. Arg.*, t. 30, pág. 707. Véase nota de DÍAZ DE GUIJARRO en *Jurisp. Arg.*, t. 46, pág. 237.

(14) Cám. Civ. 1^a, *Jurisp. Arg.*, t. 40, pág. 436. Contra: Cám. Civ. 2^a, *Jurisp. Arg.*, 1944-II, pág. 190.

(15) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 60, pág. 615.

(16) Cám. Civ. 2^a, *Jurisp. Arg.*, t. 40, pág. 197.

denó su apertura no sea revocado por el tribunal (art. 725) (17) o el concurso haya cesado en sus efectos. Únicamente tiene capacidad para estar en juicio cuando se trate de acciones inherentes a su persona (18).

g) El fallido queda de hecho separado e inhabilitado, desde el día de la declaración de quiebra, de la administración de todos los bienes, incluso los que por cualquier título adquiriese mientras se halle en estado de interdicción de la quiebra (18/1). Podrá, sin embargo, ejercer aquellas acciones que tengan por objeto derechos inherentes a su persona o que sean meramente conservatorios de sus bienes y derechos. Cesa igualmente en los mandatos y comisiones que hubiese recibido antes de la quiebra, y sus mandatarios o factores cesan desde el día en que llegara la quiebra a su conocimiento. Conserva la administración de los bienes de su mujer y de sus hijos, pero los frutos o rentas que le corresponden pueden ser traídos a la masa de sus bienes (cód. com., arts. 104 a 107). Por consiguiente, su incapacidad es igualmente relativa, y puede estar en juicio respecto de estos actos (19).

(17) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 55, pág. 884.

(18) Ver nota de DÍAZ DE GUJARRO en *Jurisp. Arg.*, t. 54, pág. 114. El principio de la falta de personería del concursado para estar en juicio no existe sino con respecto a los bienes que corresponden a la masa del concurso. Por tanto, está facultado para intervenir personalmente en el juicio que un tercero sigue contra el concurso por escrituración de un bien vendido por el deudor con anterioridad a la cesión de bienes (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, 1942-II, pág. 550).

(18/1) La masa de acreedores, representada por el síndico, tiene carácter de tercero respecto del fallido, de los acreedores individuales y en general de cualquier otro ente de derecho. En consecuencia, el contradocumento privado otorgado por el fallido, que probaría entre las partes la simulación de una venta que se le hizo, no tiene efecto ni valor alguno contra la quiebra (Cám. Nac. Apel. Com. (B), *Jurisp. Arg.*, 1952-III, pág. 205).

(19) La incapacidad del concursado es sólo relativa, y por eso se ha declarado que puede solicitar personalmente beneficio de competencia (Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 62, pág. 241); hacer manifestaciones

h) El art. 12 del código penal establece que: “La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal por la índole del delito. Importan, además, la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por acto entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el código civil para los incapaces”. Se trata de una incapacidad de hecho relativa, semejante a la del menor adulto en cuanto ambas contienen restricciones importantes a la facultad de obrar y supeditan la voluntad del sujeto a una representación necesaria, aunque difieren ostensiblemente en sus fundamentos y alcances (20).

tendientes a salvaguardar su conducta (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 8, pág. 289); recusar con causa o sin ella en el incidente de oposición (*Jurisp. Arg.*, t. 58, pág. 785, y jurisprudencia allí citada); pedir medidas conservatorias (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 23, pág. 928); alegar la prescripción o perención no opuesta por el síndico (Corte Suprema de Buenos Aires, *Jurisp. Arg.*, t. 9, pág. 348); pedir la agregación de pruebas (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 28, pág. 75); impugnar honorarios regulados al síndico (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 42, pág. 190); solicitar la entrega de instrumentos y muebles necesarios para el ejercicio de su profesión (Cám. Civ., t. 172, pág. 142); el parcelamiento de un inmueble a los efectos de la venta (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 2, pág. 612); etc.

(20) H. P. LANFRANCO, *La incapacidad civil de los penados*; A. ORGAZ, *Incapacidad civil de los penados* (para quien se trataría de una incapacidad absoluta). La representación legal de un penado, mientras no tenga curador definitivo, corresponde al curador oficial. En consecuencia, la notificación de una demanda contra el penado, hecha a la esposa del mismo antes de su designación como curadora, no suple la falta de notificación al curador oficial. No obsta a esto la disposición del art. 476, C. C., que establece que la esposa es la curadora legítima y necesaria del marido, pues para que esa representación se produzca es necesario peticionarla judicialmente y que el juez la discierna (Cám. Nac. Civ., *Jurisp. Arg.*, 1955-II, pág. 208).

3. Capacidad de las sociedades civiles y comerciales⁽²¹⁾.

a) Tratándose de las personas jurídicas, no hay mayor dificultad para admitir su calidad de partes en un juicio, pues el código civil, después de enumerarlas en los arts. 33 y 34, determina su capacidad en los arts. 35 a 43, de los cuales resulta que son entes jurídicos distintos de sus miembros y en tal carácter sujetos activos y pasivos de derechos, cuya capacidad procesal se determina de acuerdo con las disposiciones de sus respectivos estatutos. En cuanto a la capacidad de las entidades autárquicas, habrá que estar a los términos de la ley de su creación (XIII, 21).

b) La dificultad se presenta con relación a las simples sociedades civiles y comerciales que no tienen el carácter de personas jurídicas (cód. civ., art. 46) y respecto de las cuales se discute si tienen una personalidad distinta de los socios que las componen. Doctrinariamente, la personalidad

(21) COLMO, *Personalidad de las sociedades* (Anales de la Facultad de Derecho, 1915, págs. 74 y sig.); ISAAC HALPERIN, *La personalidad jurídica de las sociedades civiles y comerciales* (Revista Crítica de Jurisprudencia, t. 3, pág. 85); F. MARTÍN Y HERREIRA, *La convocación de acreedores y la quiebra*, 2ª parte, 1923, pág. 20; C. M. HERRÁN, *Sociedades y asociaciones sin personalidad jurídica* (Jurisp. Arg., t. 68, doctrina, pág. 108); PÁEZ, *Naturaleza jurídica de la asociación* (La Ley, t. 16, doct., pág. 7); íd., *Derecho asociacional* (La Ley, t. 23, pág. 526, y Jurisp. Arg., t. 76, pág. 854); íd., *Derecho de las asociaciones* (B. Aires, 1940); L. COLOMBO, *Personería jurídica y personalidad gremial* (La Ley, t. 49, pág. 979); A. TABOADA, *Personalidad jurídica de las sociedades mercantiles* (Cuestiones de derecho comercial, pág. 169); REBOLLO PAZ, *Personalidad jurídica de las sociedades* (Gac. del Foro, nº 3046, pág. 167); F. FIGUEROA, *Personalidad y nacionalidad de las corporaciones y sociedades comerciales*, B. Aires, 1944; AZTIRIA, *La personalidad de las sociedades comerciales y el art. 46 del cód. civil* (Rev. Jurídica, Córdoba, abril-junio 1949); CUETO RÚA, *La prueba testimonial y de confesión en el representante de una persona jurídica* (Jurisp. Arg., 1946-II, pág. 534); RUBINSTEIN, *Personalidad de las sociedades civiles y comerciales* (edición Fac. C. Jur. y Sociales, La Plata, 1954).

de estas sociedades se justifica en razón de su finalidad, que no es otra que la realización del derecho; legalmente, son numerosos los textos que autorizan a admitir esa personalidad. Los arts. 1649, 1713 y 1714 del código civil hablan del capital social; los arts. 1677, 1691 y 1694 disponen que dichas sociedades pueden contratar por medio de sus representantes, siendo la sociedad la acreedora o la obligada y no sus componentes; los arts. 1678 y 1680 establecen que la sociedad puede individualizarse con un nombre; por el art. 1712 dispone que no es admitida la excepción de compensación del crédito social y la deuda de los socios; el art. 291, inc. 3º, del código de comercio estatuye que las sociedades comerciales deben tener un nombre y un domicilio, que es propiedad de la sociedad, según el art. 300; el art. 406 dice que los aportes de cosas hechos por los socios en propiedad son del dominio social; el art. 417 consagra la afectación de los bienes sociales a las deudas de la sociedad; el art. 443 establece la responsabilidad meramente subsidiaria de los socios. Por su parte, la jurisprudencia ha admitido que las sociedades son entes jurídicos distintos de los socios, tanto por lo que respecta a las civiles ⁽²²⁾ como a las comerciales ⁽²³⁾. Sin embargo, la personalidad jurídica de estas sociedades es más restringida que la de las personas jurídicas, pues sólo debe admitírsela en la esfera contractual y al solo efecto de adquirir derechos y contraer obligaciones ^(23/1).

c) Pero admitida la personalidad jurídica de las sociedades civiles y comerciales, lo que les permite ser partes

(22) Cám. Civ. 1ª, *La Ley*, t. 61, pág. 648; t. 18, pág. 946; t. 26, pág. 726; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 29, pág. 475. Contra: Cám. Civ. 1ª, *La Ley*, t. 7, pág. 1031; Cám. Civ. 2ª, *La Ley*, t. 36, pág. 785.

(23) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 12, pág. 189; t. 20, pág. 424; *La Ley*, t. 2, pág. 1011.

(23/1) Los cónyuges no pueden formar entre sí, y con mayor razón si intervienen extraños, una sociedad colectiva (Cám. 2ª Civ. y Com. La Plata, *Jurisp. Arg.*, 1953-IV, pág. 331).

en un proceso, no cabe decir lo mismo en cuanto a su capacidad procesal. Su incapacidad de hecho, que es una consecuencia necesaria de su existencia ideal, está prevista por el art. 35 del código civil, que aunque se refiere a las personas jurídicas es aplicable a aquéllas por las consideraciones expuestas en la nota a dicho artículo, y, en consecuencia, podrán actuar en juicio por medio de los representantes que sus estatutos o, en su defecto, las leyes hubiesen establecido. Así, la demanda debe notificarse al representante legal de la sociedad o a todos los socios tratándose de una sociedad civil, o a un socio solidario si se trata de una sociedad comercial.

Actuación de las partes en el proceso (24)

4. Límite de actuación de los sujetos procesales.

a) Hemos dicho que la actuación de los sujetos procesales es lo que mejor explica la naturaleza del proceso. En efecto; su mecanismo resulta más accesible si se examina cómo las partes y el juez desarrollan sus actividades y los motivos, desde luego no contrarios pero sí diferentes, que los mueve.

b) La fuerza que impulsa a las partes es el interés de obrar para obtener un pronunciamiento judicial en su favor. El Estado exige como condición para que sus órganos entren en actividad determinados actos de las partes (demanda, contestación, oposición de excepciones, aportación de pruebas, etc.), que ellas deben ejecutar como único modo de ob-

(24) CHIOVENDA, *Instituciones*, nº 258; KISCH, *Elementos*, pág. 17; COUTURE, *El principio de la libertad en el sistema del proceso civil*; MIGUEL Y ROMERO, *Principios de derecho procesal*, nº 437; ROCCO, *Derecho procesal civil*, pág. 244; WYNESS MILLAR, *Principios formativos*, pág. 59; COSTA, *Manuale*, pág. 80.

tener una sentencia. Su actuación en el proceso es, por tanto, decisiva: ellas provocan la intervención judicial y preparan el material de conocimiento. El interés, entonces, de las partes en obtener una sentencia favorable, supone el ejercicio de actos procesales en beneficio propio. El juez, en cambio, no tiene un interés dependiente del proceso fuera del interés general en la realización de la justicia. Por eso no depende de él actuar o dejar de hacerlo. Las partes tienen el derecho de exigir su actuación (lo cual constituye la acción), y el juez tiene la obligación formal de obrar, porque es en su actuación donde aquéllas encuentran la satisfacción de sus derechos.

c) El principio individualista difundido por la revolución francesa inspiró los primeros códigos procesales, reconociendo a las partes como titulares de la litis el dominio del proceso y dando a la sentencia los caracteres de un cuasi contrato. Las nuevas orientaciones jurídicas consideran prevalente el interés de la comunidad en la justa composición de la litis, y de aquí que la situación del juez en el proceso haya evolucionado a medida que aquél salió del derecho privado para ingresar al derecho público. De mero espectador se ha convertido en director del proceso, cuyas funciones tienden a ampliarse. A él corresponde en primer término la apreciación de las condiciones en que se constituye la relación procesal (capacidad, competencia, formas de la demanda y la contestación), porque de ellas depende la validez de la sentencia y de ahí que pueda declarar de oficio su inexistencia.

d) Precisamente esta contraposición de facultades es lo que define el carácter del proceso, porque el acrecentamiento de las unas se hace necesariamente a expensas de las otras, y por eso cuanto más se amplían las facultades del juez o se las restringe, más se aproxima el proceso al derecho público o al privado. Hasta dónde conviene extender las atribuciones judiciales a costa de las de los litigantes, es

cuestión de cultura jurídica; un régimen procesal adecuado, desde este punto de vista, que impida la arbitrariedad, es todavía un problema en países más adelantados que el nuestro (24/1).

e) El examen de los actos que las partes pueden ejecutar permite clasificarlos en tres categorías: 1ª) Actos que pueden realizar libremente, es decir, que no requieren conformidad ni del juez ni de la contraparte (iniciar una demanda, desistir de ella, interponer recursos, etc.); 2ª) Actos que requieren acuerdo de las partes (administración de la cosa común, designación de peritos, etc.); 3ª) Actos que no pueden ejecutarse ni aun mediando acuerdo entre las partes (oposición de excepciones fuera de término, etc.).

f) Considerando la actividad de las partes en sí misma con relación al orden jurisdiccional, surgen diversas cuestiones que reclaman una consideración especial. Desde luego, no puede decirse que ellas estén obligadas a prestarse al debate, como lo demuestra el hecho de existir el juicio contumacial en que el proceso se desarrolla en rebeldía de la parte que no está presente. Pero, cuando ellas se someten a la jurisdicción del tribunal, su actuación está regida por dos principios fundamentales: el deber de conducirse con buena fe y el de auxiliar al tribunal.

5. El deber de veracidad (25).

a) La cuestión de saber si las partes están obligadas a conducirse con buena fe en el proceso es todavía materia de

(24/1) Al ocuparnos de los sistemas dispositivo e inquisitivo (*supra*, I, 20/21) hemos visto que la posición de las partes y del juez varía en uno u otro sistema de acuerdo con la extensión de las facultades que se les confiera y que el acrecentamiento de unas se hace siempre a expensas de las otras. De esta cuestión volveremos a tratar al examinar los poderes del juez en el proceso civil (*infra*, cap. X, 26).

(25) CARNELUTTI, *Sistema*, n.º 352; *id.*, *Intorno al progetto preliminare di codice di procedura civile*; *id.*, *Instituciones*, n.º 216; CHIOVEN-

controversia y presenta no pocas dificultades. Desde luego, cualquiera que fuese el concepto que se tenga de la función judicial, no cabe duda que es una exigencia moral que la actividad de los sujetos procesales se desenvuelva con sujeción al principio de lealtad, a fin de que el pronunciamiento que recaiga sea la expresión de la justicia ⁽²⁶⁾. Pero la dificultad está en saber si es posible convertir esa exigencia moral en un deber jurídico, y, en caso afirmativo, cuáles son los textos legales que lo sancionan.

DA, *Principii*, pág. 744; *id.*, *Instituciones*, n° 270; CALAMANDREI, *Parere della Facoltà di Giurisprudenza di Firenze sul Progetto preliminare di codice di procedura civile*; *id.*, *Instituciones*, pág. 339; KISCH, *Elementos*, pág. 121; COUTURE, *El deber de decir verdad*; *id.*, *Oralidad y regla moral en el proceso civil*; SILVA MELERO, *El llamado deber de decir verdad* (*Rev. General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, enero, 1939, pág. 718); J. R. POBETTI, *Consideraciones sobre el principio de moralidad en el proceso civil* (*Rev. de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, agosto, 1940, pág. 205); K. GROSSMANN, *El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles. Legislación comparada* (*Jurispr. Arg.* t. 71, doctrina, págs. 9 y 18); COSTA, *Il dolo processuale in tema civile e penale*; DA CUNHA, *O dolo e o direito judiciário civil*; LIEBMAN, *Corso*, pág. 86; LOIS ESTÉVEZ, *Teoría del fraude en el proceso civil*, Sgo. de Compostela, 1947; ALIPIO SILVEIRA, *La buena fe en el proceso civil* (*Rev. Der. Proc.* (A). 1947, 1, pág. 226); FURTADO DOS SANTOS, *La punición de los litigantes de mala fe en el derecho patrio* (*Boletín del Ministerio de Justicia*, 1948, pág. 44); CARLO CALVOSA, *Riflessioni sulla frode alla legge nel processo* (*Studi in onore di Redenti*, t. 1, pág. 205); J. OLYMPIO DE CASTRO (FILHO), *Abuso do direito no processo civil* (Belo Horizonte, 1955); BARTOLONI FERRO, *Boletín del Instituto de Der. Proc.*, Santa Fe, 1950, pág. 12.

(26) Ya en la legislación española existían disposiciones de carácter general al respecto, como la ley XLIV, tit. III, Pda. 3ª, que castigaba con la pérdida del crédito al acreedor que lo aumentaba maliciosamente, pero ella es hoy inaplicable en presencia del art. 216 del cód. proc. civ.: la ley I, tit. II, lib. IV de la Nueva Recopilación, que exigía el juramento en la demanda de que se tenía prueba de los hechos alegados; la Real Cédula de Aranjuez, de Carlos IV (1794), donde se fijan normas para el tribunal del consulado de Buenos Aires y se dispone que en los juicios se ha de proceder siempre a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada.

b) La solución está vinculada a la naturaleza que se atribuya al proceso y a la posición que se asigne en el mismo a las partes. Frente a un proceso de carácter dispositivo, el problema presenta todavía dos aspectos, pues hay que distinguir la simple afirmación de los hechos, del supuesto que medie una interrogación de parte o del juez. En el primer caso, sin entrar a distinguir si se trata de un acto de voluntad o simplemente de una manifestación de conocimiento, la circunstancia de que el proceso no tenga por fin la verdad objetiva, sino la que resulta de las pruebas aportadas al mismo, deja a las partes en absoluta libertad para silenciar algunos hechos o presentarlos en forma determinada, de acuerdo con las pruebas de que dispongan. Eso no importa autorizar la falsedad, sino que sería una contradicción con el principio dispositivo imponer sanciones para todos los casos en que los litigantes no hayan relatado los hechos con absoluta fidelidad. Por otra parte, no siempre resulta fácil establecer la existencia de una falsedad y con mayor razón cuando ella es el fruto de una colusión entre los litigantes, como ocurre generalmente en los procesos simulados (deudor apremiado por sus acreedores que se hace embargar sus bienes por un tercero, ejecuciones supuestas para obtener la venta judicial de un bien, etc.). Sin embargo, el hecho de que no pueda sancionarse en estos casos la obligación de veracidad no significa que el juez esté obligado a aceptar las conclusiones de las partes, porque, constatada la colusión, puede fundar en ella una declaración de ineficacia del acto. Si la falsedad emana de una de las partes, la prueba estará a cargo de la otra y la cuestión no ofrecerá dificultad. En estos supuestos la autoridad de la cosa juzgada de la sentencia impedirá que la falsedad pueda ser declarada a petición de una de las partes, lo cual no afectará naturalmente la situación de los terceros, a quienes no se puede oponer la cosa juzgada y nada impide que demuestren el carácter simulado de un proceso (como el acreedor en

trance de ser defraudado) para obtener, mediante la acción declarativa correspondiente, la ineficacia a su respecto de la sentencia dictada en el mismo (27). Por otra parte, si el principio dispositivo constituye obstáculo para la imposición de sanciones a la mala fe de los litigantes, ello no alcanza a los terceros que intervengan en el mismo, y por eso el código penal reprime al testigo, perito o intérprete que afirme una falsedad, o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe o interpretación ante autoridad competente (art. 275).

c) Distinta es la situación cuando se incurre en falsedad al contestar bajo juramento una interrogación de la otra parte o del juez (prueba de absolución de posiciones), excluyendo desde luego el supuesto error. El perjuro debe ser objeto de una sanción especial, porque, evidentemente, su propósito de engañar al juez, tiene en este caso una repercusión que no puede pasar inadvertida al legislador, desde que constituye un agravio a la sociedad misma. La ley 2, tít. VII, lib. IV de la Nueva Recopilación castigaba al perjuro disponiendo que si fuese el actor perdiera la causa y si fuese el demandado se le tuviera por confeso; pero esta disposición es hoy inaplicable porque no sólo resulta excesiva la sanción que impone, sino que contraría la regla del art. 216 del código de procedimiento en cuanto establece que el juez

(27) El art. 302 del Proyecto de reformas al código civil establece que cuando hubiere connivencia fraudulenta entre las partes, los terceros perjudicados podrán ejercer la acción revocatoria. Este principio fué ya establecido, aunque incidentalmente, por la Cám. Civ. 2ª, al declarar que si existe dolo o fraude, el principio de autoridad de la cosa juzgada y la regla del valor obligatorio de los actos del deudor no tienen aplicación (*Jurisp. Arg.*, t. 38, pág. 354). Sobre el particular, COUTURE, *La acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta* (*Rev. de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, febrero, 1940, pág. 13).

debe atenerse a las manifestaciones de las partes en su sentencia (27/1).

d) En cambio, en un proceso que sin llegar a ser inquisitivo se faculta al juez para investigar los hechos sin atenerse a la actividad de las partes, no sólo la constatación de la falsedad resulta posible, sino que ella puede ser sancionada porque dado el fin público que al proceso se atribuye es inadmisibles que los litigantes puedan faltar impunemente a la verdad. En la legislación comparada encontramos dos tendencias respecto de esta cuestión: una se limita a establecer el principio y la otra lo sanciona (27/2). En la primera se cuentan Alemania (párrafo 138) y Austria (párrafo 178), que sólo disponen que las partes deben hacer sus afirmaciones conforme a la verdad, declaración meramente doctrinaria que se considera insuficiente para lograr el fin que se persigue. En la segunda figuran Suecia (párrafo 8, cap. xiv), Dinamarca (párrafo 325), que establecen como sanción una

(27/1) Además, la ley 14.237, art. 95, ha derogado el art. 814 del cód. de proc. y el art. 374 de la ley 50, que permitían la aplicación supletoria de las leyes españolas. Sobre el tema volveremos al tratar de la prueba de confesión por absolución de posiciones (cap. xxi, 35). Ver: AYARRAGARAY, *El perjurio*, B. Aires, 1945.

(27/2) CARNELUTTI dice (*Sistema*, nº 352) que es necesario distinguir el lado lógico del lado práctico. Bajo el primer aspecto, la moderna concepción del proceso elimina todo obstáculo al reconocimiento de la obligación de decir verdad, porque el proceso se sigue en interés público y tiende a un resultado de justicia y por ello la parte sirve al proceso y no el proceso a la parte y el llamado principio dispositivo es nada más que una directriz de conveniencia que puede ser limitado; pero bajo el segundo aspecto la cuestión es más delicada, porque cualquier límite señalado a las partes compromete al rendimiento del proceso; éste se desenvuelve por medio del contradictorio, que es una lucha, de la que no se puede, sino de un modo relativo, desterrar la astucia y la fuerza. Es decir que la solución del problema debe ser una solución de proporciones. Por su parte, CALAMANDREI afirma que ese principio viola el derecho de defensa (*Il processo come giuoco, Scritti giuridici in onore di Carnelutti*, t. II, pág. 506). Ver la Relación GRANDI, cap. 17, del proyecto de código italiano.

multa; Italia, después de establecer que las partes, sus procuradores y defensores tienen el deber de actuar con probidad y lealtad (art. 88), dispone que si el vencido hubiese actuado de mala fe será condenado, además, al pago de las costas no reembolsables que hubiese ocasionado (art. 96); Méjico (art. 1041) y Colombia (art. 1074), que imponen las costas al que se hubiese conducido con mala fe, y, por último, Brasil, que es sobre la materia el más explícito de todos. Su código de procedimiento, de reciente vigencia (I, 35), contiene tres disposiciones interesantes: El art. 3, según el cual responderá por daños y perjuicios la parte que intentase una demanda por emulación, mero capricho o error grosero. El art. 63, que establece que, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3, la parte vencida que hubiese alterado intencionalmente la verdad o se hubiese conducido de modo temerario en el curso de la litis, provocando incidentes manifiestamente infundados, será condenada a reembolsar a la vencedora las costas del proceso. Cuando, no obstante resultar vencedora, la parte se hubiese conducido de modo temerario en cualquier incidente o acto del proceso, el juez deberá condenarla a pagar a la parte contraria los gastos a que hubiere dado causa. Cuando la parte vencedora o vencida hubiera procedido con dolo, fraude, violencia o simulación, será condenada a pagar el décuplo de las costas. Si la temeridad o malicia fuese imputable al procurador, el juez elevará el caso al conocimiento del consejo local de la Orden de los Abogados del Brasil, sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores. Por fin, el art. 115 dice que cuando las circunstancias de la causa convencieren que el actor y el demandado se han servido del proceso para realizar un acto simulado o conseguir un fin prohibido por la ley, el juez dictará una resolución que obste a ese objetivo.

e) Nuestro código procesal no contiene ninguna regla que establezca la obligación de veracidad y menos una sanción para el caso de mala fe. Solamente puede mencionarse

el art. 221, que autoriza al juez a eximir en todo o en parte de las costas al vencido, siempre que encuentre mérito para ello, debiendo expresarlo en su pronunciamiento bajo pena de nulidad. Tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia se inclinan a considerar que esta disposición ampara la buena fe, pero que no castiga la mala fe, pues estiman que el juez puede aplicarla sólo cuando el vencido ha tenido razón probable para litigar. Ésta, sin embargo, no es, como hemos visto, la tendencia de la legislación moderna, que ve en la aplicación de las costas el único medio de garantizar la moralidad en el proceso. La omisión de nuestro código era evidente, y debemos recordar, con este motivo, que, a proposición del doctor J. Ramiro Podetti, el Congreso de Ciencias Procesales, reunido en Córdoba en 1939, declaró que la legislación debe consagrar en forma expresa, y con mayor extensión que la actual, la vigencia de los principios morales dentro del proceso. La ley 14.237, de reformas al código de procedimientos, en su art. 21 autoriza al juez a sancionar "todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe", pero no establece reglas para su determinación (27/3),

(27/3) Dice LIEBMAN (*Corso*, pág. 86): "En la actividad que desarrollan en el proceso, son libres de actuar en el modo que consideren más idóneo, para hacer prevalecer su interés. Sin embargo, esta libertad tiene sus límites y si las partes no los observan cumplen una actividad ilícita que la ley prohíbe. No es fácil precisar estos límites, dada la gran variedad de situaciones en que las partes pueden encontrarse. La ley usa una forma elástica y genérica, que el intérprete puede adaptar a los casos concretos. Dispone el art. 88 del código de procedimientos que las partes y sus defensores "tienen el deber de comportarse en juicio con lealtad y probidad". Este deber, que más que una obligación jurídica, debe ser considerado como un precepto moral, significa que las partes deben respetarse recíprocamente en su carácter de contradictores en el juicio y respetar el principio de igualdad en sus posiciones respectivas; por lo que cada parte debe evitar de recurrir a actitudes o artificios que impidan a la otra parte hacer valer sus razones ante el juez, en todos los modos y con todas las garantías establecidas por la ley. Por ello se considera prohibido espe-

ni indica la sanción para el caso de violación de ese deber ^(27/4). No obstante, el juez podría, como lo autoriza el código italiano ^(27/5), deducir de esa circunstancia una presunción que le permita apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, conforme lo dispone el art. 36 de la ley 14.237.

cialmente todo lo que turba la plena aplicación del principio del contradictorio; por ejemplo, llevar a conocimiento del juez elementos de prueba o alegaciones jurídicas en condiciones tales que el adversario no tenga conocimiento o no tenga tiempo para responder. Entra también en el concepto todo cuanto se haga para impedir a la otra parte valerse de los medios de prueba de que pudiera disponer (un caso especial es considerado por la ley como motivo que justifica la revocación de la sentencia: imposibilidad de presentar un documento por fuerza mayor o causa imputable al contrario, art. 95, n° 3), o de proponer en tiempo útil una impugnación que le corresponde. Esta obligación está sancionada, por fuerza de las cosas, de modo imperfecto. Si su transgresión ocasiona a la otra parte gastos, la parte culpable debe ser condenada a reembolsarle, independientemente de la pérdida del juicio (art. 192). Pero el mayor significado de esta obligación es el poder que la ley atribuye al juez de proveer lo necesario a fin de que el procedimiento tenga un desenvolvimiento leal (art. 175); él podrá entonces ejercitar un control, algo así como una policía moralizadora sobre la actividad de las partes, previniendo, si es posible, o al menos reprimiendo toda forma de conducta desleal de una parte con la otra".

^(27/4) Díaz, *Exégesis del art. 23 de la ley 14.237* (Rev. Der. Proc. (A), 1953, I, pág. 271), señala que algunos propician el establecimiento de severas sanciones (Cód. La Rioja, art. 200; COUTURE, *Fundamentos*, pág. 118), en tanto que otros facultan al juez para deducir del incumplimiento del deber un fundamento (SCHONKE, pág. 35; CALAMANDREI, *Instituciones*, pág. 340; Cód. Jujuy, art. 16; Proyecto del P. Ejecutivo, art. 16).

^(27/5) Dice el art. 116 del mencionado código: "El juez debe valorar las pruebas de acuerdo a su prudente apreciación, salvo que la ley disponga de otra manera. El juez puede deducir argumentos de prueba de las respuestas que dan las partes en virtud del artículo siguiente (interrogatorio no formal), de la denegación injustificada en permitir las inspecciones por él ordenadas y, en general, del comportamiento de las partes en el proceso".

6. Obligación de auxiliar al tribunal ⁽²⁸⁾.

a) También es materia de divergencia la cuestión de saber si las partes tienen la obligación de auxiliar al tribunal, en el sentido de facilitarle el conocimiento de los hechos y en caso de ejecución de no realizar actos que obstaculicen el cumplimiento de sus resoluciones, o si se trata simplemente de una exigencia moral derivada de la naturaleza pública de la función jurisdiccional.

b) Desde luego, teniendo en cuenta el carácter dispositivo del proceso, rige el principio de que nadie está obligado a suministrar pruebas al contrario ^(28/1), consecuencia de la regla según la cual al que afirma un hecho corresponde la prueba del mismo. En efecto, hemos dicho que a las partes incumbe la afirmación de los hechos y la aportación de la prueba, pero ha de entenderse que esa obligación es con relación al juez y que no vincula al contrario. Es decir, que el juez tendrá por no probado el hecho afirmado y prescindirá del mismo en su sentencia.

c) Sin embargo, existen casos en que el juez puede, a pedido de la parte contraria, intimar la producción de una prueba cuando su existencia esté debidamente constatada. Tal ocurre, por ejemplo, cuando una de las partes reconoce tener en su poder un documento o esa circunstancia resulta acreditada por otros medios. Esa obligación deriva del principio de que el testimonio constituye una carga no sólo para los terceros, sino también para las partes, y el cual tiene una consagración expresa en la prueba de confesión mediante la absolución de posiciones. Pero a diferencia de lo que aquí ocurre, en que la negativa del absolvente a contestar una posición autoriza a tenerlo por confeso en la senten-

(28) CARNELUTTI, *Sistema*, nº 300; KISCH, *Elementos*, pág. 122.

(28/1) COUTURE, *Sobre el precepto nemo tenetur edere contra se* (Rev. Der. Proc. (A), 1943, I, pág. 53).

cia, la negativa a presentar el documento sólo permite tener por exacto el hecho afirmado por quien solicitó la intimación cuando se halle corroborada por otros elementos, vale decir que constituye una presunción que puede ser destruída por prueba en contrario. Si en cambio se tratase de un documento común del cual no existe sino un solo ejemplar, la intimación puede hacerse bajo apercibimiento de tenerse por exactas las afirmaciones hechas por la contraparte respecto de su contenido. De ello volveremos a ocuparnos al estudiar la prueba instrumental.

Sucesión y substitución de partes (29)

7. Concepto.

a) La relación procesal puede sufrir durante la tramitación del proceso un cambio en los sujetos, sea respecto del juez, sea respecto de las partes. El cambio de la persona del juez tiene lugar generalmente por vacancia del cargo, producida por fallecimiento, renuncia, remoción o ascenso del titular, pero desde el punto de vista de la relación procesal sólo tiene importancia en cuanto permite a las partes hacer uso en ciertos casos del derecho a recusar al nuevo juez con causa justificada. El cambio de partes, por el contrario, produce efectos más importantes, porque supone la transmisión de las facultades y deberes procesales que esa posición significa.

b) El cambio de sujetos en la relación jurídica substancial puede tener lugar antes de la iniciación del proceso, y

(29) CARNELUTTI, *La sucesión en el litigio* (Rev. Crítica de Jurisprudencia, t. 2, pág. 236); íd., *Estudios de derecho procesal*, t. II, pág. 35; CHIOVENDA, *Principii*, pág. 871; íd., *Instituciones*, nº 361; KISCH, *Elementos*, pág. 328; GOLDSCHMIDT, *Tratado*, pág. 328.

en tal caso va implícita la facultad de constituirse en parte formal, porque, como hemos dicho, uno de los modos de transmisión de la acción es precisamente la transmisión del derecho. Pero cuando la transmisión se produce pendiente el proceso, el substituto no siempre puede asumir el carácter de parte, porque para ello se requieren determinadas condiciones que vamos a examinar.

c) Hay que comenzar por distinguir entre sucesión y substitución de partes, conceptos aun no fijados con claridad por la doctrina, no obstante ser distintos por su naturaleza y contenido. Para algunos hay sucesión en todos los casos en que exista una transmisión del derecho substancial, y siendo así, también sería sucesor el adquirente de la cosa litigiosa a título singular. Para otros se incluyen en el concepto de substitución la intervención adhesiva, la substitución procesal y otras figuras del proceso. Sin embargo, la distinción no parece difícil si se arranca de un concepto fundamental: en la sucesión hay continuación de la personalidad del causante, en la substitución sólo hay un cambio de la personalidad del titular del derecho. Así, la sucesión se produce en caso de fallecimiento de la parte, y la substitución en caso de enajenación de la cosa litigiosa.

8. Fallecimiento de la parte.

a) La muerte de una de las partes produce la suspensión de la relación procesal (IV, 12), pero no su extinción, por cuanto el heredero no sólo sucede en los bienes y deudas del causante, sino que continúa su persona (cód. civ., art. 3417), y aun cuando hay un cambio físico, en realidad hay unidad jurídica, de manera que no puede decirse que la relación procesal haya sido alterada (^{29/1}). La declarato-

(^{29/1}) En el juicio contra una sociedad colectiva en disolución, durante cuyo trámite muere uno de los socios, son nulos los proce-

ria de herederos (o la aprobación del testamento en su caso) sólo individualiza a los sucesores, pero no les confiere una distinta calidad. Reintegrada la relación procesal con la intervención de los herederos, éstos ocupan la misma situación que tenía el causante, de tal manera que los actos cumplidos quedan firmes y tendrán en adelante las mismas facultades y deberes que a aquél correspondía.

b) Mientras subsiste el estado de indivisión de la herencia, ésta constituye una entidad jurídica de la que los herederos son solamente sus elementos, y en ese caso ellos constituyen una sola parte. Producida la partición, cada heredero puede asumir el carácter de parte distinta, pero en ese caso se produce el estado de litis consorcial que autoriza la unificación de la personería (IV, 4).

9. Enajenación de la cosa litigiosa.

a) Tiene lugar la substitución a título singular cuando la cosa litigiosa es enajenada a un tercero. La enajenación puede traducirse en un daño para la parte contraria a la que la efectuó, y es necesario, en consecuencia, garantizarla dentro del proceso. Así, si pendiente el juicio de reivindicación, el demandado enajena el fundo, el actor no debe sufrir las consecuencias de este acto permitiendo que el tercer adquirente alegue que ha sido extraño al proceso. De dos maneras puede procurarse esa garantía: o se prohíbe la enajenación de la cosa autorizando una medida precautoria (embargo, inhibición, anotación de litis), o se permite la enajenación,

dimientos diligenciados con los herederos de éste, por cuanto tales herederos son terceros con relación a la sociedad y la representación de ésta, que ejercía el socio fallecido, no pasa a sus herederos, salvo que se hubiera hecho personalmente responsable de las deudas de la sociedad, caso en que desaparecería la responsabilidad de la sociedad y la subsidiaria de los socios (Cám. Fed. La Plata, *Jurispr. Arg.*, 1950-IV, pág. 701).

pero en forma que el proceso continúe entre las partes originarias, con efecto también respecto del tercero a quien se hará extensivo mediante el procedimiento de la intervención obligada.

b) En este segundo caso, tenemos una substitución de parte, puesto que la que enajenó la cosa litigiosa continúa actuando, pero en representación de un interés ajeno, o sea del adquirente. Éste no puede intervenir en el proceso sino con el consentimiento de la parte actora, y en este supuesto, a la substitución en la relación substancial, habrá que agregar la substitución en la relación procesal. Esto se explica porque la sentencia debe referirse al momento en que se trabó la relación procesal, y los hechos posteriores no pueden alterarla sino cuando media conformidad de los sujetos procesales.

c) Es necesario distinguir todavía entre substitución de partes y substitución procesal. En la substitución de partes hay un cambio en la relación jurídica substancial que se produce durante el proceso. En la substitución procesal los sujetos de la relación substancial son los mismos, pero el derecho no lo ejerce el titular, sino un tercero en su propio interés. Volveremos sobre esta distinción (VII, 8).

Representación en juicio ⁽³⁰⁾

10. Concepto.

Todo litigante tiene el derecho de comparecer personalmente ante cualquier juez para la defensa de sus dere-

(30) CARNELUTTI, *Sistema*, nos. 138 y 141; CHIOVENDA, *Instituciones*, nos. 227 y 229; JOFRÉ, *Manual*, t. 3, pág. 105; CASTRO, *Procedimientos civiles*, t. 1, pág. 177; RODRÍGUEZ, *Comentarios*, t. 1, pág. 49; LAGARMILLA, *De los abogados, procuradores, actuarios y alguaciles*, pág. 64.

chos (cód. proc. civ., art. 9), pero en algunos casos es la parte misma quien delega esa intervención en un tercero que actúa en nombre suyo, mientras que en otros, por tratarse de incapaces de hecho, la ley impone la intervención de la persona que integra su capacidad. En el primer supuesto existe representación convencional, y en el segundo representación legal. Nos ocuparemos de ellas sucesivamente, pero como ambas están sometidas a prescripciones comunes, las examinaremos en primer término.

11. Justificación de la personería.

a) Tanto la representación legal como la convencional se hallan sujetas a las mismas disposiciones en cuanto a los modos y oportunidad de la justificación de la personería, por lo que corresponde ocuparse de ellas antes de entrar al examen de las instituciones en particular. Dispone a este respecto el art. 13 del código de procedimiento: "La persona que se presente en juicio por un hecho que no sea propio, aunque le competa ejercerlo en virtud de representación legal, deberá acompañar, con su primer escrito, los documentos que acrediten el carácter que invista". Y agrega el art. 14: "Los apoderados o procuradores acreditarán su personalidad desde la primera gestión que hagan en nombre de sus poderdantes, con la competente escritura de poder". Examinaremos por separado los diferentes casos que pueden presentarse al respecto.

b) Los representantes de los incapaces justificarán su personería acompañando un testimonio del auto de designación o de la escritura de discernimiento del cargo, según lo prescriba la ley de fondo. Pero tratándose de padres llamados a representar a sus hijos en ejercicio de la patria potestad, no están obligados a justificar ese carácter, porque el estado civil de la persona que comparece en juicio no re-

quiere comprobación mientras no le sea terminantemente negado ⁽³¹⁾. Los representantes de las sociedades justificarán su carácter de tales con los estatutos o contratos testimoniados en forma de donde resulte su designación y la extensión de sus facultades.

c) Los apoderados o procuradores acreditarán su personalidad con la correspondiente escritura de poder ^(31/1). Si la representación fuese conferida por contrato, el poder debe ser otorgado ante escribano público (cód. civ., arts. 1184, inc. 7º, y 1870, inc. 6º) ⁽³²⁾; pero si el mandato ha sido

(31) Corte Sup., t. 67, pág. 97; Cám. Civ., t. 14, pág. 300; t. 15, pág. 381; t. 18, pág. 55.

(31/1) Ver *infra*, n° 14. Los desgloses de poder cuando se solicita su devolución para otros usos, deberán hacerse con transcripción íntegra de ellos en los autos, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 49 del Reglamento para la justicia nacional del 17 de diciembre de 1952.

(32) Tratándose de poderes otorgados por mandatarios, el art. 1003 del cód. civ. (reformado por la ley 9151) dispone que: "Si los instrumentos estuviesen otorgados o protocolizados (antes de la reforma decía sólo otorgados) en el registro del escribano o hubiesen sido ya transcriptos en su protocolo con anterioridad, bastará que éste dé fe de hallarse ellos en su protocolo, indicando la foja en que se encontraren y transcribiendo solamente la parte pertinente de los mismos". Como regla general, la jurisprudencia ha exigido que del contexto de la escritura surja la amplitud, naturaleza y extensión de las facultades conferidas de modo que se consideren pertinentes las cláusulas que a estas circunstancias se refieren y las que deben ser transcriptas, no bastando las simples referencias (Cám. Civ. en pleno, *Jurisp. Arg.*, t. 7, pág. 55, y t. 9, pág. 338). Cuando el poder fuese otorgado por un representante de una sociedad anónima, en algunos casos se ha considerado suficiente la transcripción del poder del otorgante (Cám. Civ. en pleno, *Jurisp. Arg.*, t. 10, pág. 378, n.), mientras que en otros pronunciamientos posteriores se ha exigido, además, la transcripción del acto constitutivo de la sociedad, por lo menos en su parte pertinente, y las actas que autorizan la realización del acto y nombran representante de la sociedad a ese efecto al otorgante del poder (Cám. Civ. en pleno, *Jurisp. Arg.*, t. 6, pág. 45). Si se trata de poderes no insertos en el protocolo del escribano autorizante, corresponde la transcripción íntegra del documento habilitante, no siendo suficiente la de la parte pertinente (Cám. Civ. en pleno, *Jurisp. Arg.*, t. 10, pág.

conferido judicialmente, basta el testimonio del auto respectivo (33).

d) Los representantes del fisco que obran en virtud de leyes especiales, acreditarán su personería por medio del nombramiento sin requerirse escritura pública (34).

378; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 34, pág. 1367; Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 32, pág. 927; C. PETRACCHI, *Procuraciones y documentos habilitantes*, *Revista Notarial*, La Plata, n° 647, junio 1949). En la justicia de paz la representación en juicio se rige por las disposiciones de la ley 10.996, sobre ejercicio de la procuración, pero cuando el asunto no excede de quinientos pesos, podrá otorgarse carta-poder ante el secretario del juzgado respectivo, previa justificación de la identidad del otorgante y deberá ser firmada por el secretario y el otorgante o, a su ruego, por cualquier persona en caso de impedimento (ley 11.924, art. 62). En la justicia del trabajo el poder se otorga, cualquiera sea el monto del juicio, ante el presidente de la Comisión de Conciliación, o el secretario del juzgado de primera instancia (ley 12.948, art. 36, pero ello no excluye, desde luego, la presentación de poder otorgado ante escribano público). En los juicios de quiebra basta una carta-poder (art. 25, ley 11.729), pero ello no autoriza a deducir incidentes de nulidad (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, 1946-I, pág. 883).

(33) Cam. Civ., t. 164, págs. 94 y 270; Cám. Clv. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 27, pág. 1187; t. 33, pág. 546; t. 41, pág. 647.

(34) Cam. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 48, pág. 859. Por resolución 31 de la Dirección General Impositiva del 25 de septiembre de 1947 se dispuso: Art. 1. — En los juicios por cobro de impuestos, multas, recargos, intereses, contribuciones y demás gravámenes cuya aplicación, percepción y fiscalización está a cargo de la Dirección General Impositiva, la representación del Fisco será ejercida separada, conjunta o indistintamente por los cobradores fiscales ya designados o que en adelante se designen. La personería de los actuales cobradores fiscales deberá considerarse extendida a los juicios por cobro de todos los gravámenes, aunque en su nombramiento se le haya limitado a algunos de ellos solamente.

Por resolución 249 del 6 de julio de 1951 se dispuso: Art. 1. Agrégase como art. 8 de la resolución 31 del 25 de septiembre de 1947 la siguiente: "Los funcionarios que deben actuar en virtud de lo dispuesto en los arts. 2 y 4 ejercerán sus funciones con la limitación de que no podrán allanarse o desistir ni total ni parcialmente, transar, percibir, hacer renunciaciones, remisión, quitas, salvo autorización expresa y por escrito de la Dirección. En cuanto a los funcionarios enumerados en el art. 1 necesitarán para ejercer cualquiera

e) Los empleados públicos cuyo nombramiento ha sido debidamente publicado, no necesitan documentos que acrediten su personalidad, bastando invocar el carácter que invisten (³⁵).

f) Los poderes otorgados en el extranjero se rigen, en cuanto a su forma, por las leyes del país en que han sido otorgados (³⁶), pero en cuanto a sus efectos se rigen por las

de las facultades establecidas precedentemente, autorización expresa y escrita de la Dirección Cobradores Fiscales en la Capital y en el Interior del Jefe de la Delegación respectiva. Posteriormente, la resolución del 22 de junio de 1950 estableció: Art. 1. Facúltase a los encargados de las Delegaciones y sus abogados auxiliares para comparecer ante la justicia federal en los juicios por cobro de impuestos, multas, derechos, etc., cuya aplicación, percepción y fiscalización esté a cargo de la Dirección General Impositiva cuando por ausencia, impedimento o separación del cargo no puedan hacerlo los cobradores fiscales. Por último, por resolución del 5 de mayo de 1954 se dispuso: "A los efectos del cobro judicial de los impuestos, derechos, contribuciones, sobreprecios, intereses, multas u otras cargas, la personería de los cobradores fiscales podrá ser certificada por los funcionarios que en virtud de las facultades acordadas por el decreto 25.227/53 pueden liquidar las correspondientes boletas de deuda".

(³⁵) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 5, pág. 181.

(³⁶) Corte Sup., *Fallos*, t. 21, pág. 251; t. 32, pág. 118; t. 48, pág. 98; Cám. Civ., *Fallos*, t. 143, pág. 94; Cám. Civ. 1^a, *Jurisp. Arg.*, t. 41, pág. 324; Cám. Fed., *Jurisp. Arg.*, t. 7, pág. 270. Sin embargo, en algún caso se exigió el cumplimiento del art. 1003 del cód. civil —transcripción de documentos habilitantes— por considerarse de orden público (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 13, pág. 215, con nota de C. A. ALCORTA, criticando esta solución).

La Cám. Civ. 1^a resolvió: "Ninguna ley ni tratado internacional reconoce validez en nuestro país al mandato transmitido por telégrafo. No lo autoriza el decreto reglamentario de la función de los cónsules porque el art. 111 estatuye franquicias no ajustadas a la ley de fondo en cuanto a la copia de los poderes y porque además el precepto se remite a la ley 750 1/2, arts. 44 y 82, que legislan sobre contratos que pueden celebrarse por correspondencia epistolar y a la constatación de la identidad de los remitentes por telegrama, por lo cual las normas son inaplicables a otros actos realizados por particulares (*Jurisp. Arg.*, 1944-IV, pág. 662). En el mismo sentido se pronunciaron la Cám. 1^a Civ. y Com. de La Plata (*Jurisp. Arg.*, t. 54.

leyes argentinas, conforme a lo dispuesto por el art. 1209 del cód. civil (^{36/1}).

Representación convencional

12. Principios generales.

La representación convencional está legislada en las leyes de forma, pero ya veremos cómo ciertas disposiciones del código civil le son aplicables. El art. 9 del código de procedimiento dispone que: "Tiene igualmente todo litigante el derecho de comparecer personalmente ante cualesquiera jueces o tribunales, o hacerse representar por cualquier persona hábil, mayor de edad, sea o no procurador recibido". Nuestro código consagra, pues, el principio de libertad de comparecencia (³⁷), a diferencia de otras legislaciones

pág. 228) y la Cámara de Apelación de Tucumán. Es de hacer notar que a raíz de una consulta formulada al Colegio de Escribanos de esta Capital, su Consejo Directivo tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la validez de las copias telegráficas de testimonios otorgados ante los cónsules argentinos y remitidas por éstos al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación. En ambos dictámenes, el de la mayoría y el de la minoría, se admitió la validez de dichas copias (*Rev. del Notariado*, n° 503, año 1943, pág. 359). Nota de C.A.P. en el *Boletín del Inst. de Enseñanza Práctica* de la Fac. de Derecho y C. Sociales, B. Aires, 1945, pág. 98).

(^{36/1}) Así, el mandato otorgado en el extranjero no puede ser substituído si no se encuentra expresamente autorizado para ello de acuerdo con nuestra legislación (Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, 1952-IV, pág. 357).

(³⁷) El art. 18 de la Constitución nacional garantiza la libertad de defenderse por sí mismo (Corte Sup., t. 83, pág. 325). Por eso no podría imponerse la representación obligatoria en juicio (JOFRÉ, *Manual*, t. I, pág. 245). Desde este punto de vista, es discutible la validez del art. 24 del cód. de Santa Fe, que impone la representación, salvo las excepciones que enumera. No obstante, ROSAS LICHTSCHNEIN entien-

que han establecido la representación obligatoria (38), pero, desde la sanción de la ley 10.996, la representación no puede ser conferida sino a los procuradores (39) inscriptos en la

de que no existe impedimento constitucional y que la representación obligatoria ha dado excelentes resultados (*Boletín del Inst. Der. Procesoal*, Santa Fe, julio 1950, pág. 18). La ley 5177 de la provincia de Buenos Aires, del 6 de noviembre de 1947, que reglamenta el ejercicio de las profesiones de abogado y procurador, establece en su art. 189: "Salvo los casos de representación obligatoria sancionados por las leyes en vigencia, toda persona puede comparecer por derecho propio en juicio siempre que actúe con patrocinio letrado, sin perjuicio de que conforme a las leyes del mandato pueda hacerse representar por abogado o procurador de la matrícula".

(38) En Francia es obligatoria la intervención de *avoués*, como representantes de las partes. Su número es limitado y tienen la categoría de oficiales ministeriales, es decir, funcionarios públicos; tienen a su cargo la tramitación del proceso ante los tribunales de primera instancia y las Cortes de Apelaciones, pero no pueden exponer (*plaider*) ante el tribunal, porque ésa es función del abogado. Su autoridad es tan grande, que no necesita justificar el mandato que invoca, bastando su palabra, y sus facultades tan amplias, que no requieren autorización de su mandante para ningún acto de procedimiento (Ver MOREL, 2º ed. pág. 163).

(39) En Grecia no se conocieron los procuradores, ni tampoco en Roma, mientras subsistió el sistema de las acciones de la ley. Fué con la implantación del procedimiento formulario que aparecieron como consecuencia de las dificultades que presentaba en la práctica, actuando como dueños aparentes del litigio, para lo cual se hacía figurar al mandante en la *intentio* de la fórmula, y en la *condemnatio* se fallaba a favor o en contra del mandatario. En la antigua legislación española, cuando tenía que litigar un príncipe o un obispo, debía necesariamente hacerlo por medio de procurador, "para que no desfallezca la verdad por miedo al poderío"; fuera de estos casos, toda persona podía defenderse por sí misma o hacerse representar por otra. La ley 9, tít. III, lib. II del Fuero Juzgo obligaba al rico que litigaba con pobre a nombrar procurador que tuviera igual o menor fortuna que su contrario, y, a la inversa, al pobre que pleiteaba con rico le daba el derecho de hacerse representar por persona tan poderosa como lo fuera su adversario. El tít. V de la Partida III declaraba facultativa la comparecencia por apoderado, y fué la Novísima Recopilación que obligó a presentarse en juicio por medio de procurador ante los tribunales superiores.

matrícula, salvo los casos especialmente exceptuados por la misma ley (40).

13. Personas que pueden ejercer la procuración.

La representación en juicio ante los tribunales de cualquier fuero de la Capital de la República, en los territorios nacionales y ante la justicia nacional en las provincias, sólo puede ser ejercida, de conformidad con el art. 1 de la ley 10.996 (40/1), por las siguientes personas (40/2):

(40) La falta de inscripción de la matrícula anula las actuaciones, ha dicho la Cám. Civ. 2ª (*Jurisp. Arg.*, t. 31, pág. 581), pero la Cám. Civ. 1ª ha declarado que sólo corresponde mandar cesar la intervención del procurador (*Jurisp. Arg.*, t. 7, pág. 153; *La Ley*, t. 23, pág. 626; t. 37, pág. 828; Cám. de Paz, *Jurisp. Arg.*, t. 66, pág. 426), y ésta es, a nuestro juicio, la solución que corresponde, porque no se trata de un requisito que afecte a la relación procesal sino de una condición impuesta al profesional cuya omisión no debe perjudicar a su mandante, que es la parte en el proceso. El Superior Tribunal de Santa Fe ha declarado: "Carece de personería el procurador cuya fianza ha caducado y como su actuación posterior constituye una violación de las normas de orden público dictadas en ejercicio del poder de policía que el Estado tiene sobre las profesiones, los jueces están facultados para decretar de oficio la nulidad de tales actuaciones, la que no es subsanable por ratificación posterior del mismo mandatario después de la renovación de la fianza" (*Rep. Santa Fe*, t. 1, pág. 314). También la Cámara 2ª Civil y Comercial de La Plata, resolvió que "el hecho de que por demora imputable al Registro de Mandatos no haya podido presentar en término el poder, no obsta a que se declare nulo todo lo actuado con su intervención" (*Jurisp. Arg.*, 1953-III, pág. 213). De más está repetir que discrepamos de esta solución.

(40/1) Reglamentada por la acordada de la Corte Suprema del 29 de noviembre de 1919, que crea el Registro de Procuradores, determina sus funciones y establece los requisitos para la inscripción.

(40/2) El decreto-ley 30.439 del 9 de noviembre de 1944, ratificado por la ley 12.997 y modificado por la ley 14.170/52, sobre Arancel de Honorarios de Abogados y Procuradores, establece: "Art. 42. — Las personas que careciendo de título habilitante ejercitaren o intentaren ejercitar directa o indirectamente actividades profesionales de abogado o procurador, serán reprimidas con multa de quinientos pesos en la primera infracción y arresto de treinta días no redimibles por dinero en los casos de reincidencia. Si se tratase de escribano de registro, la infracción a este artículo será reprimida con multa equiva-

a) *Por los abogados con título expedido por Universidad Nacional.* — La inscripción en la matrícula de procuradores es indispensable para que un abogado pueda representar en juicio ⁽⁴¹⁾; pero puede ejercer simultáneamente la profesión de abogado y la de procurador ⁽⁴²⁾.

b) *Por los procuradores inscriptos en la matrícula correspondiente.* — En la Capital de la República el Registro de matrícula está a cargo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; en las provincias es función de las Cámaras Nacionales de Apelaciones y en los territorios corresponde a

lente al honorario que hubiere correspondido al abogado y procurador de acuerdo con las disposiciones del presente decreto, y en caso de reincidencia con la misma multa y además el retiro definitivo de su registro para los escribanos de la Capital Federal y territorios nacionales. *Art. 43.* — El que asuma o anuncie la redacción de escritos o el diligenciamiento de trámites judiciales careciendo de título de abogado o procurador, incurrirá en las sanciones establecidas en el artículo anterior. *Art. 44.* — Ninguna persona, corporación o entidad podrá usar las denominaciones de estudio, consultorio, oficina, asesoría jurídica u otras semejantes, sin tener y mencionar los abogados que tengan a su cargo, personal y exclusivamente su dirección, bajo las penas fijadas en el art. 42 para los componentes y encargados de los mismos, y sin perjuicio de la clausura del local a simple requerimiento de las asociaciones profesionales de abogados y procuradores”

(41) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 21, pág. 609; Cám. Civ. en pleno, *Jurisp. Arg.*, t. 7, pág. 208; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 4, pág. 519. Corresponde inscribir en matrícula de procuradores al extranjero perteneciente a un Estado signatario del Tratado de Montevideo (Paraguay), que tiene título universitario otorgado en su país para el ejercicio de la procuración (o abogacía). Por título o diploma debe entenderse el documento otorgado con el fin de capacitar para el desempeño de una profesión liberal; además para su validez internacional se requiere que dicho título o diploma haya sido otorgado a persona que cursó sus estudios en algunas de las Facultades del Estado signatario respectivo. En esta situación es inaplicable el art. 3 de la ley 10.996 (Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, 1943-IV, pág. 352).

(42) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 9, pág. 9; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 15, pág. 307; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 19, pág. 962. Ver en *Jurisp. Arg.*, de C. A. ALCORTA, t. 5, pág. 503; de REYNAL • CONNOR, t. 7 pág. 208; AYARRAGARAY, t. 18, doctrina, pág. 60.

los jueces letrados (art. 2). La inscripción en la matrícula que lleva la Corte Suprema habilita para ejercer la representación en cualquier tribunal nacional de la República y ante la justicia de la Capital Federal (43); pero la inscripción en alguno de los tribunales inferiores no habilita para ejercer la representación ante la Corte Suprema en causas en que ella intervenga originariamente, sino cuando sea para proseguir un juicio venido en grado de apelación (44).

e) *Por los escribanos nacionales que no ejerzan la profesión de tales.* — Luego veremos que también los escribanos provinciales, con cierta reserva, pueden ejercer la representación ante los tribunales federales, pero en todo caso es exigido el requisito de la matrícula (art. 12).

14. Personas exceptuadas del requisito de la matrícula.

La ley establece varias excepciones en cuya virtud pueden ejercer la representación en juicio ciertas personas aunque no estén inscriptas en la matrícula, pero quedando sujetas siempre a las demás disposiciones referentes al ejercicio de la procuración, y son las siguientes:

a) *Los que ejerzan una representación legal.* — La errónea colocación de este precepto (art. 1, inc. 4º) no permite, a primera vista, apreciar su carácter de excepción, pero ello es evidente si se tiene en cuenta que tales representantes sólo ocasionalmente actuarán ante la justicia. La extensión de los términos, que no hacen distinciones, importa comprender no sólo a los representantes de los incapaces (cód. civ., art. 57), sino también a los de las personas ideales, tanto las que tienen personería jurídica (íd., art. 35) como las que sin tener ese carácter pueden actuar en juicio representadas por sus administradores en virtud de disposiciones le-

(43) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 33, pág. 401.

(44) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 31, pág. 364.

gales (como en las sociedades civiles —cód. civ., art. 1676— y en las comerciales —cód. com., art. 411—) (44/1) (44/2).

b) *Las personas de familia dentro del segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad* (art. 15, parte 1ª). — Por ejemplo, el hijo que representa al padre (45). En algún caso se ha exigido la justificación del vínculo (46), pero

(44/1) Ante la Comisión de Conciliación y las de Arbitraje en la Justicia del Trabajo, las partes deberán comparecer personalmente, pudiendo en caso de impedimento ser representadas: a) Por parientes del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad; b) Tratándose de empleados u obreros, por compañeros de trabajo; c) Tratándose de asociaciones, sociedades o empleados, la representación podrá ser ejercida por sus directores, asociados, gerentes o empleados superiores con poder suficiente (Ley 12.948, art. 35).

(44/2) En sus relaciones con el consignatario de la carga, el agente marítimo es un mandatario *ex lege* del armador, carácter que resulta de los arts. 842, 847 inc. 3º, 859 y 863 de las Ordenanzas de Aduana y de las enseñanzas de la doctrina. Por eso el consignatario de la mercadería residente en el país tiene facultad para hacer efectiva la responsabilidad de los armadores extranjeros, cuyos agentes son obligados a representar a sus mandantes en la discusión de las diferencias surgidas con ocasión del transporte, sin perjuicio de que la responsabilidad sólo pueda hacerse efectiva en los armadores y no en los agentes representantes. No importa que en el caso el navío no haya llegado al país, si está acreditado que éste era su destino, y porque la razón de que el agente marítimo sea representante del armador, es que los consignatarios tengan una persona autorizada con la cual discutir las divergencias que puedan surgir del transporte marítimo (Cám. Fed. Cap., *Jurisp. Arg.*, 1943-II, pág. 833). RAY, *El agente marítimo. Responsabilidad y personería en juicio por derechos u obligaciones de los armadores* (La Ley, t. 70, pág. 874). Los agentes marítimos, como representantes del propietario o armador del buque lo representan también en el juicio, tanto activa como pasivamente, en todo lo que entra dentro de la órbita de su actividad comercial. No procede dirigir la demanda contra los agentes marítimos como responsables directos; dichos agentes sólo pueden ser traídos a juicio en su carácter de representantes de los propietarios o armadores (Cám. Nac. Esp., La Ley, t. 74, pág. 627).

(45) Cám. Fed. de la Cap., *Jurisp. Arg.*, t. 4, pág. 477.

(46) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 38, pág. 694.

esto sólo es necesario cuando se le niega expresamente. El cuñado no está comprendido en la excepción (47).

c) *Los mandatarios generales con facultad de administrar, respecto de los actos de administración* (art. 15, parte 2ª). — Esta disposición ha sido interpretada en forma restrictiva por la jurisprudencia; así, la facultad de administrar en general no autoriza a representar en juicio si éste no tiene por objeto un acto de gestión (48); ni para demandar el pago de un préstamo con garantía hipotecaria contratado directamente con el mandante (49); para demandar el cobro de honorarios médicos (50); para gestionar el cobro de un documento suscripto a favor del mandante (51). Sin embargo, en algunos casos la exigencia no ha sido estricta, y así se ha permitido al administrador de los bienes de un heredero percibir fondos pertenecientes a su mandante en

(47) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 39, pág. 482.

(48) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 30, pág. 644; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 46, pág. 271.

(49) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 18, pág. 559. El mandatario general para administrar bienes que no está inscripto en la matrícula de procuradores no puede representar al mandante en una ejecución hipotecaria promovida en su contra. El caso no está comprendido en la excepción estatuida por la ley 10.996, art. 15, parte final (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, 1942-II, pág. 662).

(50) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 11, pág. 359.

(51) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 12, pág. 583. Las personas a que se refiere el art. 15 de la ley 10.996 no tienen la facultad de contestar demandas ordinarias; su intervención en juicio en representación del mandante se limita a las gestiones directamente derivadas de los actos de administración (Cám. Civ. 2ª, *La Ley*, t. 11, pág. 474). Por su parte, la Cám. Com. resolvió: "El mandatario general con facultad de administrar puede estar en juicio por su poderdante en las causas en que no están en juego su persona ni sus derechos personales y sí sólo actos de administración y de disposición de su patrimonio" (*La Ley*, t. 68, pág. 297). Ver sobre el tema, LAJE, *Actos de administración, de disposición y de enajenación* (*Jurisp. Arg.*, 1950-I, doct., 128).

una sucesión (⁵²), o al administrador con poder general de mandar el saldo de una cuenta corriente (⁵³).

d) *Los que han de representar a las oficinas públicas de la Nación, de las provincias y de las municipalidades en ejercicio de esa representación* (art. 17). — En general, siempre que se represente al fisco o a una repartición pública, el representante está exento del requisito de la matrícula. Como casos especiales, se ha declarado comprendidos en la excepción a los representantes del Banco de la Nación Argentina (⁵⁴), de las Obras Sanitarias de la Nación o de la Municipalidad (⁵⁵), etc.

15. Personas que no pueden inscribirse en la matrícula.

No obstante tener cumplidos los demás requisitos de la ley, no podrán solicitar su inscripción en la matrícula, según lo dispone el art. 5 de la misma: 1º) Los que hubiesen sido condenados a penitenciaría o presidio o a cualquier pena por delitos contra la propiedad o contra la administración o la fe pública, lo mismo que en las falsedades y falsificaciones; 2º) Los escribanos con registro, titulares o adscriptos que ejerzan la profesión de tales; 3º) Los funcionarios o empleados públicos o nacionales, provinciales o municipales que formen parte del personal administrativo de organización jerárquica y retribuido.

(52) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 13, pág. 743.

(53) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 6, pág. 215. No necesita estar inscripto en la matrícula de procuradores, el gerente de una sociedad anónima actora que demanda en virtud de la delegación de facultades autorizada en los estatutos (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, 1947-III, página 116).

(54) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 5, pág. 122; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 4, pág. 514.

(55) Cám. Civ., *Jurisp. Arg.*, t. 27, pág. 286.

16. Requisitos para la inscripción.

a) Para ser inscripto en la matrícula de procuradores, dispone el art. 3 de la ley, se requieren las siguientes condiciones: 1ª) Mayoría de edad; 2ª) Juramento de estar en el pleno goce de sus derechos civiles y de no estar afectado de ninguna de las inhabilidades establecidas en la presente ley; 3ª) Título acordado por Universidad nacional; y a falta de éste, serán títulos suficientes: a) Título de doctor en jurisprudencia emanado de universidades oficiales de las provincias (o título provincial de procurador o escribano posteriores a la sanción de la ley, pero que sólo habilita a representar ante los juzgados federales situados en la provincia donde hubieran sido otorgados —art. 14—); b) Los certificados expedidos en forma por las facultades universitarias de la Nación, que acrediten haber sido aprobado el postulante en todas las materias codificadas (55/1); 4ª) Constituir a la orden del presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación un depósito de cinco mil pesos moneda nacional en efectivo o su equivalente en títulos de Crédito Público Nacional o en cédulas hipotecarias argentinas, o una primera hipoteca o una fianza personal solidaria a satisfacción del mismo funciona-

(55/1) Para que proceda la inscripción en la matrícula de procuradores de la Corte Suprema de la Nación, no basta el certificado expedido por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, que sólo acredita que el solicitante ha aprobado el "total de las materias codificadas del curso de procuración del año 1938". Ello porque siendo el principio básico de la ley 10.996 para el ejercicio de la procuración, la posesión del título universitario de procurador, debe interpretarse que a falta de éste la ley acuerda la franquicia de la inscripción solamente a quien haya aprobado la totalidad de las materias codificadas en la escuela de abogacía de la respectiva Universidad Nacional (Corte Sup., *Jurispr. Arg.*, 1949-III, pág. 419).

rio otorgada por dos letrados de la matrícula por igual suma (55/2).

b) En la justicia federal de las provincias y territorios nacionales, este depósito, hipoteca o garantía será por valor de dos mil pesos moneda nacional, a la orden de los respectivos presidentes de las cámaras de apelaciones o jueces de sección o letrados en su caso.

17. Procedimiento para la inscripción.

a) En la capital de la República, el que solicita su inscripción en la matrícula debe presentarse ante el juez en lo civil (ordinario o especial) en turno, produciendo la información correspondiente, a cuyo efecto acompañará (55/3) el título invocado, el documento justificativo de la edad (partida de nacimiento o libreta de enrolamiento), certificado de buena conducta expedido por la policía, certificado de que él y sus fiadores no se hallan inhibidos de disponer de sus bienes, nombre y domicilio de sus fiadores o certificado de depósito en su caso. Producida la información, se elevará a la Corte Suprema, donde se labra el acta correspondiente y se presta el juramento de ley.

b) Hecha la inscripción, se otorga al interesado un certificado con el cual justificará, en cada caso, hallarse inscripto en la matrícula, pero en la práctica basta citar el número de la misma, por cuanto la Corte Suprema comunica periódicamente a los juzgados las nuevas inscripciones.

(55/2) La fianza que la ley 10.996 exige a los procuradores tiene una finalidad específica y no puede afectarse a otras garantías extrañas a las relaciones del mandato (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, 1946-II, pág. 448) (En el caso se había ofrecido por el procurador la suma que tenía depositada como fianza, para cubrir el importe fijado para el arraigo del juicio).

(55/3) Acordada de la Corte Suprema del 29 de noviembre de 1919, que organiza el Registro de Procuradores.

18. Deberes del procurador.

a) La aceptación del poder, que se presume por el hecho de presentarse en juicio a ejercerlo, hace asumir al apoderado las responsabilidades que la ley impone a todo mandatario (cód. civ., art. 1870, inc. 6º) ⁽⁵⁶⁾. Tiene la obligación de seguir el juicio mientras no haya cesado legalmente en el mandato, y en caso de condenación en costas responde a las causadas en la tramitación del juicio, pero no de los honorarios del abogado, perito o procurador de la parte vencedora, a menos que se hubiera obligado expresamente (cód. proc., art. 15); debe rendir cuenta a su mandante en tiempo oportuno (cód. civ., art. 1099), etc.

b) Pero aparte de estas obligaciones generales, la ley 10.996 establece que son deberes de todos los que ejerzan una representación en juicio: 1º) Interponer los recursos legales contra toda sentencia definitiva adversa a su parte y contra toda regulación de honorarios que corresponda abonar a la misma, salvo el caso de tener instrucciones por escrito en contrario de su respectivo comitente; 2º) Asistir por lo menos en los días designados para notificaciones en la oficina, a los juzgados o tribunales donde tengan pleitos y con la frecuencia necesaria en los casos urgentes; 3º) Presentar los escritos, debiendo llevar firma de letrado ⁽⁵⁷⁾ los

(56) Véase en *Jurisp. Arg.*, t. 2, pág. 894, diversos casos de jurisprudencia francesa anotados por L. ANASTASI.

(57) El art. 45 de la ley de Arancel de Honorarios de Abogados y Procuradores (*supra*, 40/2) dispone: "Los jueces no darán curso a ningún escrito de demanda, excepciones y sus contestaciones, alegatos, expresiones de agravio, pliegos de posiciones e interrogatorios, ni de aquellos en que se promuevan incidentes en los juicios o se pida nulidad de actuaciones y, en general, de los que sustenten o controviertan derechos, ya sean de jurisdicción voluntaria o contenciosa, si no llevan la firma de letrado". De esta disposición nos ocuparemos al estudiar las relativas a los abogados (Cap. XI, 27).

de demanda ⁽⁵⁸⁾, oposición de excepciones y sus contestaciones, los alegatos y expresiones de agravios, los pliegos de posiciones e interrogatorios, aquellos en que se promuevan incidentes en los juicios ⁽⁵⁹⁾, y en general, todos los que sustenten ⁽⁶⁰⁾ o controviertan derechos, ya sean de jurisdicción voluntaria o contenciosa ⁽⁶¹⁾. Se tendrá por no presentado y se devolverá al firmante todo escrito que debiendo llevar firma de letrado no la tuviere, si dentro de segundo día de notificada la providencia que exige el cumplimiento de ese requisito no fuese suplida la omisión, sea subscribiendo un abogado el mismo escrito ante el actuario, quien certificará en los autos esta circunstancia, sea por la nueva ratificación que separadamente se hiciere con firma del letrado. Esta disposición no regirá en los tribunales en que el número de letrados matriculados y en ejercicio no exceda de cinco. 4º) Concurrir puntualmente a las audiencias que se celebren en los juicios en que intervengan.

(58) La iniciación de un juicio sucesorio está equiparada, para el caso, a una demanda (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 33, pág. 156; t. 34, pág. 70; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 34, pág. 220).

(59) Como el escrito en que se interpone una revocatoria (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 37, pág. 284).

(60) El concepto es amplio, y comprende todo escrito en que se formule cualquier petición o en que se haga valer algún derecho, solicitando que se mande dar, pagar o hacer alguna cosa (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 33, pág. 156).

(61) El apoderado puede presentar, sin firma de letrado, un escrito acusando una rebeldía (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 6, pág. 655). Puede igualmente asistir a las audiencias, sin acompañarse de letrado, siempre que la incidencia no suponga una controversia de derechos (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 29, pág. 204) o cuando tenga por objeto la designación de peritos y la fijación de los puntos sometidos a la pericia (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 41, pág. 729). Puede igualmente pedir que se formule de nuevo al absolvente la posición que se ha negado a contestar (Cám. Com., *Gac. del Foro*, t. 22, pág. 144).

19. Extensión del mandato.

a) Dispone el art. 17 del código de procedimiento civil que: "El poder conferido para un pleito determinado, cualesquiera que sean sus términos, se entiende comprender la facultad de interponer los recursos legales y seguir todas las instancias a que haya lugar. Se entenderá también que comprende la facultad de intervenir en los incidentes de lo principal y ejercitar todos los actos que ocurran durante la secuela de la litis, excepto aquellos para los cuales la ley requiera facultad especial o los reservados expresamente en el poder". Los actos que requieren facultad especial a que se refiere esta disposición son los enumerados en el art. 1881 del código civil.

b) La jurisprudencia ha interpretado restrictivamente las facultades del procurador judicial. Así, ha declarado que el mandato para procuraciones judiciales no puede ser substituído si no se está expresamente autorizado para ello ⁽⁶²⁾. En cuanto a la facultad para percibir, el principio es de que debe exigirse la cláusula respectiva en el poder ⁽⁶³⁾, pero

(62) Corte Sup., *Fallos*, t. 107, pág. 453; t. 151, pág. 37; t. 209, pág. 76; *Gac. del Foro*, t. 57, pág. 165; *Jurisp. Arg.*, t. 30, pág. 561; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 21, pág. 323; Cám. Fed. Cap., *Jurisp. Arg.*, t. 60, pág. 391; Just. Paz, *Jurisp. Arg.*, t. 60, pág. 646; 1952-IV, pág. 357, Cám. Apel. del Trabajo (D), *La Ley*, t. 44, pág. 520. Sin embargo, la Cámara Comercial admite la substitución bajo la responsabilidad del substituyente (*Jurisp. Arg.*, t. 10, pág. 615; t. 18, pág. 1208; t. 23, pág. 1077; t. 34, pág. 928). También admitió la substitución la Cám. Apel. de Mercedes (B. Aires), por entender que el art. 1942 del cód. civil (según el cual la substitución no obliga al mandante cuando no está expresamente autorizada) se refiere a las substituciones prohibidas, mas no cuando el instrumento público guarda silencio (*La Ley*, t. 53, pág. 237). Ver nota de ACUÑA ANZORENA en *Jurisp. Arg.*, t. 55, *Jurisp. Arg.*, t. 21, pág. 323.

(63) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 7, pág. 131; Cám. Civ. 2ª, pág. 556; PORPETA CLÉRICO, *Rev. del Notariado*, 1944, pág. 322

se ha entendido que la autorización está implícita cuando se otorga la facultad de cobrar créditos y otorgar recibos ⁽⁶⁴⁾, cobrar judicial o extrajudicialmente las sumas de dinero que se adeuden al mandante ⁽⁶⁵⁾ o tomar posesión de los bienes que se le adjudiquen ⁽⁶⁶⁾. El concepto restrictivo se advierte también, entre otros casos, al establecerse que el mandato para intervenir en el juicio sucesorio y sus incidentes no faculta para deducir acciones en las que la sucesión figure como parte actora ⁽⁶⁷⁾, pero reconociéndose que ello autoriza para intervenir en los juicios en que ella sea parte demandada ⁽⁶⁸⁾. El apoderado que intervino en el juicio principal tiene personería para contestar la demanda de tercera, por tratarse de un incidente de aquél ⁽⁶⁹⁾. En materia de mandato judicial no se aplica el art. 1198 del código civil sobre las consecuencias virtuales o implícitas de las cláusulas convenidas. El mandatario judicial no puede reclamar la rescisión si no está expresamente facultado para ello. La ratificación por el mandante producida en la alzada es ineficaz para salvar los defectos del mandato alegados en primera instancia ^(69/1).

c) El mandato establece relaciones entre el mandatario y su representado, pero no con respecto a terceros. Así, la negativa del apoderado general a intervenir por sus man-

(64) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 56, pág. 778.

(65) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 58, pág. 583.

(66) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 25, pág. 957. El Proyecto Nazar (art. 34) y el código de Santa Fe (art. 39) establecen que el poder judicial comprende las facultades de substituir y percibir, pero ello no resulta muy claro porque esta materia corresponde a la legislación de fondo. Ver J. M. MUSTÁPICH, *Extensión de la procuración* (*Jurisp. Arg.*, t. 72, doctrina, pág. 68).

(67) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 2, pág. 265.

(68) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 55, pág. 155; t. 52, pág. 471; Cám. Civ., *Jurisp. Arg.*, t. 34, pág. 172.

(69) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 61, pág. 729; t. 64, pág. 319.

(69/1) Cám. Nac. Com., *La Ley*, t. 67, pág. 30.

dantes en un pleito que se inicia contra ellos hace necesaria la citación o emplazamiento personal de los mismos. Esta solución debe hacerse extensiva a los casos de apoderados con poder especial, cuando median razones de conveniencia y de derecho que así lo aconsejen ⁽⁷⁰⁾.

d) Esta materia de la extensión del mandato de procuración está vinculada a la personería para actuar en juicio, y, en consecuencia, nos ocuparemos nuevamente de ellas al estudiar la excepción de falta de personería en el juicio ordinario.

20. Ratificación.

a) El mandatario debe obrar dentro de los límites del mandato, bajo pena de nulidad en lo que excediere si la parte con quien contrató conocía la extensión de su poder. Pero puede el mandante ratificar lo actuado, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros en el tiempo que medie entre el acto y su ratificación. Ésta puede ser expresa o tácita; es expresa cuando el mandante en forma inequívoca manifiesta su conformidad con los actos ejecutados por el mandatario; la ratificación tácita resulta de cualquier acto del mandante que necesariamente importe una ratificación de los actos ejecutados por el mandatario (cód. civ., arts. 1931, 1935 y 1936).

b) La ratificación del mandato convalida las actuaciones anteriores a la misma y, en consecuencia, hace improcedente el pedido de nulidad que en ellas se funde ⁽⁷¹⁾.

(70) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 56, pág. 471.

(71) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 65, pág. 93; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 59, pág. 554; t. 68, pág. 49. Ver nota de A. M. ETKIN en *Jurisp. Arg.*, t. 57, pág. 572.

21. Terminación del mandato.

De acuerdo con lo dispuesto por los arts. 1963 del código civil y 18 del código de procedimiento, el mandato termina:

a) "Por revocación" (71/1). La revocación debe ser expresa y extingue el mandato luego que sea admitida judicialmente (72). La sola intervención del mandante en el

(71/1) VÁZQUEZ, *Revocación del mandato* (Jurisp. Arg., 1944-I, pág. 482). La revocación del mandato es válida aun cuando sea el resultado de un contrato bilateral si existe en él un pacto de retroventa (Cám. Civ., Fallos, t. 7, pág. 295).

(72) Respecto de la contraparte, la revocación sólo tiene efecto desde que se hace constar en los autos (Cám. Civ. 2ª, Jurisp. Arg., t. 63, pág. 1008). La Cám. Nac. Civil (D) resolvió: "Tratándose de procuraciones judiciales el código civil, que es el que debe prevalecer en la materia, no supedita a requisito alguno la cesación del mandato por revocación. En consecuencia, un telegrama por el cual los mandantes comunican al mandatario que le revocan el poder otorgado y que debe abandonar toda gestión en su nombre, es hábil a ese fin y surte efecto desde que el mandatario lo hizo valer judicialmente. La admisión judicial a que el inc. 1º del art. 18 supedita la cesación de la representación de los apoderados no tiene otro sentido que el de evitar nulidades o la paralización de los juicios por falta de representación, pero no es requisito necesario para la cesación del mandato. Desde que el mandato dado al substituido cesa automáticamente, cesando los poderes del mandatario que hizo la substitución, carece de relevancia la falta de notificación expresa al primero de la revocación del mandato. Carecen de validez las actuaciones judiciales efectuadas por un apoderado que cesó en su representación por revocación del poder y no se trata de negocios urgentes (*La Ley*, t. 73, pág. 330). Comentando este fallo en nota al pie del mismo, dice ACUÑA ANZORENA, que es erróneo afirmar la primacía del código civil porque éste en el art. 1870, inc. 6º, establece que las disposiciones del título del mandato son aplicables a las procuraciones judiciales "en todo lo que no se opongan a las disposiciones del código de procedimientos", por lo que la Corte Suprema declaró que en la materia prevalecen las disposiciones de ésta sobre las del código civil (*Jurisp. Arg.*, t. 27, pág. 412) y en consecuencia el mandato no termina mientras la revocación no

juicio no importa revocación, sino en el caso que asuma la tramitación del pleito, pidiendo que se entiendan con él las ulterioridades del mismo (73). En caso de revocación hecha por el poderdante, deberá nombrar otro apoderado o comparecer por sí mismo sin necesidad de nueva citación; no haciéndolo así, la parte contraria podrá pedir que el juicio continúe en su rebeldía.

b) “Por renuncia del mandatario”. En caso de renuncia del apoderado deberá continuar sus gestiones hasta que haya vencido el término señalado a su poderdante para reemplazarlo, bajo pena de daños y perjuicios. Si al vencimiento del término señalado no compareciere el poderdante, por sí o por medio de otro apoderado, el juicio continuará en su rebeldía en la forma del inciso anterior.

c) “Por haber terminado la personalidad con que litigaba el poderdante”. Por ejemplo, cuando un tutor se ha presentado en nombre de su pupilo o ha otorgado poder en ese carácter y el pupilo llega a la mayoría de edad; cuando el insano recuperar la razón, etc.

d) “Por haber concluido el pleito para que se dió poder”. Tratándose de un poder especial en el que se determina el objeto del mismo, termina una vez cumplidas las diligencias que en él se indican.

e) “Por muerte o inhabilidad del mandante” (73/1). La inhabilidad puede ser a consecuencia de la declaración en estado de concurso del poderdante (*supra*, II, f. g) (74).

sea admitida judicialmente, debiendo entretanto hacerse las notificaciones al mandatario y tenerse por válidos los actos por él ejecutados hasta entonces, como lo enseña toda la doctrina.

(73) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 63, pág. 1008.

(73/1) Sobre efectos de la muerte del mandatario, ver *supra*, IV, 12, d.

(74) Ver J. SUÁREZ VIDELA, *Cesación del mandato por concurso civil del mandante o del mandatario* (*Rev. del Colegio de Abogados*, t. 10, pág. 302).

o de haber sido condenado a reclusión o más de tres años de prisión (cód. pen., art. 12); o por haber caído en estado de demencia, etc. Pero para que la muerte o inhabilidad del mandante haga cesar el mandato, no sólo respecto del mandatario, sino también de la contraparte, es necesario que el hecho esté comprobado en los autos, no siendo suficiente la simple denuncia⁽⁷⁵⁾; así, para declarar la nulidad del juicio seguido con intervención del mandatario, es necesario justificar que la contraparte tenía conocimiento de la cesación del mandato⁽⁷⁶⁾. Tratándose del mandato conferido en interés de un tercero, la muerte del mandante no importa la extinción del mandato⁽⁷⁷⁾. El mandato tampoco cesa por muerte del substituyente⁽⁷⁸⁾. No obstante la muerte o incapacidad del mandante, el mandatario puede practicar ciertos actos de urgencia, es decir que, de no hacerlos, podría

(75) Cám. Civ., t. 107, pág. 371. Ver D. ALSINA ATIENZA, *Efectos de la muerte del mandante sobre la personería del mandatario judicial* (Rev. Crítica de Jurisprudencia, t. 1, pág. 53, y jurisprudencia allí citada).

(76) Cám. Civ., t. 83, pág. 346. El art. 1969 del cód. civil no es aplicable al juicio iniciado después del fallecimiento del mandante del procurador que interpuso la demanda, si el mandatario ha ignorado el fallecimiento del mandante y cuando la demanda no había sido puesta antes del fallecimiento ni era estrictamente necesario promoverla después de la muerte para evitar perjuicios a los herederos (Cám. Civ. 1^ª, *Jurisp. Arg.*, t. 53, pág. 606). Es un caso interesante porque la cuestión se decidió en razón de que el demandado no había tenido conocimiento del fallecimiento del mandante cuya representación se había invocado. La excepción de los arts. 1969 y 1980 del cód. civil exige que el mandatario haya comenzado la gestión al tiempo del fallecimiento del mandante (Cám. Nac. Com., *La Ley*, t. 64, pág. 103, y referencias jurisprudenciales en nota).

(77) Así, el mandato subsiste si se trata de escriturar un inmueble cuyo importe ya se abonó (Cám. Fed. de Tucumán, *Jurisp. Arg.*, t. 63, pág. 447).

(78) Cám. Civ., t. 5, pág. 382. Ver A. ACUÑA ANZORENA, *La muerte del mandatario que substituyó el mandato no es causa de caducidad* (*Jurisp. Arg.*, t. 55, pág. 556).

derivar un perjuicio para los herederos de su mandante, por ejemplo: solicitar un embargo preventivo (^{78/1}), interponer un recurso (⁷⁹), intervenir en el diligenciamiento de una prueba impostergradable (⁸⁰), alegar de bien probado (⁸¹). Como la muerte o incapacidad de una de las partes importa la suspensión de la relación procesal, debe disponerse la paralización de los procedimientos, fijándose un término a los sucesores para que comparezcan a tomar la intervención correspondiente (IV, 12 (^{81/1})).

22. Eliminación de la matrícula y suspensión del procurador.

a) De acuerdo con el art. 8 de la ley 10.996, los procuradores pueden ser eliminados de la matrícula o suspendidos en el ejercicio de su profesión.

b) La eliminación procede: 1º) Por cancelación voluntaria de la inscripción; 2º) Por reiteradas represiones disciplinarias o una grave incorrección en el desempeño del mandato judicial; 3º) Por condena sobreviniente a causa de los delitos enumerados en el inc. 1º del art. 5; 4º) Por insania o incapacidad declarada judicialmente; 5º) Por pérdida de los derechos civiles posterior a la inscripción. En todos estos casos procede la devolución del depósito o de la

(78/1) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 42, pág. 767. Solicitar la reinscripción de una inhibición (Corte Sup. B. Aires, *Jurisp. Arg.*, t. 76, pág. 586).

(79) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 64, pág. 187. Pero son nulas las actuaciones si la diligencia podía postergarse, es decir, si no mediaba una razón de urgencia. Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 13, pág. 520; t. 44, pág. 737; t. 66, pág. 669; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 27, pág. 1051.

(80) Corte Sup., *Fallos*, t. 25, pág. 99; Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 42, pág. 1086; t. 58, pág. 507.

(81) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 71, pág. 47. Expresión de agravios: Cám. Paz, *Jurisp. Arg.*, t. 57, pág. 846.

(81/1) El mandato conferido por varias personas no caduca por fallecimiento de una de ellas (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 25, pág. 490; t. 32, pág. 652; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 62, pág. 457; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 64, pág. 292).

parte del mismo que no se afectase por alguna de las causas establecidas en el art. 7.

c) Los procuradores serán suspendidos por un término de uno a seis meses como máximo: 1º) En los casos autorizados por las leyes de procedimiento; 2º) Por falta de integración del depósito, modificación de la fianza o renovación o ampliación de la hipoteca a que se refiere el inc. 4º del art. 3; si en cualquiera de estos casos no se cumpliera la orden del tribunal dentro del plazo de seis meses, el procurador será eliminado del registro; 3º) Por haberse dictado auto de prisión preventiva en cualquier proceso criminal.

d) En los casos de suspensión o eliminación como corrección disciplinaria, el procurador tendrá recurso de apelación para ante el tribunal superior inmediato y el de revocación si se tratara de resoluciones tomadas por la Corte Suprema o las Cámaras. La eliminación por reiteradas correcciones disciplinarias sólo puede ser decretada por la autoridad judicial que tiene a su cargo el registro.

23. "Cautio de rato et grato".

a) La ley 21, título V, Partida III, disponía que el que se presentaba a demandar con poder suficiente pero que ofrecía dudas, asegurase con fianzas o prendas que su mandante habría por firme lo que hiciese en el pleito. En esto se fundaba la práctica de admitir a un procurador que se presentara sin poder o con poder defectuoso bajo la promesa de presentarlo o de suplir su defecto, lo que se le apremiaba a hacer a la mayor brevedad. Esta institución, que era conocida en el derecho romano con el nombre de *cautio de rato et grato*, permitía ejecutar algunas diligencias urgentes en nombre de terceros, como la interrupción de una prescripción, las acciones posesorias, etc.

b) En la Capital ha dejado de ser aplicable en presen-

cia del art. 13 del código de procedimiento, que exige la justificación previa de la personería; sin embargo, puede citarse un caso en que fué admitida por tratarse de una gestión urgente, fijándose un término para la presentación del mandato en forma⁽⁸²⁾. Su utilidad es innegable, y por eso algunos códigos de provincia lo autorizan expresamente tratándose de interrumpir una prescripción o evitar la pérdida de un derecho, en favor de los ascendientes, descendientes, por consanguinidad o afinidad y de los colaterales en grado sucesible ausentes de la República⁽⁸³⁾.

Representación legal ⁽⁸⁴⁾

24. Disposiciones legales.

a) La incapacidad de hecho trae como consecuencia la inhabilidad para actuar personalmente en el proceso, y los incapaces sólo pueden hacerlo por medio de los representantes necesarios que les da la ley (cód. civ., art. 55). El

(82) Cám. Civ., *Fallos*, t. 37, pág. 398.

(83) Cód. proc. prov. de Córdoba (art. 29), Santa Fe (arts. 37 y 38), Entre Ríos (art. 28), etc. También lo incluye el Proyecto Nazar (art. 30). El art. 200 de la ley 5177 de la prov. de Buenos Aires, que reglamenta las profesiones de abogado y procurador, establece: "En los casos urgentes podrá admitirse la comparencia en juicio del abogado o procurador sin los documentos que acredite la personalidad, pero si no fuesen presentados dentro del plazo perentorio de diez días, quedará anulado todo lo actuado por el gestor y éste pagará las costas causadas". En tales casos, ha dicho la Cám. 1ª en lo Civil y Comercial de La Plata, no es necesario que la representación esté ya otorgada cuando el profesional comparece en juicio, por lo que es suficiente la ratificación del representado dentro del término que señala dicha norma para la presentación del poder *(Jurisp. Arg., 1952-IV, pág. 232)*.

(84) SALVAT, *Derecho civil*, parte general, pág. 325; SECOVIA, *Código civil*, arts. 57 y sig.; LAFAILLE, *Derecho de familia*, pág. 423. Téngase presente lo que decimos en el nº 2.

legislador ha debido, pues, proveer a esa representación, y lo ha hecho valiéndose de dos instituciones: la patria potestad conferida a los padres respecto de sus hijos y la tutela o curatela según que se trate de menores o incapaces. Pero al lado de ellas ha establecido otra institución, el ministerio de menores, que representa promiscuamente a los incapaces y es parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa en que aquéllos demanden o sean demandados o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación, pudiendo deducir las acciones que correspondan a los tutores o curadores cuando éstos no lo hicieran (cód. civ., arts. 59, 493 y 494).

b) Son representantes de los incapaces, dice el art. 57 del código civil: 1º) De las personas por nacer, sus padres, y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre; 2º) De los menores impúberes o adultos, sus tutores (84/1); 3º) De los dementes, sordomudos o ausentes, sus padres, y, a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre (84/2); 4º) De las mujeres casadas, sus maridos. Nos ocuparemos de ellos por separado.

25. Personas por nacer.

La ley considera dos situaciones: la falta o la incapacidad de los padres. En el primer caso hay evidentemente un error, porque podrá faltar el padre, pero, tratándose de

(84/1) A la justicia civil incumbe el nombramiento de tutores, por ser materia legislada en el cód. civil; pero tratándose de un tutor especial para que intervenga en un juicio que se tramita ante la Justicia en lo comercial, a ésta compete el nombramiento (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, 1946-IV, pág. 872).

(84/2) La función de curador *ad litem* no es susceptible de delegación (Cám. Civ. 2ª, *La Ley*, t. 27, pág. 72).

una persona por nacer, no se ve cómo pueda faltar la madre. Si ésta deja de existir y el menor nace con vida tendrá lugar entonces la representación de las personas menores de edad. Pero no es imposible que tanto el padre como la madre caigan en estado de incapacidad, y es recién en ese supuesto cuando se procederá a la designación de curador.

26. Menores impúberes o adultos.

a) El art. 57, inc. 2º, no menciona a los padres, y, sin embargo, éstos son los representantes legítimos de sus hijos menores, pues, de acuerdo con el art. 274, los padres, sin intervención alguna de los hijos, pueden estar en juicio por ellos como actores o demandados y en su nombre celebrar cualquier contrato en los límites de su administración señalada en el mismo código. Es cierto que el art. 281 dispone que el hijo de familia no puede comparecer en juicio como actor sino autorizado por su padre, lo que puede inducir a suponer que el menor debidamente facultado podrá actuar por sí mismo en el pleito, pero, en primer lugar, esta disposición comprende sólo a los menores adultos, porque el impúber es absolutamente incapaz, y, en segundo lugar, se refiere únicamente a los casos en que le es permitido al menor actuar previa esa autorización. Es necesario recordar también que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 de la ley 11.357, la madre natural tiene la patria potestad sobre sus hijos con la misma amplitud de derechos y facultades que la madre legítima.

b) Se discute si en los casos en que el padre actúe por su hijo menor en ejercicio de la patria potestad es también indispensable la intervención del asesor de menores, fuera de los supuestos en que está expresamente autorizado para proceder con facultades absolutas, como ocurre en la liquidación y disolución de sociedades comerciales (cód. de com.,

art. 445). De esta cuestión nos ocupamos al examinar las atribuciones del asesor de menores y su intervención en juicio ⁽⁸⁵⁾.

c) La misión del ministerio de menores, cuando el menor se halla representado por el padre, es, más que todo, de vigilancia y para suplir su omisión o negligencia en caso necesario, y por eso se ha establecido también que nada obsta para que el asesor de menores manifieste su conformidad con las actuaciones producidas, convalidando así el procedimiento y subsanando la nulidad en que se hubiera podido incurrir ⁽⁸⁶⁾.

d) De lo expuesto resulta que los menores estarán representados en juicio por los tutores que se les nombre solamente en caso de ausencia o incapacidad de sus padres o cuando hubiese intereses encontrados entre los del menor y su representante, por aplicación de la regla contenida en el art. 61 del código civil.

e) El art. 65 del código de procedimiento ha abolido en absoluto, en materia de procedimiento, el beneficio de restitución *in integrum*. Como es sabido, esta institución era un beneficio legal por el cual la persona que ha padecido lesión en algún acto o contrato lograba que se repusiesen las cosas al estado que tenían antes del daño (ley 1, tít. XIX, Partida III, y ley 1, tít. XXV, Partida III). En consecuencia, el menor sólo tiene hoy una acción contra su representante en el caso de que éste hubiese procedido con dolo o negligencia en el desempeño de sus funciones, pero para ello es necesario que el menor se halle debidamente representado en juicio, porque de lo contrario las actuaciones serán nulas ⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁵⁾ Cap. x, nº 18.

⁽⁸⁶⁾ Cám. Civ. 1^a, *Jurisp. Arg.*, t. 37, pág. 1370; t. 41, pág. 323.

⁽⁸⁷⁾ L. MARTÍN Y HERRERA, *La restitución en materia procesal* (*Rev. Jurídica*, octubre-diciembre, 1916, pág. 643).

27. Dementes y sordomudos.

Respecto de ellos no existe ninguna dificultad, debiendo sólo advertirse que en estos casos la actuación del representante está expresamente delimitada en el código civil (arts. 488 y 489) ^(87/1).

28. Ausentes.

a) El inc. 3º del art. 57 menciona a los *ausentes* entre los incapaces cuya representación legal se confiere a sus padres, y, a falta o incapacidad de éstos, a los curadores que se les nombre. Se refiere, indudablemente, a los *ausentes declarados tales en juicio* ^(87/2) que el inc. 5º del art. 54 incluye entre los afectados de una incapacidad absoluta. Lo destacamos porque se ha suscitado a este respecto una divergencia en la doctrina que aun se mantiene.

(87/1) El juicio de declaración de insania ha sido reglamentado por la ley 14.237 (arts. 69 a 84) y de él nos ocuparemos en su oportunidad (cap. XLVIII).

(87/2) La ley 14.394, de 24 de diciembre de 1954, dispone: "Art. 15. Cuando una persona hubiere desaparecido del lugar de su domicilio o residencia, sin que de ella se tengan noticias y sin haber dejado apoderado, podrá el juez, a instancia de parte interesada, designar un curador de sus bienes siempre que el cuidado de éstos lo exigiere. La misma regla se observará si, existiendo apoderado, sus poderes fueren insuficientes, no desempeñare convenientemente el mandato, o éste hubiera caducado. Art. 16. Será competente el juez del domicilio o en su defecto el de la última residencia del ausente. Si éste no los hubiere tenido en el país, o no fuesen conocidos, lo será el del lugar en que existiesen bienes abandonados, o el que hubiese prevenido cuando dichos bienes se encontrasen en diversas jurisdicciones. Art. 17. Podrán pedir la declaración de ausencia y el nombramiento del curador el ministerio público y toda persona que tuviere interés legítimo respecto de los bienes del ausente". Las disposiciones siguientes establecen el procedimiento a seguir para la declaración de la ausencia.

b) En efecto, esta cuestión ha dado origen a tres opiniones encontradas: 1º) Para unos el art. 54, inc. 5º, se refiere solamente a los ausentes cuyo domicilio se ignora, con exclusión de presunción de fallecimiento⁽⁸⁸⁾; 2º) Para otros se refiere exclusivamente a los ausentes con presunción de fallecimiento, no por un tiempo indefinido, sino mientras dure el período de la posesión provisional, porque una vez acordada la posesión definitiva ya no se puede hablar de incapacidad del ausente⁽⁸⁹⁾; 3º) Otros, en cambio, consideran que están comprendidas las dos clases de ausencia: la simple y la de presunción de fallecimiento⁽⁹⁰⁾.

c) La cuestión tiene importancia práctica, porque si se refiere a los simples ausentes, ellos estarán sometidos, aunque se trate de mayores de edad, a la doble representación del defensor de ausentes y del ministerio de menores, bajo pena de nulidad, conforme a los arts. 59, 493 y 494. En cambio, si se refiere solamente a los ausentes con presunción de fallecimiento, en cuyo caso es siempre indispensable la intervención del ascensor de menores, de acuerdo con el principio sentado en el art. 119, que equipara al que ha obtenido la posesión provisoria con el curador del incapaz de administrar sus bienes, la intervención de ese funcionario, cuando se trate de ausencia simple, tendrá lugar únicamente si el ausente fuese un menor.

d) La jurisprudencia se inclina ahora hacia la doctrina según la cual el artículo se refiere a los ausentes con

(88) SEGOVIA, pág. 23, nº 1; A. ORGAZ, *Rev. Crítica de Jurisprudencia*, t. 2, pág. 409, y *Jurisp. Arg.*, t. 68, doctrina, pág. 53, con la bibliografía allí citada.

(89) SALVAT, *Parte general*, pág. 403; E. DÍAZ DE GUIJARRO, en *Jurisp. Arg.*, t. 67, pág. 749, con antecedentes de doctrina y jurisprudencia.

(90) MACHADO, *Exposición y comentario del código civil*, t. 1, pág. 130; RECA, *Incapacidad civil del ausente* (*Rev. Ciencias Jurídicas y Sociales*, Santa Fe, 1950, pág. 9).

presunción de fallecimiento ⁽⁹¹⁾, opinión que compartimos, y, en consecuencia, los ausentes simples, aquellos cuyo domicilio se ignora y a los cuales se refiere el art. 80 del código de procedimiento, deben estar representados únicamente por el defensor oficial de ausentes. Debe, sin embargo, advertirse, que no es un criterio uniforme, pues existen algunos fallos en que se ha admitido la doctrina contraria ⁽⁹²⁾.

29. Mujer casada ⁽⁹³⁾.

a) Hemos visto (*supra*, 2, e) que, de acuerdo con el art. 3, inc. 2º, de la ley 11.357 y su complementario el art. 7, la mujer casada aun siendo menor de edad, sin necesidad de autorización marital o judicial, puede estar en juicio en causas civiles o criminales que afecten su persona o sus bienes o bienes de sus hijos menores de un matrimonio anterior, y que la personería así adquirida por la esposa para litigar no está sujeta a condición alguna ⁽⁹⁴⁾, y, por consi-

(91) Corte Sup., *Fallos*, t. 57, pág. 164; t. 72, pág. 419; Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 10, pág. 750; t. 37, pág. 253; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 7, pág. 307; Cám. Civ. La Plata, *Jurisp. Arg.*, t. 2, pág. 132; Cám. Fed. Cap., *Jurisp. Arg.*, t. 35, pág. 587.

(92) Cám. Fed. La Plata, *Jurisp. Arg.*, t. 67, pág. 749.

(93) SALVAT, *Parte general*, pág. 354; LAFAILLE, *Familia*, pág. 111; RÉBORA, *El estatuto de la mujer y las relaciones emergentes del matrimonio*, pág. 59; ZEBALLOS CRISTOBOL, *Los derechos civiles de la mujer*; DÍAZ DE GUIJARRO, *Personería de la mujer casada para estar en juicio y su representación por el marido* (*Jurisp. Arg.*, t. 50, pág. 936).

(94) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 30, pág. 707. El derecho de la mujer casada para estar en juicio en defensa de sus derechos o los de los hijos menores de su matrimonio anterior, sólo es una facultad de la misma y tiene derecho a que sea su marido el que intervenga en el juicio (Cám. 2ª Civil y Comercial de La Plata, *Jurisp. Arg.*, 1941-I, pág. 593, con nota de SPOTA: *Capacidad jurídica de la mujer casada para contraer obligaciones y estar en juicio*).

guiente, no requiere venia marital para estar en juicio ⁽⁹⁵⁾, y sin que para ello sea necesaria la previa inscripción de su propósito de asumir la administración de sus bienes ⁽⁹⁶⁾.

b) Pero esta disposición no ha derogado los principios del código civil en materia de representación legal en el régimen del matrimonio. Será necesario distinguir previamente según que se trate de la sociedad conyugal o de los bienes propios de la esposa. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1276 del código civil, el marido es el administrador legítimo de los bienes de la sociedad conyugal y asume exclusivamente su representación como tal para litigar, desde que la ley 11.357 no ha introducido ninguna modificación a su respecto ⁽⁹⁷⁾. En cuanto a la persona y bienes de la mujer, el art. 57, inc. 4º, dispone que su representante legal es el marido, excluyéndose en tal caso la intervención del ministerio de menores (art. 60). Este régimen tampoco ha sido modificado sino en cuanto subordina sus efectos a la voluntad de la mujer, es decir, que se presume que ella consiente en que el marido ejerza su representación mientras no haga una manifestación en contrario. Así, el marido tiene personería para litigar como administrador de los bienes propios de la mujer, pero su intervención cesa por la simple presentación de ella en el juicio ⁽⁹⁸⁾.

c) Hay, sin embargo, algunos casos en que el marido no podría representar a la esposa sin un mandato expreso de ésta, y son aquellos que se refieran a la administración de los bienes de los hijos de un matrimonio anterior,

(95) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 24, pág. 797.

(96) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 24, pág. 797; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 30, pág. 707.

(97) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 49, pág. 530, con nota de E. DÍAZ DE GUIJARRO (*doctrina y jurisprudencia*).

(98) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 24, pág. 797; t. 43, pág. 176; t. 56, pág. 759; t. 66, pág. 576.

porque los frutos naturales o civiles de los mismos no pertenecen a la sociedad conyugal; a las acciones derivadas de la profesión, oficio, comercio o industria que ejerciera la mujer o de las asociaciones civiles o comerciales de que ella forme parte; a la aceptación o repudio del reconocimiento que de la mujer formulen sus padres; a la aceptación de herencia con beneficio de inventario; a los juicios en que le corresponda intervenir como tutora, curadora o albacea; a la aceptación de donaciones (ley 11.357, art. 3, incs. 1º y 2º).

30. Concursados y fallidos.

Éstos se encuentran afectados de una incapacidad relativa (*supra*, 2, f, g), correspondiendo su representación en juicio, tanto cuando el concurso actúe como parte demandada como si le corresponde hacerlo como parte actora, al síndico o liquidador en su caso que se designe (cód. proc. civ., art. 726, y ley 11.719, arts. 75 y 115), sin perjuicio del derecho que asiste al concursado o fallido a practicar ciertos actos aun dentro del mismo concurso, como ya lo hemos visto.

31. Condenados.

También los condenados a más de tres años de reclusión o prisión quedan afectados de una incapacidad relativa (*supra*, 2, f), pues, mientras dura la pena, quedan privados de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho a disponer de ellos por acto entre vivos (cód. penal, art. 12). El penado, agrega este artículo, quedará sujeto a la curatela establecida por el código civil para los incapaces, pero será necesario hacer un distingo: si el

condenado fuese ya un incapaz, continuará la representación de su anterior curador; si se tratase de un capaz, habrá que designarle un curador a los bienes, correspondiéndole en primer término a la mujer del mismo (99).

(99) SALVAT, *Parte general*, pág. 406; HORACIO VALDEZ, *Incapacidad de los penados*, *Rev. Fac. Derecho y C. Sociales*, julio 1928.

CAPÍTULO VI

PLURALIDAD DE PROCESOS

LA ACUMULACIÓN: 1. Proceso y litis. — 2. Concepto de la acumulación. — ACUMULACIÓN OBJETIVA DE ACCIONES: 3. Antecedentes históricos. — 4. Disposición legal. — 5. 1º) Principio de no contradicción. — 6. 2º) Unidad de competencia. — 7. 3º) Unidad de trámites. — 8. Acumulación indebida. — ACUMULACIÓN SUBJETIVA DE ACCIONES: 9. Principios generales. — 10. Casos en que procede. — 11. Efectos de la acumulación subjetiva. — ACUMULACIÓN DE AUTOS: 12. Principios generales. — 13. Casos en que procede. — 14. Procedimiento.

La acumulación (1)

1. Proceso y litis.

a) Si observamos, dice Carnelutti, lo que ocurre delante del juez o, en general, ante el tribunal, veremos, ante todo, dos personas que litigan entre sí: una de ellas exige la tutela de un interés, y la otra lo niega. Esto quiere decir que la litis está presente en el proceso, como la enfermedad está presente en la curación. El proceso consiste, antes que nada, en el acto de llevar el litigio ante el estrado judicial, sin perjuicio de desarrollarlo ulteriormente.

(1) CARNELUTTI, *Sistema*, nos. 118, 359 y 362; *id.*, *Estudios de derecho procesal*, t. II, pág. 5; KISCH, *Elementos*, pág. 312; F. CONEJERO, *Acumulación de autos y acciones* (*Rev. General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, t. 157, pág. 44); M. MIGUEL Y ROMERO, *Teoría de la acumulación de acciones y procesos* (*Rev. General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 165, pág. 291); JOFRÉ, *Manual*, t. 1, pág. 319, y t. 3, pág. 40; GRASF, *Comentarios*, t. 1, pág. 512; PRIETO CASTRO, *Exposición*, t. 1, pág. 205.

Así se explica el estrecho contacto entre las dos nociones de *proceso* y de *litis* y la facilidad con que se las confunde habitualmente. Para diferenciarlas, es necesario tener en cuenta que el proceso no es el litigio, aunque lo reproduzca o lo represente ante el juez u órgano judicial. El litigio no es el proceso, pero está en el proceso y debe estar en el proceso a fin de que éste sirva para componerlo. Por tal causa, entre proceso y *litis* existe la misma relación que entre continente y contenido (2).

b) Todo proceso supone, por consiguiente, una *litis* cuya composición constituye su objeto, y así es, en efecto, como el proceso se presenta al primer análisis. El proceso simple, en cuanto a su contenido, resulta por eso el tipo común u ordinario, pero la complejidad de las relaciones jurídicas hace que, a veces, entre los mismos sujetos surjan varias *litis* de diversa naturaleza, y, por otra parte, ocurre también, frecuentemente, que una misma *litis* presenta derivaciones susceptibles de originar procesos separados pero cuya composición integral sólo es posible mediante la unión de los mismos. Se trata entonces de saber si en un proceso pueden coexistir varias *litis* y cómo pueden reunirse varios procesos cuando sea necesario para la composición de una misma *litis*.

2. Concepto de la acumulación (3).

a) En primer lugar, nada impide que un mismo proceso sea utilizado para más de una *litis*, siempre que ellas reúnan determinadas condiciones; por el contrario, un ele-

(2) CARNELUTTI, *loc. cit.*

(3) La palabra acumulación deriva del latín *cumulus*, que significa reunir, sumar, añadir una cosa a otra. En el derecho romano ya existían disposiciones referentes a esta institución procesal, dis-

mental principio de economía procesal lo aconseja, pues no hay razón para que, pudiendo evitarlo, se obligue a los sujetos a iniciar para cada una de ellas un proceso separado. Es por lo que se permite al actor deducir conjuntamente todas las acciones que tenga contra su demandado, en cuyo caso se dice que la acumulación es *objetiva*, y que el demandado pueda a su vez promover en el mismo proceso las acciones que tenga contra el actor, lo cual toma el nombre de *reconvención* (4). Por la misma circunstancia pueden varios sujetos, vinculados por la litis, actuar como actores o demandados en un solo proceso, con sujeción, desde luego, a ciertos principios, diciéndose entonces que la acumulación es *subjetiva*. En realidad en estos supuestos existen tantas litis como cuestiones se planteen, pero la circunstancia de que la relación procesal sea única y de que en su forma exterior se presente por eso como una unidad, hace que generalmente se prescinda de ese aspecto. Las condiciones en que tanto la acumulación objetiva como subjetiva pueden tener lugar, constituyen la doctrina de la acumulación de acciones.

b) Por el contrario, puede una misma litis dar lugar a varios procesos que, de seguirse separadamente, pondrían en peligro la composición formal de aquélla, por la posibilidad de soluciones contradictorias y, hasta en ciertos casos, impediría la composición cuando ella debe ser materia de un pronunciamiento único. No altera la circunstancia de que esos procesos hayan sido iniciados por una misma o por distintas personas. Las condiciones en que esos procesos deben acumularse y los efectos que ello produce, forman la doctrina de la acumulación de autos.

tinguiéndose el *concurso cumulativo*, cuando las acciones tendían a un mismo objeto, del *concurso electivo*, cuando su objeto era diferente.

(4) De ella nos ocuparemos al examinar el juicio ordinario.

c) Por consiguiente, la acumulación de acciones (objetiva y subjetiva) consiste en la unión de dos o más acciones en un solo proceso, para que sean resueltas en una misma sentencia. La acumulación de autos es la reunión de varios procesos en los que se hayan ejercitado acciones conexas para que se tramiten ante el mismo juez y se resuelvan en una sola sentencia o de acuerdo con un solo criterio. La primera tiene como fundamento la economía procesal, permitiendo resolver en un solo proceso diversas cuestiones; la segunda tiene por objeto impedir que una misma cuestión sea resuelta de distinta manera en los diversos procesos. Aquella es facultativa para el actor y obligatoria para el demandado; ésta es facultativa para el demandado y obligatoria para el actor.

Acumulación objetiva de acciones (5)

3. Antecedentes históricos.

a) La acumulación objetiva de acciones estaba ya autorizada por la legislación española, pues la Partida III, Título 10, Ley 7, decía: "Poner puede alguno muchas demandas contra su contendor, mostrándolas é razonándolas todas en uno, solo que no sean contraria la una de la otra, ca si tales fuesen non lo podría fazer".

Existen, además, otras leyes que hacen referencia a esta institución y que fueron reproducidas por la Recopilación Castellana, etc.

(5) CARNELUTTI, *Sistema*, nº 370; CHIOVENNA, *Principii*, pág. 1128; GOLDSCHMIDT, *Tratado*, pág. 327; KISCH, *Elementos*, págs. 312 y 315; REGENT, *Profilii pratici*, pág. 245; JOFRÉ, *Manual*, t. 1, pág. 319; RODRÍGUEZ, *Comentario*, pág. 139; CARAVANTES, *Procedimientos*, t. 1, pág. 501; DE LA SERNA Y MONTAÑÁN, *Procedimientos*, t. 1, pág. 335; LIEBMAN, *Curso*, pág. 83.

b) La ley de enjuiciamiento civil española de 1855 no legisló la acumulación de acciones, pero sus comentadores interpretaron que debía regirse por las reglas establecidas para la acumulación de autos, y, en consecuencia, llegaron a la conclusión de que, aun cuando era facultativa para el actor, debía considerarse obligatoria en los siguientes casos en que el demandado podía exigir la acumulación de autos, si aquél las iniciaba separadamente: 1º) Todas las acciones en que concurren las circunstancias de que actor y demandado son unos mismos y las acciones tienen el mismo origen y se proponen objetos idénticos, pues en tal caso hay litispendencia; 2º) Las acciones que tienen un mismo origen y fundamento aunque se dirijan a diversos fines, en razón de su unidad jurídica; 3º) Aquellas que aunque comprendan reclamaciones particulares constituyen parte de una universalidad sobre la que se determina en otro juicio.

4. Disposición legal.

Nuestro código de procedimiento civil dispone en su art. 74: "Puede el demandante acumular todas las acciones que tenga contra una misma parte, con tal: 1º) que no sean contrarias entre sí, de modo que por la elección de una queda excluída la otra; 2º) que correspondan a la jurisdicción del mismo juez; 3º) que puedan substanciar por los mismos trámites". Nos ocuparemos por separado de cada una de las condiciones que este artículo exige para que sea posible la acumulación objetiva de acciones.

5. 1º) Principio de no contradicción.

a) La oposición puede derivar, en primer término, de la naturaleza de las acciones deducidas, como ocurriría si el dueño de una cosa vendida sin su consentimiento reclama-

se a la vez la cosa y el precio; si se intentase juntamente las acciones pauliana y de simulación, porque ésta supone la inexistencia del acto, en tanto que en aquélla el acto se considera existente, aunque se le estime viciado ⁽⁶⁾; o se pidiese conjuntamente el cumplimiento y la rescisión de un contrato ⁽⁷⁾. La imposibilidad puede también derivar de un texto expreso de la ley como el art. 2482 del código civil, según el cual, el que tuviese derecho de poseer y fuera turbado o despojado de su posesión puede intentar la acción real que le competa o servirse de las acciones posesorias, pero no podrá acumular el petitorio y el posesorio.

b) Sin embargo, lo que el código prohíbe en realidad es que estas acciones sean acumuladas en carácter de principales, es decir, para que el juez se pronuncie sobre ellas al mismo tiempo, pero nada impide que sean deducidas en forma condicionada. La doctrina distingue a este respecto tres modos de acumulación: 1º) *sucesiva*, cuando una de las acciones es propuesta con la condición de que antes sea acogida la otra de la cual tomará vida, de tal manera que, desestimada aquélla, ésta queda de hecho excluida, pero que no debe confundirse con la accesoria, porque ésta existe al mismo tiempo que la principal; 2º) *eventual*, es decir, que sólo será considerada por el juez cuando la otra fuera desestimada; 3º) *alternativa*, cuando varias acciones son propuestas para que una u otra sean estimadas ⁽⁸⁾. La jurisprudencia ha declarado, así, que puede deducirse la acción pauliana para el caso de que no prospere la de simulación ⁽⁹⁾, y que en la misma forma pueden acumularse

(6) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 14, pág. 163; t. 38, pág. 731; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 1, pág. 465; t. 2, pág. 259; t. 3, pág. 835; t. 32, pág. 301.

(7) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 30, pág. 366.

(8) CHIOVENDA, *Principii*, pág. 1129.

(9) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 15, pág. 94; t. 64, pág. 132. Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 38, pág. 316. Véase A. M. Díaz, *El ejerci-*

las de nulidad y cumplimiento de contrato (10). Esta solución es acertada, porque el inc. 1º del art. 74, que comentamos, establece dos condiciones: que sean contrarias y que por elección de una quede excluida la otra. En los casos citados las acciones son contrarias, pero no se excluyen.

c) Cuando las acciones se excluyen, aunque no sean contrarias, la acumulación es imposible, como acontece a veces en la concurrencia de acciones (III, 14). Así, en la venta con pacto comisorio puede el vendedor demandar a su arbitrio la resolución de la venta o exigir el pago del precio, pero si prefiriese esto último no podrá en adelante demandar la resolución del contrato (cód. civ., art. 1375, inc. 3º); si se intentase la acción real se perderá el derecho a intentar las acciones posesorias (íd., art. 2482); promovida la acción redhibitoria se entenderá perdida la de *quantum minoris* y viceversa (íd., 2175); etc.

d) Para la acumulación no se tiene en cuenta el origen del derecho, o sea que éste corresponda originariamente o haya sido adquirido por cesión (11). Tampoco se considera la naturaleza de la acción y así se ha declarado procedente la acumulación de las acciones de divorcio, cesación de alimentos y tenencia definitiva de los hijos (12); cobro de pesos y división de condominio (13); petición de herencia y filiación (14); mejoras y daños y perjuicios (15);

cio simultáneo en forma subsidiaria de las acciones de simulación y fraude (Jurisp. Arg., t. 54, doctrina, pág. 60). SALVAT opina que son acciones excluyentes, y, por tanto, no pueden acumularse ni aun subsidiariamente (Parte general, nº 2536).

(10) Cám. Civ. 1ª, Jurisp. Arg., t. 24, pág. 432; Cám. Fed. de la Cap., Jurisp. Arg., t. 29, pág. 621.

(11) Corte Sup., Jurisp. Arg., t. 8, pág. 414.

(12) Cám. Civ. 1ª, Jurisp. Arg., t. 45, pág. 133.

(13) Cám. Civ. 2ª, Jurisp. Arg., t. 55, pág. 930.

(14) Cám. Civ. 1ª, Jurisp. Arg., t. 35, pág. 605; Cám. Civ. 2ª, Jurisp. Arg., t. 32, pág. 344.

(15) Cám. Fed. La Plata, Jurisp. Arg., t. 35, pág. 462.

la acción de repetición que autoriza el art. 500 del código de procedimiento con otras de carácter real o personal ⁽¹⁶⁾; las de reconocimiento de carácter de hijo natural, desconocimiento de filiación legítima y petición de herencia ⁽¹⁷⁾, etc.

6. 2º) Unidad de competencia.

a) La segunda condición que impone el art. 74 es que las acciones acumuladas sean de la competencia del juez ante quien se promueve la demanda, empleando una vez más inadecuadamente la palabra jurisdicción. Ha de entenderse que este requisito se refiere a cada acción tomada aisladamente y no en conjunto, para lo cual habrán de tenerse en cuenta las disposiciones legales que reglamentan la competencia de las cuales nos ocupamos más adelante (XII).

b) Por aplicación de esta regla se ha declarado que no procede la acumulación si consideradas aisladamente las acciones corresponden por su valor a distintos jueces ⁽¹⁸⁾; si una de ellas compete al fuero comercial y la otra al fue-

(16) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 38, pág. 672.

(17) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 35, pág. 605. En los juicios por fijación de plazo en las obligaciones sin plazo o sin fecha de vencimiento cabe exigir simultáneamente el cumplimiento de la obligación. Cám. Civ. 2ª, *La Ley*, t. 30, pág. 103; Cám. Com., *La Ley*, t. 22, pág. 588; t. 59, pág. 621.

(18) Cám. Civ., *Fallos*, t. 111, pág. 378. No compete a la justicia ordinaria la demanda por cobro de varios pagarés cuyo importe total supera la competencia de la justicia de paz, no excediendo ninguno de ellos a la asignada a la misma (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, 1945-I, pág. 858; 1947-I, pág. 264; 1949-I, pág. 701; *La Ley*, t. 41, pág. 320). Pero la acumulación procede si las acciones emanan de un mismo título o relación jurídica y una de ellas corresponde por su monto a la justicia de primera instancia (Cám. Com., 1945-I, pág. 484. *Infra*, cap. XIII, 72, b).

ro civil (19); si las acciones son susceptibles de ventilarse separadamente y corresponden a distinto fuero (20).

7. 3º) Unidad de trámites.

a) Por último, es necesario que las acciones puedan substanciararse por los mismos trámites, exigencia que se explica sin dificultad, porque, de lo contrario, se alteraría el orden del procedimiento.

b) Así, es improcedente la acumulación de una acción ejecutiva a la ordinaria de consignación (21); de cobro de alquileres, desalojo y daños y perjuicios (22), a menos que se renuncie al procedimiento especial establecido para cada una de ellas y se deduzcan todas por la vía ordinaria; de cobro ejecutivo de alquileres y gastos de reparación de la finca (23).

8. Acumulación indebida.

Si se hubiesen acumulado acciones contrariando las reglas establecidas precedentemente, el demandado podrá oponer la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda (24) y, en su caso, la excepción de incompetencia de jurisdicción, autorizadas por el art. 84, incs. 1º y 2º, del código de procedimiento. El juez, por su parte, podrá decretar su incompetencia respecto de algunas de las acciones acumuladas, al abrir la causa a prueba en las cuestiones de hecho o al correr el segundo traslado en las de

(19) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 3, pág. 434.

(20) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 44, pág. 24.

(21) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 15, pág. 879.

(22) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 30, pág. 384.

(23) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 14, pág. 523.

(24) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 4, pág. 530.

derecho (código de procedimiento, art. 87), cuando el demandado no hubiese opuesto la excepción correspondiente. Parece también fuera de duda que en la misma oportunidad el juez pueda declarar de oficio la improcedencia de la acumulación cuando las acciones sean contrarias o excluyentes o cuando deban substanciarse por distintos trámites, ya que, conforme al art. 52 del código de procedimiento, tiene la obligación de velar por el buen orden en los juicios.

Acumulación subjetiva de acciones ⁽²⁵⁾

9. Principios generales.

a) Ordinariamente la relación procesal se desarrolla con la presencia de dos sujetos, que actúan uno como actor y otro como demandado, pero es frecuente que varias personas se reúnan para litigar contra un deudor común o que el actor deduzca su acción contra varios demandados y aun es posible que varios actores litiguen conjuntamente contra varios demandados. Llámase acumulación subjetiva de acciones esta figura del proceso en que la relación procesal se desenvuelve con la presencia de varios sujetos, la que puede asumir tres formas distintas: acumulación activa (pluralidad de actores), acumulación pasiva (pluralidad de demandados), acumulación mixta (pluralidad de actores y demandados).

b) Las leyes de Partidas no legislaron la acumulación subjetiva de acciones, como tampoco lo hizo la ley de enjuiciamiento civil española de 1855, pero sus comentadores y la jurisprudencia la admitieron en los mismos casos en que

(25) CARNELUTTI, *Sistema*, nº 371; *Instituciones*, nº 240; CHIOVENDA, *Principii*, pág. 1073; GOLDSCHMIDT, *Tratado*, pág. 438; KISCH, *Elementos*, págs. 316, 320 y 369; REDENTI, *Profili pratici*, pág. 250.

el demandado podía pedir la acumulación de autos, criterio poco exacto, porque, como se verá luego, no siempre coinciden las condiciones requeridas para la procedencia de una y otra.

c) El código de procedimiento civil de la Capital no contiene una disposición expresa a este respecto, aun cuando pueden citarse algunas que presuponen esta institución, como el art. 81, que legisla el término del emplazamiento en el caso de que los demandados fuesen varios y se hallen en diferentes lugares. Sin embargo, existe ya una abundante jurisprudencia no sólo en el sentido de que la acumulación subjetiva es compatible con el art. 74, que reglamenta únicamente la objetiva, sino que de ella pueden inferirse los principios fundamentales para determinar su procedencia ^(25/1).

d) Algunos códigos de provincia, en cambio, han legislado la acumulación subjetiva, pero en términos diferentes y no siempre con acierto. El art. 152 del código de San Juan establece que podrán acumularse y ejercitarse simultáneamente las acciones que uno tenga contra varias personas o varias contra una sola, siempre que emanen de un mismo título o se funden en una misma causa. En igual sentido disponen los de Córdoba, art. 161, y Entre Ríos, art. 124. Por el contrario, el art. 44 del cód. de Mendoza dispone que la acumulación procederá cuando exista comunidad o conexidad de causa u objeto, siempre que se obtenga con ella una economía procesal. En el mismo sentido legisla el de San Luis, art. 143. El proyecto Nazar establece que las acciones de varios contra uno pueden acumularse si se actúa bajo una misma representación y existe entre los actores vinculación jurídica o identidad de cosa litigiosa o se fundan en

(25/1) Cám. Civ. 1ª. *Jurisp. Arg.*, 1942-II, pág. 288; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, 1942-II, pág. 936; 1944-II, pág. 231; Cám. Com. en pleno, *La Ley*, t. 43, pág. 867.

un mismo hecho, interés o causa; pero que *deben* acumularse las acciones emergentes de un título único si son de la misma naturaleza y se entablan contra una misma parte (arts. 121 y 122).

e) El fundamento de la acumulación subjetiva es doble: 1º) Responde a un principio de economía procesal en cuanto varias demandas unidas en un solo procedimiento exigen una actividad mucho menor que si fueran examinadas y decididas en juicios separados. 2º) Tiende a evitar el escándalo jurídico que resultaría de sentencias contradictorias, substituyendo las decisiones separadas de jueces diferentes, por una sola decisión de un juez único. Pero estas razones no siempre tienen la misma importancia para determinar la acumulación, como vamos a verlo en seguida.

10. Casos en que procede.

a) La doctrina (26) distingue tres clases de acumulación subjetiva: propia, impropia y necesaria. Cada una de ellas tiene requisitos específicos y responde a un principio diferente, por lo que las examinaremos por separado.

b) Ordinariamente, lo que permite a varias personas unir sus demandas como actoras o promoverlas conjuntamente contra varias personas es la existencia de *una* relación jurídica substancial con pluralidad de sujetos. Así, en las obligaciones divisibles, el actor o los actores pueden unir sus demandas contra los distintos deudores, porque ellas no son sino partes integrantes de un solo derecho; en las obligaciones solidarias el acreedor puede dirigir su acción contra todos o contra cada uno de los obligados y en la misma forma puede proceder cuando la obligación sea indi-

(26) CHIOVENDA, *Principii*, pág. 1073; pero nos apartamos de sus conclusiones. Ver sobre excepciones a las reglas de competencia, cap. XIII, 72.

visible (cód. civ., arts. 686 y 705). Esto constituye la acumulación subjetiva propia (activa, pasiva o mixta), llamada también simple, la cual constituye una facultad del actor, de tal manera que si las demandas se promoviesen por separado no podría el demandado exigir su acumulación, pues cada acreedor tiene el derecho a exigir de cada deudor su parte en el crédito. Por eso la acumulación no significa que, en este caso, la decisión deba ser necesariamente la misma para todos, ya que por cuestiones de hecho una demanda puede ser admitida y otra rechazada. Más aún, como la acumulación es facultativa, podría incluso darse casos de sentencias contradictorias si las acciones fuesen promovidas separadamente, es decir que el único fundamento de la acumulación subjetiva propia es la economía procesal. Por otra parte, ella no presenta en la práctica ninguna dificultad, debido a que su procedencia depende de lo que dispongan las normas que regulan la relación jurídica substancial. Pero téngase presente que la acumulación subjetiva propia no procede cuando importa una violación de las reglas de competencia (XII, 48).

c) La acumulación impropia supone, en cambio, la existencia de *varias* relaciones jurídicas substanciales con elementos comunes a los distintos sujetos, de donde deriva una conexidad jurídica entre las diversas demandas. La comunidad puede referirse a la *causa* de la pretensión (que comprende el hecho que la origina o el título que la constata) o bien al objeto de la misma (una prestación o sólo una cuestión de derecho). En estos casos, como en la acumulación propia, la relación procesal es una sola, no obstante haber pluralidad de relaciones substanciales, y la razón por la cual se admite la acumulación es el peligro de sentencias contradictorias si las acciones se tramitaran separadamente, de tal manera que constituye una facultad del actor, aunque también el demandado puede pedir la acumulación si se dedujeran en distintos procesos. Para

determinar su procedencia es necesario entonces tener en cuenta que pueden presentarse cuatro casos, de acuerdo con los principios expuestos:

1º) *Acumulación activa por comunidad de causa.* — Como ejemplos pueden citarse los siguientes: pueden acumularse las demandas de varios contra el fundador de una sociedad anónima, por repetición del dinero entregado para la subscripción de acciones fundadas en el art. 324 del código de comercio⁽²⁷⁾; de un médico que reclama honorarios por una operación quirúrgica y de los dueños del sanatorio que exigen el importe del derecho operatorio⁽²⁸⁾; de los que reclaman la indemnización por despido fundado en un hecho común⁽²⁹⁾, o la indemnización de los daños sufridos por los actores en un accidente cuya responsabilidad atribuyen al demandado⁽³⁰⁾; etc.

(27) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 17, pág. 708.

(28) Cám. Civ., *Jurisp. Arg.*, t. 29, pág. 686.

(29) Cám. Paz (sala 1ª), *Jurisp. Arg.*, t. 56, pág. 630. La Cám. 1ª en lo Civ. y Com. de La Plata (*Jurisp. Arg.*, 1949-III, pág. 410) declaró que es improcedente la acumulación de acciones contra el mismo demandado ante los tribunales de mayor cuantía con respecto de aquellas que por su monto competen a la justicia lega. Pero precisamente la acumulación procedía en este caso, para evitar sentencias contradictorias, porque eran varios los actores y el crédito de uno de ellos excedía de la competencia de la justicia lega (ver cap. XIII, 72).

(30) Cám. Fed. Cap., *Jurisp. Arg.*, t. 5, pág. 102; t. 39, pág. 28. Véase también Corte Sup., *Fallos*, t. 79, pág. 107; t. 84, pág. 77; t. 120, pág. 78. La unidad del litigio litisconsorcial exige la integración de la litis a fin de que pueda ser substanciado y fallado útilmente. Aun después de contestada la demanda debe buscarse dicha integración, pues ello consulta el principio de economía procesal que contribuye a mantener el buen orden en los juicios. Iniciada la demanda por nulidad de sociedad contra los socios fundadores de la misma, nada obsta a que se incorporen a la litis nuevos demandados, atento a las siguientes razones: a) conexidad jurídica entre todas las demandas acumuladas, toda vez que unas y otras contienen elementos comunes a los diversos sujetos demandados, tanto en cuanto a la causa de la pretensión como al objeto de la demanda; b) inexistencia de preclusión procesal, puesto que todas las demandas iniciales acumuladas no han

2º) *Acumulación pasiva por comunidad de causa.* — Así, el damnificado por un accidente puede acumular sus acciones contra el conductor del vehículo, contra el propietario del automóvil y contra el asegurador de los daños causados (31).

3º) *Acumulación activa por comunidad de objeto.* — Es permitida la acumulación cuando varios contribuyentes reclaman la devolución de lo abonado en concepto de impuestos establecidos por una ordenanza cuya ilegalidad o inconstitucionalidad se pretende (32) o cuando se impugna la sobretasa que la misma impone (33).

4º) *Acumulación pasiva por comunidad de objeto.* — Procede acumular las acciones entabladas por la actora contra dos demandados, si tienen el mismo objeto (en el caso, una reivindicación), se refieren a un mismo inmueble adjudicado a ambos en proporciones distintas, y los antecedentes de sus títulos respectivos son iguales y emanan de un mismo antecesor (34).

sido contestadas; c) razones de economía procesal que aconsejan resolver íntegramente en una sola sentencia todas las cuestiones relativas a la nulidad de la sociedad, demandando a todos los fundadores de la misma; d) por no estar abierto a prueba el juicio es factible la substanciación de la causa sin entorpecimiento (Cám. Nac. Civ., *Jurisp. Arg.*, 1953-II, pág. 130).

(31) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 26, pág. 572.

(32) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 66, pág. 806; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 60, pág. 933.

(33) Cám. Fed., *Jurisp. Arg.*, t. 54, pág. 706. Ver también *Gac. del Foro*, t. 58, pág. 127; t. 132, pág. 41.

(34) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 36, pág. 408. Pero si las acciones deducidas son susceptibles de ventilarse separadamente, cada litigante puede acogerse a la jurisdicción que le corresponde (en el caso federal) cuando no están ligados por relación de comunidad que haga actuar el art. 10 de la ley 48. Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 73, pág. 783 (se demandaba por reivindicación contra varios ocupantes de un inmueble, con determinación de las fracciones de terreno que detentaba excluyentemente cada demandado). Procede la acumulación de acciones cuando se demanda por desalojo a varios inquilinos de un mismo

d) Por último, la acumulación puede ser impuesta por la ley, y entonces se dice que ella es *necesaria*. Ello ocurre cuando no es posible un pronunciamiento sin la presencia de todos los sujetos de la relación substancial. Así hay demandas que sólo pueden proponerse por varios o contra varios; por ejemplo, la acción por desconocimiento de paternidad debe intentarse conjuntamente contra el hijo y la madre; la acción de nulidad de venta por simulación es inadmisiblesi no se deduce al mismo tiempo contra el vendedor y el comprador⁽³⁵⁾; la demanda de división de condominio debe substanciarse con intervención de todos los

inmueble a fin de proceder a la demolición del edificio (art. 30, ley 13.581), desde que aquélla resulta de indudable utilidad, tanto por razones de economía procesal, ya que la prueba es común, como por la posibilidad de sentencias contradictorias en asuntos tan íntimamente vinculados que, en rigor, constituyen una misma litis (Cám. Nac. Paz, *Jurisp. Arg.*, 1955-II, pág. 442).

(35) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 47, pág. 880; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 67, pág. 386; Cám. Civ. 1ª La Plata, *Jurisp. Arg.*, t. 52, pág. 610. Dice FERRARA (nº 87, pág. 433) que si la impugnación se hace en forma de excepción no es necesario que ésta se substancie con la intervención de todos aquellos que participaron o están interesados en que se conserve el acto, bastando a los efectos de la litis la presencia del excepcionante y del que, sobre la base del contrato simulado, alega la adquisición de un derecho (en ese sentido, Cám. Nac. Civ. (B), *Jurisp. Arg.*, 1954-IV, pág. 111). No obstante, como la sentencia desestimatoria de la excepción no produciría cosa juzgada respecto de los terceros, lo que correspondería en este caso es su citación para que tomen la intervención correspondiente. Pensamos también que si se ha omitido la citación o la simulación se ha alegado por vía de acción por una sola o contra una sola de las partes y el no citado se presenta y ratifica el procedimiento, éste debe tenerse por convalidado. La Cám. Civ. 2ª ha declarado, igualmente, que son nulos los trámites del juicio por filiación natural que se han seguido con la sola intervención de la actora y del ministerio fiscal. Si los padres naturales han fallecido, debió demandarse a los herederos de ellos; en caso que la actora ignorase quiénes sean los herederos correspondía citarlos por edictos, y de no comparecer, nombrarse al defensor de ausentes para que los representara, conforme al art. 80 del cód. proc. y art. 140 de la ley orgánica (*Jurisp. Arg.*, t. 74, pág. 282).

interesados. A diferencia de los casos anteriores, en éste no puede haber sino una sola sentencia respecto de todas las acciones acumuladas.

11. Efectos de la acumulación subjetiva.

a) En todos los casos de acumulación subjetiva nos encontramos en presencia de un litisconsorcio (VII) con una sola relación procesal, aunque los litigantes actúan como partes distintas.

b) Una de las consecuencias de esta situación es que si fallece una de las partes, procede la citación de sus herederos, que están obligados a tomar intervención en el juicio, en el estado en que se encuentre y sin que les sea permitido, por tanto, discutir la procedencia de la acumulación (36).

c) Otra consecuencia es la nulidad de la sentencia, que, después de estar consentida la acumulación, sólo resuelve la situación de alguno de los actores, omitiéndose la de otros (37).

d) La acumulación subjetiva constituye en ciertos casos una excepción a las reglas de competencia (XII, 48).

Acumulación de autos (38)

12. Principios generales.

a) Mientras la acumulación subjetiva tiene lugar en un solo proceso en el que las diferentes acciones se subs-

(36) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 24, pág. 545.

(37) Cám. Paz (3ª), *Jurisp. Arg.*, t. 70, pág. 226.

(38) CARNELUTTI, *Sistema*, nos. 131 y 359; CHIOVENDA, *Principii*, págs. 556 y 1100; *id.*, *Instituciones*, nos. 203 y 233; REDENTI, *Profili*

tancian por los mismos trámites y se resuelven en una única sentencia, la acumulación de autos supone la existencia de varios procesos originados en momentos distintos, que se tramitan independientemente, pero que, por razón de su vinculación jurídica, se reúnen para que sean decididos por un solo juez, con un mismo criterio. En la acumulación subjetiva los sujetos se hallan vinculados por una misma relación procesal y la sentencia puede en algunos casos decidir de manera distinta las diversas pretensiones: en la acumulación de autos hay tantas relaciones procesales como procesos, que pueden comprender a los mismos u otros sujetos y cada una de las cuales es materia de un pronunciamiento final, pero todas fundadas en un mismo principio. La razón por la cual se admite la acumulación de autos es la necesidad de evitar resoluciones contradictorias respecto de un mismo hecho o de una misma cuestión de derecho. No responde entonces a un principio de economía procesal sino de conexidad jurídica.

b) Las leyes de Partidas tampoco legislaron la acumulación de autos; sin embargo, era ésta ya una institución muy difundida en la práctica judicial de la Península. Podía obtenerse mediante la excepción de litispendencia, pues al autorizar la Partida III. título III, ley 7, al demandado para oponer esta defensa a la acción, no estableció sus condiciones ni caracteres, circunstancia que permitió a los prácticos⁽³⁹⁾ desarrollar su doctrina estableciendo que la

pratici, pág. 253; KISCH, *Elementos*, págs. 140 y 315; CARAVANTES, *Procedimientos*, t. 1, pág. 505; MANRESA Y REUS, *Ley de enjuiciamiento civil*, t. 1, pág. 412; MOREL, *Traité élémentaire* (2ª ed.), nos. 283 y 307; GUASP, *Comentarios*, t. 1, pág. 337; PRIETO CASTRO, *Exposición*, t. 1, pág. 206; LIEBMAN, *Corso*, pág. 81; GLASSON Y TISSIER, t. 1, nº 278, pág. 722.

(39) GÓYENA, *Febrero*, t. 4, pág. 45; TAPIA, *Febrero*, t. 5, pág. 298. ELIZONDO, *Práctica forense*, t. 1, pág. 69. Ello ha hecho decir a HERNÁNDEZ DE LA RÚA (*Comentarios*, t. 1, pág. 193), que la práctica de

excepción era procedente en los siguientes casos: 1º) Cuando la sentencia que vaya a pronunciarse en un juicio deba producir cosa juzgada en otro (si se promueve un pleito sobre nulidad de un testamento y en otro se reclama un legado hecho en ese mismo testamento, como el legado quedará sin efecto si se declara dicha nulidad, es evidente que esta declaración ha de producir la excepción de cosa juzgada en el otro juicio); 2º) Cuando haya pleito pendiente sobre la cosa litigiosa (si habiéndose reclamado ante un juez la entrega de una cosa por un título, se reclamara la misma cosa ante otro juez por un título diferente); 3º) Cuando el deudor forma concurso: 4º) Cuando, de seguirse separadamente los pleitos, se divida la continencia de la causa, es decir, haya la posibilidad de sentencias contradictorias, lo cual puede ocurrir: 1º) Cuando la acción fuere una, unos mismos los litigantes y una misma la cosa litigiosa (el caso en que se pida el reconocimiento de una servidumbre contra una cosa perteneciente a una misma persona en un juzgado y el reconocimiento de otra servidumbre con que se supone gravada la misma cosa que pertenece a la misma persona); 2º) Cuando la acción fuera diversa pero la cosa y los litigantes fueren los mismos (el caso de que se promoviese pleito contra una persona pidiéndole la posesión de una cosa en un juicio plenario y después otro litigio contra la misma persona pidiéndole la propiedad de ese objeto); 3º) Cuando la cosa fuera distinta pero una misma la acción y los litigantes (si se reclamase por la acción de tutela la rendición de cuentas contra el tutor y en distinto juzgado por esta misma acción la restitución de las cosas de la tutela, o por la acción de gestión de negocios se pidieran diferentes cosas contra el que hizo las gestiones, en diferentes juzgados); 4º) Cuando la identidad de la acción

los tribunales creó la acumulación de autos por la interpretación de las leyes de Partidas.

proviniese de una causa contra muchos, aunque las personas y las cosas fueren diferentes (si los acreedores litigan contra su deudor, ya sea por una cantidad u obligación a favor de todos o por la cosa en que son partícipes); 5º) Cuando la acción y las cosas fueren las mismas, aunque fueren distintas las personas (como en los juicios llamados dobles: partición de cosa común, división de herencia, etc.); 6º) Cuando los juicios se reputan como género y especie (el posesorio con relación al petitorio).

c) La ley de enjuiciamiento civil española de 1855 al autorizar la excepción de litispendencia (art. 237, inc. 3º) dispuso que ella debía oponerse como excepción dilatoria de previo y especial pronunciamiento (art. 236) o al contestar la demanda (art. 239), de tal manera que después de esta oportunidad era ya extemporánea. Pero al mismo tiempo legisló en forma expresa la acumulación de autos (arts. 157 y sig.), permitiéndola en los casos en que según los prácticos se dividía la continencia de la causa. Los comentadores de la ley observaron que, aparentemente, se concedían dos recursos con el mismo objeto, pero que en realidad no era así, pues la excepción de litispendencia sólo era viable ahora cuando concurrieran las tres identidades de personas, causa y objeto, pudiendo oponérsela nada más que hasta la contestación a la demanda; la acumulación de autos, en cambio, procedía en todos los casos en que se dividiera la continencia de la causa y podía alegarse en cualquier estado del juicio. Es decir, que se restringió el concepto de litispendencia a uno de los casos en que anteriormente se admitía la acumulación de autos.

d) En nuestro derecho, algunos códigos de provincias legislan esta institución. Así, el art. 1029 del de San Juan, dice: "La acumulación de autos procede únicamente: 1º) Cuando la sentencia que haya de dictarse en un pleito produzca en otro excepción de cosa juzgada; 2º) Cuando, en virtud de idéntica causa jurídica, una misma persona sea

demandada por varios o demande a varios; 3º) Cuando el actor entable por separado, contra una misma persona y ante un mismo juez, dos o más acciones que haya podido acumular". En términos parecidos se expresan los de Mendoza (art. 666), Córdoba (art. 1054), San Luis (art. 143), Entre Ríos (art. 124) y Proyecto Nazar (art. 123).

En el código italiano, la acumulación se obtiene mediante la defensa de conexidad, que es uno de los casos por los cuales puede alegarse la incompetencia (art. 108) ⁽⁴⁰⁾. En el código francés es también un modo de regular la competencia, pero está legislada juntamente con la litispendencia ⁽⁴¹⁾.

e) Dentro del régimen de nuestro código de procedimiento civil, en el que no existe un título especial sobre la materia, no podía hablarse propiamente de acumulación de autos: los dos ejemplos que se citan comúnmente, o sean los arts. 634 y 727, no son casos de acumulación, porque el fuero de atracción a que ellos se refieren no tiene en cuenta la vinculación entre los procesos ni ejerce ninguna influencia en la decisión final. Sin embargo, pensamos que la acumulación de autos es procedente y está implícitamente autorizada por el código. El legislador, en efecto, no adoptó el sistema de la ley de enjuiciamiento española de 1855 que, como hemos visto, legisló por separado la excepción de litispendencia y la acumulación de autos, por lo que cabe admitir que ha entendido asignar a esa excepción la misma amplitud que tenía en las leyes de Partidas. Tal interpretación estaba autorizada por el art. 814 del código de procedimiento, que permitía la aplicación supletoria de las leyes españolas. El error al afirmar que dicha excepción procede únicamente cuando concurren las tres entidades mencionadas, proviene de haberse adoptado las enseñanzas

(40) CHIOVENDA. *Principii*, págs. 3. 285, 556 y 617.

(41) MOREL, *Traité élémentaire*, pág. 341.

de los comentadores de la ley de 1855, sin advertir que ellos debían necesariamente reducirla a esos límites en razón de que la acumulación de autos era objeto de un título especial. Pero aun cuando así fuera, el juez no podía permanecer indiferente ante una realidad como es la frecuencia con que en la práctica se presentan casos en que la acumulación se impone, si quiere evitarse el espectáculo de una justicia desarticulada y contradictoria, máxime cuando ni siquiera tenemos el amparo de un recurso de casación. Es por lo que, haciendo uso de esa facultad de integrar las lagunas de la ley, de que hemos hablado en otra oportunidad (I, 19), la jurisprudencia había incorporado ya definitivamente a nuestras instituciones procesales la acumulación de autos. Sin embargo, se advierte cierta vacilación en los principios, aun en los casos en que se ha legislado expresamente la materia, como en los códigos de provincias cuyas disposiciones hemos mencionado, y por ello trataremos de fijar conceptos más precisos.

La ley 14.237, de reformas al código de procedimientos, ha suplido la omisión del código con las siguientes disposiciones: "*Art. 17.* Cuando se promoviesen varios juicios por acciones emergentes de un título común o fundadas en idéntica causa jurídica, o exista entre ellas comunidad del objeto o fuesen cuestiones conexas, de modo que la sentencia que haya de dictarse en un proceso pueda producir en otro cosa juzgada, procederá la acumulación de autos de oficio o a petición de parte. La acumulación de autos no altera la competencia. *Art. 18.* Para que proceda la acumulación de autos se requiere: 1º) Que los juicios se encuentren en la misma instancia; 2º) Que el juez a quien corresponda entender en los procesos acumulados sea competente por razón de la materia; 3º) Que puedan substanciarse por los mismos trámites".

Esta disposición ha resumido las conclusiones de la jurisprudencia a que hacemos referencia a continuación,

circunstancia que unida a la de que son muy escasos los pronunciamientos posteriores, hacen que aquélla conserve su importancia y utilidad práctica.

13. Casos en que procede ^(41/1).

a) Al hablar de la acumulación subjetiva de acciones (*supra*, 10) dijimos que ella podía ser de tres clases: propia, impropia y necesaria. Ya en esa oportunidad hicimos presente que la acumulación propia es una facultad del actor y que el demandado no tiene derecho a reclamarla, desde que aquél, por las disposiciones de las leyes de fondo, puede dividir su acción. También al referirnos a la acumulación necesaria, advertimos que si el actor no acumulaba las acciones no podía el demandado exigirlo, sino que lo que ocurría es que el juez no podría pronunciarse por faltarle un elemento indispensable y, en consecuencia, lo que corresponde en este caso es rechazar la demanda, salvo las excepciones que allí se mencionan.

b) Pero tratándose de la acumulación impropia, como ésta tiene por fundamento la conexión de los litigios y, en su virtud, la necesidad de evitar soluciones contradictorias, no sólo constituye un derecho del actor sino también del demandado. Por lo tanto, el demandado puede pedir la acumulación de autos en todos los casos en que al actor le está permitida la acumulación impropia de acciones.

c) No creyendo necesario repetir aquí lo dicho en esa oportunidad, bastará recordar que la acumulación subjeti-

(41/1) No corresponde aplicar a las partes el régimen del art. 17 (acumulación de autos) de la ley 14.237 en los juicios en que una de ellas sea el Gobierno nacional, provincial o municipal o sus reparticiones autárquicas (Acordada de la Corte Suprema del 8 de marzo de 1954, que modifica el Reglamento para la justicia nacional del 17 de diciembre de 1952).

va puede ser activa (pluralidad de actores) o pasiva (pluralidad de demandados) o mixta (pluralidad de actores y demandados) y que ella procede por comunidad de causa (hecho o título) o por comunidad de objeto (cosa o derecho). De aquí resulta que la acumulación de autos es procedente en todos los casos que hemos mencionado como ejemplos de las diversas situaciones en que existe acumulación impropia (*supra*, 10, c).

d) Veamos ahora algunos de los resueltos por nuestra jurisprudencia y que clasificaremos de acuerdo con el criterio precedentemente mencionado (^{41/2}):

1º) Procede la acumulación de autos por comunidad de causa: a) si la acción por devolución de una marca, que se reclama en un juicio, y la acción por devolución de un depósito que se pide en otro, tienen su origen en el mismo título, en el caso, un contrato de locación (⁴²); b) si en uno de los juicios A demanda a B por saldo de cuenta corriente iniciada con una partida de dinero a favor de A y continuada con las entregas y los créditos que debían imputarse según contrato social existente entre A y B; y por otro juicio B demanda a A por el pago de mensualidades estipuladas en el mismo contrato social y por beneficios que, de ser procedentes, deben acreditarse en dicha cuenta corriente (⁴³); c) el juicio de separación de bienes al de divorcio que se sigue entre las mismas partes (⁴⁴); d) la

(^{41/2}) Ver también lo que decimos al tratar la excepción de litispendencia (cap. xviii, 6).

(⁴²) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 34, pág. 1136.

(⁴³) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 56, pág. 906. La acumulación procede aunque las partes actúen recíprocamente como actora y demandada (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 13, pág. 418; t. 34, pág. 820; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 14, pág. 180; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, 1945-III, pág. 669; Cám. 1ª Civ. y Com. La Plata, *Jurisp. Arg.*, 1947-II, pág. 165).

(⁴⁴) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 20, pág. 184. Por razones de economía procesal, de orden público y de su vinculación jurídica, co-

demanda por cobro de una cuota de subscripción de acciones de una sociedad anónima a otra demanda en que se pretende el cobro de otra cuota del mismo contrato de subscripción (45); cuando en un juicio se demande a un constructor por incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato de locación de obra y en otro el constructor demanda al locatario por pago de un saldo (46).

2º) Procede la acumulación de autos por comunidad de objeto, cuando en un juicio se demanda la simulación de la compraventa de un inmueble y en otro juicio el mismo actor demanda a la persona que compró la finca después de trabado el pleito primeramente mencionado (47); en los casos en que las acciones sean las mismas (en el caso, reivindicación) y se refieran al mismo inmueble (48).

14. Procedimiento.

a) La acumulación puede obtenerse en primer término, mediante la excepción de litispendencia, que procede aun cuando no concurren las tres identidades de persona, causa y objeto, de acuerdo con la amplitud que se le concedía por las antiguas leyes españolas, como lo hemos explicado precedentemente (49). Pero, en estos casos, sólo podrá

responde que en el juzgado donde tramita el divorcio sean acumulados los siguientes juicios seguidos entre las mismas partes ante otro juzgado: alimentos, reducción de éstos, cesación de los mismos, gastos médicos y cobro de honorarios. Deben tramitarse separadamente a mérito de no existir identidad en cuanto a la cosa (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, 1947-II, pág. 425).

(45) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 68, pág. 437.

(46) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 68, pág. 622. Los autores ponen un ejemplo más típico: cuando en un juicio el comprador pide la rescisión del contrato y el vendedor pide en otro el pago del precio.

(47) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 73, pág. 493.

(48) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 36, pág. 408.

(49) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 20, pág. 184; *Jurisp. Arg.*, 1944-II, pág. 475; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, 1947-II, pág. 45; Cám. Com.,

oponerse como excepción dilatoria de previo y especial pronunciamiento (art. 84, inc. 3º), o al contestar la demanda (art. 85).

b) Después de esa oportunidad, puede pedirse también la acumulación en cualquier estado de la causa hasta la citación para sentencia y siempre que una de ellas no pendiese en segunda instancia. La conveniencia de la acumulación puede, en efecto, surgir después de la contestación a la demanda y por esa circunstancia, como porque el código de procedimiento prohíbe que las cuestiones de competencia se planteen por inhibitoria entre jueces de una misma circunscripción territorial (art. 411), el incidente de acumulación debe promoverse en el juicio iniciado con posterioridad, y en caso de producirse contienda de competencia, le corresponderá resolver a la cámara de que dependiese el juez que hubiese prevenido (ley 7055, art. 6), salvo lo dispuesto para la justicia de paz (ley 11.924, art. 23, inc. c).

c) En principio, la acumulación procede a pedido de partes (actora o demandada) pero también puede ordenarse de oficio, porque interesa al orden público que la justicia no se desprestigie con pronunciamientos contradictorios que pongan en peligro la integridad del orden jurídico⁽⁵⁰⁾. La resolución que recaiga será apelable en relación (cód. proc., art. 226)⁽⁵¹⁾.

Jurisp. Arg., t. 56, pág. 906; t. 68, pág. 622. Ver Corte Sup., *Fallos*, t. 79, pág. 107; t. 161, pág. 382. Ver también cap. XVIII, G, d.

(50) CARAVANTES, *Procedimientos*, t. 1, pág. 505; *Cám. Civ.* 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 34, pág. 1136; *Cám. Paz* (sala 3ª), *Jurisp. Arg.*, t. 72, pág. 556; *Cám. Paz* (sala 3ª), *Jurisp. Arg.*, t. 73, pág. 1031.

(51) *Contra*: *Cám. Paz* (sala 2ª), *Jurisp. Arg.*, t. 73, pág. 1031, fundada en que, según el art. 52 de la ley 11.924, en el juicio ordinario sólo es apelable la sentencia definitiva. Pensamos lo contrario, porque la acumulación, tanto de acciones como de autos, está vinculada a la competencia, y ésta, en la justicia de paz, no da lugar a una excepción previa, sino que debe oponerse al contestar la demanda (art. 35, c), siendo apelable la sentencia respectiva dentro de las 48 horas (art. 38).

d) La acumulación debe hacerse a los autos en que se hubiese prevenido (^{51/1}), pero si uno pendiese en la justicia de paz y otro en la justicia ordinaria, corresponde entender a ésta por razón del mayor valor (XII, 48).

e) Teniendo por objeto la acumulación de autos que las sentencias que se dicten en los distintos procesos respondan a un mismo criterio para que no se divida la contienda de la causa, debe suspenderse todo pronunciamiento hasta que los diferentes juicios se encuentren en estado de ser resueltos (^{51/2}). De lo contrario, el peligro de sentencias contradictorias subsistiría, aparte de que el juez habría emitido opinión sobre la cuestión propuesta incurriendo en prejuzgamiento (⁵²).

Por consiguiente, no puede regir la limitación del art. 52, que no ha previsto el caso, sino el principio del art. 38, aunque no sea sentencia definitiva, tanto más cuando el juez no puede ser quien decida en única instancia sobre su propia competencia.

(^{51/1}) La prioridad se determina, no por la fecha de la presentación de la demanda, sino por la de su notificación, porque es en ese momento cuando se traba la relación procesal (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, 1946-III, pág. 563). CHIOVENDA, *Principii*, pág. 92; *Instituciones*, t. 1, pág. 63. No puede hablarse de pendencia, dice JOFFÉ (*Jurisp. Arg.*, t. 7, pág. 525), mientras la demanda no ha sido notificada; concepto éste sustentado ya de antiguo por nuestra jurisprudencia (Cám. Civ., *Fallos*, t. 79, pág. 338; Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 58, pág. 448; *Gac. del Foro*, t. 83, pág. 189; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 7, pág. 525; t. 19, pág. 936; t. 62, pág. 728). Por primer juicio se entiende aquel que primero llega a conocimiento del demandado, aunque éste se hubiera iniciado con posterioridad al otro (JAPIOT, *Traité élémentaire* (3ª ed.), pág. 465). Esta es también la solución de la jurisprudencia francesa (DALLŌZ, *Cod. proc.*, art. 171, nº 5). Pueden citarse igualmente los siguientes fallos de nuestros tribunales: Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. de los Tribunales Nacionales*, 1912, pág. 213; *La Ley*, t. 15, pág. 499; *Jurisp. Arg.*, t. 15, pág. 499; *Jurisp. Arg.*, t. 43, pág. 572; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 10, pág. 295; *Gac. del Foro*, t. 44, pág. 31; *Jurisp. Arg.*, t. 19, pág. 931; t. 62, pág. 728.

(^{51/2}) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, 1951-III, pág. 381.

(⁵²) La Cám. Civ. 2ª (*Jurisp. Arg.*, t. 60, pág. 525) ha resuelto que si la concentración en un mismo juzgado de todos los juicios se ui-

f) Los juicios acumulados se substanciarán y fallarán conjuntamente, pero si el trámite resultase dificultoso por la naturaleza de las cuestiones planteadas, podrá el juez substanciarlos separadamente dictando una sola sentencia (ley 14.237, art. 19).

g) La desacumulación tendrá lugar, a pedido de parte, o de oficio, cuando hubiera desaparecido la necesidad de mantener la acumulación o las circunstancias que la determinaron (52/1).

dos por el actor y que versan sobre distintos aspectos de una misma cuestión fué dispuesta exclusivamente por razones de orden práctico, pero sin el alcance de supeditarse la sentencia que pudiera dictarse en cualquiera de ellos al estado de los otros, el juez no puede diferir su pronunciamiento hasta tanto los demás estén en estado de ser sentenciados. Pero ocurre preguntar entonces: ¿con qué objeto se ordenó la acumulación?

(52/1) CARAVANTES, t. 1, pág. 522; CHIOVENDA, *Principii*, pág. 1101.

CAPÍTULO VII

PROCESO CON PLURALIDAD DE PARTES

LITISCONSORCIO: 1. Concepto. — 2. Requisitos procesales. — 3. Efectos entre las partes. — UNIFICACIÓN DE LA PERSONERÍA: 4. Concepto. — 5. Disposiciones legales. — 6. Casos en que procede. — 7. Procedimiento. — SUBSTITUCIÓN PROCESAL: 8. Concepto. — 9. Diferencia con otras figuras procesales. — 10. La relación procesal en la substitución. — 11. Procedimiento. INTERVENCIÓN DE TERCEROS: 12. Extensión del proceso a terceros. — 13. Legislación comparada. — 14. a) Intervención voluntaria. — 15. b) Intervención obligada. — 16. c) Oposición del tercero. — 17. Códigos de provincias. — 18. La jurisprudencia. — 19. Principios aplicables.

Litisconsorcio ⁽¹⁾

1. Concepto.

a) En el caso de que varias personas actúen en la posición de actores o que el actor litigue frente a varios demandados, los que ocupan una misma posición en el proceso se encuentran en estado de litisconsorcio, del cual derivan diversas situaciones procesales que varían según las circunstancias. Puede haber así varios actores frente a un demandado (litisconsorcio activo) o un actor frente a varios demandados (litisconsorcio pasivo) o varios actores frente a varios demandados (litisconsorcio mixto).

(1) CHIOVENDA, *Principii*, pág. 1077; CARNELUTTI, *Sistema*, nº 359, *Instituciones*, nº 241; GOLDSCHMIDT, *Tratado*, pág. 436; REDENTI, t. 1, pág. 175; MORTARA, *Commentario*, t. 3, pág. 434; H. A. ODERIGO, *Litisconsorcio. Doctrina y jurisprudencia* (*Jurisp. Arg.*, t. 50, pág. 206); LIEBMAN, *Corso*, pág. 83; SCHONKE, pág. 94. COSTA, *Manuale*, pág. 159.

b) Por lo general el litisconsorcio se forma al comienzo del pleito mediante la acumulación subjetiva de acciones y es por eso que comúnmente tanto la doctrina como la legislación identifican ambas instituciones. Así, Goldschmidt, Kisch, Chiovenda, etc., hablan de acumulación subjetiva o litisconsorcio como si fueran la misma cosa. Sin embargo, estos autores reconocen que el litisconsorcio puede surgir durante el desarrollo del proceso, sea por fallecimiento de una de las partes cuando deja varios herederos, sea por la intervención de un tercero en la relación procesal, sea como consecuencia de la acumulación de autos. El litisconsorcio es un estado entre varias personas que ocupan una misma posición en el proceso, cuyas relaciones recíprocas regula, en tanto que la acumulación subjetiva se refiere a la unión de varias acciones y establece los requisitos para que esa unión sea posible (VI, 9). Cuando esto se produce, nace el estado de litisconsorcio entre sus titulares.

c) Son muy raros los casos en que la legislación se ha ocupado del litisconsorcio y, cuando lo ha hecho, ha sido para establecer reglas generales vinculadas a la acumulación subjetiva, dejando a la doctrina la elaboración de los principios. Tal sucede con la ordenanza alemana (párrafo 59) y la austríaca (párrafos 11-15). No lo legisla el código procesal italiano, aunque a esa situación se refieren varias disposiciones del mismo (arts. 98, 470, 500, etc.). El único que le dedica un título expreso y especial es el moderno código de procedimiento del Brasil, que legisla la institución en forma autónoma, es decir, desvinculada de la acumulación subjetiva, aunque aplicable a ella cuando el caso ocurra (arts. 88 a 94).

d) El código de procedimiento civil de la capital de la República tampoco se ocupa del litisconsorcio, y sólo pueden mencionarse dos disposiciones que se le refieran: una es la del art. 633, que dice que si antes de hacerse la parti-

ción muere uno de los coherederos, dejando varios herederos, bastará que uno de éstos pida la partición, pero si todos ellos lo hicieren o quisieran intervenir en la división de la herencia, deberán obrar bajo una sola representación; otra es la del art. 722, según la cual, cuando el deudor formalizare oposición a la apertura del concurso civil, unidos a él bajo una misma dirección y representados por el mismo procurador, litigarán los acreedores que se opusieren como él a la formación del concurso y, unidos al acreedor en la misma forma, los demás acreedores que quieran sostenerla. El proyecto Nazar tampoco contiene disposiciones a su respecto, pues el art. 121 se refiere a la acumulación subjetiva de acciones. Lo mismo puede decirse de los códigos de procedimiento de las provincias.

e) Debe tenerse presente que la pluralidad de representantes no da lugar al estado de litisconsorcio, pues éste se refiere a las personas que intervienen como partes en el proceso, en tanto que aquélla plantea otra cuestión, la unificación de personería o de representación, según el caso, de que nos ocuparemos más adelante.

2. Requisitos procesales.

a) En el litisconsorcio nos encontramos en presencia de una relación procesal única, con pluralidad de sujetos que actúan como actores o demandados, pero en forma autónoma, es decir, independientemente los unos de los otros. Éstos son los dos caracteres fundamentales del litisconsorcio: unidad de relación jurídica y autonomía de los sujetos procesales, de tal manera que los actos de unos ni aprovechan ni perjudican a los otros, salvo cuando por las disposiciones que regulan la relación jurídica substantiva el efecto está previsto expresamente, como ocurre en las obligaciones solidarias, pero entonces ya no deriva de su calidad de litis-

consorte sino de la de sujeto activo o pasivo de la obligación (1/1).

b) Como consecuencia de esa autonomía, cada parte debe tener capacidad procesal para actuar en juicio, lo cual significa que el adversario puede oponerle una excepción de falta de personería, prescindiendo de la capacidad de los demás litisconsortes. Pero esa excepción aprovecha exclusivamente a quien la opuso, de tal manera que si éste desistiera, sus litisconsortes no podrían mantenerla cuando a su vez no la hayan hecho valer en tiempo oportuno (1/2).

c) Por su parte el juez debe ser competente para entender en las acciones que correspondan a cada litisconsorte, cuya competencia puede ser originaria o adquirida. como ocurre, en este segundo caso, en la acumulación subjetiva propia en que, según hemos visto, se autoriza una derogación a las reglas de la competencia territorial (1/3). La incompetencia puede hacerse valer también por cualquiera de los demandados, y, como en el caso anterior, be-

(1/1) Mientras el actor pueda modificar o ampliar su demanda puede solicitar la integración de la litis, ampliándola con los litisconsortes pasivos o solicitando la citación de los litisconsortes activos. Para que proceda la integración de la litis pedida por el actor después de contestada la demanda o por el demandado después del auto de prueba, es necesario oír a la contraparte (Cám. Nac. Civ. (C), *La Ley*, fallo 37.517).

(1/2) Cada litisconsorte se encuentra frente a su adversario como un litigante independiente (Cám. Com., *La Ley*, t. 27, pág. 908), siempre que no se trate de una obligación indivisible o solidaria y no se haya unificado la personería (Cám. Civ. 1ª, *La Ley*, t. 33, pág. 69).

(1/3) Tratándose de litisconsorcio pasivo —inescindible por proponerse una cuestión substancial única— el actor puede demandar ante el juez competente respecto de cualquiera de los demandados (Cám. Nac. Civ. (R), *Jurisp. Arg.*, 1952-II, pág. 91). Cuando existe litisconsorcio activo o pasivo el derecho de recusar es indivisible; si uno de los litisconsortes no recusa en su primer escrito, los demás no pueden hacerlo en adelante (Cám. Civ. 1ª, *La Ley*, t. 8, pág. 762; Cám. Com., t. 70, pág. 368; Cám. Paz. *La Ley*, t. 62, pág. 657. Ver recusación sin causa).

neficiará a quien la opuso cuando se fundare en la competencia territorial, pero beneficiará asimismo a sus litisconsortes cuando lo fuere por razón de la materia, desde que, afectando ésta el orden público, no puede prorrogarse, y no podrá entonces el juez ser competente respecto de un demandado e incompetente respecto del otro.

3. Efectos entre las partes.

a) También en el desarrollo de la relación procesal se pone de manifiesto esta autonomía por los distintos efectos que produce entre las partes.

b) Las excepciones y defensas deben ser consideradas individualmente, pues ellas ni mejoran ni empeoran la situación de los litisconsortes (2).

Si un litisconsorte reconoce las pretensiones del actor, en tanto que el otro las niega, ese reconocimiento afectará sólo a quien lo hizo y la sentencia no hará más que confir-

(2) Si se trata de obligaciones de naturaleza divisible, ha dicho la Cám. Civ. 2ª, cuyo cumplimiento se reclama a varios demandados que no actúan bajo una sola representación, por extensión deben regir, en materia de actos procesales, las normas establecidas por el cód. civ. en cuanto declara la independencia entre los deudores en lo relativo a la interrupción y suspensión de la prescripción, constitución en mora, responsabilidad por la culpa y la doctrina aceptada por los tratadistas en materia de cosa juzgada; cuestiones éstas íntimamente vinculadas con la situación que en los juicios corresponde a los deudores mancomunados. Así, las excepciones opuestas por uno de los varios demandados que no actúan bajo una sola representación, no interrumpe, con relación a los demás, el término para contestar la demanda (*Jurisp. Arg.*, t. 50, pág. 206). Aplicando los mismos principios, la Cám. Civ. 1ª ha establecido que el término para oponer excepciones previas es individual y debe oponerse dentro del término fijado por la ley 4125, art. 14, independientemente de la fecha en que hubiesen sido notificados los otros demandados (*Jurisp. Arg.*, t. 72, pág. 204).

mar ese reconocimiento, pero respecto de quien se opuso a ellas no producirá efecto jurídico alguno (2/1).

c) El impulso procesal corresponde a cada uno de los litisconsortes, principio que tiene diversas aplicaciones. 1º) En materia de prueba es necesario distinguir según que se trate de acumulación subjetiva propia, impropia o necesaria. En los dos primeros casos, por lo mismo que son posibles sentencias contradictorias según hemos dicho, cada diligencia debe ser considerada aisladamente, no sólo desde el punto de vista de su producción, sino también de su apreciación, a menos que se trate de un hecho común que deba ser examinado respecto de todos los litisconsortes, porque no es posible que se convenza de la verdad de un hecho respecto de uno y no respecto del otro. 2º) En la acumulación necesaria, por el contrario, no solamente los hechos sino también las defensas de las partes deben ser considerados uniformemente respecto de todos los litisconsortes,

(2/1) La oposición de una excepción dilatoria por uno de los demandados, no afecta la relación procesal del actor con los demás demandados, aun cuando con posterioridad se adhieran a la misma (Cám. Com., *La Ley*, t. 69, pág. 289). Para el que contesta la demanda el juicio queda concluso a prueba, aun cuando otro litisconsorte oponga excepciones (Cám. Civ. 1ª, *La Ley*, t. 33, pág. 350; Cám. Civ. 2ª, *La Ley*, t. 15, pág. 593). El plazo para contestar la demanda corre individualmente para los distintos litisconsortes desde la fecha en que cada uno fué notificado (Cám. Paz, *La Ley*, t. 50, pág. 924). Si uno de los litigantes reconoce un hecho afirmado por la contraria y otros lo niegan, el hecho debe ser acreditado; si no lo es, su existencia no es admisible respecto de ninguno en virtud de que no puede haber más que una sentencia frente a todos ellos (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, 1945-IV, pág. 344). El allanamiento, la renuncia o el desistimiento no producen efecto más que frente al litisconsorte que realizó esos actos (Cám. Com., *La Ley*, t. 27, pág. 908; t. 41, pág. 86). La confesión de uno de los litigantes no es oponible como tal a los litisconsortes del mismo. A falta de contradocumento, el reconocimiento de uno de los demandados de que el acto es simulado, es insuficiente para declarar la simulación si sus litisconsortes niegan esa afirmación (Corte Sup. B. Aires, *Jurisp. Arg.*, 1951-I, pág. 880).

porque no cabe sino una sola decisión para todos ellos. 3º) La suspensión de la relación procesal produce efecto respecto de todos los litisconsortes, aun tratándose de la acumulación subjetiva, porque siendo una sola no puede suspenderse en cuanto a una parte y continuar para la otra. 4º) Pero la rebeldía de uno de los litisconsortes no perjudica a los otros, y, en tal caso, el rebelde estará representado en juicio por el defensor de ausentes (3). 5º) Cuando varias personas intervienen como partes, cada una de ellas puede ser llamada por su adversario para absolver posiciones (4). Surge aquí la dificultad de saber por qué medio procesal puede un litigante valerse del testimonio de un litisconsorte. Desde luego, debe excluirse la prueba de absolución de posiciones, porque la confesión sólo puede exigirse al adversario, y un litisconsorte (activo o pasivo) no reviste esa calidad (5). También se ha declarado que el litisconsorte no puede ser propuesto como testigo, porque ello importaría desnaturalizar esa prueba que exige como una de las condiciones de validez la extraneidad del deponente con relación al proceso (6), pero esta resolución es equivocada, porque, aun cuando en el litisconsorcio hay una sola relación procesal, existen tantas litis como acciones se deducen, por lo que se considera que hay tantos pro-

(3) En el párrafo 62 de la ordenanza alemana se establece que, cuando la relación jurídica litigiosa haya de ser resuelta de modo uniforme para todos los litisconsortes (acumulación necesaria), el litisconsorte contumaz se considerará representado por los comparecientes. En el mismo sentido, código del Brasil, art. 90. Pero esos principios son inaplicables entre nosotros en presencia de lo dispuesto por el art. 80 del cód. proc.

(4) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 67, pág. 470.

(5) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 18, pág. 537; t. 35, pág. 265; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, 1948-IV, pág. 118. El litisconsorte puede ser citado a reconocer documentos en calidad de testigo (Cám. Com., *La Ley*, t. 44, pág. 720).

(6) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 35, pág. 265; Cám. Fed., *Jurisp. Arg.*, t. 11, pág. 47.

cesos como litis se propongan, y ésa es precisamente la razón de que cada litisconsorte actúe en forma autónoma. Por consiguiente, un litisconsorte es extraño con relación a la litis de los otros litisconsortes, siempre que no se trate de un hecho común, sino propio de quien lo propone, y puede, en consecuencia, actuar como testigo (7). 6º) En cuanto al modo de extinción, el estado de litisconsorcio termina con el proceso (sentencia, transacción, perención, desistimiento), pero es evidente que no puede terminar por perención respecto de una de las partes exclusivamente, porque siendo una sola la relación procesal, un acto interruptivo de cualquiera de ellas produce efecto respecto de las demás (7/1). 7º) También la formación de la cosa juzgada puede verificarse de distinta manera respecto de los litisconsortes, según que éstos consientan o recurran de la sentencia.

d) Pero estos principios sufren dos excepciones: la primera cuando la acumulación es necesaria y la segunda cuando los litisconsortes actúan bajo una sola representación, supuesto éste del que nos ocupamos más adelante. En estos casos las partes no son autónomas, sino que los actos de una benefician o perjudican a las otras según las disposiciones de las leyes substantivas. Esto se explica porque no puede haber más de una sentencia para todos los litis-

(7) CHIOVENDA. *Principii*, pág. 1087; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 29, pág. 207; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, 1946-IV, pág. 741.

(7/1) CHIOVENDA. *Principii*, pág. 1092; Cám. Apel. Mercedes (B. Aires), *Jurisp. Arg.*, 1954-III, pág. 303. Por el contrario, la Cám. 2ª Civ. y Com. de La Plata (*Jurisp. Arg.*, 1952-II, pág. 163) resolvió: "El hecho de que la obligación sea solidaria no obsta a que la instancia se declare perimida con respecto a uno de los codemandados, porque la acción contra cada uno de ellos es distinta y separable de las demás. En caso de litisconsorcio pasivo no necesario como cuando se demanda por daños y perjuicios a varios presuntos responsables, la excepción de incompetencia no impide el curso de la perención respecto de los demás que contestaron derechamente la demanda". Sobre el tema volveremos al tratar la caducidad de la instancia (cap. xxxiii).

consortes y así, por ejemplo, aunque uno de ellos hubiera consentido la sentencia, ésta no producirá efecto de cosa juzgada sino cuando lo fuere respecto de todos los litisconsortes, de tal manera que basta que uno de ellos haya interpuesto recurso de apelación para que la sentencia se considere recurrida respecto de todos, aunque sólo podrá expresar agravios el que hubiese apelado. Lo mismo puede decirse de los actos procesales: éstos benefician a todos, pero ni su negligencia ni su reconocimiento perjudican a los demás, porque la prueba debe analizarse en conjunto y sólo se tendrá acreditado un hecho cuando lo fuere respecto de todos. Si todos los litisconsortes reconocen un hecho y uno lo discute, el hecho deberá ser probado, y si no es probado no puede ser admitido frente a ninguno. La confesión y el juramento de un litisconsorte no pierde eficacia respecto de él, pero no puede influir en la sentencia si no está probado con relación a los otros litisconsortes (8).

Unificación de la personería (9)

4. Concepto.

a) Del principio de que en el estado de litisconsorcio cada sujeto conserva su calidad de parte, no ha de seguirse que necesariamente actúen en forma independiente; por el contrario, hay casos en que deben hacerlo bajo una repre-

(8) CHIOVENDA, *Principii*, pág. 1090. La prescripción opuesta por uno de los litisconsortes contra la acción de simulación beneficia a los otros litisconsortes necesarios (Cám. Nac. Civ. (A), *Jurisp. Arg.*, 1951-IV, pág. 93, Cám. Nac. Civ. (C), *Jurisp. Arg.*, 1955-III, pág. 279).

(9) RODRÍGUEZ, *Comentarios*, t. I, pág. 44; LAZCANO, *La unificación de representación en el derecho procesal*, *Jurisp. Arg.*, t. 55, pág. 974; JORRÉ, nota en *Jurisp. Arg.*, t. 1, pág. 219; LAGARMILLA, *De los abogados, procuradores, actuarios y alpaciles*, pág. 196.

sentación común, constituyendo entonces una sola entidad. Al iniciarse la demanda puede ya advertirse si en ella se aducen por los actores fundamentos distintos o si por el contrario la *causa petendi* es la misma; por la contestación se verá si los demandados oponen iguales defensas o si su diversidad supone diferencia entre ellos. Se explica que en el segundo supuesto cada sujeto conserve su libertad de acción; pero en el primero, cuando tanto los actores como los demandados defienden un interés común, no hay razón para que litiguen por separado. En tales casos procede la unificación de la personería, a fin de que los que se encuentren en esa situación actúen mediante un representante común.

b) La conveniencia de este principio es evidente desde el punto de vista de la economía procesal. No solamente contribuye al mantenimiento del orden en el proceso, porque facilita el planteamiento de la litis y el examen de las defensas, sino que es un medio de acelerar el trámite, por cuanto se reduce el número de traslados, se evitan notificaciones, se simplifica la prueba y se limitan los recursos.

c) No debe confundirse la unificación de la personería con la unificación de la representación, porque son dos cosas distintas. Aquella supone la existencia de varios sujetos en estado de litisconsorcio, que actúan personalmente o por medio de apoderado; ésta se refiere al caso de que una parte hubiese constituido al mismo tiempo varios mandatarios. La ley 18, título V, Partida III, que reglamentaba “en qué manera pueden ser fechos muchos personeros en un pleyto”, disponía que “Si todos los personeros vinieren en uno al pleyto, e la otra parte se agraviase en razonar con todos, deben dar uno de ellos que razone. E si non se acordaren tome el juez qual de ellos entendiere que lo fará mejor”. Esta disposición se refiere sin duda alguna a la unificación de la representación, no obstante lo cual en al-

gunos casos se ha citado como fundamento de la unificación de la personería ⁽¹⁰⁾. Debemos advertir, de paso, que la citada ley de Partidas es hoy inaplicable en presencia de lo dispuesto por el art. 1899 del código civil que admite la pluralidad de mandatarios, aunque ello podría ser limitado en el código de procedimiento (cód. civ., art. 1870, inc. 6º); como tal limitación no existe, puede válidamente hacerse representar en juicio por dos o más personas.

5. Disposiciones legales.

a) El código de procedimiento civil no contiene una disposición expresa, sino que hace aplicación del principio en dos oportunidades: los arts. 633 y 722 a que nos hemos referido precedentemente (*supra*, 1, c), en cuanto obliga a los herederos o acreedores en su caso a litigar unidos bajo una sola representación. Pero ninguna dificultad hay en extender el principio a los demás supuestos de litisconsorcio, pues se trata evidentemente de un caso de integración de la ley procesal por aplicación de un principio análogo, conforme a los arts. 62 y 217 del código de procedimiento (I, 19) ^(10/1).

b) Algunos códigos de provincias contienen disposiciones expresas sobre esta materia. Así, el de Buenos Aires, en su art. 46, establece que: "Cuando fueren varios los actores o las personas demandadas, constituirán un solo representante, a menos que resulten intereses encontrados a juicio del juez. Si a la primera intimación las partes no se aviniesen en el nombramiento del representante único, el juez lo designará eligiendo entre los que intervienen en

(10) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 25, pág. 215; t. 55, pág. 974.

(10/1) La unificación de la personería no constituye, en principio, violación de la garantía constitucional de la libertad de defensa en juicio (Corte Sup., *La Ley*, t. 12, pág. 477).

el juicio y sin recurso alguno". En el mismo sentido los códigos de Entre Ríos (art. 34), La Rioja (art. 574), Santa Fe (art. 3), etc. También lo incluye el proyecto Nazar (art. 28).

c) Pero aparte de ello, existían ya en las leyes españolas disposiciones que autorizaban la unificación de la personería. La ley 3, título 2, libro 2, del Fuero Juzgo, bajo el título "Que si los que se querellan fueren muchos deben escoger uno o dos de sí que trayan el pleyto", dispone: "Si algunas de las partes son muchos querellosos e de la otra parte pocos, el juez debe mandar que escoian entre sí quales traian el pleyto, ca non lo deven todos razonar de so uno; mas aquellos solamiente que fueren puestos dambas las partes, que ninguna de las partes non sea destorvada por grandes voces ni por grandes bueltas". Además, la ley 6, título I, libro 2 del Fuero Real, dispone: "Si sobre una demanda fueren muchos homes de la una parte y pocos o muchos de la otra, el Alcalde mande que cada una de las partes den quien razonen por sí; y no lo deben todos razonar; mas aquellos que fueren dados de amas las partes, razonen: porque el Pleyto no sea destorvado por voces de muchos". Estas disposiciones son aplicables de acuerdo con lo dispuesto en el art. 814 del código de procedimiento, que autorizaba la vigencia de las leyes españolas en cuanto no contradigan las instituciones del código, y efectivamente es sobre ellas que la jurisprudencia de los tribunales de la Capital ha elaborado toda una doctrina sobre la materia.

d) La ley 14.237, de reformas al cód. de procedimientos, dispone en su art. 13: "Cuando actuaren en el proceso diversos litigantes con un interés común, el juez de oficio o a petición de parte, después de contestada la demanda, les intimará para que unifiquen la representación, siempre que haya compatibilidad en ella. que el derecho o el fundamento de la demanda sea el mismo o iguales las defensas.

A ese efecto fijará una audiencia dentro de los diez días, y si los interesados no concurriesen o no se aviniesen en el nombramiento de representante único, el juez lo designará eligiendo entre los que intervienen en el proceso”.

Esta disposición resume la jurisprudencia de nuestros tribunales en la materia, circunstancia que unida a la de que son escasos los pronunciamientos posteriores, hacen que aquélla conserve su importancia y utilidad práctica.

6. Casos en que procede.

a) Admitida así en principio la procedencia de la unificación de la personería, corresponde establecer las normas conforme a las cuales puede ser ordenada. A este respecto debe tenerse presente que, siendo la regla la libertad de acción de los sujetos procesales, sólo podrá decretarse la unificación cuando con ello no se lesione el interés de alguno de los litigantes.

b) De acuerdo con este principio se ha declarado su procedencia cuando marido y mujer son demandados en un mismo juicio ⁽¹¹⁾; cuando varias personas gestionan un mismo derecho ⁽¹²⁾; si la acción que se promueve contra los demandados tiene un mismo fundamento y éstos están vinculados por idéntica situación de derecho ⁽¹³⁾; si nada se opone a que un solo mandatario haga valer los derechos de cada uno de los demandados, tanto más si el juicio está en período de ejecución de sentencia ⁽¹⁴⁾; aunque sean dos los demandantes que actúen en juicio, siempre que

(11) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 28, pág. 152.

(12) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 1, pág. 219.

(13) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 6, pág. 356.

(14) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 19, pág. 975.

sea en prosecución de idénticos fines ⁽¹⁵⁾; cuando son varios los demandados por consignación ⁽¹⁶⁾; etc.

c) Por el contrario, se ha declarado su improcedencia en los siguientes casos: cuando existe oposición de intereses entre los demandados, como en la demanda de acumulación contra varias personas con relación a distintos bienes ⁽¹⁷⁾; si no existe un verdadero litigio entre el albacea y los herederos de la sucesión ⁽¹⁸⁾; si el origen del crédito de varios demandantes contra una misma persona es diferente *prima facie* ⁽¹⁹⁾; cuando hay tirantez de relaciones personales entre los demandados ⁽²⁰⁾.

7. Procedimiento.

a) La unificación de la personería puede ordenarse en cualquier estado del juicio, pero sólo a partir del momento en que la demanda ha sido contestada, pues es recién en esa oportunidad cuando podrá establecerse si existe oposición de intereses entre los litisconsortes ⁽²¹⁾.

b) Dados los fines a que responde esta institución y

(15) Cám. Civ. 1ª de La Plata, *Jurisp. Arg.*, t. 6, pág. 515; Corte Sup., *Fallos*, t. 9, pág. 901. Contra: Cám. Civ., *Fallos*, t. 87, pág. 301; t. 123, pág. 112; t. 131, pág. 18; t. 165, pág. 373; Cám. Com., *Fallos*, t. 55, pág. 193.

(16) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 31, pág. 650. Pueden verse también los siguientes, resueltos por la Cám. Civ., *Fallos*, t. 20, pág. 348; t. 27, pág. 138; t. 37, pág. 377; t. 77, pág. 310; t. 79, págs. 73 y 385; t. 125, pág. 336; t. 131, pág. 15.

(17) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 9, pág. 899. Ver también Cám. Civ., *Fallos*, t. 48, pág. 242.

(18) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 13, pág. 724.

(19) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 21, pág. 476.

(20) Cám. Fed. de La Plata, *Jurisp. Arg.*, t. 24, pág. 194.

(21) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 22, pág. 508. CARNELLI, *No procede la unificación de la representación antes de la contestación de la demanda, y en consecuencia antes de resolverse el incidente previo de excepciones* (*La Ley*, t. 20, pág. 366).

correspondiendo al juez velar por el buen orden en la tramitación de los juicios, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 52 del código de procedimiento civil, puede ordenar de oficio la unificación de la personería cuando considere que la representación individual obstaculiza la marcha del procedimiento, sin perjuicio del derecho de las partes para solicitarlo cuando en su concepto medien las mismas circunstancias.

c) Solicitada la unificación de la personería, o cuando fuera ordenada de oficio, el juez convocará a los interesados a juicio verbal, en el cual cada uno deberá enunciar los fundamentos de su oposición, pues de lo contrario resultarán extemporáneos (22). Por consiguiente, lo primero que el juez deberá resolver es la procedencia de la unificación, y de la resolución que recaiga, que no es indispensable sea dictada en la misma audiencia, podrán las partes apelar, concediéndoseles el recurso en relación. Si, por el contrario, hay conformidad en cuanto a la procedencia de la unificación o resuelto el recurso por el superior, en cuyo caso se convocará a nuevo juicio verbal, el juez hará la designación en la misma audiencia, teniendo en cuenta la opinión de la mayoría mientras no exista un motivo esencial para apartarse de ella (23). Las observaciones respecto de la persona designada deberán hacerse igualmente en la

(22) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 10, pág. 278.

(23) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 20, pág. 701; t. 29, pág. 420; t. 46, pág. 98; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 28, pág. 408. Esta jurisprudencia es ahora inaplicable porque el art. 13 de la ley 14.237 establece que la designación se hará por el juez si las partes "no se aviniesen en el nombramiento de representante único", lo que significa que no priva la opinión de la mayoría sino que es necesaria la unanimidad de todos los interesados. De la misma disposición se deduce que el juez hará igualmente de oficio la designación si las partes no comparecieran o dejara de concurrir alguno de los interesados, no siendo necesario por ello que la audiencia se hubiera decretado bajo apercibimiento por ser disposición expresa de la ley.

misma audiencia, porque, de lo contrario, resultarán también extemporáneas ⁽²⁴⁾. La designación debe recaer en uno de los interesados o alguno de sus representantes y excepcionalmente en un extraño ⁽²⁵⁾. La resolución será asimismo apelable en relación, pues nuestro código no contiene ninguna disposición prohibitiva a este respecto, como los de las provincias que hemos mencionado (*supra*, 5, b).

d) El art. 1184, inc. 7º, del código civil dispone que serán hechos en escritura pública, bajo pena de nulidad, los poderes generales o especiales que deban presentarse en juicio, y se pregunta entonces si en el caso de unificarse la personería será necesario que los litisconsortes otorguen al nuevo representante un poder en la forma establecida por esa disposición. La jurisprudencia se ha pronunciado negativamente, declarando que es suficiente el auto del juzgado por el cual se hace la designación, y se funda para ello en los arts. 1870, 1873 y 979 del código civil ⁽²⁶⁾. La verdad es que estos artículos no resuelven la cuestión, porque el 1870 se limita a declarar, en su inc. 6º, que las disposiciones referentes al mandato son aplicables a las procuraciones judiciales en todo lo que no se opongan a las disposiciones del código de procedimiento, y éste, en su art. 14, dispone que los apoderados o procuradores acreditarán su personería con la competente escritura de poder; el art. 1873 establece que el mandato puede darse por instrumento público o privado, pero evidentemente el art. 1870, inc. 6º, establece una excepción; el art. 979 dice en el inc. 4º,

(24) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 29, pág. 732.

(25) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 2, pág. 250; t. 23, pág. 954. La unificación no procede cuando sólo subsiste un demandado de los varios demandados originariamente (Cám. Com., *G. del Foro*, t. 159, pág. 220); cuando la unificación de la representación se extendería a varios demandados (Cám. Civ. 2ª, *La Ley*, t. 16, pág. 59); cuando uno de los demandados ejerce una representación que no puede delegarse (Cám. Civ. 1ª, *La Ley*, t. 20, pág. 336).

(26) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 33, pág. 546.

que son instrumentos públicos las actas judiciales hechas en los expedientes por los respectivos escribanos, pero la escritura pública es una especie dentro del género instrumento público y de acuerdo con el art. 977, cuando se hubiere ordenado exclusivamente una clase de instrumento público no puede ser suplida por una especie diferente. La razón está en otra parte: el art. 1184, inc. 7°, es una norma instrumental pura, es decir, ajena en absoluto a toda relación jurídica substancial, y, por consiguiente, su ubicación apropiada no está en el código civil, sino en la ley procesal. Ésta puede entonces modificar el régimen de la representación en juicio, como lo ha hecho la ley de justicia de paz letrada al establecer, en el art. 62, que, cuando el asunto no exceda de quinientos pesos, las cartas-poderes podrán otorgarse ante el juez de paz respectivo, previa justificación de la identidad del otorgante, y deberán ser firmadas por el secretario y el otorgante o a su ruego, por cualquier persona, en caso de impedimento. El código de procedimiento, al no reglamentar la unificación de la personería, no contiene una disposición expresa, pero los jueces pueden entonces suplir esa omisión integrando la ley (I, 19) y estableciendo la norma adecuada al caso.

e) La revocación del mandato es un derecho que el mandante puede ejercitar en cualquier momento y sin restricción alguna, según el art. 1970 del código civil. ¿Podría uno de los litisconsortes revocar la representación conferida mediante la unificación de la personería? Pensamos que es de aplicación el art. 1977 del código civil, según el cual el mandato es irrevocable en el caso de que hubiera sido la condición de un contrato bilateral o el medio de cumplir una obligación contratada o cuando un socio fuese el administrador de la sociedad, no habiendo justa causa para privarlo de la administración. Se trata, en efecto, del cumplimiento de una obligación derivada de la relación jurídica procesal y el mandato así conferido no podrá ser revo-

cado sino cuando fuese perjudicial a los intereses de quien lo solicita.

Substitución procesal (27)

8. Concepto.

a) Normalmente, las posiciones de actor y demandado en el proceso corresponden a los titulares de la relación jurídica substancial, que actúan sea personalmente o por medio de representantes convencionales o legales, ya que está dentro del orden regular de las cosas que cada uno defiende su propio derecho en su propio interés. Pero ocurre a veces que en lugar del titular comparece al proceso un tercero en la litis que actúa en interés propio, pero defendiendo un derecho ajeno. Este tercero se constituye parte en el proceso, vale decir, es sujeto de la relación procesal, prescindiendo de la voluntad del titular de la relación jurídica substancial y, en algunos casos, aun contra la voluntad del mismo.

b) Ello crea situaciones procesales aparentemente contrarias a los principios expuestos hasta ahora, pero que se explican mediante la doctrina de la substitución procesal, nombre éste creado por Chiovenda y que se ha convertido ya en una expresión corriente en la doctrina y en la legislación. Expresa, en efecto, la idea fundamental que consiste en la separación del derecho como pretensión jurídica y su

(27) CARNELUTTI, *Sistema*, nº 142; CHIOVENDA, *Principii*, pág. 596; *Id.*, *Instituciones*, nº 222; GALGANO, *Sulla dottrina della sostituzione processuale*; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, pág. 547; JOFRE, *Manual*, t. 3, pág. 103; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, pág. 28; GARBAGNATI, *Sostituzione processuale*, Milano, 1942; BIDEGAIN, *La acción subrogatoria oblicua o indirecta* (La Ley, t. 20, doct., pág. 13); ARIAS, *Cesión de créditos litigiosos* (Jurisp. Arg., 1944-I, pág. 650).

protección mediante el proceso, a la que sólo pudo llegarse después de haberse concebido la acción como institución autónoma.

c) El principio en que se funda la substitución procesal, dice Carnelutti, es el de la interdependencia de intereses. Que el derecho sea respetado puede ser útil, no solamente al titular sino también a otras personas, en el sentido de que la satisfacción del interés de éstas puede depender de la satisfacción del interés de aquél. El fabricante podrá pagar a quien le suministre la materia prima si el comerciante le paga la mercadería que él adquiere, de modo que la satisfacción del crédito del fabricante permitirá a éste satisfacer el crédito del productor. Esta misma situación podría repetirse en muchas otras relaciones de derecho privado, sin ser tampoco ajenas las de derecho público.

9. Diferencia con otras figuras procesales.

a) Dada la semejanza de la substitución procesal y la representación convencional, es necesario fijar sus diferencias para determinar la posición del substituto en el proceso. Para ello habrá de considerarse el interés en cuya virtud ha sido ejercida la acción: si ha sido en favor del titular del derecho, habrá representación; si ha sido en favor de quien la deduce, habrá substitución. Así, en la acción oblicua que legisla el art. 1196 del código civil, hay substitución porque el acreedor ejercita el derecho de su deudor pero en interés propio, porque ello le permitirá hacer efectivo su crédito.

b) Las consecuencias de esta diferencia se advierten bajo diversos aspectos: en la recusación sólo se tiene en cuenta al litigante y no al mandatario (cód. proc. civ., art. 386), en tanto que el substituto y el substituído se encuentran para el efecto colocados en la misma situación; el mandatario está obligado a declarar como testigo (íd., art. 182); mientras que

el sustituto procesal debe absolver posiciones (íd., art. 125); las costas se aplican al dueño del pleito y, por consiguiente, la responsabilidad por las mismas corresponde al representado y en la substitución al sustituto. El mandato es por esencia revocable (cód. civ., art. 1970), lo cual importa la cesación de la personería del representante, pero el substituído no puede impedir que el sustituto actúe en el proceso a menos que para ello satisfaga el interés de aquél: deudor que paga a su acreedor, comprador que exime al vendedor de toda responsabilidad en caso de evicción (cód. civ., art. 2098).

10. La relación procesal en la substitución.

a) En caso de substitución, la relación procesal se establece entre el sustituto y la parte contraria con prescindencia de la intervención del titular del derecho. Bajo este aspecto el sustituto es el dueño del pleito y, en consecuencia, le corresponden en la gestión procesal todos los derechos y obligaciones que hubieran correspondido al titular si él hubiera comparecido al juicio.

b) Sin embargo, no por eso el titular del derecho queda excluído en absoluto del proceso. La substitución procesal supone una vinculación entre el sustituto y el substituído, regulada por una relación jurídica substancial (el acreedor respecto de su deudor, el vendedor respecto del comprador, el marido respecto de la esposa, etc.); pero ella no afecta la situación de los sujetos de la litis. Esto explica dos consecuencias de la substitución que se advierten en la relación procesal: 1º) El sustituto no puede ejercitar todos los actos del proceso, pues hay algunos de ellos a los que la ley substancial sólo atribuye eficacia cuando emanan del titular del derecho (confesión, reconocimiento de firma, renuncia de la acción, etc.); 2º) La sentencia que se dicte en el proceso no sólo produce cosa juzgada respecto del sustituto,

sino que también beneficia o perjudica al substituído, porque aun cuando la persona física no es la misma, hay identidad de sujetos. En efecto, el interés del substituto está en la satisfacción de su propio derecho (interés inmediato) y, por consiguiente, el interés del substituído que se tiene en cuenta para la identificación en la acción (III, 28) es un medio para la realización de su derecho (interés mediato).

11. Procedimiento.

a) El caso más evidente de substitución procesal es el de la llamada acción oblicua, o sea, el ejercicio por el acreedor de la acción que compete a su deudor (cód. civ., art. 1196). La jurisprudencia no es uniforme en el sentido de si debe exigirse el requisito previo de la autorización judicial para el ejercicio de la acción⁽²⁸⁾. La Cámara de lo Comercial lo exige, estableciendo que para el efecto corresponde el emplazamiento previo del deudor y del tercero, conforme a la doctrina de Marcadé (t. 4, pág. 434), citado por el codificador en la nota al art. 1196, y según la cual el ejercicio de la acción oblicua está subordinado a la concurrencia de tres condiciones: 1º) que su crédito sea de plazo vencido; 2º) que el deudor no lo pague; 3º) que el deudor rehuse ejercer por sí mismo ese derecho o acción⁽²⁹⁾. Por el contrario, lo consideran innecesario, ya que la autorización está expresamente concedida por la ley, la Corte Suprema de Justicia⁽³⁰⁾, la

(28) SALVAT, *El ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones de su deudor* (La Ley, t. 8, doctrina, pág. 84); J. J. DASSEN, *La Cámara Comercial de la Capital y el requisito de la subrogación judicial para el ejercicio de la acción oblicua* (Jurisp. Arg., t. 62, pág. 466).

(29) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 2, págs. 102 y 188; t. 7, pág. 499; t. 11, pág. 393; t. 61, pág. 291. El código de Santa Fe (arts. 532 y sig.) exige, además, que el deudor sea citado al mismo tiempo que el demandado, en la forma ordinaria, de modo que el juicio puede seguirse contra ambos.

(30) Corte Sup., *Fallos*, t. 60, pág. 41.

Cámara Civil 2ª (31) y también en algunos casos la misma Cámara de lo Comercial (32). Cuando la substitución se funda en la negligencia del deudor, la autorización debe solicitarse en el expediente donde ella se produjo (33). En los casos en que se solicite la autorización, los jueces deben limitarse a examinar si concurren las condiciones exigidas por el art. 1196, especialmente en cuanto a la inacción del deudor, pero no la existencia del crédito que se le atribuye, porque ella será materia de la sentencia definitiva en el proceso respectivo (34); en cambio, el crédito del que pretende la substitución debe estar plenamente justificado y ser exigible (35). El demandado puede oponer al substituto todas las defensas que tenga contra el substituído (36), y así por ejemplo, cuando los acreedores de un concurso ejecutan, por intermedio del síndico, un crédito a favor del concursado, no actúan como sucesores de éste, sino como substitutos procesales, porque importa el ejercicio de la acción oblicua del art. 1196, y, en consecuencia, el ejecutado podría excep-

(31) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 44, pág. 729; t. 62, pág. 466.

(32) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 3, pág. 64; t. 11, pág. 645.

(33) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 11, pág. 393.

(34) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 2, pág. 102.

(35) La víctima de un accidente de tránsito no puede demandar la indemnización directamente al asegurador de la persona a quien se atribuye la responsabilidad del accidente si en acción previa contra dicha persona no se ha establecido la responsabilidad de ella y el monto de la indemnización. Mientras eso no se determine, la víctima no tiene un crédito de plazo vencido, primer requisito para el ejercicio de la acción oblicua (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 61, pág. 294). Por el código de Santa Fe, el crédito puede justificarse en el mismo juicio (arts. 532 y sig.), pues permite al deudor subrogado oponer defensas de fondo.

(36) Así, cuando el damnificado por un accidente de tráfico ejerce la acción oblicua contra la compañía de seguros subrogada en las obligaciones del causante del daño, el asegurador puede oponer al progreso de la demanda todas las defensas que le correspondan contra el causante del daño, incluso la caducidad del derecho por incumplimiento de los requisitos impuestos al asegurado en la póliza (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 61, pág. 293).

cionarse como si el concursado actuara personalmente, y a su vez el síndico no podría alegar que carece de fecha cierta un instrumento privado subscripto por aquél invocando el art. 1035 del código civil.

b) En la cesión de créditos hay que distinguir dos situaciones: antes y después de trabada la litis. En el primer caso, el cesionario, tanto en el orden civil (cód. civ., art. 1458), como en el orden procesal, queda equiparado al cedente y disfruta de las mismas ventajas del título cedido⁽³⁷⁾, pudiendo el demandado oponer las mismas defensas que tenía contra el cedente⁽³⁸⁾. En este caso no hay propiamente sustitución procesal, porque el cesionario es titular del derecho y actúa en el juicio en nombre propio^(38/1). Pero tratándose de acciones litigiosas, la situación varía, según las circunstancias, porque la relación procesal no puede modificarse sin la conformidad de las partes. De aquí que el cesionario no pueda intervenir en el juicio sin el consenti-

(37) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 51, pág. 499. Cuando la cesión total del crédito litigioso ha sido notificada al deudor antes de trabar la litis, el cedente carece de acción para reclamar el cobro del crédito, porque el cesionario ha ocupado el lugar del cedente y en general puede hacer todo lo que éste podía hacer. La calidad de actor que revestía el cedente cuando la cesión fué notificada al deudor, pasa al cesionario, por lo cual la sentencia no puede pronunciar condena a favor de éste (Corte Sup. Salta, *Jurisp. Arg.*, 1947-II, pág. 247). El ejecutado no es parte en el juicio ejecutivo hasta la citación de remate; hasta ese momento no existe litis trabada y no puede oponerse a la cesión del crédito ejecutado (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, 1947-I, pág. 704; *La Ley*, t. 46, pág. 327. Pero téngase presente que la ley 14.237, art. 57, establece que la intimación de pago en el juicio ejecutivo importa la citación para oponer excepciones).

(38) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 1, pág. 78; t. 8, pág. 619.

(38/1) El cedente de derechos que no se ha hecho parte en la causa que un tercero sigue contra el cesionario, quien no lo ha citado de evicción, está obligado a comparecer para reconocimiento de documentos y declarar en calidad de testigo, mediante las formalidades propias para esta clase de prueba, entre las cuales es de rigor el juramento (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, 1943-III, pág. 66).

miento de la parte contraria ⁽³⁹⁾. Si ésta expresa su conformidad, el substituto se coloca en el proceso en la misma situación que si la cesión se hubiera efectuado antes de trabada la litis y cesa la intervención del cedente, pero no queda desvinculado en absoluto, como hemos dicho, pues se le puede exigir su comparecencia para determinados actos, por ejemplo, para absolver posiciones ⁽⁴⁰⁾. Si en cambio el adversario se opone, el juicio continúa con la intervención del cedente, que desde ese momento se transforma en substituto procesal, porque ya no defiende un derecho propio, sino

(39) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 2, pág. 268; t. 62, pág. 184; t. 64, pág. 310; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, 1948-II, pág. 424. Contra: Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 43, pág. 163. El deudor no puede oponerse a que el cesionario intervenga en los autos, no en substitución del actor, sino en defensa de sus derechos (Cám. Civ. 2ª, *La Ley*, t. 28, pág. 537). La Cám. 1ª Civ. y Com. de La Plata resolvió: "El cesionario que se presenta en juicio después de trabada la litis con la oposición de la contraparte, inviste el carácter de tercero coadyuvante. A pesar de que el tercero coadyuvante ostenta una legitimación *ad causam* restringida, la sentencia debe dictarse con respecto al cedente y al cesionario" (*Jurisp. Arg.*, 1952-III, pág. 83; *La Ley*, t. 66, pág. 649). Tratándose del juicio sucesorio, la jurisprudencia casi en forma unánime ha sostenido que el cesionario parcial de derechos hereditarios no es parte en el juicio sucesorio (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 29, pág. 413; t. 58, pág. 129; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 24, pág. 945; t. 61, pág. 468), excepto cuando su intervención sea necesaria a fin de suplir los inconvenientes derivados de la inacción de su cesionario (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 17, pág. 484; t. 24, pág. 781; t. 28, pág. 850; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 61, pág. 468). Antes de efectuarse la partición, dice RÍZORA (*Derecho de las sucesiones*, t. 1, pág. 226), el cesionario parcial sólo puede formular, en caso de inacción del heredero, pedidos tendientes a activar el procedimiento, los cuales tendrán curso mediante intimaciones y apercibimientos previos, interpuestos con el objeto de evitar la substitución del heredero por el cesionario.

(40) Cám. Civ., *Fallos*, t. 18, pág. 33; t. 63, pág. 318; Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 64, pág. 753; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 46, pág. 674; t. 52, pág. 477; Cám. Fed. Cap., *Jurisp. Arg.*, t. 51, pág. 421. Como sucesor del cedente, el cesionario se encuentra vinculado a las resultas de las defensas opuestas por aquél (Cóm. Com., *Jurisp. Arg.*, 1943-I, pág. 411).

de un tercero, pero lo hace en su interés, por cuanto garantiza su existencia (cód. civ., art. 1476). De allí la conveniencia de asegurar el ejercicio de la acción cedida mediante el otorgamiento de un poder por el cedente. Cuando la cesión es parcial, el cesionario no puede deducir la acción en su nombre y menos intervenir en una relación procesal ya trabada sin el expreso consentimiento del adversario ⁽⁴¹⁾, pero puede en ciertos casos suplir la negligencia de su cedente, cesando su intervención tan pronto como desaparezca esa inactividad ⁽⁴²⁾.

c) Es también un caso de substitución procesal la del citado de evicción conforme al art. 2108 del código civil, según el cual el enajenante debe salir a la defensa del adquirente, llamado por éste en el término que designe la ley de procedimiento, en el caso que un tercero le demandase la propiedad o posesión de la cosa, el ejercicio de una servidumbre o cualquier otro derecho comprendido en la adquisición o lo trabase en el uso de la propiedad, goce o posesión de la cosa ⁽⁴³⁾. Es necesario, sin embargo, tener en cuenta que el demandado que cita de evicción a su enajenante puede hacerlo conservando su calidad de tal en la causa principal, y puede, si lo prefiere, ceder al enajenante su lugar para que lo defienda, en cuyo caso pierde su condición de demandado propiamente dicho. Lo primero sucede cuando el demandado expresa su propósito de intervenir en las diligencias procesales de la causa, sin perjuicio de la actitud que en el mismo sentido haya adoptado el enajenante; ello porque asiste al adquirente el derecho de colaboración y vigilancia, desde que en definitiva será quien pueda resultar obligado a desprenderse de la cosa si la reivindicación pros-

(41) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 17, pág. 484; t. 29, pág. 413; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 24, pág. 945; *Gac. del Foro*, t. 127, pág. 287.

(42) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 45, pág. 579.

(43) La citación de evicción constituye, en algunos códigos procesales, una excepción dilatoria.

pera. En tal caso, adquirente y enajenante actúan como litisconsortes necesarios, y no hay substitución procesal, de tal manera, por ejemplo, que el hecho que el demandado no haya apelado de la sentencia que hace lugar a la demanda no significa que la haya consentido si el citado de evicción interpuso en tiempo el recurso (44). Pero si el demandado pide se le tenga por excluido de la causa principal, ésta debe seguirse con el citado, sin perjuicio siempre del derecho de vigilancia del adquirente (45). En este supuesto, el citado actúa como substituto procesal, pues defiende un derecho ajeno en interés propio, ya que si la demanda prospera deberá indemnizar al adquirente los perjuicios que le ocasione (cód. civ., arts. 2089 y sigs.).

d) También son casos de substitución procesal, la subrogación (cód. civ., arts. 768 y 771); la acción de nulidad de matrimonio del incapaz intentada por quienes habrían podido oponerse a la celebración del mismo (ley matr. civ., art. 85); cuando la compañía de seguros que ha tomado a su cargo las obligaciones del patrón asume la defensa de éste en el juicio por indemnización de accidente del trabajo (ley 9688, art. 7), etc.

Intervención de terceros (46)

12. Extensión del proceso a terceros.

a) En principio, el proceso sólo comprende a los que en él intervienen como actor o demandado, y únicamente

(44) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 61, pág. 247.

(45) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 59, pág. 39.

(46) CARNELUTTI, *Sistema del derecho procesal civil*, nos 102, 143, 376 y 590; CHIOVENNA, *Principii di diritto processuale civile*, pág. 1009; *Id.*, *Instituciones de derecho procesal civil*, pág. 449; LUDOVICO EUSEBIO, *Diritto giudiziario civile austriaco*, loc. cit.; GOLDSCHMIDT, *De-*

a ellos aprovecha o perjudica la sentencia, pero las relaciones jurídicas son tan complejas que, con frecuencia, la litis afecta derechos de terceros, que se ven así vinculados a un proceso en el que no han intervenido y de cuya sentencia, no obstante, puede derivarles un perjuicio. La afectación es posible de dos maneras, según se trate de un proceso de conocimiento o de un proceso de ejecución, pues en aquél su contenido será jurídico, mientras que en éste será económico. Así, un juicio por reivindicación de un inmueble afecta intereses de los acreedores del demandado en cuanto podrían verse privados de la garantía que el bien representa para el pago de su crédito; lo mismo el acreedor hipotecario, porque está en peligro su derecho real de hipoteca; el titular de una servidumbre, etc. En cambio, cuando en el proceso de ejecución se embarga un bien, puede no pertenecer al ejecutado, sino a un tercero, o tener éste un derecho que le permita hacer efectivo su crédito sobre el producido del mismo, con preferencia a otros acreedores. En el primer caso, el tercero tendrá interés en intervenir en la litis para suplir la omisión o prevenir el dolo de su deudor y evitar una sentencia desfavorable; en el segundo, su interés estará limitado a la cosa sobre la cual se ha trabado el embargo,

recho procesal civil, pág. 445; JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale* (3ª ed., 1939), págs. 541 y 694; JOFRE, *Manual de procedimiento civil y penal*, t. 3, pág. 360; KISCH, *Elementos de derecho procesal civil*, pág. 316; MIGUEL Y ROMERO, *La intervención de terceros en juicio* (Rev. General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, t. 158, pág. 250); MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, págs. 402 y 686; REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile* (2ª ed., 1939), pág. 257; PODETTI, *Tratado de la tercera* (B. Aires, 1949); COSTA, *L'intervento coatto*, Padova, 1935; *id.*, *L'intervento in causa*, Torino, 1953; LIEBMAN, *Corso*, págs. 84 y 179; CALAMANDREI, *La chiamata in garanzia*, Milano, 1913; C. J. COLOMBO, *Evicción, litisdenuntiatio y laudatio actoris* (Rev. Der. Proc. (A), 1944, II, pág. 5); RICCA BARBERIS, *Chiamata in causa durante l'evizione*, Torino, 1924; A. LÓPEZ DOMÍNGUEZ, *La defensa de evicción, su fundamento y arraigo en nuestra legislación civil* (Jurisp. Arg., 1953-I, oct., pág. 20).

sea para reclamarla como propia, sea para hacer valer una preferencia sobre el producto de su venta, pero permaneciendo indiferente en cuanto a la litis objeto del proceso.

b) De aquí las dos formas en que el tercero puede hacer valer su interés: en el proceso de ejecución, mediante la tercería de dominio o de mejor derecho, y en el proceso de conocimiento, por su intervención en la relación procesal. En uno y otro supuesto su posición es distinta, porque en tanto que con la intervención asume el carácter de sujeto de la relación procesal y quedará vinculado por la sentencia que vaya a dictarse, en la tercería conserva su calidad de tercero y no le afecta la sentencia que decida la litis. Es necesario, entretanto, establecer que cuando se habla de proceso de conocimiento no se entiende referirse únicamente al juicio ordinario, porque en la ejecución de sentencia, como en el juicio ejecutivo, hay también conocimiento sumario, y la sentencia que ordena llevar adelante el procedimiento por no haberse opuesto excepciones o por rechazarse las opuestas, importa una declaración; es por lo que sólo cuando existe embargo de bienes queda abierta la acción de tercería, aun tratándose de una medida precautoria, porque importa una ejecución provisional. La doctrina no siempre ha tenido en cuenta este distinguo y emplea a veces la palabra tercería con una acepción comprensiva de ambas situaciones, y lo mismo ocurre en algunos códigos de procedimiento, sin advertir que, por el hecho de incorporarse a la relación procesal, y desde ese momento, el tercero deja ya de serlo.

c) Las tercerías han sido legisladas en los códigos de provincias en forma bastante completa, y de ellas nos ocuparemos en su oportunidad; aquí sólo vamos a tratar de la intervención del tercero en la relación procesal. Su situación no ha sido contemplada por el código de procedimiento en lo civil y comercial de la Capital federal, vigente también en los territorios nacionales, ni por la ley 50 de procedimiento federal, y aunque algunos códigos de provincias con-

tienen disposiciones a su respecto, son incompletos e inco-nexos, pudiendo afirmarse que ni el tercero está debidamente amparado frente a los litigantes, ni éstos respecto de aquél. Es verdad que el tercero puede alegar la relatividad de la cosa juzgada para oponerse a una sentencia a cuya formación no ha contribuido (*res inter alios judicata tertiis non nocet*), así como que los litigantes conservan contra él las acciones regresivas derivadas de su comunidad jurídica, pero aquélla resulta a menudo insuficiente para la protección de sus derechos, y éstas no sólo suponen un segundo proceso, sino que la demora puede determinar su ineficacia.

13. Legislación comparada.

Veamos previamente cómo se ha considerado la cuestión en otros países y la construcción sistemática que sobre la base de los textos legales ha elaborado la doctrina.

14. a) Intervención voluntaria.

El art. 201 del código procesal italiano establece que cualquiera que tenga interés en una causa puede intervenir en ella. En el mismo sentido se pronuncian la ordenanza austríaca (pár. 16-20), la alemana (pár. 64-71), el código brasileño (art. 102) y, aunque en forma no tan expresa, los códigos francés (art. 339) y uruguayo (art. 522). La doctrina, apoyada en la jurisprudencia, distingue dos clases de intervención voluntaria: 1ª) *Intervención adhesiva* (conservatoria o coadyuvante), y que tiene por objeto ayudar a una de las partes en el proceso, para lo cual basta justificar un interés legítimo (por ejemplo, el acreedor que viene a secundar la acción de su deudor para prevenir su negligencia o mala fe; el notario en la querrela de falsedad civil de un acto en el que intervino como tal; el legatario que con-

curre al pleito entre el heredero legítimo y el testamentario sobre nulidad del testamento; el fiador que interviene en el juicio entre el acreedor y el deudor sobre la existencia o validez de la obligación principal (cód. civ., art. 2023, etc.); 2ª) *Intervención excluyente* (principal o agresiva), en la que el tercero pretende un derecho frente a ambos litigantes (como el poseedor o tenedor de la cosa objeto del litigio, por ejemplo, el locatario, etc.).

15. b) Intervención obligada.

Tiene lugar cuando el juez, a pedido de una de las partes ^(46/1) o de oficio, ordena la citación de un tercero, a fin de que la sentencia que vaya a dictarse produzca para él efecto de cosa juzgada. En principio, procede en los casos en que está permitida la acumulación subjetiva impropia pasiva de acciones (VI, 10, c) como forma inicial del proceso. El código italiano lo autoriza expresamente (arts. 203 y 205), así como la ordenanza austríaca (pár. 21-25), la alemana (pár. 72-77), y en forma implícita los códigos brasileño (arts. 88-95) y uruguayo (art. 522). En cuanto al francés, nada dice al respecto, pero la doctrina y la jurisprudencia la han admitido, fundadas en el principio de conexidad, que permite concentrar en un solo proceso las cuestiones que afecten varias personas. Son casos especiales de intervención obligada: 1º) la *litisdenuntiatio*, cuando la parte, en caso de ser vencida, podría tener una acción contra el tercero (como en la evicción, cód. civ., art. 2108 ^(46/2)); el patrón que indemniza el perjuicio causado por su dependiente, íd., art. 1123; el tercero que excitó al animal que ocasionó el daño, íd.,

^(46/1) El actor puede solicitar la citación de evicción (Cám. Civ. 1ª, *La Ley*, t. 21, pág. 704; Cám. Federal de Mendoza, *La Ley*, t. 15, pág. 352).

^(46/2) Ver cap. XVIII, 9.

art. 1125; el propietario de la cosa inanimada contra el culpable del accidente, íd., art. 1133; en las acciones de nulidad de testamento y petición de herencia, íd., art. 3421; en la reivindicación por el heredero en estado de indivisión, íd., art. 3450; la acción del asegurador contra el conductor, cód. com., art. 525; la del capitán contra los oficiales y la tripulación, íd., art. 1263; la de indemnización por accidente del trabajo, ley 9688, arts. 10 y 18; etc.): 2º) la *laudatio o nominatio auctoris*, cuando el poseedor demandado denuncia el nombre de aquel por quien posce (cód. civ., art. 2782), 3º) el *llamamiento del tercero pretendiente*, cuando el demandado por la entrega de una cosa o el pago de una deuda llama al tercero que también pretende ser propietario o acreedor (cód. civ., art. 757, inc. 4); 4º) la *llamada en garantía*, cuando el llamante se encuentra en el pleito por una obligación del llamado (como el fiador respecto del deudor) (Ver *infra*, nota 46/4).

16. c) Oposición del tercero.

El tercero que no ha sido parte en un proceso tiene todavía un medio de defensa contra la sentencia que se pretende ejecutar en su perjuicio, y es el recurso de oposición (*opposizione del terzo*, cód. italiano, art. 510; *tierce opposition*, cód. francés, art. 474), para lo cual debe acreditar su no intervención en la causa y el perjuicio que la sentencia le ocasiona (46/3).

(46/3) Una fuerte corriente doctrinaria, principalmente italiana, cuyo art. 510 del cód. de 1865 es igual al 474 del código francés, exige para la admisión de la "*tierce opposition*" una incompatibilidad absoluta entre el estado constatado por el juez y el que invoque el tercero (CHIOVENDA, *Inst.*, pár. 89; CARNELUTTI, *Riv. Dir. Proc.*, 1936, I, 170). Para nuestra jurisprudencia, en cambio, basta un simple interés, aun siendo eventual. La "*tierce opposition*" en la protección de los derechos de terceros, juega el mismo papel que la intervención principal: ésta,

17. Códigos de provincias.

a) Algunos códigos provinciales han legislado la intervención de terceros en la relación procesal, sin perjuicio de las disposiciones referentes a las tercerías. Así, los de Córdoba (arts. 1038-1043), San Juan (arts. 1012-1017), Santiago del Estero (arts. 702-707), San Luis (arts. 808-811) y Mendoza (arts. 648-654); pero no consideran la cuestión en su integridad, pues sólo se refieren a la intervención voluntaria, salvo los de Santa Fe (art. 537), y Mendoza (art. 109), que se refiere, asimismo, a la intervención obligada. Si bien es cierto que también legislan la citación de saneamiento, ésta no es sino una de las formas de la intervención obligada, y a pesar de que autorizan la intervención de terceros *aun sin ser citados*, no se ha dado a estas palabras su verdadero alcance y pasan desapercibidas porque no se reglamenta la oportunidad y forma de la citación. Por otra parte, ninguno de ellos ha precisado la posición del tercero frente a los demás litigantes, respecto de los cuales, aun cuando se trate de un litisconsorte en los casos de intervención adhesiva, constituye una parte independiente, cuyos actos de procedimiento no obligan a los otros sujetos de la relación procesal, como tampoco se halla obligado por los que éstos ejecuten. Hace excepción del código de Santa Fe, que, contrariando los principios doctrinarios, establece que el tercero no asume calidad de parte (art. 537), con lo cual la intervención del tercero carece de eficacia práctica, ya que no le afectará la cosa juzgada.

b) Como todos se expresan en términos más o menos parecidos, reproduciremos las disposiciones del código de

durante el curso del proceso: aquella, una vez terminado el proceso (SOLUS, *Cours*, págs. 532 y 717; MOREL, n° 683). LOUIS BOYER, *Les effets des jugements à l'égard des tiers* (*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, abril-junio de 1951, pag. 153).

procedimiento de la provincia de Córdoba (46/4) que se refieren a esta materia: "Los que sin ser partes en un juicio pendiente tuvieran, sin embargo, en él un interés legítimo, podrán intervenir en el procedimiento aun sin ser citados, cualquiera sea la estación y la instancia en que se encuentre (art. 1038). Cuando la tercería deducida fuera coadyuvante del derecho de alguno de los litigantes en el juicio,

(46/4) La Cámara de Apelaciones de Córdoba resolvió, por el voto de la mayoría, que el código de procedimientos, al legislar sobre la intervención del tercero en el juicio, se ha referido únicamente a la intervención voluntaria, y aun cuando por economía procesal podría admitirse la citación obligada, el juez debe decidir el punto conforme a las reglas del derecho positivo, salvo los casos especialmente contemplados en la ley substancial (Dres. De la Rúa y Oviedo Jacou). La minoría (Dr. Amaya) expresó que aunque el código de Córdoba, art. 1038, trata solamente de la intervención voluntaria del tercero, de su texto no surge prohibición expresa para su intervención obligada; en consecuencia, y conforme al art. 1343 del mismo código, es lícito hacerlo por un principio de economía procesal, siempre que concurren en la especie los presupuestos típicos de la citación coactiva del tercero (*Jurisp. Arg.*, 1954-II, pág. 249, con nota de SROTA, *La citación coactiva del tercero en juicio*). Amaya sostiene en el voto mencionado (y a nuestro juicio está en lo cierto) que "Debe acordarse mayor amplitud al instituto de la intervención del tercero, permitiendo a las partes llamar en juicio a las personas a quienes consideren común a la controversia, sea interesado, antecesor o titular efectivo pasivo de la relación jurídica que trata de dilucidarse, criterio adoptado por el código de Mendoza, art. 110; Jujuy, art. 79; anteproyecto Reimundín, art. 65; pero sometiendo el ejercicio de ese derecho a determinadas condiciones que pueden concretarse así: que el litigio sea común al tercero denunciado; que el hecho generador de la intervención del tercero tenga fundamento en la ley substancial y que sea planteado en tiempo oportuno. Además, agrega, y es preciso destacarlo porque es interesante para la solución del caso subexamen, los cuerpos legales extranjeros (alemán, austríaco, italiano, etc.), admiten la intervención obligada del tercero cuando es posible contra éste "la acción de repetición o regresión" (CARNELUTTI, *Sistema*, nº 376). Estos son algunos de los ejemplos que enuncia ALSINA, *Tratado*, VII, 15, cuando enumera los casos en que es lícita la citación obligada y en los que puede apreciarse que es siempre correcta la citación y conveniente cuando hay la posibilidad de una acción de repetición".

se tramitará unida a la acción o excepción con que se coadyuvare, sin que pueda retrogradar ni suspenderse el curso de la causa (art. 1039). Cuando la tercería fuera excluyente y la causa pendiese en primera instancia, se suspenderá el procedimiento de ésta, y tramitada aquélla en la forma que corresponda y hasta quedar ambas en igual estado, se continuarán por el mismo trámite hasta resolverse en una sola sentencia (art. 1040). Si la causa pendiera en segunda instancia, la tercería se tramitará en pieza separada con ambos litigantes, a menos que el tercero interpusiese la demanda en segunda instancia renunciando a la primera (art. 1041). El que tuviera interés legítimo en una causa podrá, aun antes de entablar tercería, interponer recursos legales, siempre que lo haga dentro del término en que puedan hacerlo los que litigan (art. 1042). La sentencia dictada después de la intervención de los terceros obliga a éstos como a los litigantes principales (art. 1043)".

18. La jurisprudencia.

a) La circunstancia de que algunos códigos guarden silencio sobre esta materia o de que otros la legislen insuficientemente, no ha impedido que, en presencia de textos constitucionales y legislativos que contemplan la situación de los terceros, los jueces hayan arbitrado los medios para suplir esa omisión, aunque todavía en forma tímida y precaria, para resolver los problemas de todo orden que se presentan en la práctica diaria del derecho.

b) En primer lugar debe mencionarse la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que, como bien lo ha dicho Jofré, con el genio jurídico que le caracteriza, ha sabido encontrar en el recurso extraordinario del art. 14 de la ley 48 un instrumento eficaz para la protección del tercero, al establecer que, no pudiendo nadie ser condenado sin ser oí-

do de acuerdo con el art. 18 de la Constitución, es nula toda sentencia que pretenda ejecutarse contra el tercero que no ha sido parte en el juicio. Por aplicación de este principio, ha declarado procedente el recurso extraordinario contra la resolución que intime el desalojo de una propiedad sin que el ocupante que alega derechos sobre ella como propietario, poseedor o locatario, haya sido oído y vencido en juicio (47). Asimismo ha establecido que las facultades otorgadas al Banco Hipotecario Nacional por los arts. 73 de la ley 8172, y 71, inc. 4º, de la ley 10.676, para requerir el auxilio de la fuerza pública a los efectos de tomar en su caso la posesión del bien hipotecado y desalojar a los ocupantes, se refieren a las relaciones del Banco con sus deudores o con quienes a nombre de éstos ocupen el bien, pero de ningún modo pueden ejercitarse contra terceros que invocan derechos propios de posesión sobre el bien hipotecado y que no tienen vinculación contractual alguna con el deudor ni con el Banco, porque ello importaría un desalojo violatorio de la garantía constitucional de libertad de defensa, procediendo en tal supuesto el interdicto de recobrar la posesión y, en su caso, el amparo del tribunal mediante el recurso extraordinario (48).

c) La jurisprudencia de los tribunales de la Capital registra algunos casos, sobre todo tratándose de la venta de inmuebles en pública subasta, en que se ha ordenado el lanzamiento de los ocupantes para entregar la posesión al comprador, declarándose que aquéllos, en su calidad de terceros, no son partes en el juicio y no pueden oponerse al cumplimiento de la sentencia dictada en el mismo (49). Pero en la actualidad predomina la buena doctrina, pues se ha es-

(47) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 2, pág. 864; t. 4, pág. 294; t. 32, pág. 919; t. 65, pág. 18; t. 66, pág. 376.

(48) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 64, págs. 381 y 387.

(49) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 1, pág. 49; t. 3, pág. 210; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 1, pág. 75.

tablecido que el comprador no tiene derecho a exigir la entrega del inmueble libre de ocupantes, sino libre de otra posesión (cód. civ., art. 1409), y que, por consiguiente, no puede ordenarse el desalojo de aquéllos sino iniciando contra los mismos el juicio correspondiente (50).

d) Pero estos pronunciamientos no se refieren propiamente a la intervención de terceros, sino al supuesto inverso, o sea a la relatividad de la cosa juzgada invocada por aquéllos. Por lo que se refiere a la intervención voluntaria, el principio establecido por la jurisprudencia es que el juez está facultado para rechazar, aun de oficio, al tercero que pretende intervenir en un proceso, aunque se encuentre vinculado a alguna de las partes (51). No obstante, los jueces no han podido menos que considerar ciertas situaciones en las que la aplicación estricta de este criterio hubiera importado desconocer el fundamento y alcance de instituciones legisladas en las leyes substanciales (51/1), y así han re-

(50) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 68, pág. 734; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 4, pág. 371; t. 5, pág. 262.

(51) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 23, pág. 932; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 11, pág. 152; Cám. Fed. de la Cap., *Jurisp. Arg.*, t. 6, pág. 572.

(51/1) Aun cuando el código de procedimientos no ha legislado la intervención de terceros en el juicio (sólo se ocupa del tercerista en el juicio ejecutivo), tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten tal intervención, bastando para ello que cualquiera de las partes estime común la controversia con el tercero o conexas con una relación jurídica existente entre el actor o demandado y el tercero y que habría permitido a éste actuar como litisconsorte (Cám. Nac. Civ., *Jurisp. Arg.*, 1952-II, pág. 95). El recurso extraordinario es excepcionalmente promovible por quienes sin ser parte formal en el juicio pueden ser afectados por la sentencia del mismo, en tanto no se trate del juego de preceptos comunes en materia de solidaridad u otras análogas y no existe remedio en las instancias ordinarias. En el caso, el Ministerio de Transportes de la Nación funda el recurso en la incompetencia de los jueces civiles para entender en la causa por habérsela seguido contra una empresa adquirida por el Gobierno nacional y administrada por el mismo antes de la iniciación del juicio (Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, 1951-II, pág. 211).

conocido personería al asegurador para intervenir por derecho propio en el juicio seguido por la víctima del accidente contra el patrón, por cuanto se discute en el mismo todo lo relativo al accidente y a la indemnización que por el art. 7 de la ley 9688 queda a su cargo ⁽⁵²⁾; asimismo ha establecido que uno de los socios está facultado para adherirse a la demanda por disolución anticipada de la sociedad promovida por otro socio exclusivamente contra los demás, sin que importe la circunstancia de que esta facultad se ejerza después de trabada la litis, lo que no perjudica a los demandados, quienes pueden oponer contra el socio que se adhiere a la acción las defensas especiales que a su respecto tuvieran, máxime cuando en esa forma se regulariza la situación procesal para todos los socios en el pleito ⁽⁵³⁾. En cuanto a la intervención obligada, también puede citarse un antecedente en el que se admitió que en la acción de nulidad de testamento, como en la de petición de herencia, el demandado tiene derecho a exigir que sean citados a tomar intervención en el juicio todos los partícipes en el derecho, real o

(52) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 23, pág. 191; t. 42, pág. 264.

(53) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 74, pág. 7. El tercero opositor coadyuvante no tenía obligación de intervenir en el juicio mientras el deudor no lo instara, pues su interés se limita a suplir la omisión de aquél o prevenir el dolo en que pudiera incurrir (Cám. Fed. Mendoza, *La Ley*, t. 43, pág. 326, con nota de COUTURE). El demandado no puede hacer dar intervención a otras personas en la litis a título de codemandado, contra la voluntad del actor, pudiendo sólo requerir la citación de evicción cuando ella proceda y con los alcances y efectos que tiene esta citación (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, 1947-I, pág. 323). Los adquirentes de tierras vendidas por la comisión liquidadora de una liquidación sin quiebra, que son deudores de parte del precio y acreedores por su derecho a exigir la entrega y escrituración de dichas tierras, tienen personería para intervenir en el trámite de una cuestión planteada por vía de incidente donde algunos acreedores del fallido reclaman que se declare nula la enajenación de las tierras mencionadas (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, 1947-I, pág. 194). ACUÑA ANZORENA, *La intervención del acreedor en los juicios en que el deudor es parte según el proyecto de reformas al cód. civil* (*La Ley*, t. 20, doct., pág. 135).

pretendido, del demandante, a fin de que la sentencia que vaya a dictarse aproveche o perjudique a todos y tenga el carácter de cosa juzgada cerrando toda discusión futura sobre el punto (54). Se trata, en efecto, de un caso de litisconsorcio necesario (54/1).

e) Esto demuestra, entonces, que el hecho de que la institución no esté reglamentada en el código de procedimiento no impide que se le incorpore a nuestro régimen procesal. Desde luego, el principio constitucional de que es lícito lo que no está prohibido por la ley (art. 18), constituye una regla de interpretación que, aplicada al derecho procesal, abre a la jurisprudencia un campo de vastas posibilidades, permitiéndole integrar la ley en cuanto no se contraría su letra o su espíritu. Ninguna razón hay para que las disposiciones procesales sean interpretadas restrictivamente, y este criterio erróneo, derivado del concepto formalista del procedimiento, es justamente una de las causas de su atraso. Por otra parte, el código de procedimiento francés tampoco legisla la intervención obligada, y, no obstante, la jurisprudencia la ha admitido, satisfaciendo una necesidad que la práctica diaria pone en evidencia. Descartada la existencia de un cuasicontrato en el proceso, la relación procesal no se desnaturaliza por la incorporación de un nuevo sujeto, y, por el contrario, la complejidad de la litis exige la concen-

(54) Cám. Civ. 1^a, *Jurisp. Arg.*, t. 29, pág. 196.

(54/1) En la substanciación de la demanda contra una sucesión fundada en la nulidad por simulación del inventario, pericia, remate y locación en que intervino el causante como locatario, si bien no es necesario dar intervención al escribano, al perito y al martillero, se requiere la notificación al locador, por tratarse de un legitimado substancialmente, con un interés jurídicamente protegido, que hace necesaria su intervención en el litigio. La facultad de los jueces de disponer la intervención en el juicio de todos aquellos que deben ser oídos como demandados, dada su calidad de legitimados substancialmente, emana del art. 52 del código de procedimientos en cuanto crea el deber de los jueces de mantener el buen orden en los juicios (Cám. Nac. Civ. (B), *La Ley*, t. 66, pág. 132).

tración de todos los intereses conexos, no sólo por razones de economía procesal, sino para que la composición de aquélla resulte justa y sea definitiva. De tal manera, el tercero dispondrá de dos medios para la defensa de sus intereses: uno, *preventivo*, la intervención en la relación procesal: otro, *sucesivo*, la defensa de cosa no juzgada y el recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por su parte, los litigantes no estarían obligados a iniciar un segundo proceso para hacer efectivas las acciones regresivas, ni estarían expuestos a que los terceros substraigan su responsabilidad mientras se decide la cuestión principal. Pero es natural que la jurisprudencia tropiece con dificultades ante la ausencia de normas legales, y por ello se impone la regulación de este instituto en los códigos de procedimiento.

19. Principios aplicables.

La intervención del tercero debe ser permitida, desde luego, pero bajo ciertas condiciones, a fin de evitar que se convierta en instrumento de perturbación en el proceso. Los principios a que debe sujetarse, en nuestra opinión, son los siguientes:

1º) Los que sin ser partes en un litigio tuvieran, sin embargo, en él un interés legítimo justificado sumariamente, podrán intervenir en el procedimiento, cualquiera sea la estación y la instancia en que se encuentre.

2º) Cuando la intervención fuera coadyuvante del derecho de alguno de los litigantes, no podrá retrogradarse ni suspenderse el curso de la causa.

3º) Si fuese excluyente y la causa pendiese en primera instancia, se suspenderá el procedimiento de ésta, y tramitada aquélla en la forma que corresponda hasta quedar

ambas en igual estado, se continuarán en los mismos autos, hasta resolverse en una sola sentencia.

4º) Si la causa pendiese en segunda instancia, se tramitará en pieza separada con ambos litigantes, sin suspenderse el curso de aquélla, a menos que se interponga la demanda en segunda instancia renunciando a la primera.

5º) El actor al proponer su demanda, y el demandado dentro del término para oponer excepciones dilatorias, podrán pedir la citación de aquel con quien consideren común la controversia, debiendo emplazársele en la forma ordinaria. Cuando la citación se hiciere a pedido del demandado, el citado dispondrá de un término, después de contestada la demanda, para exponer respecto de ella lo que convenga a su interés.

6º) En los casos en que proceda la suspensión del juicio principal, cualquiera de las partes podrá pedir su continuación independiente cuando resulte manifiesto que el tercero procede sin derecho y sólo para obstaculizar el procedimiento.

7º) El interviniente será considerado como parte distinta, y sus actos no perjudicarán ni aprovecharán a los otros litigantes.

8º) La sentencia dictada después de la intervención del tercero, o su citación en su caso, lo afectará como a los litigantes principales.

CAPÍTULO VIII

ACTOS JURÍDICOS PROCESALES

PRINCIPIOS GENERALES. 1. Concepto del acto procesal. — 2. Naturaleza jurídica. — 3. Estructura del acto procesal. — 4. Valoración jurídica del acto procesal. — 5. Clasificación de los actos procesales. — LAS FORMAS PROCESALES. — 6. Concepto de las formas. — 7. Necesidad de las formas procesales. — 8. Regulación de las formas procesales. — VIOLACIÓN DE LAS FORMAS PROCESALES. — 9. Consecuencias de la violación de las formas procesales. — 10. Concepto de la nulidad. — 11. Clasificación de las nulidades. — 12. Sistemas de aplicación. — 13. Sistema de nuestro código. — 14. Quién puede alegar la nulidad. — 15. Interés en la declaración de nulidad. — 16. Cómo puede alegarse la nulidad. — 17. Oportunidad para deducir la nulidad. — 18. Efectos de la declaración de nulidad. — 19. Subsanciación de las nulidades. — ACTOS DE INSTRUCCIÓN DEL PROCESO. — 20. *Medios de expresión*: a) Caracteres generales; b) Informe *in voce*; c) Idioma; d) Escrito; e) Encabezamiento; f) Firma; g) Cargo. — 21. *Medios de comunicación*: a) Traslados; b) Vistas; c) Copias; d) Audiencias; e) Juicio verbal; f) Mandamiento; g) Oficios; h) Exhortos. — 22. *Documentación*: a) Expedientes; b) Agregación de documentos; c) Cuadernos de pruebas; d) Actas. — NOTIFICACIONES. 23. Concepto y función de la notificación. — 24. Notificación por cédula. — 25. Notificación personal. — 26. Notificación de oficio. — 26/1. Notificación por telegrama. — 27. Notificación por edictos. — 28. Nulidad de la notificación. — 29. Notificación a funcionarios judiciales. — TÉRMINOS. 30. Influencia del tiempo en el derecho procesal. — 31. Concepto de los términos. — 32. Función de los términos en el proceso. — REGULACIÓN DE LOS TÉRMINOS. — 33. Disposiciones legales. — 34. Días hábiles. — 35. Horas hábiles. — 36. Sanción de nulidad. — 37. Habilitación de días y horas. — CLASIFICACIÓN DE LOS TÉRMINOS. 38. Legales, judiciales y convencionales. — 39. Perentorios y no perentorios. — 40. Prorrogables e improrrogables. — 41. Término de ampliación. — 42. Individuales y comunes. — 43. Ordinarios y extraordinarios. — MODOS DE COMPUTAR LOS TÉRMINOS. 44. Iniciación. — 45. Transcurso. — 46. Vencimiento. — SUSPENSIÓN E INTERRUPCIÓN DE LOS TÉRMINOS. 47. Concepto. — 48. Fuerza mayor. — 49. Conformidad de partes. — 50. Fallecimiento o incapacidad. — 51. Elevación de los autos al superior. — 52. Falta de entrega de copias en los traslados. — 53. Reapertura del término.

Principios generales (1)

1. Concepto del acto procesal.

a) La relación procesal se presenta como un conjunto de actos que realizan las partes, el juez y los terceros, vinculados en orden sucesivo, de tal manera que cada uno de ellos es una consecuencia del que le precede y un antece-

(1) AGUIAR, *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, 1924; CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil* (trad. Sentís Melendo), Buenos Aires, 1913, pág. 243; CARNEIUTTI, *Sistema de derecho procesal civil* (trad. Alcalá Zamora y Castillo y Sentís Melendo), Buenos Aires, 1944, n.ºs. 500 y sig.; id., *Instituciones del nuevo proceso civil italiano* (trad. Guasp), Barcelona, 1942, n.º 259; id., *Teoría general del derecho* (trad. Posada), Madrid, 1941, n.º 99, 108; id., *Líneas generales de la reforma del proceso civil de cognición* (*Estudios de derecho procesal*, trad. Sentís Melendo), Buenos Aires, 1952, t. 1, pág. 108; COURURE, *Fundamentos del derecho procesal civil* (2ª ed.), Buenos Aires, 1951, pág. 101; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile* (3ª ed.), Nápoles, 1923, págs. 766 y sig.; id., *Instituciones del derecho procesal civil* (trad. Gómez Orbancja), Madrid, 1936, n.º 287; FURNO, *Nullità e rinnovazione degli atti processuali* (*Studi in onore di Redenti*), Milán, 1951, t. 1, pág. 143; GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil* (trad. Prieto Castro), Barcelona, 1936, págs. 227 y 292; GUASP, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, 1943, t. 1, n.º 672; id., *Indicaciones sobre el problema de la causa de los actos de procedimiento* (*Rev. Der. Proc.* (E), 1948, pág. 403); LIBEMAN, *Corso di diritto processuale civile*, Milán, 1952, pág. 403; MORELL, *Traité élémentaire de procédure civile* (2ª ed.), París, 1919; ORGAZ, *Concepto del hecho jurídico*, *La Ley*, t. 39, pág. 892; PALERMO, *Contributo alla teoria degli atti processuali*; POBETTI, *Tratado de los actos procesales*, Buenos Aires, 1955; PRIETO CASTRO, *Exposición del derecho procesal civil en España*, Zaragoza, 1941, t. 1, pág. 169; *Tratado de derecho procesal civil*, Madrid, 1952, t. 1, pág. 10; REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milán, 1947-1954; REIMUNDO, *La sistematización de los actos jurídicos procesales y la estructura de los códigos procesales modernos* (*Jurisp. Arg.*, 1951-II, doct., pág. 13); SATTA, *Diritto processuale civile*, Padua, 1953, págs. 122 y sig.

diente del que le sigue. Aun cuando en apariencia son actos independientes, en el sentido de que pueden ser ejecutados en forma aislada, su vinculación resulta, en primer lugar, del principio de *preclusión*, según el cual determinados actos procesales pueden realizarse únicamente en el supuesto de la existencia de una situación procesal previa (ejemplo: el ofrecimiento de prueba supone la demanda y la contestación), y sólo por motivos excepcionales puede alterarse ese orden (ejemplo: diligencias preparatorias del juicio ordinario); en segundo lugar, por la finalidad común, que establece entre ellos una relación de interdependencia (ejemplo: el interrogatorio respecto del ofrecimiento de la prueba testimonial, el cuestionario para los peritos, los alegatos con relación a la prueba, etc.).

b) Esto indica que el proceso puede ser descompuesto en los distintos elementos que lo integran y que cada uno de ellos puede ser examinado independientemente, es decir, con prescindencia de su vinculación y de la posición que ocupen en la relación procesal ⁽²⁾. El acto procesal se presenta normalmente como un hecho, esto es, en forma objetiva, pero también puede consistir en una omisión, y, en consecuencia, más exacto sería decir que acto procesal es todo acontecimiento que de cualquier manera influye en la relación procesal; sin embargo, vamos a ver que hay ciertos hechos que influyen en ella y no constituyen actos procesales.

c) La determinación del concepto del acto procesal tiene gran importancia práctica. Así, el art. 3 de la ley 14.191 sobre caducidad de la instancia dispone que los plazos señalados para el efecto "se computarán desde la fecha

(2) Si fuese dado examinar el proceso, dice CARNELUTTI, con una cámara retardada como la que se emplea en el cinematógrafo, sería fácil advertir la interdependencia de los actos procesales y la posibilidad de separarlos para someterlos a un análisis como fenómeno autónomo (*Sistema*, nº 393).

de la última petición de las partes o providencia o actuación del tribunal que tenga por efecto impulsar el procedimiento", lo cual requiere un examen de los elementos y condiciones del acto para establecer los casos de interrupción de la perención producida por la ejecución de un acto comprendido en la disposición citada.

2. Naturaleza jurídica.

a) Los hechos tienen en la vida del derecho influencia decisiva: por ellos nacen, se transforman o se extinguen las relaciones jurídicas. Ciertos hechos, tanto de la naturaleza como del hombre, son ajenos al derecho, pero, en cuanto influyen en la conducta de los individuos, caen bajo su regulación. Así, los fenómenos celestes son indiferentes para la vida jurídica sólo en apariencia, porque la determinación del día y la noche tiene trascendental importancia para la división del tiempo, fundamento, a su vez, de instituciones como la prescripción, los términos, la caducidad de la instancia, etc.

b) Los hechos toman, pues, el carácter de hechos jurídicos cuando están regulados por una norma de derecho. Como en el derecho civil, también en el derecho procesal puede hacerse un primer distingo entre hechos de la naturaleza y hechos del hombre. De los hechos de la naturaleza, el más importante, desde el punto de vista del proceso, es el transcurso del tiempo, que, bajo la forma de términos, establece un orden gradual en su desenvolvimiento; pero hay también otros cuya influencia no es menor, como el terremoto, la inundación, la peste, etc., que pueden producir la paralización del proceso, y algunos, como la muerte, importan la suspensión de la relación procesal misma. No obstante, el derecho positivo sólo se ocupa de ellos accidentalmente, y quedan todavía muchos aspectos librados a la especulación

de la doctrina, no siempre conforme en el modo de apreciarlos.

c) Los hechos humanos pueden ser voluntarios o involuntarios. Un ejemplo de estos últimos, en materia procesal, lo constituye la omisión de un recurso contra una resolución adversa. Los hechos voluntarios se distinguen, a su vez, en lícitos e ilícitos. Los primeros son los que, permitidos por la ley, se ajustan a sus prescripciones; los segundos son los prohibidos por la ley, y constituyen una violación de la misma (ejemplo: la producción de un documento falso, la demanda simulada, el falso testimonio, etc.). Pero, en el concepto de acto lícito se comprende no sólo lo que está jurídicamente permitido, sino también lo que no está jurídicamente prohibido; concepto ya desarrollado al estudiar la interpretación de las normas procesales (I, 18). Todo hecho voluntario lícito que tenga por objeto crear, transformar o extinguir un derecho, es un acto jurídico ⁽³⁾.

d) Los actos voluntarios lícitos ejecutados en el proceso son actos jurídicos, porque tienden a la constitución, conservación, modificación o cesación de una situación jurídica en la relación procesal. Pero es necesario que el acto sea un hecho positivo y tenga por objeto uno de esos fines, aunque no vaya dirigido precisamente a la parte contraria, y, por consiguiente, no son actos procesales los actos jurídicos que no tienen influencia sobre la relación procesal (ejemplo: el otorgamiento del poder).

e) Los actos procesales pueden, a su vez, ser clasificados en tres categorías. Algunos constituyen meras manifestaciones de la voluntad e importan el ejercicio de un derecho preexistente: son los actos procesales en sentido estricto (la demanda, un recurso, las diligencias de prueba, etc.). Otros tienen por objeto la constitución de un derecho me-

(3) AGUIAR, *op. cit.*, pág. 26; REDENTI, t. 1, pág. 141; GUASP, t. 1, pág. 672.

diante un acuerdo previo de voluntades: son los llamados negocios jurídicos procesales (compromiso arbitral, prórroga de la competencia, transacción, etc.). Entre estas dos categorías existe una tercera, en la que los actos tienen por objeto la constitución de un derecho, pero no supone un convenio, sino que resulta del ejercicio coincidente de actos procesales por ambas partes: son los acuerdos procesales (designación de peritos, determinación de documentos indubitados en la prueba de cotejo, etc.).

3. Estructura del acto procesal.

a) Considerado aisladamente, el acto procesal es una manifestación de voluntad, y, como tal, consta de dos elementos: la forma y el contenido. El primero constituye el elemento objetivo, o sea el modo de exteriorización de la voluntad; el segundo es puramente subjetivo y supone un proceso psicológico. Durante mucho tiempo sólo se tuvo en cuenta la forma del acto procesal, y de ahí que la legislación positiva se haya limitado a regular su producción en juicio, de donde deriva el carácter formal del procedimiento. En cuanto al contenido, se le consideró sujeto a los principios del derecho civil, y es sólo después de la emancipación del derecho procesal cuando la doctrina comenzó a analizarlo como fenómeno independiente (4).

b) Mientras el acto procesal es una manifestación individual de la voluntad, el negocio procesal es un resultado de la coincidencia de voluntades, y, por consiguiente, se presenta como un acto complejo. En el acuerdo procesal

(4) En la nota al título de la sección segunda del libro segundo del código civil (art. 896), el doctor VÉLEZ SANSFIELD enumera, entre los actos jurídicos, a los de procedimiento, pero no los considera distintos de los actos civiles, sino, por el contrario, como una categoría de estos últimos.

también existe coincidencia de voluntades, pero con la diferencia, como hemos dicho, de que se trata siempre de una manifestación individual. Este distingo tiene importancia para la valoración jurídica del acto procesal ⁽⁵⁾.

c) En el contenido del acto procesal, como en todo acto jurídico, pueden distinguirse tres elementos: la causa, la intención y el objeto. El significado de estos conceptos es el mismo que tienen en derecho civil, pero mientras aquí la eficacia del acto depende de la correspondencia de los tres elementos, la importancia de éstos en derecho procesal no es siempre la misma.

4. Valoración jurídica del acto procesal.

a) En razón de que la legislación positiva regula la forma del acto procesal, estableciendo no sólo los requisitos para su validez, sino las consecuencias de su inobservancia, nos ocuparemos de ella por separado. La ausencia, en cambio, de una reglamentación legal, en cuanto al contenido, obliga a considerar las cuestiones que plantea desde un punto de vista puramente doctrinario. No existiendo todavía sobre el particular un criterio formado sino que, por el contrario, se han enunciado diversas teorías, nos limitaremos a exponer aquellos principios respecto de los cuales no existe mayor divergencia.

b) La primera cuestión que se plantea es la de saber si son aplicables a esta materia las disposiciones del código civil. Tratándose de negocios procesales no existe ninguna dificultad, porque, en realidad, constituyen verdaderos contratos y están sujetos, en consecuencia, a su reglamenta-

(5) La diferencia fundamental que existe entre el negocio jurídico y el acuerdo, dice CARNELUTTI, es que el primero supone la existencia de intereses opuestos que se concilian mediante el convenio, en tanto que en el acuerdo, el interés es común (*Sistema*, n.º 435, c).

ción legal. Pero, con el acto procesal propiamente dicho no ocurre lo mismo. pues, aunque jurídico como el acto civil, está sometido a un régimen normativo propio, en razón de la función que desempeña en el proceso (^{5/1}). Ello no impide que en ciertos casos ese régimen sea coincidente, o que el código civil contenga disposiciones expresas sobre el acto procesal (⁶), pero entonces la cuestión se traslada del terreno doctrinario al legislativo.

c) Sea que el concepto de causa se refiera al funda-

(5/1) Los actos procesales son actos jurídicos, como los que regula el derecho civil, pero su contenido es autónomo (KISCH, pág. 15) y de ahí que las disposiciones del código sean inaplicables a las nulidades de procedimiento, como vamos a verlo más adelante. Más que mi meditación de estudioso, dice CARNELUTTI, mi experiencia de abogado me induce a considerar que esta inaplicación de los arts. 108 y sig. y 119 del cód. civil (relativos a los elementos de la voluntad) en temas procesales, puede dar a los prácticos una provechosa orientación (*Líneas generales de la reforma del proceso civil de cognición, Estudios de derecho procesal civil*, trad. Sentís Melendo, t. 1, pág. 108).

Por su parte, LASCANO (*Nulidades*, pág. 26) expresa: "Si el código civil no es aplicable en materia de nulidades a los actos judiciales, no es porque éstos no sean actos jurídicos, como se ha dicho insistentemente, sino por otras razones bien distintas, aunque no menos fundamentales. Los actos de procedimiento son actos jurídicos en cuanto son acciones libres que producen relaciones jurídicas y son susceptibles de un criterio de lo justo o de lo injusto. Y no pueden menos de serlo, porque la palabra "*acto jurídico*" encierra un concepto general que comprende a los actos del derecho privado y a los de derecho público, y con ella se designa a los actos judiciales como a los extrajudiciales. Por eso, la tecnología jurídica ha encontrado un término específico para designar a los actos que sólo contempla el derecho civil, llamándolos: "*negotium juris*". No hay necesidad, pues, de descalificar a los actos procesales para fundar el aserto de que a ellos no se aplican las disposiciones que contiene el código civil. Basta con tener presente que este cuerpo de leyes sólo rige una cierta categoría de actos, los del derecho civil, mientras que los del derecho procesal están regulados por otros principios, si no distintos, por lo menos autónomos".

(6) En la legislación española el código civil declara revocable la confesión prestada por error (art. 1234), y la ley de enjuiciamiento civil establece la nulidad de todos los actos judiciales practicados bajo la intimidación o la fuerza (art. 442).

mento del acto o al fin que con el mismo se persigue ⁽⁷⁾, su consideración es indiferente en cuanto al acto procesal ^(7/1). El motivo determinante de la voluntad podrá afectar la eficacia del acto, pero, aun siendo ilícito, no determinará la invalidez del acto mismo. Las razones por las cuales un litigante interpone un recurso de apelación o desiste del que hubiere interpuesto, no pueden ser tomadas en cuenta por el juez para declararlo procedente o improcedente.

d) Para que el acto civil sea válido, es necesario que sea ejecutado con discernimiento, intención y libertad. Por consiguiente, son nulos los actos realizados por incapaces o cuando fueren hechos por ignorancia, error, dolo, fuerza o intimidación (cód. civ., arts. 900, 921 y 922). Tratándose de actos procesales, basta recordar que ellos deben emanar de las partes o del juez, cuya capacidad es un presupuesto de la relación procesal, para que se advierta la imposibilidad de que la falta de discernimiento constituya un vicio de la voluntad. El error de hecho en que hubiera incurrido el actor en la demanda o cualquiera de las partes en la interposición de un recurso, no podría ser invocado válidamente para evitar los efectos del acto. Lo mismo puede decirse en cuanto al dolo y la violencia, porque son incompatibles con la naturaleza del proceso. El dolo no es, en definitiva, sino el error provocado en cuanto determina la ejecución o inejecución de un acto en un supuesto inexistente; y la violencia es la presión física o moral que impide la libre manifestación de la voluntad; pero en el proceso las partes no pueden ser negligentes en la apreciación de las circunstancias que fundan su decisión, y la presencia del juez impide que una de ellas actúe bajo la presión de la otra. Por eso se

(7) GALLI, *El problema de la causa y el código civil argentino* (Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield. Estudios de derecho civil, pág. 149).

(7/1) La causa sólo es relevante en el negocio jurídico (REBENT. t. 1, pág. 143).

establece que, en principio, en materia procesal no son aplicables las disposiciones del código civil sobre los vicios del consentimiento (7/2). Pero se admite, sin embargo, su aplicación cuando el elemento intencional influye en la eficacia del acto mismo. La confesión, por ejemplo, aunque fuera prestada con todas las formalidades de la ley, puede revocarse cuando se hizo por error o bajo violencia. El error del juez en la apreciación de la prueba no invalida la sentencia como acto jurídico, pero, si se refiriese a las formas, sería una causa de nulidad. En el proceso simulado, el dolo de las partes autoriza al juez a rechazar la acción o tomar las providencias necesarias para evitar sus efectos. No puede por ello sentarse un principio general, sino que debe resolverse la cuestión de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso.

e) En cuanto al objeto, es necesario distinguir su licitud de su idoneidad. El objeto del acto debe ser lícito, es decir, permitido por la ley dentro del concepto amplio que hemos enunciado, lo cual importa decir que el acto será nulo cuando su objeto estuviere prohibido en forma expresa o implícita. Pero el acto puede ser válido y, no obstante, resultar inidóneo, es decir, inadecuado para el fin que se propuso el actor. La juridicidad del acto no depende de su eficacia, porque ésta se halla sujeta a condiciones exteriores que son ajenas al acto mismo. La inhibición del deudor es una medida precautoria que la ley acuerda al acreedor para

(7/2) En el proceso, dice FURNO, no sólo es inútil, sino inconcebible cualquier investigación relativa a la voluntad interna del que ejecuta el acto, no sólo porque, de un lado, aunque esta investigación fuera posible, convertiría el proceso en un sinnúmero de incidentes que desvirtuarían su curso y, de otro, porque la intervención del órgano estatal excluye la necesidad de averiguar el elemento intencional. Por ello es que el código habla de nulidades "formales", para evitar toda referencia a los vicios del consentimiento (*Nullità e rinnovazione degli atti processuali*, en *Studi in onore di Redenti*, t. 1, pág. 405).

evitar que aquél disponga de sus bienes inmuebles, pero no impide la enajenación de las cosas muebles.

5. Clasificación de los actos procesales⁽⁸⁾.

a) Una primera clasificación fundada en el origen de los actos permite distinguirlos en actos de parte y actos del

(8) CARNELUTTI destina el volumen segundo de su *Sistema* (tercero de la versión española) al estudio del acto procesal, desarrollándolo a base de una concepción propia que por su originalidad y significación científica trataremos de resumir en el siguiente cuadro:

CLASIFICACIÓN POR SU FUNCIÓN TÉCNICA.

A) Actos de gobierno: 1º) *Actos de disposición*: a) constitutivos (recusación, etc.); b) normativos (convenio sobre pruebas); c) extintivos (desistimiento). 2º) *Órdenes*: a) constitutivos (designación de peritos); b) normativos (plazos); c) extintivos (sentencia). 3º) *Instancia*.

B) Actos de adquisición: 1º) *Afirmaciones* (positivas, negativas). 2º) *Exhibición* (de personas y cosas). 3º) *Aprehensión*: personal (arresto) o real (secuestro).

C) Actos de elaboración: 1º) *Inspección*: a) audición de partes; b) examen de prueba. 2º) *Administración*: a) de personas; b) de cosas. 3º) *Notificación*: a) preventiva; b) sucesiva; c) verbal o escrita. 4º) *Documentación*: a) descripción; b) conservación.

D) Actos de composición: 1º) *Intimidación* (sentencia). 2º) *Transformación* (ejecución forzada).

CLASIFICACIÓN POR SU FUNCIÓN JURÍDICA.

A) Según el efecto: 1º) *Hechos*: a) constitutivos (compromisos); b) extintivos (transacción). 2º) *Circunstancias*: a) impeditivas (defectos de forma); b) modificativas (condiciones).

B) Según el objeto: 1º) Actos facultativos. 2º) Negocio jurídico. 3º) Providencias. 4º) Cumplimiento procesal. 5º) Acto necesario. 6º) Acto debido. 7º) Acto ilícito.

C) Según la estructura: 1º) *Cualitativa*: a) operación; b) inspección; c) declaración. 2º) *Cuantitativa*: a) simple; b) complejo (continuos, colegiados, convencionales, etc.).

REGULACIÓN DEL ACTO PROCESAL.

A) Elementos: 1º) *Subjetivos*: a) capacidad; b) legitimación. 2º) *Objetivos*: a) forma; b) voluntad; c) causa.

B) Circunstancias: 1º) *Genéricas*: a) tiempo; b) lugar. 2º) *Específicas*: a) condiciones; b) presupuestos.

órgano jurisdiccional. El principal acto de parte respecto del actor es la interposición de la demanda, y con relación al demandado, su contestación; el principal acto del órgano jurisdiccional es la sentencia definitiva que pone término a la litis. Pero entre aquéllos y ésta, media una serie de actos que unas veces son propios y otras comunes, y entre los actos del tribunal unos corresponden al juez y otros a sus auxiliares.

b) A las partes corresponde fundamentalmente la afirmación de los hechos y la aportación de la prueba. A ese efecto la ley establece los requisitos de la demanda y la contestación, determina los medios de prueba de que aquéllas pueden valerse para demostrar la verdad de sus afirmaciones, así como la actividad que les corresponde en la producción de las mismas. El conjunto de actos que las partes realizan en el proceso toma el nombre de actos de postulación.

c) El medio por el cual el juez ejercita la función jurisdiccional es la sentencia. Con ella el juez resuelve definitivamente la cuestión litigiosa (sentencia definitiva), pero, mientras llega el momento de dictarla, debe pronunciarse sobre la regularidad de la relación procesal, examinando la capacidad de las partes y su propia competencia, proveer a las peticiones que aquéllas formulen sobre diligencias de prueba, etc. (sentencias interlocutorias). Los actos que el juez realiza a estos efectos tienen el nombre genérico de actos de decisión.

d) Una tercera categoría está constituida por los actos de instrucción. Ellos son ejecutados mediante la actividad de las partes, del juez y de los auxiliares del tribunal. Así, cuando una de las partes formula una petición, el juez dispone que se corra traslado de ella a la parte contraria, a quien se notifica la providencia por el secretario si es en la oficina, o por el empleado notificador, si la diligencia debe practicarse en el domicilio del litigante. Lo mismo ocurre cuando el juez, en los casos en que la ley le permite proce-

der de oficio, intima a las partes la ejecución de un acto determinado o dispone la producción de una prueba.

e) Entre los actos de instrucción, algunos de ellos son comunes a todos los juicios y están reglamentados en la ley con carácter general. Por esta razón les dedicaremos en el presente capítulo una sección especial.

Las formas procesales (9)

6. Concepto de las formas.

a) La forma del acto es el modo de expresión de la voluntad, o sea lo que hemos llamado el elemento objetivo. La voluntad, dice Ortolán, como todo lo que no tiene cuerpo, es impalpable, penetra en el pensamiento, desaparece o se modifica en un instante; para encadenarla es preciso revestirla de un cuerpo físico y ésa es la misión de la forma (10). Por eso el art. 913 del cód. civil dice que ningún hecho tendrá el carácter de voluntario sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste.

Desde este punto de vista todos los actos tienen una forma determinada, unas veces impuesta por la ley como condición de su existencia (*ad solemnitatem*), otras veces para su constatación (*ad probationem*), y otras queda li-

(9) CALAMANDREI, *Instituciones*, pág. 241; CARNELUTTI, *Sistema*, nº 453; id., *Instituciones*, nº 305; id., *Líneas, etc.*, pág. 108; CHIOVENDA, *Principii*, pág. 662; id., *Instituciones*, nº 293; id., *Las formas en la defensa judicial de los derechos (Ensayos de derecho procesal civil*, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1949, t. 1, pág. 123); GUASP, *Comentarios*, t. 1, pág. 688; LASCANO, *Nulidades*, pág. 9; LIEBMAN, *Corso*, pág. 92; LEGAZ Y LACAMBRA, *Introducción a la ciencia del derecho*, Barcelona, 1943, pág. 28; MARTÍNEZ PAZ, *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1940, pág. 360; MOREL, *Traité*, nos. 7 y 382; PRIETO CASTRO, *Exposición*, t. 1, pág. 151; SATTA, *Der. proc. civ.*, pág. 125.

(10) ORTOLAN, *Generalización del derecho romano*, nos. 54 y 55.

brada al arbitrio de quien lo ejecuta, admitiéndose toda clase de prueba. La escritura, la presencia de algunas personas, la intervención de ciertos funcionarios, la justificación de determinadas circunstancias, etc., son todos elementos comprendidos en el concepto de formas. En este sentido se habla, por ejemplo, de las formas de la demanda (11).

b) Pero las formas pueden referirse también al conjunto de actos que se requieren para la validez de otro acto procesal. La confesión obtenida mediante la absolución de posiciones supone una petición de parte, en la forma prescrita por la ley; una providencia del juez que la ordene, su notificación por cédula en el domicilio del absolvente, la comparecencia o la incomparecencia de éste. etc. La falta de notificación al citado para la absolución en su domicilio o la nulidad de la diligencia, impiden que en caso de incomparecencia se tengan por absueltas las posiciones en su rebeldía.

c) Por último, el concepto de forma puede también relacionarse con la colocación del acto en el curso del proceso, y en este caso la forma se refiere a la ordenación del procedimiento mismo. Así, la oportunidad y el lugar en que el acto debe realizarse, constituyen igualmente requisitos de forma: un recurso interpuesto fuera de término no puede ser admitido por el juez; si éste pronuncia su sentencia fue-

(11) El proceso, dice LIEBMAN (*Curso*, pág. 92), *se hace* cumpliendo una serie de actos, unos realizados por las partes, otros por el juez, que la ley regula minuciosamente *cómo*, *cuándo* y *dónde* deben realizarse, así como los efectos que producen. La modalidad del medio de expresión, de tiempo y de lugar, establecidos en la ley para el cumplimiento de los actos procesales, constituyen, como dice CHIOVENA, las formalidades del proceso. La ley, agrega, regula las formas de los actos procesales con algunas disposiciones de carácter general, que sirven para todos, y con otras disposiciones para determinados actos. Una disposición de carácter general, por ejemplo, es la que establece como principio la libertad de las formas (art. 121); otra sería la que obliga al uso del idioma nacional (art. 122).

ra de la circunscripción donde ejerce sus funciones o en una fecha declarada inhábil, la sentencia sería nula.

7. Necesidad de las formas procesales.

a) La lealtad en el debate, la igualdad en la defensa y la rectitud en la decisión, exigen que el proceso se desenvuelva con sujeción a reglas preestablecidas. Esa necesidad ha sido sentida en todos los tiempos y el modo de satisfacerla ha variado con la cultura de los pueblos. En un principio las garantías estaban constituídas por ceremonias o ritos encaminados a impresionar a los litigantes o inspirar a los magistrados con la advocación de las fuerzas divinas. En la actualidad, gracias al progreso del derecho público y a la difusión de los conceptos jurídicos, que han contribuido a la formación de una conciencia jurídica y a la espiritualización de las instituciones, esas garantías han sido substituidas por principios científicos traducidos en reglas que presiden las actuaciones judiciales y que se concretan en el derecho positivo.

b) Las formas del procedimiento son así las establecidas para la instrucción y resolución de los procesos. La intervención del Estado en un litigio se hace bajo ciertas condiciones que no pueden quedar libradas al arbitrio de los contendientes. El establecimiento del Poder Judicial requiere un conjunto de reglas que determinen su organización (designación de los magistrados, número de instancias, composición del tribunal), y fijen las facultades de los jueces (competencia, instrucción, disciplina), así como la de los auxiliares de la justicia (secretarios, ujieres, notificadores). En el desarrollo del proceso, para evitar que el litigante pueda sorprender a su adversario, habrá que establecer los requisitos de la notificación, y concederle plazo para que prepare su defensa; se asegurará la lealtad en los

debates permitiendo a los litigantes iguales medios de prueba; se fijará un término para el cumplimiento de los actos a fin de evitar dilaciones; se prescribirán reglas para la actuación de los jueces; se reglamentará el derecho de las partes para impugnar las resoluciones judiciales, etc.

c) Pero las formas tienen al mismo tiempo el inconveniente de que imponen una demora en la substanciación de los procesos, elevando su costo, y cuando son excesivas, los términos se invierten, porque el derecho material o de fondo, para cuya realización han sido establecidas, resulta sacrificado a las exigencias de las formas ⁽¹²⁾. Dos son los

(12) CALAMANDREI se pregunta (*Instituciones*, pág. 244) por qué ha de haber necesidad de todo un solemne aparato de formalidades para el diálogo entre las partes y el juez, a que en substancia se reduce el proceso, en vez de permitirseles que se expresen y demuestren sus razones como lo hacen habitualmente en sus relaciones comunes. La razón ha de buscarse, dice, en la naturaleza especial de la providencia a la que están preordenadas todas las actividades procesales, porque la certeza que se pretende en la sentencia requiere que se sepa previamente el camino a recorrer, para colocar al juez en condiciones de hacer efectiva la garantía que la norma abstracta promete. Por su parte, dice CHIOVENDA (*Las formas*, etc., pág. 124) que las formas son tan indispensables para asegurar el orden en el debate, los derechos de las partes y la justicia de la sentencia, que incluso una sociedad en que las partes estuvieran animadas por el mismo espíritu de justicia que debe animar al juez, no podría prescindir de ellas. El cumplimiento, agrega, de las formas legales se traduce, evidentemente, en una pérdida de tiempo; más aún, a veces la inobservancia de las formas produce la pérdida de un derecho, pero como dice MONTESQUIEU, en un tiempo ardiente partidario de la abolición de las formas procesales, todo ello es el precio que el ciudadano paga por su libertad. Las quejas pueden encontrar una justificación en el abuso o en la incomprensión de los encargados de aplicarlas. Ello llevó en una época a la formación de un arte forense que sentía verdadera delectación en hacer de los litigios todo lo complicado y largo que fuese posible; arte de que eran partícipes voluntarios los mismos jueces, los cuales en los derechos y espórtulas inherentes a todo acto encontraban interés en que esos actos fueran infinitos. Contra ese estado surgieron en todas partes duras quejas y se inició una tendencia a suprimir las fórmulas inútiles, sobre todo las residuales, que ya no llenan ninguna función, y se llegó a

intereses a conciliar en esta materia: la celeridad y la seguridad. Por una parte, el actor desearía que el proceso tuviera resolución en el plazo más breve posible, reduciendo el conocimiento del juez a una simple información sumaria; en tanto que el demandado reclamará la mayor amplitud para el ejercicio de la defensa y estimará lesiva para sus intereses cualquier restricción a este respecto. Frente a ellos el interés de la sociedad exige que la decisión del juez sea justa para que llene su función social y restablezca el orden jurídico (13).

d) La dificultad está en encontrar el término medio adecuado, según las necesidades y condiciones de la vida en un momento determinado, porque como decía Montesquieu, no ha de darse a una parte los bienes de la otra por falta de examen, ni ha de arruinarse a las dos a fuerza de examinar. Un mínimo de formas será siempre indispensable, pero el máximo debe estar condicionado a las exigencias del conocimiento judicial y en ningún caso deberán importar el sacrificio del derecho substancial (14). Naturalmente que un examen comparativo permite apreciar el considerable

pensar que la mayor parte de las fórmulas, así como el instituto mismo de los defensores judiciales, pudiese, con otras instituciones del pasado, caer bajo la guillotina de la revolución.

(13) Las formas, dice MOREL (*op. cit.*, pág. 6), presentan aun esta ventaja: que da al público la impresión de una buena justicia. Importa, para asegurar la tranquilidad pública, que los conflictos no renazcan indefinidamente, que la decisión de los jueces tenga una seguridad absoluta, por lo menos entre las partes; lo que ha sido decidido por el juez debe ser tenido por verdadero. Luego ¿cómo esta presunción de verdad de la cosa juzgada puede ser prescripta por la ley e imponerla respecto de todos si no existen formas legales para proteger en la medida más amplia posible a los litigantes contra la arbitrariedad y el error de los jueces?

(14) La convención francesa, por la ley de 3 Brumario año II (25 de octubre de 1793), abolió la ordenanza procesal de 1667, cayendo en seguida el procedimiento en el caos y en el desorden y llevando a la magistratura a tal grado de desprestigio que el restablecimiento de las formas legales se convirtió en un clamor público.

progreso logrado a través del tiempo⁽¹⁵⁾, sobre todo si se compara el proceso actual con el del derecho canónico; pero aún resta mucho por hacer y hasta en aquellas legislaciones que para nosotros constituirían un modelo en nuestro afán de mejoramiento, la doctrina señala la presencia de formas superfluas o contrarias a la ciencia moderna⁽¹⁶⁾.

8. Regulación de las formas procesales.

a) Parecería deducirse de lo expuesto que la regulación de las formas procesales fuera función privativa de la ley, pero no es así en razón de que ni el legislador puede prever todas las situaciones posibles en el proceso, ni conviene que lo haga, porque importaría establecer un procedimiento excesivamente rígido que, en la mayoría de los

(15) Sobre la evolución de las formas: SAVIGNY, *Derecho romano actual*, t. 3, pág. 242; IHERING, *L'esprit du droit romain*, t. 3, pág. 162; GIORGI, *Obligaciones*, t. 1, pág. 273.

(16) Muchas formas, dice CHIOVENDA (*Instituciones*, nº 284), son consecuencia de las condiciones sociales, políticas y de tiempo, otras son restos de sistemas antiguos que se mantienen por acatamiento a la tradición y por el espíritu conservador que domina en el ambiente forense, como toda clase que se educa en una larga preparación técnica. A ello se agrega el daño derivado de la aplicación que se hace de las formas con espíritu caviloso, proveniente de la mediocre cultura de las personas llamadas a servirse de ellas. La historia demuestra, dice CALAMANDREI (*Instituciones*, pág. 245), que las formalidades, adoptadas para ciertos fines, tienden a sobrevivir, aunque resulten ya inútiles, como aquella que establecía la nulidad de la sentencia si el juez no la pronunciaba sentado. De ahí que una nueva tendencia busque establecer, entre el sistema de la libertad de las formas y el sistema de la legalidad impuesta por la ley, uno que permita al juez adecuar el procedimiento a las circunstancias particulares del caso y que en el nuevo régimen procesal italiano se conoce con el nombre de "principio de elasticidad de las formas procesales". Ver también sobre el tema: SATTA, pág. 149. Por su parte, CARNELUTTI (*Líneas*, pág. 113) advierte que el legislador no debe perder nunca de vista que el proceso no es más que un instrumento; que las formas no tienen un fin en sí y que todas ellas están puestas al servicio de una idea: justicia.

casos, resultaría desproporcionado. Por el contrario, conviene conceder al juez la facultad de dirigir la marcha del proceso, y cuanto más amplios sean sus poderes en ese sentido más flexible será el procedimiento. Por otra parte, no todos los actos del proceso requieren una regulación legal, porque teniendo en cuenta el carácter subsidiario de la intervención del Estado en la composición de la litis, aquélla debe hacerse efectiva sólo cuando no media el acuerdo entre las partes o un interés superior lo requiera. Por consiguiente, al lado de la regulación legal están la judicial y la convencional (17).

b) Los casos de regulación judicial no son muchos en el código, pudiendo citarse por vía de ejemplo la facultad de disponer medidas para mejor proveer (art. 57); de ordenar la apertura a prueba en las excepciones (art. 89); de fijar el término ordinario de prueba (art. 112) y el extraordinario (art. 113); disponer la inspección ocular (art. 210); eximir de costas al vencido (art. 221), etc. Pero con la sanción de la ley de reformas 14.237, del 13 de octubre de 1953, esas facultades se han ampliado considerablemente, porque entre otras el art. 21 dispone: "En cualquier estado del juicio los jueces y tribunales podrán disponer las medidas necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, mantener la igualdad de los litigantes, o prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de la lealtad, probidad

(17) Dice CHIOVENA (*Instituciones*, nº 284): "Un grave problema de legislación procesal es el siguiente: ¿Deben las formas ser establecidas por la ley o debe dejarse al arbitrio del juez el regularlas cada vez según las exigencias del caso concreto? En la mayor parte de las legislaciones prevalece el primer sistema, considerándolo como el que ofrece mayores garantías para los litigantes. Ciertamente que la extensión de los poderes del juez, incluso en el campo de las formas, es un potente medio de simplificación procesal (y de ello nos ofrece un buen ejemplo la ley austriaca); pero ello no es posible emplearlo sino en proporción a la confianza que en una época determinada inspire el orden judicial a los ciudadanos".

y buena fe, así como aquellas tendientes a la más rápida y económica tramitación del proceso". Asimismo el art. 23 autoriza al juez a fijar los hechos sobre los cuales debe versar la prueba cuando no lo hubieran establecido las partes en la audiencia que el mismo prescribe.

c) Menos frecuente todavía son los casos de regulación convencional y hasta algunos de ellos han sido autorizados por interpretación jurisprudencial. Las partes pueden prorrogar la competencia territorial de los jueces (art. 1), sea en forma expresa o tácita por la indicación en este segundo caso de un lugar para el cumplimiento de la obligación (art. 4), o por la no oposición de la excepción de incompetencia (art. 84, inc. 1º); pueden comparecer en juicio personalmente o por medio de mandatarios (art. 9); pedir que la causa se falle sin abrirse a prueba, declarándose la cuestión de puro derecho (art. 107); ponerse de acuerdo en la designación de peritos (art. 162); recusar a los jueces (arts. 366 y 368); renunciar a los trámites del juicio ejecutivo (18); interponer

(18) La validez de la renuncia de los trámites del juicio ejecutivo, consignada habitualmente en las obligaciones hipotecarias, ha sido ampliamente discutida en la doctrina y en la jurisprudencia. En algunos casos se ha declarado válida la renuncia a todos los trámites del juicio, fundado en que con ello no se lesiona ningún principio de orden público, desde que al ejecutado le queda abierta la vía del juicio ordinario (art. 500) para hacer valer sus defensas y por consiguiente corresponde ordenar directamente la venta del inmueble afectado (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 9, pág. 43; t. 35, pág. 295; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 14, pág. 1146; t. 18, pág. 192; t. 19, pág. 254; t. 42, pág. 863). En otros se admitió la validez de la renuncia, salvo la intimación de pago (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 18, pág. 1091) y las excepciones de pago y prescripción (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 25, pág. 1039; t. 63, pág. 463). Se ha admitido que son válidas las cláusulas que establecen que las excepciones de espera o transacción no serán admisibles si no se acompaña el documento que las justifique (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 37, pág. 175); que no se podrán oponer excepciones que no estén fundadas en instrumentos públicos (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 46, pág. 127); que fija base para la venta (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 38, pág. 165); que faculta al acreedor a designar un solo perito tasador

recursos, etc. Pero, además, pueden prescindir de la intervención judicial y apartarse de ella en cualquier estado del proceso para someter la decisión del litigio a árbitros o amigables componedores (arts. 767 y 798).

d) Una de las cuestiones que la doctrina plantea es la de saber hasta dónde llega la facultad de las partes para derogar las disposiciones legales que se refieren a las formas cuando se someten a la potestad judicial. Aplicando los principios expuestos al examinar los caracteres de las normas procesales (I, 7) podría decirse que siempre que se halle afectado un interés público ni a las partes ni al juez les es dado infringir el texto legal; pero aparte de que el concepto de interés público es indefinido, la conclusión sería inexacta, porque, por ejemplo, la incompetencia por razón de la materia, que es de orden público, no puede alegarse después de abierta la causa a prueba en las cuestiones de hecho o de corrido el segundo traslado en las de derecho (cód. proc., art. 87). Por otra parte, vamos a ver que todas las nulidades de procedimiento quedan convalidadas cuando no se reclaman o se declaran en la misma instancia en que han sido causadas (*infra*, nº 19). No obstante, no existe contradicción si se recuerdan los dos principios fundamentales que hemos expuesto al referirnos a la función jurisdiccional del Estado y la necesidad de asegurar el derecho de defensa. Si las partes pueden hasta prescindir del juez, no se ve la razón para no permitirles apartarse de las formas procesales cuando realmente no se lesione un interés público. Porque, en efecto, es aquí donde estriba la dificultad, como ya lo

(Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 37, pág. 401). La ley de reformas 14.237 en su art. 58 estableció que son irrenunciables la intimación de pago, citación de remate para oponer excepciones y la sentencia. Con posterioridad a esta ley la Cám. Civ. (*La Ley*, t. 76, pág. 379) declaró que es válida la limitación contractual de las excepciones oponibles. Volveremos sobre el tema al estudiar el juicio ejecutivo.

hemos dicho: saber cuándo se lesiona un interés público (19). Hay casos en que una disposición ha sido considerada de orden público y cuya violación, sin embargo, a nadie perjudica. Se dice que las reglas sobre admisibilidad de la prueba son de orden público, pero la doctrina admite como válidas las convenciones que restrinjan o amplíen los textos legales, porque la sociedad se beneficia cuando los mismos interesados han comenzado a solucionar en parte sus diferencias (20). El criterio para determinar la extensión de facultades de las partes en esta materia podría estar dado por el art. 842 del código civil, en cuanto a las cuestiones respecto de las cuales no puede transigirse, y por el art. 768 del código de procedimiento civil, que enumera las que no pueden comprometerse en juicio arbitral (21).

(19) *Supra*, cap. I, n° 14.

(20) CARNELUTTI, *Sistema*, n° 308.

(21) La circunstancia de que el legislador recurra a veces al interés de las partes para regular el procedimiento, no significa que haya procesos convencionales, pues ni el juez ni las partes pueden manejar el procedimiento a su voluntad; una cosa es la estructura del proceso y otra las formas de los actos de procedimiento. CHIOVENDA, *Instituciones*, n° 24; GUASP, *Comentarios*, t. 1, pág. 40. Fundándose en estos principios la Cám. Civ. (Sala C) ha declarado: "Es nula la cláusula de un contrato de compraventa en la que se establece que en caso de contienda judicial la cuestión será substanciada por los trámites de las excepciones dilatorias" (*Jurisp. Arg.*, 1954-II, pág. 369; *La Ley*, t. 74, pág. 738). Por su parte, la Cám. Com. resolvió que la circunstancia de que la ley 14.237 en su art. 10 haya suprimido las excepciones perentorias de previo y especial pronunciamiento que autorizaban los arts. 95 y siguientes del cód. de proc. no impide que a petición de ambas partes de común acuerdo el juez se pronuncie sobre la petición de prescripción opuesta con carácter previo, pues con ello no se viola ninguna disposición de orden público sino que se facilita la pronta terminación del juicio (*La Ley*, t. 76, pág. 571).

Violación de las formas procesales

9. Consecuencias de la violación de las formas procesales.

a) El cumplimiento de las formas procesales⁽²²⁾ no puede quedar librado al arbitrio de aquellos a quienes está impuesto, y, en consecuencia, se hace necesario asegurar su respeto mediante sanciones adecuadas a la importancia o gravedad de la violación. Ellas pueden resumirse en dos: ineficacia del acto cumplido o imposibilidad de cumplir un acto en el futuro. En el primer caso, la sanción es la nulidad del acto; en el segundo, el decaimiento del derecho. A ello se agrega a veces, una sanción pecuniaria, pero en realidad ésta no tiene ningún efecto sobre el acto mismo.

b) El decaimiento del derecho se produce cuando éste no se ejercita en los plazos determinados por la ley. Así, al demandado que no contesta dentro del término del emplazamiento se le da por decaído su derecho de hacerlo en adelante y la instancia sigue su curso; la no interposición de un recurso en tiempo hábil importa el consentimiento de la providencia respectiva. Se trata, como se ve, de una institución vinculada especialmente a los términos, pero que, en realidad, responde al principio de *preclusión*, del cual aquéllos no son sino meras aplicaciones. Las sanciones pecuniarias sólo han sido establecidas por la ley en casos determinados, y su estudio corresponde hacerlo en oportunidad de referirse a cada uno de ellos. La nulidad, en cambio, afecta a todos los actos procesales en mayor o menor extensión y

(22) En esta materia, observa MOREL (pág. 324), la regla es que el cumplimiento de las formalidades debe resultar del acto mismo y por consiguiente es inadmisibile cualquier prueba supletoria. Así, la omisión de la fecha en que se practicó una notificación no puede suplirse con la declaración del funcionario que la practicó, ni con la declaración de testigos.

exige que se le considere independientemente, aun cuando, como vamos a verlo, el código de procedimiento no le ha dedicado un título especial, pues sólo reglamenta el recurso de nulidad (art. 237).

c) El concepto de forma, como hemos dicho, comprende tanto la estructura y modo de exteriorización del acto, como el orden de colocación que a éste corresponde en el desarrollo de la relación procesal. Se violan las reglas de forma no sólo cuando en la presentación de la demanda o en una diligencia de notificación o en la redacción de la sentencia no se cumplen con los requisitos para ello establecidos, sino también cuando no se respeta el curso normal del procedimiento indicado por la ley, por ejemplo, si el juez, no obstante haber hechos controvertidos, omite abrir la causa a prueba y cita directamente a las partes para sentencia. Cada una de estas desviaciones tiene indicado en la ley el camino para su reparación. Los defectos de la demanda (falta de capacidad de las partes, incompetencia del tribunal, omisión de requisitos, etc.), autorizan las llamadas *excepciones dilatorias*; la reparación de una providencia del juez, perfecta en cuanto a su forma, pero equivocada en cuanto a su contenido, se obtiene mediante el recurso de revocatoria, acompañado por los de apelación y nulidad, que se interpondrán subsidiariamente; si la resolución (interlocutoria o definitiva) es defectuosa en su forma, procederán directamente los recursos de apelación y nulidad; la reparación de los actos ejecutados con omisión de los requisitos establecidos para los mismos (por ejemplo, la notificación) debe obtenerse promoviendo el respectivo incidente de nulidad. Por consiguiente, la violación de una forma procesal no siempre tiene como consecuencia una nulidad y el medio de obtener su reparación (o más propiamente dicho, del perjuicio causado por la violación) depende de la naturaleza o gravedad de la infracción cometida. De estas cuestiones nos ocuparemos

nuevamente al examinar los distintos modos de alegar la nulidad.

10. Concepto de la nulidad⁽²³⁾.

a) La nulidad es la sanción por la cual la ley priva a un acto jurídico de sus efectos normales cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescriptas para ello. Pero debemos advertir que ésta es una definición provisoria, porque la función específica de la nulidad no es propiamente asegurar el cumplimiento de las formas, sino de los fines asignados a éstas por el legislador, lo cual conviene destacarlo desde un principio para evitar conclusiones inexactas.

b) El concepto de acto "nulo" difiere del de acto

(23) Bibliografía citada en nota 9 y además especialmente: ANAYA, *Las nulidades en el proceso civil*, B. Aires, 1947; BAPTISTA MARTINS, *De las nulidades en el proceso civil brasileño* (*Rev. Der. Proc.* (A), 1944, t. I, pág. 381); BUTLER, *Clasificación de las nulidades*, Córdoba, 1947; CALAMANDREI, *Instituciones*, pág. 249; *id.*, *La casación civil* (trad. Sentís Melendo, B. Aires, 1945); E. B. CARLOS, *Nociones sumarias sobre nulidades procesales y sus medios de impugnación* (*La Ley*, t. 43, pág. 481); COUTURE, *Fundamentos*, pág. 269; CARNELUTTI, *Sistema*, n° 308; *Instituciones*, n° 337; *Teoría*, pág. 330; CHIOVENDA, *Principii*, pág. 650; *Instituciones*, n° 285; *Las formas*, etc., pág. 148; DE LA COLINA, *Derecho y legislación procesal civil*, B. Aires, 1915, t. I, pág. 358; FERRO, *Las formas, las nulidades y la sentencia en el proceso laboral* (*Rev. Derecho del Trabajo*, B. Aires, 1950, pág. 199); FURNO, *Nullità*, *loc. cit.*; GELSI BIDART, *De las nulidades de los actos procesales*, Montevideo, 1949; GLASSON, TISSIER y MOREL, *Traité*, t. 2, pág. 338; GUASP, *Comentarios*, t. 1, pág. 612; JAPIOT, *Traité élémentaire*, Paris, 1935, pág. 22; LASCANO, *Nulidades*, pág. 24; LIEBMAN, *Corso*, pág. 103; *id.*, *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano* (*Studi in onore di Redenti*, t. I, pág. 579); MARQUEZ CABALLERO, *Nulidades y subsanación "ex officio" en el proceso civil* (*Rev. Der. Proc.* (E), 1945, pág. 29); MOREL, *Traité*, pág. 324; MOYANO, *Efectos de las nulidades de los actos jurídicos*, B. Aires, 1932; PRIETO CASTRO, *Exposición*, t. I, pág. 174; TORRENTE, *Spunti per uno studio sulla inesistenza e sulla nullità della sentenza* (*Studi in onore di Redenti*, t. II, pág. 391).

“inexistente” en que mientras éste no requiere un pronunciamiento judicial para evitar sus efectos, en aquél es necesario que se declare la nulidad para evitar que los produzca y para hacer desaparecer los producidos (24). Una sentencia

(24) Acerca de la controversia sobre la categoría de actos inexistentes en el derecho civil, puede verse: J. J. LLAMBIAS, *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos* (La Ley, t. 50, pág. 876); id., *Vigencia de la teoría del acto jurídico inexistente* (Rev. Fac. Der. y C. Sociales, B. Aires, julio-septiembre 1948, pág. 361). En derecho procesal es corriente la distinción entre acto inexistente y acto nulo: CARNE-LUTTI, *Sistema*, n° 562; id., *Instituciones*, n° 339; id., *Teoría general del derecho*, pág. 320; CHIOVENNA, *Principii*, pág. 399; id., *Instituciones*, n° 251; LIEBMAN, *Corso*, pág. 104; SATTA, *Dir. proc. civ.* (1953), pág. 147; PAVANINI, *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1947, II, pág. 225; COUTURE, *Fundamentos* (2ª), pág. 274; LASCUANO, *Nulidades*, pág. 24; DE LA COLINA, *Der. y leg. proc.*, t. 1, pág. 360. También nuestra jurisprudencia ha tenido ocasión de hacer el distingo. La Corte Suprema de Justicia declaró que debe considerarse inexistente el fallo de una Cámara Federal suscripto únicamente por dos de sus miembros (la ley 4055 establece que las cámaras federales se compondrían de tres miembros y que en caso de recusación o impedimento de alguno de ellos, debía procederse a la integración del tribunal) (*Jurisp. Arg.*, t. 32, pág. 57). Posteriormente la Corte volvió a declarar que la sentencia firmada por sólo dos vocales de una de las Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones de Paz (a la que es aplicable el art. 10 del Reglamento para la Justicia Nacional), sin que medie desintegración, debe ser declarada inexistente, debiendo la Sala que sigue en orden de turno dictar el correspondiente pronunciamiento (*Jurisp. Arg.*, 1954-II, pág. 257). También la Cám. Civ. 1ª declaró (*Jurisp. Arg.*, 1944-II, pág. 776) que: “Constituye un acto procesal inexistente la sentencia pronunciada por la Cámara de Apelaciones por cuatro de sus miembros, a raíz de la recusación de uno de ellos, si la causa estaba sometida al tribunal con anterioridad a la ley 12.330 y no se dió oportunidad a las partes para requerir la integración de la Cámara. Un fallo así dictado importa un hecho, pero no un acto jurídico, por lo cual no necesita ser invalidado, ni cabe convalidarlo”. En estos casos el pronunciamiento se fundó en la defectuosa constitución del tribunal. Es de advertir que a veces la inexistencia se confunde con la nulidad y no es fácil establecer la diferencia. También es inexistente el fallo dictado por una Cám. que omite someter a tribunal plenario una cuestión sobre la que existe jurisprudencia contradictoria (Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, 1954-III, pág. 47); así, la demanda notificada en un domicilio erróneo produce, no obstante, algunos

dictada por quien no tiene potestad para juzgar no produce ningún efecto, y si se pretendiera ejecutarla bastaría oponer la excepción de cosa no juzgada; una sentencia que carezca de motivación sería nula, pero subsiste mientras no se declare su nulidad y puede pasar en autoridad de cosa juzgada si una vez notificada no se reclama en tiempo. En derecho procesal este distingo es muy importante, porque el litigante no puede considerarse amparado por el solo hecho de que el acto que le perjudique esté viciado de nulidad, desde que ese acto ocupa un lugar en el proceso y éste puede llegar hasta la sentencia definitiva si no se reclama oportunamente.

c) La teoría de las nulidades de los actos jurídicos es un concepto que domina en el campo del derecho sin ser privativa de ninguna de sus ramas, cada una de las cuales le impone modalidades propias ⁽²⁵⁾. No obstante, no existe en la sistemática jurídica una reglamentación integral y es sólo con relación al derecho civil que la doctrina y la legislación han expuesto sus principios fundamentales. Pero en esta materia, como en otras, no son aplicables, como hemos dicho (*supra*, 6, b), las disposiciones del código civil ⁽²⁶⁾, y así vamos a ver que actos afectados de nulidad absoluta pueden ser convalidados por el consentimiento expreso o tácito de las partes.

efectos jurídicos (por ejemplo, la interrupción de la prescripción; *cód. civ.*, art. 3986), pero para el demandado es un acto inexistente desde el punto de vista procesal. En caso de duda debe estarse por la nulidad, y no por la inexistencia, porque ésta supone la ausencia de elementos esenciales para el nacimiento del acto. CALAMANDREI recuerda (*Casación*, nº 6) que en el derecho romano la nulidad se confundía con la inexistencia: lo que es nulo no existe.

(25) Cada disciplina, dice COURTÈS (*Fundamentos*, pág. 271), tiene un régimen propio de nulidades, dado en consideración a necesidades de orden político, social o económico; de ahí que, en tanto que la nulidad general es común a todo el derecho, los principios específicos son variables y contingentes y cambian en su sentido y en su técnica en razón de circunstancias de lugar y tiempo.

(26) *Cám. Civ. 2ª, Jurisp. Arg.*, t. 56, pág. 535; *Cám. Com.*,

11. Clasificación de las nulidades.

a) No está de acuerdo la doctrina en cuanto al régimen de las nulidades en nuestro código civil (27). Se admite que existe una distinción fundamental entre actos nulos y anulables. En los primeros, el juez se limita a constatar la ausencia de un elemento indispensable para la validez del acto; en los segundos, es necesaria la declaración judicial de nulidad; por eso el acto nulo no produce ningún efecto (art. 1038), mientras que los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados, y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase (art. 1046).

Pero luego el código hace una segunda distinción, por-

Jurisp. Arg., 1945-I, pág. 44; 1950-III, pág. 293. Dice DE LA COLINA (t. I, pág. 359): "Era antes muy frecuente entre nosotros que los tribunales las pronunciaran (las nulidades) de oficio, sea por vicios de forma en los fallos, sea por defectos de procedimiento. Para demostrar el desarrollo que la doctrina alcanzó, recordaré que se anularon por las Cámaras muchas sentencias definitivas por haberse notado que, para la condenación en costas, el juez no citó el artículo del código de procedimientos que imponía al vencido este gravamen. Alguna vez se llegó hasta anular un expediente traído para mejor proveer y que hacía años había terminado por sentencia ejecutoriada. La misma Corte ha pronunciado nulidades de oficio cuando ha reputado infringidas las formas que la Constitución (de la provincia) establece para los fallos de los tribunales colegiados". ¿En qué se apoyaba esta jurisprudencia? En que las nulidades absolutas, cuando aparecen manifiestas en el acto, pueden y deben ser declaradas de oficio por los jueces, según el precepto del código civil (art. 1047). Pero se contestó victoriosamente que ese precepto relativo a los actos jurídicos, no podía aplicarse a los actos judiciales, que por su esencia y fines son de índole diversa. Los primeros, en efecto, son actos voluntarios lícitos, que tienen por objeto crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos y que sólo las personas pueden producir. Los segundos, por el contrario, no emanan de la voluntad de las partes sino de la jurisdicción de los magistrados, y no crean, modifican, transfieren, conservan o aniquilan derechos sino que los declaran y los hacen respetar.

(27) GALLI, *Crítica a la clasificación de las nulidades*, B. Aires, 1940.

que agrega que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece “manifiesta” en el acto (art. 1047), y que, en cambio, la nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedido de parte, ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley, ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes (art. 1048).

Y es aquí donde se plantea la divergencia. Para unos se trata de una doble clasificación, de tal manera que, para caracterizar cada acto jurídico, es necesario combinar los elementos y los efectos de las dos clasificaciones, que no actúan independientemente, sino una en función de la otra; y así puede haber: 1º) actos nulos de nulidad absoluta y actos nulos de nulidad relativa; 2º) actos anulables de nulidad absoluta y actos anulables de nulidad relativa. Un ejemplo de acto anulable de nulidad absoluta sería el caso del art. 1164 del código civil ⁽²⁸⁾. Para otros, en cambio, no se trata sino de dos aspectos de la misma clasificación: la nominación nulidades - anulabilidades considera el acto afectado en sí mismo, y la nominación nulidades absolutas - nulidades relativas considera a los sujetos con relación a los cuales la nulidad se produce. Unos y otros están de acuerdo en que la nulidad absoluta se vincula al concepto de orden público, y la nulidad relativa, al interés privado.

b) En el derecho procesal existe la misma imprecisión en cuanto a la terminología y a los caracteres de las nulidades. Vamos a exponer, previamente, algunos conceptos de la doctrina y luego veremos cómo ha sido tratada la mate-

(28) Art. 1164: “El derecho de alegar la nulidad de los contratos hechos por personas incapaces, sólo corresponde al incapaz, sus representantes o sucesores, a los terceros interesados y al Ministerio de Menores, cuando la incapacidad fuere absoluta, y no a la parte que tenía capacidad para contratar”.

ria en la legislación extranjera, lo que nos facilitará la interpretación de nuestros textos legales.

Chiovenda dice ⁽²⁹⁾ que si la falta de un presupuesto de la relación procesal puede ser relevada de oficio, el acto es nulo; si sólo puede serlo a pedido de parte, es solamente anulable. Pero a diferencia de lo que ocurre en el derecho substantivo, el acto nulo como el acto anulable requieren declaración judicial y mientras tanto producen sus efectos, pudiendo ser convalidados por renuncia expresa o tácita de aquel a quien perjudica. En general, agrega, puede decirse que cuando la exigencia de un presupuesto determinado es de interés público, su defecto debe tenerse en cuenta de oficio, y existe ese interés público, no sólo cuando se trata de la observancia de aquellas normas que afectan directamente a la Constitución del Estado (separación de los poderes y por consiguiente apreciación de oficio del defecto de jurisdicción de los órganos administrativos con jurisdicción especial), sino, en un sentido más amplio, siempre que la falta de un presupuesto procesal pueda influir en el resultado final del proceso. Refiriéndose luego a la inobservancia de las formas en general ⁽³⁰⁾ dice que el código de procedimiento (sancionado en 1865), siguiendo el sistema francés, estableció que: “no podrá pronunciarse la nulidad de ningún acto de citación si la nulidad no está declarada por la ley”, pero agregó que: “no obstante, pueden anularse los actos que carezcan de los elementos que constituyen su esencia”. Pero ¿qué se entiende por esencia del acto? El determinar si una forma es esencial o meramente accidental queda librado al juez, y es cosa muy difícil, pues a menudo la esencia de un acto puede corresponder a distintos elementos, según el modo que lo haya considerado el legislador y la indagación de esa voluntad es fácilmente empírica y subjetiva. Agre-

(29) *Instituciones*, nos. 249 y sig.

(30) *Instituciones*, nº 258.

ga (30/1) que un acto sea esencial o no esencial no es cuestión que pueda resolverse por principios lógicos, sino indagando la voluntad del legislador, que puede haber considerado como esencial aquello que por sí mismo no lo sería.

Carnelutti (30/2) distingue entre elementos esenciales o necesarios del acto y elementos accesorios o útiles. Considera esenciales (30/3) los que se refieren a la capacidad, legitimación, etc. La omisión de un elemento esencial es causa de nulidad absoluta; la de un elemento accesorio lo es de nulidad relativa. Pero hay que distinguir todavía entre nulidad relativa y anulabilidad. La nulidad relativa impide que el acto produzca sus efectos mientras el defecto no sea subsanado (el acto está sujeto a una condición suspensiva); el acto anulable, en cambio, produce sus efectos mientras la nulidad no sea declarada (está sujeto a una condición resolutoria) (30/4). La nulidad esencial puede ser convalidada; así, la comparecencia del demandado convalida la citación defectuosa; el tutor puede ratificar los actos notificados al incapaz (30/5). Refiriéndose al nuevo código italiano, expresa (30/6): No todos los vicios de los actos procesales producen la nulidad, sino sólo algunos designados particularmente. Estos vicios se distribuyen en dos categorías: vicios previstos bajo pena de nulidad (referentes a un requisito por cuya falta se ordena por la ley la nulidad; art. 156, inc. 1º), y vicios esenciales (referentes a un requisito indispensable para la obtención del fin del acto; art. 156, inc. 2º). Si el requisito no presenta ninguno de estos dos caracteres el acto es solamente irregular, pero no nulo. La simple irregularidad permite al juez ordenar la rectificación del

(30/1) *La forma en la defensa judicial de los derechos*, nº 15

(30/2) *Sistema*, nos. 549 y sig.

(30/3) *Sistema*, nº 558.

(30/4) *Sistema*, nº 552.

(30/5) *Sistema*, nº 551.

(30/6) *Instituciones*, nos. 337 y sig.

acto (arts. 181, 182 y 291). Hay vicios tan graves ^(30/7) que la ley los declara insanables: son las nulidades absolutas (art. 158: defecto de constitución del tribunal, falta de intervención del ministerio público). Los otros vicios son subsanables si la falta del requisito, normalmente indispensable para lograr el fin, no impide que el fin se obtenga, lo que origina la convalidación del acto.

Redenti ^(30/8) dice que en el nuevo código procesal italiano la nulidad se resuelve en la ineficacia del acto. Si la falta del requisito esencial es de tal gravedad que el juez deba excluir al acto de todo efecto, se habla de nulidad absoluta o radical; si no obstante puede producir ciertos efectos, se dice que la nulidad es parcial. Si la nulidad puede ser declarada de oficio por el juez, se dice también que es absoluta, por oposición a las que sólo pueden ser declaradas a pedido de parte, que se llaman relativas. La nulidad absoluta o declarable de oficio es insanable según el art. 158, pero no obstante el art. 161 admite que pueda ser convalidada si no es impugnada en término. La nulidad relativa no debe confundirse con la anulabilidad (art. 264), dado que la validez del acto debe ser considerada con relación al objeto del mismo y la nulidad no será declarada aunque la parte lo pida si el objeto ha sido llenado.

Expresa Liebman ^(30/9) que la nulidad puede ser absoluta o relativa según que pueda ser declarada de oficio o solamente a petición de parte interesada. Los casos de nulidad absoluta son los enumerados en el art. 158 (defectos de constitución del tribunal o del ministerio público), que según el mismo artículo son insanables, pero que esta expresión es inexacta porque el art. 161 admite su convalidación si la sentencia no es impugnada en término. Los demás serían casos de nulidad relativa.

^(30/7) *Instituciones*, nº 309.

^(30/8) *Diritto proc. civile*, t. 1, pág. 163.

^(30/9) *Corso*, pág. 105.

Satta (30/10), luego de distinguir entre acto inexistente y acto nulo, dice que la tendencia antiformalista del Código se revela en el régimen de las nulidades, pues éstas constituyen una excepción, ya que tanto las nulidades relativas (art. 157) como las absolutas (art. 158) pueden ser convalidadas (art. 161) y en cualquier caso la nulidad no puede ser declarada si el acto ha alcanzado el fin para el cual ha sido establecido (art. 156).

En la doctrina española, Guasp (30/11) expresa que si al acto le falta un requisito “esencial” la nulidad es absoluta y su ineficacia puede ser estimada de oficio, pero cabe su convalidación, esto es, la sanación del acto en virtud de otro realizado posteriormente por el mismo juez o por las partes. Si el requisito no es esencial, su omisión produce la “anulabilidad” del acto: la nulidad es entonces “relativa”. El acto anulable no sólo puede ser convalidado, sino que no puede ser invalidado sino a petición de parte. Es en todo caso una cuestión de interpretación la de decidir si el acto, por falta de alguno de los requisitos necesarios, es nulo y qué grado de nulidad es el que le corresponde: a veces la ley habla expresamente de nulidades (arts. 74, 477, 495, etc., ley de enjuic. civil), pero no siempre es fácil averiguar si se trata de nulidad absoluta o relativa; en caso de duda, dada la tendencia de nuestro derecho positivo, es preferible inclinarse por la simple anulabilidad.

Para Prieto Castro (30/12) las consecuencias de la falta procesal dependen de la naturaleza dispositiva o absoluta de la norma que prescribe la forma. En el primer caso, es posible una subsanación, que puede realizarse por renuncia expresa u omitiendo la denuncia de la falta por la parte que tenga derecho a ella, según las reglas del principio dispo-

(30/10) *Diritto proc. civile*, pág. 147.

(30/11) *Comentarios*, t. 1, pág. 692.

(30/12) *Exposición*, t. 1, pág. 175.

Satta (30/10), luego de distinguir entre acto inexistente y acto nulo, dice que la tendencia antiformalista del Código se revela en el régimen de las nulidades, pues éstas constituyen una excepción, ya que tanto las nulidades relativas (art. 157) como las absolutas (art. 158) pueden ser convalidadas (art. 161) y en cualquier caso la nulidad no puede ser declarada si el acto ha alcanzado el fin para el cual ha sido establecido (art. 156).

En la doctrina española, Guasp (30/11) expresa que si al acto le falta un requisito “esencial” la nulidad es absoluta y su ineficacia puede ser estimada de oficio, pero cabe su convalidación, esto es, la sanación del acto en virtud de otro realizado posteriormente por el mismo juez o por las partes. Si el requisito no es esencial, su omisión produce la “anulabilidad” del acto: la nulidad es entonces “relativa”. El acto anulable no sólo puede ser convalidado, sino que no puede ser invalidado sino a petición de parte. Es en todo caso una cuestión de interpretación la de decidir si el acto, por falta de alguno de los requisitos necesarios, es nulo y qué grado de nulidad es el que le corresponde: a veces la ley habla expresamente de nulidades (arts. 74, 477, 495, etc., ley de enjuic. civil), pero no siempre es fácil averiguar si se trata de nulidad absoluta o relativa; en caso de duda, dada la tendencia de nuestro derecho positivo, es preferible inclinarse por la simple anulabilidad.

Para Prieto Castro (30/12) las consecuencias de la falta procesal dependen de la naturaleza dispositiva o absoluta de la norma que prescribe la forma. En el primer caso, es posible una subsanación, que puede realizarse por renuncia expresa u omitiendo la denuncia de la falta por la parte que tenga derecho a ella, según las reglas del principio dispo-

(30/10) *Diritto proc. civile*, pág. 147.

(30/11) *Comentarios*, t. 1, pág. 692.

(30/12) *Exposición*, t. 1, pág. 175.

sitivo que domina en la ley de enjuiciamiento. En el segundo, la subsanación es imposible. Por regla general todas las formas prescriptas por la ley son absolutas, aunque los tribunales pueden actuar en el sentido de mitigar el excesivo rigor según consideraciones de conveniencia, oportunidad y economía procesal.

Para la doctrina y la jurisprudencia francesa, dice Morrel (30/13), las nulidades pueden ser “substanciales” o “accesorias”. Las primeras son las que resultan de la violación de una disposición de orden público o de la ausencia de un elemento indispensable para dar al acto su carácter específico. Las segundas sólo pueden resultar de un texto expreso de la ley, pues el art. 1030 del cód. de proc. civ. establece que no hay más nulidades que las pronunciadas por la ley. Las nulidades de orden público pueden ser alegadas por cualquiera de las partes y aun declaradas de oficio por el tribunal en cualquier estado de la causa.

Entre los autores nacionales, Lascano (30/14) distingue entre “nulidades substanciales o esenciales” y “nulidades accesorias o secundarias”. Son substanciales las formalidades requeridas para que haya una litis válida (audiencia de parte, capacidad, competencia); son accesorias las que sólo tienen por objeto impedir errores de procedimiento o perjuicios a las partes. Pero el concepto de nulidad substancial no es equivalente al de nulidad “absoluta”, porque la nulidad substancial puede convalidarse en algunos casos por conformidad expresa o tácita de las partes (intervención posterior de la parte afectada), en tanto que la nulidad absoluta es inconfirmable y puede declararse aun de oficio en cualquier estado de la causa (30/15). Son sustanciales las nulidades que resulten de la violación de los principios pro-

(30/13) *Traité élémentaire*, nos. 404 y sig.

(30/14) *Nulidades*, págs. 51 y sig.

(30/15) Esta distinción, dice LASCANO (pág. 65), que cabe en el cód. de proc. de la capital federal, no puede hacerse en el de la pro-

cesales contenidos en la Constitución nacional y de las provincias y en general las que quebrantan las leyes de orden público. Las nulidades accesorias o secundarias son siempre relativas y sólo pueden declararse a pedido de parte.

De la Colina (30/16), refiriéndose al art. 25 del cód. de proc. civ. de la provincia de Buenos Aires, que dispone que los jueces no podrán pronunciar de oficio revocatorias o nulidades "salvo el caso de que éstas sean absolutas", dice que se ha generalizado la división de las nulidades en absolutas y relativas según que violen una disposición de orden público o simplemente de interés privado, pero que hasta ahora nadie ha logrado dar un concepto de orden público, por lo que su apreciación queda librada al arbitrio de los jueces, y que, por otra parte, todas las nulidades de procedimiento pueden confirmarse.

Couture (30/17) distingue entre actos absolutamente nulos y relativamente nulos. La nulidad absoluta no puede ser convalidada pero necesita ser declarada, porque el acto absolutamente nulo tiene una especie de vida artificial hasta el día de su efectiva invalidación. El acto relativamente nulo admite ser invalidado y puede ser convalidado por consentimiento expreso o tácito de las partes. Pero advierte que en el procedimiento no existen actos absolutamente nulos, porque todas las nulidades pueden convalidarse.

c) Como se ve, aunque la terminología en el derecho procesal es la misma que en derecho civil, los conceptos no

vincia de Buenos Aires, debido a que el art. 80 del mismo establece que todas sus disposiciones son de orden público, de donde resultaría que todas las infracciones procesales producirían nulidad absoluta; no obstante, de la propia economía del código resulta que en ciertos casos la nulidad puede convalidarse y así el art. 288 dispone que la nulidad quedará subsanada siempre que no se reclame la reparación en la instancia en que se haya cometido.

(30/16) *Derecho y leg. procesal*, t. 1, n° 445.

(30/17) *Fundamentos* (2ª), pág. 273.

son equivalentes y difieren en cuanto a sus efectos. Así, en tanto que en derecho civil los actos afectados de nulidad absoluta no producen ningún efecto, puede ser declarada de oficio y no admite confirmación, en derecho procesal producen sus efectos mientras la nulidad no sea declarada y pueden ser confirmados por consentimiento expreso o tácito de las partes. Para unos, son absolutas las nulidades derivadas de la violación de disposiciones de orden público; para otros, las que resultan de la omisión de requisitos substanciales. Entienden algunos que los conceptos de nulidad substancial y normas de orden público son correlativos, en tanto que para otros de la violación de una norma substancial puede derivar una nulidad absoluta o relativa. Para unos, nulidad relativa y anulabilidad son términos sinónimos, mientras que para otros contemplan situaciones diferentes.

No obstante, el examen doctrinario que acabamos de hacer nos permitirá compenetrarnos del modo como ha sido encarada la materia en el terreno legislativo y todo ello nos ayudará a precisar los principios que deben considerarse dominantes en el sistema de nuestro código.

12. Sistemas de aplicación.

a) La reglamentación de las nulidades es, en materia legislativa, una de las más delicadas del derecho procesal, porque si bien debe asegurarse el cumplimiento de las formas que la ley prescribe, no puede ocasionarse perjuicios innecesarios, estableciéndose nulidades que las partes consideran superfluas o en cuya declaración no tienen interés. De ahí que las legislaciones adopten distintos sistemas en procura de un régimen suficientemente severo para obtener el cumplimiento de los fines asignados a las formas.

pero al mismo tiempo suficientemente flexible para no sacrificar a las formas el derecho de las partes.

b) En el procedimiento romano el proceso se hallaba sometido a un conjunto de formalidades de cuyo estricto cumplimiento dependía la eficacia del acto, bastando para anularlo la omisión de un simple detalle o un error en la expresión consagrada, de modo que la violación de cualquier regla procesal importaba su nulidad. El principio estaba consagrado todavía en el código gregoriano, cuyo párrafo 408 disponía: "Toda contravención a la ley de procedimiento ocasiona la nulidad del acto". Este precepto, unido al exceso de formalidades, convertía al proceso en un acto solemne y sacramental, en el que frecuentemente el derecho sucumbía por la omisión de formalidades desprovistas de toda significación. Por ello fué paulatinamente abandonado y en la actualidad ningún código lo consagra.

c) Un sistema completamente opuesto, es el adoptado por el código de procedimientos francés, cuyo art. 1030 establece que los jueces no pueden declarar otras nulidades que las pronunciadas expresamente por la ley (30/18).

Antes de la sanción del código y no obstante la prohibición que ya contenía la Ordenanza de 1667, los "parlamentos" (tribunales) aplicaban el principio de que las nulidades eran "conminatorias", es decir, que su apreciación estaba diferida a los jueces y éstos podían declararlas o rehusarlas según las circunstancias. Los abusos que se cometieron al amparo de este sistema dieron lugar a protestas que se resumían en una frase que se hizo famosa: "Dios nos libre de la equidad del parlamento". Condenándolo definitivamente, el código de procedimientos sancionado en 1806 estableció dos reglas fundamentales en los arts. 1029 y 1030.

El primero dispone que "ninguna nulidad, multa o de-

(30/18) GLASSON y TISSIER, *Traité* (3ª), t. 2, pág. 339; MOREL, *Traité*, pág. 324.

caimiento pronunciado por el código tiene carácter conminatorio”. Ello significaba, por una parte, privar a los jueces de la facultad de juzgar de la procedencia de la nulidad: establecida ésta por la ley, el juez no tenía otra cosa que hacer que declararla; por otra, la derogación del principio en que los jueces habían asentado esa facultad: “*pas de nullité sans grief*” (sin perjuicio no hay nulidad). Por consiguiente, la ley debía ser aplicada sin que le sea dado al juez determinar si la nulidad era justa o injusta y si había causado o no perjuicio a alguna de las partes.

Como complemento del anterior, el art. 1030 adoptó el principio “*pas de nullité sans texte*” (no hay nulidad sin una disposición de la ley que la establezca). Pero bien pronto se advirtió que en muchos casos la ley había omitido sancionar expresamente con la nulidad la omisión de ciertos requisitos esenciales, sin los cuales el acto no podía ser considerado válido: tal el caso de la falta de la firma del *huissier* en la citación o la del *avoué* en una comunicación a su adversario. Se dijo entonces que era necesario hacer un distingo. El legislador había dado por sobreentendido un principio fundamental, que por evidente estaba por demás consignarlo, según el cual la nulidad era una consecuencia necesaria de la omisión de las condiciones o formalidades esenciales sin las que el acto no podía existir legalmente o no podía cumplir con los fines que el legislador le había asignado. Nació así la distinción entre nulidades “esenciales” y nulidades “accesorias o secundarias”, y tanto la doctrina como la jurisprudencia admitieron que el art. 1030 se refería únicamente a las segundas. La circunstancia de que en ninguna parte estuviera establecido cuáles eran esos elementos “esenciales” cuya omisión podría dar lugar a una nulidad de ese carácter, hizo que se las vinculara al concepto de orden público y se dejara librada su apreciación a los jueces.

Podía todavía ocurrir que la omisión de una formalidad

“secundaria o accesoria” no afectara a la validez del acto si la nulidad no estaba consagrada expresamente, conforme a la regla del art. 1030. La jurisprudencia estableció entonces una segunda excepción: debe considerarse comprendida en la sanción de nulidad toda fórmula prohibitiva, como cuando el código dice: no se podrá, no se admitirá, etc. Así, al lado de la nulidad “expresa” nacieron las llamadas nulidades “virtuales”.

Por otra parte, la derogación de la regla “*pas de nullité sans grief*” trajo como consecuencia la multiplicación de las nulidades, ya que establecida la sanción el juez no tenía otro camino que declararla, de acuerdo con el art. 1029. Pero así como el código había omitido sancionar de nulidad situaciones que evidentemente no podían considerarse válidas, también había mantenido la sanción para muchas formalidades reconocidamente inútiles, es decir, que se había llegado al principio de “la nulidad por la nulidad misma”, lo que importaba un retorno al sistema romano, con desconocimiento de la verdadera función de las formas procesales. La jurisprudencia admitió entonces una tercera excepción, estableciendo la necesidad de un “interés”, principio que fué luego consagrado por el decreto-ley de 30 de octubre de 1935 y que significa volver a la máxima “*pas de nullité sans grief*”, cuya apreciación corresponde a los jueces ^(30/19).

(30/19) Este decreto dispone que: “Ninguna nulidad de citación o de acto de procedimiento será admitida si no se justifica que perjudica a los intereses de la parte adversa”. MOREL (*op. cit.*, nº 406) observa que esta regla no se aplica tratándose de los vicios de la sentencia. Por su parte, HEBRAUD (*La nulidad de los actos procesales hechos con violación de una norma substancial*, en *Dalloz Hebdomadaire*, 15 de abril de 1948, secc. jurisp., pág. 177) hace notar que este decreto-ley ha generalizado un principio introducido ya por la ley de 12 de enero de 1933 (que estableció que la declaración de nulidad de la citación no procede cuando no se demuestra un perjuicio para la defensa) y que la Corte de Casación, por sentencia del 18 de noviembre de 1947, estableció que dicho principio tampoco se aplica cuando la violación está sancionada por una

El código procesal italiano de 1865 adoptó el sistema francés y dispuso (art. 56) que: "No puede pronunciarse la nulidad de ningún acto de citación o de cualquier otro acto de procedimiento si la nulidad no está declarada por la ley. Sin embargo, pueden anularse los actos que carezcan de los elementos esenciales que constituyen su esencia. La nulidad o la decadencia no pueden pronunciarse sino a instancia de una de las partes, salvo que la ley declare que deba ser pronunciada de oficio".

El nuevo código ha mantenido este principio, pero con algunas modificaciones. Establece (art. 121) que los actos procesales, para los cuales la ley no exige forma determinada, pueden cumplirse en la forma más idónea para el logro de su fin ^(30/20). No puede declararse la nulidad (art. 156) por falta de cumplimiento de las formas de un acto procesal si la nulidad no está impuesta por la ley; sin embargo, puede ser pronunciada cuando el acto carece de los requisitos formales indispensables para el logro de su fin ^(30/21). Nunca puede pronunciarse la nulidad cuando el acto ha alcanzado el fin al cual estaba destinado ^(30/22). No puede pronunciar-

nulidad *automática* (se trataba en el caso de un recurso de apelación cuya fecha de interposición se había omitido en la copia que prescribe el código).

^(30/20) Diversas disposiciones, dice SATTI (*op. cit.*, pág. 149), evidencian la tendencia antiformalista del código. Así, sólo cuando la ley lo dice (y lo dice muy pocas veces) el juez puede declarar de oficio la nulidad de un acto; en cuanto a las partes, pueden pedir la nulidad pero siempre que concurren las circunstancias siguientes: a) si acredita un interés derivado de que la inobservancia del requisito le ha producido un daño; b) que lo haga en la primera instancia sucesiva del acto; c) que no sea el causante de la nulidad; d) que no haya renunciado a ella.

^(30/21) De la lectura del art. 156, dice SATTI (*loc. cit.*), resulta que la imperatividad de la ley sólo es necesaria cuando no entra en consideración el fin o el objeto del acto. Aunque la ley lo ordene expresamente, el acto no será declarado nulo si, no obstante el vicio, el fin ha sido logrado; recíprocamente, el acto viciado, que no llena su objeto, puede ser declarado nulo, aunque la ley no hubiera previsto la nulidad.

^(30/22) FURNO (*Nullità e rinnovazione degli atti processuali*, en

se la nulidad (art. 157) sin petición de parte si la ley no dispone que sea decretada de oficio. Es insanable (art. 158) la nulidad derivada de vicios relativos a la constitución del tribunal o a la intervención del ministerio público y habrá de ser señalada de oficio, salvo lo dispuesto en el art. 161. La nulidad de las sentencias (art. 161) apelables o sujetas a recurso de casación, puede hacerse valer sólo dentro de los límites y de acuerdo con las reglas propias de dichos medios de impugnación (30/23). Siempre que sea posible (art. 162) el juez que pronuncie la nulidad habrá de disponer la renovación de los actos a que la nulidad se extienda (30/24).

Studi in onore di Redenti, t. 1, pág. 423) resume en estas tres reglas los principios contenidos en el art. 156: a) ninguna nulidad formal del acto del proceso puede ser pronunciada si no está prevista en la ley; b) no obstante, la nulidad puede ser pronunciada cuando el acto carece de los requisitos formales indispensables para el cumplimiento de su fin, aunque la nulidad no esté prevista en la ley; e) el cumplimiento del fin al cual el acto está destinado sana automáticamente cualquier vicio de forma.

(30/23) Por eso dicen REDENTI, LIEBMAN y SATTA que es inexacta la expresión del art. 158 al decir que las nulidades absolutas son insanables (*supra*, nº 11).

(30/24) El código de procedimientos de la provincia de Santa Fe se inspira en principios análogos. Ninguna actuación ni otro acto de procedimiento será declarado nulo si la ley no le ha impuesto expresamente esa sanción. Sin embargo, la omisión de un elemento esencial autorizará al juez, apreciando las consecuencias materiales y jurídicas que se hayan derivado, a pronunciar la nulidad aun a falta de toda sanción expresa. La disposición prohibitiva está asimilada a la nulidad expresa (art. 103). Las nulidades deben declararse a petición de parte interesada. Las de orden público podrán ser alegadas por cualquiera de las partes o por el ministerio público, en todo estado y grado de la causa: el juez deberá pronunciarla de oficio (art. 104). La nulidad de un acto o procedimiento sólo podrá declararse cuando la violación hubiera producido un perjuicio que no pueda ser reparado sin la declaración de nulidad (art. 105). La irregularidad de un acto o procedimiento quedará subsanada: 1º) si ha cumplido sus finalidades específicas respecto de la parte que pueda invocarla; 2º) Si el interesado se manifiesta sabedor del acto, así sea tácitamente, y no solicita su anulación dentro de los tres días siguientes de su notificación o de la diligencia posterior que

d) En otras legislaciones, como la alemana y la austríaca, no existen preceptos relativos a la eficacia de los actos procesales, por lo que se entiende librada a los jueces la facultad de declarar la nulidad o ineficacia cuando la omisión de una formalidad obste a la marcha regular del proceso o de cualquier manera se restrinja el derecho de defensa de las partes. Con algunas variantes es también el sistema que se aplica en Argelia y en el Marruecos francés.

Se ha observado (^{30/25}) que este sistema no importa otra cosa que consagrar la doctrina del derecho libre, atribuyendo al juez funciones de legislador, y aun cuando en principio el sistema de la libre convicción judicial es inmejorable, conviene no olvidar la realidad y ella nos dice de los peligros que trae consigo el gobierno de los jueces.

No obstante, pensamos que la crítica es excesiva, pues hemos visto, por una parte, cómo luego de una larga evolución, se han eliminado los textos rígidos, confiriéndose a los jueces la facultad de apreciar las circunstancias para declarar la procedencia de la nulidad; no procede declararla si el acto ha cumplido su fin, etc.; y por otra parte, no se confieren al juez poderes legislativos ni menos discrecionales, dado que la procedencia de la nulidad está condicionada a la violación de la garantía de la defensa en juicio. De este principio vamos a hacer, como se verá, una aplicación en la interpretación de nuestros textos legales.

13. Sistema de nuestro código.

a) El precedente examen doctrinario y legislativo demuestra que no hay uniformidad en la terminología, ni equivalencia en los conceptos, ni en cuanto a las consecuen-

intervenga. Las nulidades de orden público quedan purgadas por la cosa juzgada.

(^{30/25}) LASCANO, *Nulidades*, pág. 38.

cias que se le atribuyen. Ello se debe, como hemos dicho, a que en esta materia de las nulidades entran en juego, no sólo los caracteres específicos de cada rama, sino factores de diversa índole, históricos, políticos, sociales, económicos, que hacen imposible construir una teoría que convenga a todas las circunstancias de tiempo y lugar. No obstante, se advierte que algunas conclusiones son compartidas sin mayor discrepancia, lo que constituye ya una base para orientarnos en la formulación de ciertos principios fundamentales, que pueden concretarse así:

1º) En derecho procesal no son aplicables los preceptos del código civil. El régimen de las nulidades es un tema de la teoría general del derecho y a las distintas ramas de éste corresponde adecuarlo a su objeto y contenido. Pretender generalizar los preceptos de una de ellas y someter las otras a sus disposiciones (no sólo el derecho procesal, sino el administrativo) sería incurrir en el peligro de arribar a soluciones contrarias a su esencia.

2º) Es inexacto vincular el concepto de nulidad absoluta al de orden público y el de nulidad relativa al de interés privado para fijar un criterio de distinción, porque no siempre de una disposición considerada de orden público deriva una nulidad absoluta. Las reglas de la competencia por razón de la materia (civil o comercial) están dadas en consideraciones de orden público vinculadas a la organización judicial y en interés de los litigantes; sin embargo, el art. 87 del código de procedimientos dispone que una vez abierta la causa a prueba o corrido el segundo traslado en las cuestiones de derecho, no puede discutirse en adelante la competencia del juez. Los términos fijados en las leyes de procedimiento son perentorios para las partes (art. 2 de la ley 14.237); pero si por inadvertencia del tribunal se admitiese un escrito evacuando un traslado una vez vencido el término y la parte contraria no reclamara, las actuaciones posteriores no serían nulas.

3º) La nulidad absoluta juega en el proceso de una manera distinta que en derecho civil, pues mientras en éste se caracteriza por la imposibilidad de su confirmación, en aquél todas las nulidades pueden convalidarse por el consentimiento expreso o tácito de la parte a quien afecta si ésta no reclama en tiempo su reparación en la instancia en que se haya cometido, principio que el código consagra expresamente en su art. 240. Más exacto sería admitir que en el procedimiento no existen nulidades absolutas, por lo menos con la acepción que se le atribuye en derecho civil.

4º) El proceso no es más que un instrumento que la ley pone en manos del juez y de los litigantes para resolver los conflictos que éstos le sometan. Las formas procesales no tienen un fin en sí mismas y su razón de ser no es otra que la necesidad de asegurar a las partes la libre defensa de sus derechos y una sentencia justa. Por consiguiente, las nulidades no tienen el carácter de penas, sino que son la consecuencia lógica del incumplimiento de los requisitos a los cuales la ley confía la eficacia del acto. Su aplicación, por tanto, no puede hacerse en forma automática, sino que corresponde al juez, apreciando las circunstancias, determinar si, no obstante el vicio que el acto contiene, el propósito de la ley ha sido cumplido. Un ejemplo sería el art. 40 al que luego nos referiremos.

b) El código de procedimientos no consagra un título a la materia de las nulidades; sus disposiciones son aisladas, dispersas y no responden a un sistema ni obedecen a un método. Pero ese defecto no es exclusivo de nuestra legislación y se le advierte aun en los códigos más modernos; la razón está en que no resulta fácil concretar en fórmulas legislativas todos los principios que el intérprete debe tener en cuenta para resolver las diversas situaciones.

Por lo pronto, no existe en el código una disposición que establezca expresamente la sanción de nulidad para el caso de violación de cualquier norma procesal (sistema ro-

mano); ni dispone tampoco que el juez no podrá declarar otras nulidades que las establecidas por la ley (sistema francés), ni deja librado al criterio discrecional del juez la procedencia de la declaración de la nulidad (sistema germano).

En algunos casos el código establece expresamente la sanción de nulidad; así, el art. 40 declara nula toda notificación que se haga en contravención a lo prescripto para la misma; el art. 63 dispone que toda resolución definitiva o interlocutoria que decida un artículo, debe ser fundada con arreglo a las disposiciones precedentes, bajo pena de nulidad; el art. 77 dice que si el domicilio asignado al demandado por el actor fuese falso, probado el hecho, se anulará todo lo actuado a costa del demandante; el art. 203 establece que las declaraciones de testigos en que no se hubieran observado las prescripciones de la ley no tendrán valor alguno, etc. Pero al lado de estas nulidades expresas la jurisprudencia ha admitido en numerosos casos la existencia de nulidades implícitas, sea por haberse violado las formas que se consideran esenciales para la validez o eficacia del acto, sea porque, aun cuando no esté exigida expresamente una formalidad, ella debe suponerse necesaria en el caso (30/26).

(30/26) Así, se ha declarado que corresponde anular todo lo actuado si no se ha dado intervención a las partes legítimas (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 5, pág. 125; t. 20, pág. 371; t. 50, pág. 943; Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 12, pág. 523; t. 19, pág. 729) salvo negligencia de su parte (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 20, pág. 765); si el juicio ha proseguido después del fallecimiento de la parte, sin intervención de sus herederos (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 9, pág. 732); si el juicio se ha tramitado con quien no tenía la representación de la parte (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 20, pág. 379); si el juez ha dictado una providencia después de haber cesado su intervención por recusación o cualquier otra circunstancia (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 23, pág. 192); si se ha declarado una negligencia sin intervención de la parte a quien afectaba (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 27, pág. 1664); si no se notificó por cédula el auto que designa audiencia para recibir la prueba en la

Fuera de estos supuestos, el código únicamente se ocupa de las nulidades al reglamentar el “recurso de nulidad” en los arts. 237 y siguientes, pero lo hace en forma tan amplia y comprensiva que en esa disposición caben todas las contingencias, no sólo en cuanto a la procedencia de la sanción, sino también a los modos de obtener su declaración. Dice el art. 237: “El recurso de nulidad tendrá lugar contra las sentencias pronunciadas con violación de la forma y solemnidad que prescriben las leyes, o en virtud de un procedimiento en que se hayan omitido las formas substanciales del juicio, o incurrido en algún defecto de los que por expresa disposición de derecho anulen las actuaciones”. Por consiguiente, de esta disposición vamos a extraer el material que necesitamos para esbozar, sin pretensiones de agotar la materia, el régimen de las nulidades en nuestro código y las leyes complementarias.

c) En ninguno de los casos en que emplea la expresión “nulidad” el código hace referencia a la calidad de absoluta o relativa, y en cambio el art. 237 habla de formas “substanciales” del juicio y de “defectos” que por expresa disposición de la ley anulen las actuaciones. Admite así, en primer lugar, la distinción entre formas substanciales y accesorias que, como hemos visto, es corriente en la doctrina y en la legislación francesa e italiana. En segundo lugar, la circunstancia de que sólo haga referencia a los defectos que por expresa disposición de la ley anulen las actuaciones, no excluye, como también hemos visto, la existencia de nulidades “implícitas”, resultante de la omisión de algún requisito sin el cual no puede concebirse un acto válido.

Correlativamente, pues, a estas distinciones, habrá que

justicia de paz (Cám. de Paz, *Jurisp. Arg.*, t. 53, pág. 807); la sentencia que resuelve sin abrir a prueba una cuestión donde hay hechos controvertidos (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 47, pág. 214); el auto que deja sin efecto una resolución consentida (Cám. Civ., t. 13, pág. 807; Cám. Fed. Cap., *Jurisp. Arg.*, t. 19, pág. 680), etc.

llegar a la conclusión de que en el régimen del código las nulidades pueden ser clasificadas desde un doble punto de vista. En consideración a su contenido, pueden ser substanciales o accesorias (que correspondería a la clasificación de actos nulos y anulables en algunos autores ^(30/27)); según que tengan o no un texto expreso en la ley, pueden ser expresas o implícitas.

d) La primera cuestión a decidir es la de saber cuáles son las nulidades substanciales o esenciales. No basta decir que son las que derivan de la violación de una forma substancial, porque precisamente la dificultad consiste en determinar cuáles son las formas consideradas esenciales. Tampoco se las puede identificar con las nulidades absolutas, porque ya hemos visto que en el procedimiento todas las nulidades son relativas en cuanto pueden ser confirmadas por la voluntad expresa o tácita de las partes. Podría decirse que son substanciales las que resulten del incumplimiento de las formas requeridas para que haya un proceso válido, pero ello equivaldría a eludir el problema, porque inmediatamente surge la cuestión de saber cuáles son esas formalidades requeridas para que haya un proceso válido, esto es, para que la sentencia que en él recaiga pueda adquirir carácter de cosa juzgada.

A nuestro modo de ver, la fórmula más feliz ha sido la enunciada por Lascano ^(30/28) al decir que por formas substanciales han de entenderse las que hacen efectivas las garantías procesales contenidas en la Constitución nacional, cuya observancia está impuesta a los jueces como ley suprema de la Nación (Constitución nacional, art. 22; cód. de proc. civiles, art. 59). Por lo tanto, en todo supuesto en que, en una o en otra forma, se viola la garantía de la defensa en juicio, haya o no sanción expresa de nulidad, el juez

^(30/27) GUASP, *Comentarios*, t. 1, pág. 692.

^(30/28) *Nulidades*, pág. 51.

debe declararla: la indefensión es la máxima nulidad en que puede incurrirse en un proceso (30/29). Vamos a ver que la última reforma introducida al código por la ley 14.237 ha tenido en cuenta este concepto al disponer en su art. 50 que tales nulidades serán declaradas de oficio por los jueces; pero anticipémonos también a decir que esa facultad está condicionada a la actuación de las partes, las que pueden convalidar la nulidad antes que ella sea declarada.

e) Como hemos visto, el art. 237 sólo menciona las nulidades “substanciales”, pero hemos advertido ya que ello no importa excluir la existencia de nulidades “accesorias o secundarias”. Hay que partir del principio de que las formalidades establecidas en la ley, por exiguas que sean, deben responder a un objeto, porque de lo contrario el legislador no las hubiera previsto, y que, por consiguiente, alguna consecuencia ha de derivar de su incumplimiento. Naturalmente, no siempre la violación ha de suponer como sanción la nulidad, ya que para declararla el juez debe tener en cuenta otras circunstancias (obtención del fin propuesto, interés en su declaración, etc.); pero el código establece muchas formalidades que no tienen la trascendencia de las llamadas substanciales, no obstante lo cual pueden afectar los derechos procesales de las partes. Esta distinción ha sido tenida en cuenta por el ya citado art. 50 de la ley 14.237 al disponer: “La nulidad se declarará a petición de parte, a menos que fuese originada por omisión de actos

(30/29) En un trabajo que publicó en 1840, titulado *Nulidades absolutas y relativas*, y que acaba de reeditarse (Arayú, 1953), el más tarde autor del cód. civ. argentino, Dr. DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD, decía: “Las formas substanciales son aquellas sin las cuales el acto no puede existir; aquellas que son indispensables para llenar el fin para el cual el acto ha sido instituido; aquellas que no pueden suplirse; que no pueden reproducirse con fuerza retroactiva a lo practicado sin ella”. Con la intuición que le caracterizaba, nuestro genial codificador señalaba ya los caracteres fundamentales de esta categoría de nulidades.

esenciales que afecten el derecho de defensa, en cuyo caso se declarará de oficio”.

f) De lo expuesto resulta que la distinción entre nulidades expresas o implícitas, a los efectos de su declaración, tiene un valor relativo, porque lo que cuenta es el contenido de la forma. Es así que aun en los casos en que la nulidad esté expresamente prevista, su declaración no tiene objeto, si no obstante el defecto que el acto contenga el fin propuesto ha sido logrado. Por ejemplo, el art. 40 dispone **que toda notificación que se hiciera en contravención a las reglas que prescribe será nula; pero agrega: “Sin embargo, siempre que resulte de autos haber tenido la parte noticia de la providencia, la notificación surtirá desde entonces sus efectos como si estuviese legítimamente hecha”.** Recíprocamente, aun cuando no exista un texto expreso, la declaración de nulidad es procedente si por la omisión de una formalidad establecida por la ley o presupuesta para la validez del acto, se ha violado el derecho de defensa en juicio o se ha ocasionado un perjuicio al derecho de las partes; tal sería el caso en que, no obstante existir hechos controvertidos, se omitiera la apertura a prueba de la causa o del incidente, o no se notificara el auto que dispone su recepción.

g) Tampoco establece el código condiciones generales para la procedencia de la declaración de nulidad. Al disponer el art. 40 que la notificación se tendrá por legítimamente hecha si resultare de los autos que la parte ha tenido conocimiento de la providencia, implícitamente autoriza al juez a tomar en cuenta las circunstancias particulares del caso, es decir que la disposición **no** tiene carácter imperativo. El art. 237 habla de la omisión de las “formas substanciales”, refiriéndose a los supuestos en que se afecte al derecho de defensa, pero sin concretarlos ni someterlos a condición alguna. No obstante, teniendo en cuenta el carácter instrumental del proceso, carácter que se extiende ne-

cesariamente a los actos que lo integran, hay que admitir que si como consecuencia de la violación de la forma el acto no ha llenado su objeto, la nulidad se impone para reparar el perjuicio, y recíprocamente, si no obstante el defecto del acto el fin propuesto ha sido logrado, la nulidad no tiene razón de ser. De ahí el requisito de la demostración de un interés en la declaración de nulidad.

h) La misión de la nulidad, en efecto, no es propiamente asegurar la observancia de las formas procesales, sino el cumplimiento de los fines a ellas confiados por la ley. Las formas son el medio o instrumento de que el legislador se vale para hacer efectiva la garantía constitucional de la defensa en juicio, lo cual constituye el fundamento de los llamados derechos procesales de las partes. En cualquier supuesto en que esa garantía aparezca violada, aunque no haya texto expreso en la ley, la declaración de nulidad se impone; en cambio, no obstante la existencia de un texto expreso, la nulidad es improcedente si a pesar del defecto que el acto contiene el fin propuesto ha sido alcanzado. Tal es en último análisis el sentido de la expresión: *pas de nullité sans grief* que el legislador francés ha terminado por reincorporar a su código y que el nuevo código italiano establece como base de su sistema. La fórmula sería, pues, la siguiente: donde hay indefensión hay nulidad; si no hay indefensión, no hay nulidad. Necesariamente debe entonces confiarse al juez la apreciación de las situaciones de hecho, ya que por su complejidad sería imposible preverlas en la ley. El juez debe ser exigente en el respeto de la garantía de la defensa en juicio, pero prudente en la declaración de nulidad, y en caso de duda decidirse por ésta, pues es la mejor manera de asegurar el respeto de aquélla.

i) Pero recordemos también que la regla *pas de nullité sans grief* no se aplica, según la jurisprudencia francesa, tratándose de los vicios de la sentencia o cuando la viola-

ción está sancionada por una nulidad "automática" (30/30). En el primer caso, la formalidad hace a la existencia misma del acto y no hay entonces mayor dificultad en admitir la excepción, ya que hemos visto que no siempre resulta fácil distinguir entre inexistencia y nulidad. Tal sería, para nuestro código, la violación de las reglas establecidas para la redacción de las sentencias (arts. 216 y 217), o la omisión del juramento del testigo (art. 190), o de la autorización por escribano público del laudo arbitral (art. 804), etc. El segundo, en cambio, es más dudoso, porque también hemos visto que el art. 158 del código italiano declara insanable la nulidad derivada de la defectuosa constitución del tribunal o de la omisión de intervención del ministerio público y luego en el art. 161 dice que la nulidad queda subsanada si no se recurre en término la sentencia.

j) Podemos ahora concretar en las siguientes reglas los principios que deben considerarse básicos en nuestro régimen procesal:

1º) Son inexistentes los actos en los que la omisión o la violación de una formalidad haya impedido su configuración jurídica, aunque de esa circunstancia ningún perjuicio derive para las partes. La inexistencia no necesita ser declarada, pero puede ser constatada en cualquier estado del proceso y no admite convalidación.

2º) El juez deberá declarar de oficio o a petición de parte o del Ministerio Público las nulidades esenciales, entendiéndose por tales las que afecten el derecho de defensa en juicio, pero las partes podrán convalidar el acto, expresa o tácitamente, por la ejecución de un acto posterior válido, antes de la declaración de nulidad.

3º) Las nulidades accesorias o secundarias serán declaradas a petición de parte, entendiéndose por tales las que priven a éstas de un derecho procesal, pero la nulidad no

(30/30) *Supra*, nota 30/15.

será procedente si no se acredita la existencia de un perjuicio.

14. Quién puede alegar la nulidad.

a) El art. 50 de la ley de reformas 14.237 dispone: "La nulidad se declarará a petición de parte, a menos que fuese originada por omisión de actos esenciales del proceso que afecten al derecho de defensa, en cuyo caso se declarará de oficio". Hemos visto precedentemente (nº 13, d) cuáles son las nulidades que deben ser consideradas esenciales en nuestro régimen procesal y a ellas debemos referirnos para determinar los casos en que el tribunal puede declararlas de oficio ^(30/31), sin que ello excluya, desde luego, la

^(30/31) La jurisprudencia ha hecho casi siempre el distingo entre nulidad absoluta y nulidad relativa, criterio éste equivocado, como hemos visto, porque en el procedimiento todas las nulidades pueden confirmarse. No obstante, la siguiente reseña jurisprudencial puede ser útil, porque los casos considerados de nulidad absoluta son, en general, nulidades esenciales: Son nulas las actuaciones si en la cuestión planteada no se ha oído a quien es parte legítima en ella (Cám. Civ., *Fallos*, t. 174, pág. 325; t. 183, pág. 257; t. 188, pág. 145; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 13, pág. 803; t. 20, pág. 271; 1947-I, pág. 292; Cám. Apel. Azul (B. A.), *Jurisp. Arg.*, t. 35, pág. 943). Son nulas las actuaciones ante juez incompetente por corresponder la materia al fuero federal (Cam. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, 1948-II, pág. 206; Cám. Fed. La Plata, *Jurisp. Arg.*, t. 76, pág. 155). Son nulos los procedimientos si la demanda no ha sido notificada a persona determinada (Cám. Civ., t. 41, pág. 359). Es nula la sentencia si no se ha abierto a prueba la causa habiendo hechos controvertidos (Cám. Civ., t. 38, pág. 279), o si en el mismo supuesto se hubiera resuelto la incidencia sin abrirla a prueba (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 64, pág. 137; *La Ley*, t. 14, pág. 550; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 47, pág. 214; Cám. de Paz, *Jurisp. Arg.*, t. 62, pág. 622). Es nula la sentencia que rechaza una demanda sin substanciarla (Cám. Civ., t. 100, pág. 262): cuando se ha omitido el llamamiento de autos (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 2, pág. 211; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 2, pág. 491); o ha sido dictada después de haber cesado la intervención del juez en el proceso (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 25, pág. 192); en la que se omite la relación de la causa o la designación de partes o el objeto del juicio (Cam.

facultad de cualquiera de las partes y del ministerio público para denunciarlas si aquél no las hubiera advertido. En cuanto a las nulidades accesorias o secundarias, cuyo concepto quedó también fijado en la misma oportunidad, sólo podrán ser declaradas "a petición de parte", como dice la disposición legal citada, condición que debemos vincularla

Civ., t. 56, pág. 170; Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 17, pág. 106); que carece de motivación (Cám. Civ., t. 56, pág. 221), incluso las interlocutorias (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, 1948-IV, pág. 406), salvo que se trate en éstas sólo de la omisión de citas legales (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, 1948-II, pág. 424). Son nulas las actuaciones posteriores al fallecimiento de la parte sin dar intervención a sus herederos (Cám. Civ., t. 13, pág. 803; t. 20, pág. 371; t. 33, pág. 209; t. 35, pág. 943), o tramitadas por quien no tenía la representación de la parte (Cám. Civ. 1ª, *La Ley*, t. 11, pág. 151). Son de orden público las disposiciones relativas a la competencia federal (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, 1948-III, pág. 206), al fuero de atracción de los juicios universales (Corte Sup., *La Ley*, t. 11, pág. 1157, con nota de A. ACUÑA ANZORENA); a los términos perentorios (Cám. Civ., *La Ley*, t. 14, pág. 107); la prohibición del art. 186 del cód. de proc. de recibir la declaración de ciertas personas en calidad de testigos (Cám. Paz, *La Ley*, t. 7, pág. 145; Cám. Civ. 1ª, *La Ley*, t. 9, pág. 120; Cám. Civ. 2ª, *La Ley*, t. 11, pág. 144); las leyes reglamentarias de las profesiones de abogado y procurador (Cám. Civ. 1ª, *La Ley*, t. 11, pág. 125; Cám. Civ. 2ª, *La Ley*, t. 11, pág. 144). Es nulo el procedimiento si la reconvencción no fué substanciada en su oportunidad (Cám. Civ., t. 87, pág. 110); si se omitió la audiencia de la contraparte en el pedido de revocatoria (Cám. Civ., t. 112, pág. 342); si la sentencia se dictó cuando aún no se hallaba consentida la providencia de autos y sin que se abriera a prueba no obstante haber hechos controvertidos (Cám. Nac. Civ., *Jurisp. Arg.*, 1953-IV, pág. 292). La Corte Suprema de la provincia de Buenos Aires ha declarado que es nula la sentencia en que se omite tratar separadamente las cuestiones de hecho y de derecho, porque viola preceptos constitucionales (*Fallos*, serie 1ª, t. 1, pág. 43; t. 5, pág. 281; t. 6, pág. 173; serie 6ª, t. 8, pág. 213); incluso la sentencia de trance y remate en el juicio ejecutivo (serie 1ª, t. 1, págs. 408 y 413). En algunos casos se ha considerado que debe declararse de oficio la nulidad cuando se ha omitido la intervención del Asesor de Menores (Cám. Civ., *Fallos*, t. 3, pág. 288; t. 7, pág. 447; t. 30, pág. 385; t. 68, pág. 430; t. 71, pág. 172) o del Agente Fiscal (Sup. Corte B. Aires, serie 7ª, t. 13, pág. 217) cuando la ley dispone esa intervención, pero habitualmente advertida la omisión se les corre vista de las actuaciones y si dichos funcionarios no las observan se las considera convalidadas. Ver también *supra*, nota 30/26.

a la exigencia de un interés en la declaración de que nos ocuparemos en el punto siguiente.

b) Es un principio jurídico que la nulidad no puede ser invocada por quien contribuyó a su celebración ^(30/32), principio consagrado por el art. 1049 del cód. civil y establecido expresamente en la mayoría de los códigos procesales modernos, que ahora ha sido incorporado al nuestro por el art. 51 de la ley 14.237, que dispone: "La parte que ha dado lugar a la nulidad no podrá sostener la invalidez del acto realizado". Es necesario, no obstante, recordar que en esta regla no están comprendidas aquellas personas a quienes una disposición de fondo protege contra su propia incapacidad, como serían los menores (cód. civ., art. 1041). En cambio, están incluídas las que debían tener conocimiento de la prohibición en que funda su pedido de nulidad, principio también establecido por el cód. civil (art. 1045) y aplicable a los actos procesales.

c) La nulidad puede ser alegada por aquel a quien perjudica, pero no por aquel a quien beneficia ^(30/33). Sólo puede ser solicitada por quien resulte afectado por la misma, sin que pueda fundarse en la circunstancia de que se omitió la intervención de otras personas a quien el recurrente considera partes interesadas, puesto que su derecho de defensa no ha quedado afectado por esa omisión, lo que hace que carezca de interés para obtener la nulidad ^(30/34). Tampoco puede ser invocada por un tercero que no se hace parte en el juicio aun cuando sea afectado por éste ^(30/35), o por el que no ha sido parte al momento de ejecutarse el acto impugnado ^(30/36), o que sólo es parte en una inciden-

^(30/32) Cám. Civ., *Fallos*, t. 49, pág. 158; t. 60, pág. 240; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 43, pág. 218.

^(30/33) Cám. Civ., *Fallos*, t. 65, pág. 195.

^(30/34) Sup. Corte Tucumán, *Jurisp. Arg.*, 1950-III, pág. 557.

^(30/35) Cám. Civ., *Fallos*, t. 9, pág. 165; t. 134, pág. 72.

^(30/36) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 25, pág. 227.

cia (30/37). Cuando la nulidad se funda en la falta de intervención de ciertos funcionarios cuya concurrencia es indispensable para la validez del acto, tienen también ellos personería para alegarla; tal ocurre con el ministerio fiscal.(30/38), pupilar (30/39) y el representante del Consejo Nacional de Educación (ahora Dirección General Impositiva) (30/40), pero no les está permitido invocar la nulidad cuando fueren los causantes de la misma (30/41).

15. Interés en la declaración de nulidad.

a) La aplicación automática de la sanción de nulidad por el solo hecho de su constatación, obligaría en muchos casos a declarar la nulidad de actos de importancia secundaria por el estado del procedimiento, pero que invalidarían las actuaciones posteriores, proporcionando con ello un arma al litigante de mala fe, que le permitiría demorar indefinidamente la tramitación del proceso. Siendo el interés el fundamento de la protección jurídica, no hay razón para excluirlo en este caso, y de ahí la regla según la cual no procede la declaración de nulidad sino cuando se demuestra la existencia de un perjuicio para la defensa. Ya hemos visto cómo el legislador francés se vió obligado a modificar la regla establecida por el art. 1029 del código de procedimientos, según la cual el juez debía declarar la nulidad en todos los casos en que ella fuera constatada, lo que signifi-

(30/37) Cám. Civ., *Fallos*, t. 116, pág. 297; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 20, pág. 343.

(30/38) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 9, págs. 84 y 231.

(30/39) Cám. Civ., *Fallos*, t. 61, pág. 62; Cám. Com., *Fallos*, t. 5, pág. 457; t. 72, pág. 185; *Jurisp. Arg.*, t. 8, pág. 627.

(30/40) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 11, pág. 298; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 13, pág. 453.

(30/41) Cám. Civ., *Fallos*, t. 17, pág. 201; t. 53, pág. 360; t. 88, pág. 285.

caba el principio de la nulidad por la nulidad misma, substituyéndola por la regla *pas de nullité sans grief*, es decir, el principio de la demostración de un interés en la declaración. Nuestro código, en varios textos, ya había hecho aplicación de este principio y así el art. 40 sanciona de nulidad la notificación practicada con violación de las formas prescriptas, pero agrega que la diligencia surte sus efectos siempre que resulte de autos que la parte ha tenido conocimiento de la providencia.

b) La exigencia de la demostración de un interés no rige tratándose de nulidades esenciales que afecten al derecho de defensa, las que pueden ser declaradas de oficio por el juez según el art. 50 de la ley 14.237, porque fundándose en la violación de una garantía constitucional, esta sola circunstancia basta para hacerla procedente. Pero recordemos que aun estas nulidades pueden ser convalidadas antes de su declaración de oficio, en cuyo supuesto habrá desaparecido el perjuicio que fundamentaría el interés en la declaración. Parece innecesario, además, decir que tampoco se tiene en cuenta el perjuicio cuando se trata de declarar la inexistencia de un acto procesal.

c) De los muchos casos resueltos por la jurisprudencia de acuerdo con el principio enunciado, podemos citar los siguientes. El tercer poseedor no puede pedir la nulidad de la ejecución seguida por el acreedor hipotecario contra el deudor, a base de la renuncia que éste hizo al derecho de oponer excepciones, pues ello no le impide alegar las defensas que autoriza el art. 3166 del cód. civil (30/42). El demandado no tiene interés en la declaración de nulidad de la ejecución seguida contra su deudor solidario (31). No procede la nulidad de las actuaciones fundada en que se ha ejecutado por una deuda de pavimento un bien ganancial

(30/42) Cám. Clv. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 46, pág. 593.

(31) Cám. Clv. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 50, pág. 117.

sin intervención de los hijos, si éstos carecen de interés jurídico para formular la impugnación por no haber desconocido expresamente la deuda ni ofrecido pagarla, cuestionando sólo el estado de la misma, lo cual puede hacerse en el momento de la liquidación ⁽³²⁾. La falta de firma de un auto anterior a la sentencia de remate dictada sin haberse formulado observación alguna, no hace procedente la nulidad de lo actuado, ya que la anulación carecería de finalidad práctica ⁽³³⁾. No procede anular los trámites de un juicio sucesorio iniciado por el síndico de la quiebra de un heredero después de presentada la renuncia a la sindicatura, si aún no se había aceptado la renuncia ni designado el substituto y si la declaración de nulidad a nada práctico conduciría, toda vez que el fallido queda inhibido de la administración de sus bienes desde el día de la declaración de quiebra ⁽³⁴⁾. Debe rechazarse la nulidad de procedimiento que carece de fin práctico cuando el ejecutado que alega la nulidad procesal no menciona las defensas que pudo oponer ⁽³⁵⁾. Quien pide la nulidad de las actuaciones debe indicar cuál es el perjuicio que le han ocasionado, porque no procede la nulidad por la nulidad misma ⁽³⁶⁾. Si el que solicita que se declare la nulidad procesal no alega defensa alguna que hubiera podido oponer ni desconoce la legitimidad del crédito reclamado, aquélla carece de finalidad práctica y es improcedente ⁽³⁷⁾. Las nulidades procesales sólo proceden cuando existe un interés jurídico lesionado; éste no puede resultar del hecho de que las liquidaciones aprobadas podrían ser objetadas por inexactas y excesivas, sin mencionar siquiera cuál es la inexactitud ni dónde reside el

(32) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 57, pág. 69.

(33) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 50, pág. 271.

(34) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 45, pág. 638.

(35) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 62, pág. 724.

(36) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 64, pág. 570.

(37) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 63, pág. 622.

exceso (38). No hay interés en declarar la nulidad de una notificación cuando la parte ha tenido conocimiento de la providencia (39). No procede hacer lugar a la nulidad de procedimiento si no se alega un interés lesionado por restricción de la prueba o de la audiencia (40). Las nulidades procesales que no tienen un objeto práctico no deben declararse (41). No procede la nulidad por la nulidad misma: debe acreditarse la existencia de un perjuicio (42). La falta de notificación de la providencia que llama autos para sentencia no vicia de nulidad el fallo si no se indica el perjuicio que la omisión ha causado al recurrente (43). El principio de que la nulidad procesal requiere un interés en pedirla a fin de valorarla plenamente no rige para el caso del art. 59 del código civil que sanciona con la nulidad todo acto o juicio que hubiere tenido lugar sin que los incapaces hubieran sido promiscuamente representados por el asesor de menores, por cuanto la intervención de éste en los asuntos que atañen a aquéllos implica suplir su capacidad e integrar el patrocinio y defensa de sus derechos (44).

(38) Cám. Fed. Cap., *Jurisp. Arg.*, t. 64, pág. 739.

(39) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 33, pág. 514; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 43, pág. 1157.

(40) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 27, pág. 1164; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 23, pág. 269; t. 42, pág. 741; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 63, pág. 622; 1943-II, pág. 754; Cám. Fed. Cap., *Jurisp. Arg.*, t. 64, pág. 739.

(41) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 46, pág. 593; t. 50, pág. 117; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 48, pág. 256.

(42) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 64, pág. 570; Cám. Nac. Apel. Civ. (B), *Jurisp. Arg.*, 1952-II, pág. 91.

(43) Cám. Civ. y Com. La Plata, *Jurisp. Arg.*, 1948-I, pág. 588.

(44) Cám. Nac. Apel. Civ. (A), *Jurisp. Arg.*, 1951-I, pág. 450. En contra: Cám. Civ. y Com. 2ª La Plata, *Jurisp. Arg.*, 1953-IV, pág. 340.

1E. Cómo puede alegarse la nulidad (45).

a) Los medios de que las partes disponen para obtener la declaración de una nulidad procesal son: el incidente, el recurso, la excepción y la acción de nulidad. Veamos ahora cómo funcionan.

b) Hemos dicho (*supra*, 6, b) que el concepto de forma comprende tanto la estructura y modo de exteriorización del acto, como el orden de colocación que a éste corresponde en la relación procesal. Por consiguiente, se violan las reglas de forma no sólo cuando el acto no está revestido de los requisitos que la ley previene, sino también cuando en el procedimiento no se ha guardado el orden establecido, cada una de cuyas desviaciones tiene indicado en la ley el camino para su reparación. Una primera distinción permite establecer, entonces, que la nulidad puede producirse en la instancia o en la sentencia; en el primer caso, el vicio puede afectar a la estructura del acto (por ejemplo, una notificación defectuosa), o al orden del procedimiento (omisión del traslado de las excepciones); en el segundo, puede referirse a la estructura de la sentencia (falta de motivación) o al procedimiento prevenido para dictarla (omisión de la citación para la sentencia definitiva).

c) Recordemos que la violación de un requisito de forma no siempre tiene como consecuencia la nulidad del acto. Así, hemos advertido ya en la oportunidad anteriormente recordada que los defectos de la demanda desde el punto de vista formal (falta de capacidad de las partes, incompetencia del tribunal, omisión de constitución de domicilio, etc.)

(45) COUTURE, *Fundamentos* (2ª), págs. 277 y sig.; CARLOS, *No- ciones sumarias*, loc. cit.; LASCANÓ, *Nulidades*, pág. 79; AYARRAGARAY, *Explicación teórica y práctica de la reforma procesal*, pág. 122; ANAYA, *La nulidad en el proceso civil*; IBÁÑEZ FROCHAM, *Los recursos en el proceso civil*.

autorizan las excepciones dilatorias que legisla el art. 84 del cód. de proc.; cuyo objeto es obtener la subsanación del defecto o de la omisión en que se hubiera incurrido (46).

d) Si el vicio afecta a la estructura del acto, el modo de impugnación es el incidente de nulidad (47). El art. 49 de la ley de reformas 14.237 dispone: "En caso de haberse violado las formas substanciales del juicio la parte afectada podrá promover el incidente de nulidad". Esta disposición estaba ya implícita en el art. 237 del cód. de proc., como lo hicimos notar en nuestras anteriores ediciones, pero el legislador ha creído conveniente establecerla en forma expresa y aun cuando ella habla de "formas substanciales del juicio", es indudable que también comprende la violación de las "formas del acto", pues agrega en su segunda parte: "No procederá cuando se haya tenido conocimiento del *acto* mediante una intervención directa y posterior en el juicio sin haber hecho cuestión alguna dentro del término de tres días contados de la misma". Así, practicada una notificación en contravención a lo dispuesto en los arts. 38 y

(46) Las llamadas excepciones dilatorias, dice LASCANO (*loc. cit.*), son en realidad un medio de hacer valer la nulidad de procedimiento. Por ellas se puede conseguir que un juez se declare incompetente y declare nulo lo actuado; o se quite valor procesal a la demanda por falta de personalidad en el demandante, en el demandado o en sus procuradores o abogados, o por no reunir los requisitos exigidos por la ley.

(47) No siempre, sin embargo, debe promoverse el incidente de nulidad para privar de eficacia a un acto. La omisión del juramento en la confesión (art. 126) o de la interrogación al testigo sobre sus condiciones personales (arts. 191 y 203), entre otros casos, privan de valor al acto, pero ello recién se opone al alegar sobre el mérito de la prueba. El incidente, por el contrario, procede cuando es necesario invalidar un acto para quitar eficacia a los actos posteriores que en él se funden. El art. 51 de la ley de reformas 14.237 dispone: "La nulidad del acto produce la de los actos consecutivos, no así las actuaciones independientes del mismo". Por eso el art. 77 del cód. de proc. dice: "Si el domicilio asignado al demandado por el actor fuese falso, probado el hecho, se anulará todo lo actuado, a costa del demandante".

39 del cód. de proc., ella sería nula conforme lo establece el art. 40, pero el juez no hará la declaración de nulidad mientras la parte afectada no lo solicite en las condiciones y con las consecuencias que determina el art. 240.

El incidente se substancia en el mismo juicio en que se han producido los vicios que fundamentan la petición ⁽⁴⁸⁾, aplicándose las disposiciones relativas a los incidentes en general (ley de reformas 14.237, arts. 47 y 48) ⁽⁴⁹⁾. La declaración de nulidad corresponde al juez que intervino en las actuaciones impugnadas ⁽⁵⁰⁾; y contra la resolución que recaiga procede el recurso de apelación ⁽⁵¹⁾.

e) Tratándose de un vicio de procedimiento hay que hacer una nueva distinción. Si se impugna una providencia interlocutoria, el camino es el recurso de reposición ⁽⁵²⁾, que se interpondrá acompañado por los de apelación y nulidad en subsidio, pues el citado art. 240 dispone que: "La

⁽⁴⁸⁾ Cám. Civ., *Jurisp. Arg.*, t. 12, pág. 527.

⁽⁴⁹⁾ El cód. de proc. en su art. 404 disponía: "Los incidentes que impidan la prosecución de la demanda principal se substanciarán en la misma pieza de autos, quedando entre tanto en suspenso el curso de aquélla". La jurisprudencia, no obstante, había declarado que en algunos casos la suspensión era improcedente (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 53, pág. 615; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 71, pág. 483). Este régimen ha sido modificado por la ley de reformas 14.237, art. 47, al establecer: "Los incidentes que se promuevan durante la tramitación del juicio, salvo disposición expresa en contrario o auto fundado, no suspenderán el trámite de la causa principal, substanciándose por separado".

⁽⁵⁰⁾ Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 41, pág. 375.

⁽⁵¹⁾ Cám. Civ. 1ª, *Gac. del Foro*, t. 68, pág. 3; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 21, pág. 346.

⁽⁵²⁾ El recurso de reposición o revocatoria tiene lugar contra las providencias interlocutorias a efecto de que el mismo juez que las haya dictado las revoque por contrario imperio (cód. proc., art. 223). Su contenido es doble, pues no sólo puede fundarse en la violación de una norma de procedimiento, que es el aspecto que aquí nos interesa, sino también en la injusticia de la providencia, como vamos a verlo inmediatamente.

nulidad por defectos de procedimiento, quedará subsanada siempre que no se reclame la reparación de aquéllos en la misma instancia en que se hayan cometido". Resuelto negativamente el pedido de reposición entran en juego los de apelación y nulidad, de los que nos ocuparemos en el párrafo siguiente. Si lo que se impugna es un acto de parte, sabemos ya que en principio el medio para ello son las excepciones procesales, pero también puede proponerse el incidente de nulidad cuando el acto ha llegado a tener trascendencia en el procedimiento.

f) Si la impugnación es a una sentencia (definitiva o interlocutoria) por defecto de forma (arts. 216 y 217, cód. proc.) o por haber sido dada con violación de las formalidades requeridas con carácter previo para el efecto⁽⁵³⁾, el medio es el recurso de nulidad. En el primer caso, es decir, cuando el vicio afecta a la estructura de la sentencia, la Cámara de Apelaciones la declara nula y dicta el pronunciamiento que corresponda sobre el fondo de la cuestión (ley de reformas 4128, art. 25)⁽⁵⁴⁾; en el segundo, es decir, si el

(53) Podría ocurrir, como bien dice COUTURE (*Fundamentos*, pág. 279), que la nulidad fuera consumada sin posibilidad de impugnación en el transcurso de la instancia, como lo manda el art. 240, así ocurriría, por ejemplo, si el juez hubiera omitido la citación para sentencia, ya que la parte perjudicada recién podría enterarse de la omisión al notificársele la sentencia. Las partes tienen derecho a exigirse posiciones hasta la citación para sentencia y en el caso se les habría privado de ese derecho.

(54) Respondiendo, dice LASCANO (*Nulidades*, pág. 83), a una necesidad realmente sentida, ya que la malicia de los hombres hacía de este punto de las nulidades una fuente socorrida de dilaciones interminables, en daño de la honestidad pública y de la administración de justicia, el nuevo código de la provincia de Buenos Aires (se refiere al sancionado en 1907) suprimió el recurso de nulidad por vicio de forma de la sentencia definitiva, evitando así en lo posible que vuelva el asunto a otro juez para que dicte nueva sentencia en el mismo juicio. Podrá objetarse, sin embargo, agrega, que no era necesario llegar a tales extremos para conseguir los mismos propósitos, porque ello se habría obtenido igualmente adoptando el sistema del art. 25 de

vicio es del procedimiento, la Cámara anula la sentencia y pasa los autos a otro juez para que dicte nueva sentencia, previo cumplimiento de los trámites correspondientes (art. 240).

El recurso de nulidad se interpone ante el juez que dictó la providencia y se concede para ante el superior, pero sólo procede cuando corresponda el recurso de apelación (cód. proc., art. 238). El código, en efecto, legisla como recursos autónomos el de apelación (art. 226) y el de nulidad (art. 237), pero establece en la disposición citada que sólo podrá deducirse recurso de nulidad contra los autos y sentencias de que pueda interponerse apelación y no habiendo lugar al recurso de apelación no lo habrá tampoco al de nulidad (55). Este régimen ha sido modificado por el art. 39

la ley nacional 4128, que sin suprimir el recurso, dispone que si la nulidad consistiera en la forma de la sentencia, el tribunal, al declararla nula, resolverá también sobre el fondo del asunto, pero no se repara en la existencia de un obstáculo constitucional, que consiste en la regla de la doble instancia impuesta por la Constitución de la provincia. Si las Cámaras pudieran anular el fallo del inferior y pronunciarse no obstante ello sobre el fondo del asunto, sentenciarían en instancia única, lo que es absolutamente contrario a los preceptos constitucionales. El asunto no deja de tener complicaciones en la provincia. En efecto, según los arts. 281 y 284 parecería que en ningún caso pudieran anular las sentencias de los jueces inferiores y que no obstante los defectos que éstas pudieran contener el tribunal debe pronunciarse en segunda instancia sobre el fondo del asunto, sin perjuicio de aplicar la multa que prescriben los arts. 284 y 261, es decir que, sin hacer la declaración de nulidad del fallo, pueden apreciar de la existencia o inexistencia del vicio de forma al solo efecto de multar al juez sentenciador. Pero en realidad no es así. Hay que distinguir dos casos. Si se trata de una infracción a la regla general de fallar que establecen los arts. 259 y 260 del cód. de proc. la infracción no induce la nulidad del fallo sino multa al juez que lo dictó; y si la violación es de alguna prescripción constitucional como la del art. 178, es caso de multa, y además, de declarar la nulidad de la sentencia, devolviendo a otro juez para que falle con arreglo a derecho.

(55) Hay que distinguir entre sentencia nula y sentencia injusta. La sentencia es nula cuando ha sido dictada sin guardar las formas pre-

de la ley de reformas 14.237 al establecer que: “El recurso de apelación comprende el de nulidad”; pero ello no importa, como podría suponerse, la supresión del recurso de nulidad, sino de la exigencia de interponerlo en forma expresa. Volveremos sobre el tema cuando nos ocupemos de los recursos.

g) La excepción de nulidad es un medio de impugnación en la ejecución forzada y está expresamente autorizada por el art. 489 del cód. de proc. que dispone: “Podrá también el deudor alegar la nulidad de la ejecución por violación de las formas que para ella quedan establecidas”. De ello nos ocuparemos al estudiar el procedimiento en el juicio ejecutivo.

h) Según las Leyes de Partidas la nulidad del procedimiento podía alegarse también por vía de acción (Pda. III, tít. XXVI, ley 2), la que se substanciaba por los trámites del juicio ordinario, pudiendo iniciarse la demanda dentro de los veinte años, plazo reducido a sesenta días por la Novísima Recopilación (Lib. II, tít. XVIII, ley 1)⁽⁵⁶⁾. En el derecho germánico, por el contrario, regía el principio de la validez formal de la sentencia que excluye la acción de nulidad y sólo se permitía el recurso de apelación que había que inter-

venidas para la misma o en virtud de un procedimiento vicioso (*error in procedendo*); la sentencia es injusta cuando el juez comete un error en la apreciación de los hechos o en la aplicación del derecho (*error in iudicando*). En el primer caso, el modo de impugnación es el recurso de nulidad, cuyo fundamento es un vicio de forma; en el segundo, el modo de impugnación es el recurso de apelación, cuyo fundamento es el agravio de injusticia. El código legisla ambos recursos en forma autónoma, como hemos visto, de modo que si sólo se interponía el recurso de apelación, el superior no podía pronunciarse sobre su validez formal. Con la reforma introducida por el art. 39 de la ley 14.237 basta el recurso de apelación para que la Cámara considere ambos aspectos.

(56) La institución de la *querela nullitatis*, dice CARLOS (*loc. cit.*), debido a erróneas interpretaciones de la doctrina del derecho estatuta-

ponerlo dentro de un término dado, pasado el cual la sentencia se convertía en definitivamente válida, cualesquiera fueran los vicios del procedimiento. La ley procesal alemana, por la reforma de 1º de enero de 1934, permite la revisión del procedimiento mediante la demanda de nulidad o de restitución, que deben deducirse dentro del término de treinta días, fundada la primera en defectos de constitución del tri-

rio, ha podido ser considerada como el precedente histórico de esta acción. CALAMANDREI, agrega, en su enjundiosa obra *La casación civil* (trad. Sentís Melendo, t. 1, vol. 1, pág. 175) nos enseña que la *querela nullitatis*, sobre la que realiza un exhaustivo estudio, que fué desconocida en el derecho romano y germánico, aparece en la legislación estatutaria italiana en el siglo XII, y alcanza en el XIV su plena madurez. Que aun cuando existió un profundo desacuerdo entre la mayoría de la legislación estatutaria y la unánime enseñanza de la doctrina, esa divergencia puede resumirse en torno a esta esencial diversidad: que mientras la legislación estatutaria concibe la querrela de nulidad como un verdadero y propio medio de gravamen (recurso) contra la sentencia, esto es, como un instituto exclusivamente procesal, la doctrina habla de una *actio nullitatis* contra la sentencia y la considera de naturaleza idéntica a la *actio nullitatis* que puede proponerse contra un contrato. Empero, para el autor citado, la *querela nullitatis* constituye un verdadero medio de impugnación, un recurso, y no una acción ordinaria de nulidad, como lo reitera en los siguientes conceptos: "considerando ahora la nulidad de las sentencias con los criterios del derecho privado, y hablando de una *actio nullitatis* semejante a la existente en el derecho substantivo, allí donde los estatutos hablan de una *querela nullitatis* concebida como un instituto exclusivamente procesal, la doctrina se acercó acaso a entender con precisión la verdadera naturaleza teórica que tiene, en abstracto, el derecho de impugnar una sentencia nula; pero ignoró casi totalmente que este derecho se había venido formando en la legislación estatutaria como un verdadero y propio medio de gravamen y descuidó todas las consecuencias que de esta formación habían sacado los estatutos. De suerte que la *actio nullitatis* de la doctrina no tuvo todas las características que en la legislación municipal se le atribuían por su función de medio de gravamen; no fué ejercitable sólo en un breve término como la apelación, sino durante los treinta años necesarios para la ordinaria prescripción de cualquier derecho.

bunal o vicios en la representación, y la segunda en actos punibles (pár. 578-586) ⁽⁵⁷⁾.

Nuestro código de procedimientos, en principio, no admite la acción de nulidad ⁽⁵⁸⁾ y así lo ha declarado la jurisprudencia ⁽⁵⁹⁾, pero pueden señalarse tres excepciones. La primera está autorizada por el art. 808 del código, según el cual, contra las sentencias de los amigables compondores no se dará recurso alguno, salvo la acción de nulidad proveniente de haber fallado fuera de término o sobre puntos no comprometidos, la que podrá entablarse dentro de los treinta días de aquel en que se hizo saber el laudo. La segunda resulta de la aplicación del art. 500 del cód. de proc., que autoriza el juicio ordinario como consecuencia del ejecutivo ⁽⁶⁰⁾ y cuyo principio es también aplicable a la vía de apremio (ley 50, art. 320). La tercera excepción se refiere al caso en que la acción se deduzca por un extraño que no haya intervenido en el juicio, aun cuando éste hubiera terminado por sentencia ⁽⁶¹⁾.

(57) GOLDSCHMIDT, *Tratado*, pág. 432; SCHONKE, *Derecho proc. civil*, pág. 328.

(58) ANAYA (*La nulidad*, etc., pág. 50) entiende que la acción de nulidad por vicios del procedimiento existe aun a falta de una disposición expresa.

(59) Corte Sup. de Justicia, *Fallos*, t. 12, pág. 134; Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 4, pág. 363; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 30, pág. 140; t. 35, pág. 1369; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 17, pág. 256; *La Ley*, t. 64, pág. 554; t. 69, pág. 544; Cám. Nac. Civ. (A), *La Ley*, t. 64, págs. 452 y 564; Cám. Nac. Paraná, *La Ley*, t. 63, pág. 670.

(60) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 12, pág. 527.

(61) Cám. Com., *Fallos*, t. 98, pág. 251. Dice COUTURE (*Fundamentos*, n.ºs. 167, 189 y 217) que para los casos excepcionales de fraude, dolo o colusión, debe conceptuarse concedida y no negada una acción revocatoria, dirigida a obtener la invalidación de los actos ilícitos, cubiertos de formas procesales, realizados en perjuicio de terceros que no han litigado. La Cám. 1ª Civ. y Com. de La Plata declaró: "El auto aprobatorio de una información treintañal dictado con anterioridad a la vigencia de la ley 14.159 (que reglamenta el procedimiento contradictorio en los juicios por prescripción) puede ser impugnado por

17. Oportunidad para deducir la nulidad.

a) El código de procedimiento no establece, fuera del caso del art. 808, el término dentro del cual debe deducirse la nulidad en consideración a los distintos medios enunciados. Al referirse al recurso, el art. 238 dice que éste sólo procede contra los autos y sentencias de que pueda interponerse apelación y por su parte el art. 39 de la ley de reformas 14.237 establece que el recurso de apelación comprende el de nulidad, de donde resulta que el término ordinario es de cinco días, que es el fijado por el art. 228 para la interposición del recurso de apelación ⁽⁶²⁾, pero que puede ser menor cuando una disposición así lo establezca, como ocurre en el juicio ejecutivo, donde el término para la apelación es de tres días por aplicación del art. 485.

b) Respecto del incidente de nulidad, hay que hacer un distingo. Si el que formula la alegación es una de las partes que interviene en el juicio, la nulidad debe deducirse dentro del término de tres días desde que se tuvo conocimiento del acto. El art. 49 de la ley 14.237 dispone: "No procederá cuando se haya tenido conocimiento del acto viciado mediante una intervención directa y posterior en el juicio, sin

los terceros interesados que no intervinieron en aquélla, mediante la acción revocatoria de la cosa juzgada obtenida fraudulentamente" (*Jurisp. Arg.*, 1955-III, pág. 16). Comentando este fallo al pie del mismo, IBÁÑEZ FROCHAM dice que bastaba en el caso oponer la excepción de "cosa no juzgada", porque si no hay cosa juzgada la acción de nulidad no tiene objeto; pero la excepción de cosa no juzgada podrá oponerse a una acción fundada en la sentencia y en caso contrario el tercero correría de un medio para defender su derecho, como ocurriría en el supuesto del fallo. Por su parte, BREMBERG (*Cosa juzgada y daño de tercero, La Ley*, fallo 37.351) hace notar que en el caso no puede hablarse de cosa juzgada, ni siquiera de sentencia, porque el juez al dictarla no ha cumplido una actividad jurisdiccional, sino más bien administrativa.

(62) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 4, pág. 1, Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 18, pág. 674; t. 42, pág. 1191.

haber hecho cuestión alguna dentro del término de tres días contados desde la misma". Debe entenderse que tratándose de un proceso en trámite, el requisito de la "intervención directa y posterior" se considera cumplido por el solo hecho de la notificación automática o de oficio, siempre naturalmente que el vicio no afecte a la notificación misma y que el interesado hubiera intervenido personalmente con anterioridad o debidamente representado. Pero si, por el contrario, no ha intervenido en los autos, puede alegar la nulidad en el momento de su presentación y hasta dentro de los tres días siguientes, por aplicación del citado art. 49 de la ley 14.237, cualquiera sea el estado del juicio, y aun cuando hubiera recaído sentencia; tal sería el caso de que se pidiera la nulidad de la notificación de la demanda (⁶³).

18. Efectos de la declaración de nulidad.

a) Según se ha dicho, el principal efecto de la nulidad es privar al acto de su eficacia jurídica y en consecuencia se tiene el acto como no realizado; consiguientemente, tampoco pueden tener validez los actos posteriores que en él se funden, de acuerdo con la máxima romana: "*quod nullum est nullum producit effectum*".

b) Para establecer las consecuencias de la declaración de nulidad debemos tener presente la distinción que hicimos según que ella se refiera al acto, al procedimiento o a las formas de la sentencia. Tratándose de los actos es necesario

(63) Cám. Fed. Cap., *Jurisp. Arg.*, t. 4, pág. 334, con nota de MÁXIMO CASTRO; Corte Suprema de B. Aires, *Jurisp. Arg.*, t. 26, pág. 359; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 11, pág. 1289. La nulidad de las actuaciones a que se refiere el art. 77 del cód. de proc. por haber resultado inexacta la denuncia del domicilio del demandado para la notificación de los procedimientos, es aplicable a los juicios ejecutivos en virtud del art. 468 del cód. citado; y puede hacerse valer en cualquier estado de la ejecución, aun después de la sentencia de trance y remate, mientras el ejecutado no haya consentido los trámites (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, 1945-IV, pág. 184).

distinguir tres categorías: los antecedentes, los consecuentes y los independientes. La relación procesal, en efecto, se presenta como una sucesión de actos que realizan las partes y el tribunal, cada uno de los cuales tiene como antecedente otro acto (la absolución de posiciones supone la previa citación) y es a su vez antecedente del que le sigue (el término para evacuar una vista comienza a correr después de la notificación); entre unos y otros pueden existir actos independientes (las diligencias de prueba son independientes entre sí; los términos individuales corren separadamente para cada una de las partes). Es teniendo en cuenta estas distinciones que el art. 51 de la ley 14.237 en su apartado segundo dispone: "La nulidad del acto produce la de los actos consecutivos, no así la de las actuaciones independientes". Una aplicación de esta regla la tenemos en el art. 77 del cód. de proc., apartado tercero, que dice: "Si el domicilio asignado al demandado por el actor fuese falso, probado el hecho, se anulará todo lo actuado a costa del demandante". Por eso hemos visto que puede obtenerse la nulidad de todo un proceso, aun después de dictada sentencia definitiva y cualquiera sea el tiempo transcurrido, ya que no habiendo intervenido como parte el demandado, la sentencia no puede pasar en autoridad de cosa juzgada a su respecto. En tal caso, probada la falsedad del domicilio, se anula todo lo actuado a partir de la notificación de la demanda y en consecuencia todos los actos posteriores, incluso las diligencias de prueba, carecen de validez.

La nulidad no afecta a los actos anteriores, como dice la disposición legal citada, y ello se explica sin ningún esfuerzo, como tampoco afecta los actos independientes entre sí, entendiéndose por tales los que no están vinculados por una relación de dependencia: la nulidad de la notificación del auto de prueba produce la nulidad de todas las diligencias probatorias posteriores, pero la nulidad de una declaración fun-

dada en que el testigo no ha prestado juramento, en nada afecta la validez de las otras diligencias de prueba.

c) Tratándose de vicios del procedimiento, o sea por no haberse seguido el orden establecido en la realización de los actos procesales, la nulidad se traduce en la ineficacia de los actos posteriores, que en realidad no son consecuencia de la ejecución de un acto viciado sino de la omisión de un acto requerido para la validez del acto que le sigue: así, cuando el juez resuelve el incidente sin recibirlo a prueba no obstante haber hechos controvertidos, o dicta sentencia definitiva sin citar a las partes para el efecto.

d) Los efectos de las nulidades por vicios de forma de la sentencia están contemplados por los arts. 25 de la ley 4128 y 46 de la ley 14.237, a los cuales ya nos hemos referido. El primero dispone: "Si el procedimiento estuviese arreglado a derecho y la nulidad consistiera en la forma de la sentencia, el tribunal al declararla nula, resolverá también sobre el fondo del litigio". El segundo dice: "Si el procedimiento estuviese arreglado a derecho y el tribunal de alzada declarara la nulidad de la sentencia por cualquier otra causa, resolverá también sobre el fondo del litigio". En realidad esta disposición no modifica la anterior y comprende como aquélla no sólo el supuesto de violación formal de la sentencia, sino de los requisitos establecidos para dictarla. De la interpretación y alcance de estas disposiciones nos ocuparemos el estudiar el procedimiento en segunda instancia.

19. Subsanación de las nulidades.

a) El carácter instrumental de las formas procesales hace que el legislador, como la jurisprudencia y la doctrina, consideren, si no con disfavor, al menos con un criterio restrictivo, la institución de la nulidad, admitiéndola sólo en los casos en que su declaración sea el único medio de obtener la

reparación de un perjuicio y facilitando en lo posible la subsanación del vicio. No es otro el objeto de las llamadas excepciones dilatorias, porque mediante ellas se evitan ulteriores vicios de procedimiento; la exigencia de un interés en la declaración de nulidad y el principio establecido expresamente en el art. 156 del código procesal italiano de que la nulidad no debe declararse cuando el acto ha alcanzado el fin al cual estaba destinado y del que hace una aplicación nuestro código de procedimientos en su art. 40 al considerar válida la notificación, no obstante los defectos que contenga, si la providencia ha llegado a conocimiento de la parte. Es una reafirmación de la regla: no hay nulidad por la nulidad misma.

Pero además, en otras legislaciones se establecen algunos medios para prevenir o evitar los efectos de las nulidades que nuestro código de procedimientos no ha contemplado. Así, la ley procesal austríaca de 1895 dispone la celebración de una audiencia previa al debate (art. 239), con el objeto de subsanar los defectos en la constitución de la relación procesal; el código brasileño en su art. 294 dice que una vez contestada la demanda el juez dictará una providencia (despacho saneador) con el objeto de ordenar el procedimiento, pudiendo (inc. 3^o) pronunciar las nulidades insanables y mandando suplir las sanables (64); el código italiano en su art. 162 establece que el juez que pronuncie la nulidad debe ordenar en lo posible la renovación de los actos alcanzados por aquélla (65), principio del que ya hacía una aplicación nuestra ley nacional de procedimientos n^o 50

(64) LIEBMAN, *O despacho saneador e o julgamento do merito* (Rev. Forense, Río de Janeiro, 1945, pág. 216, reproducido en *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, São Paulo, 1947, pág. 107); BAPTISTA MARTINS, *De las nulidades en el proceso civil brasileño* (Rev. Der. Procesal (A), 1944, I, pág. 393); BUZAIU, *Do agravo de petição no sistema do processo civil*, São Paulo, 1945, pág. 86.

(65) FURNO, *La nullità*, etc., loc. cit., pág. 403.

en su art. 222 al autorizar al tribunal de apelación a ordenar que se practiquen de nuevo ante él las diligencias probatorias de primera instancia que estimare viciosas o insuficientes (⁶⁶).

b) La ley de reformas 14.237 contiene una disposición que, a nuestro juicio, permitiría al juez disponer la renovación de los actos considerados nulos, siempre que con ello no se altere la igualdad de las partes o se ocasione un perjuicio a una de ellas. En efecto, el art. 21 autoriza al juez a disponer en cualquier estado del juicio "las medidas tendientes a la más rápida y económica tramitación del proceso". La citada ley de reformas ha ampliado considerablemente las facultades del juez, convirtiéndolo de un espectador en un director del proceso y en esas condiciones no puede ponerse en duda su facultad para disponer la renovación de un acto afectado de nulidad cuando ello sea necesario para la regular tramitación del proceso, sin que ninguna de las partes pueda aducir un motivo fundado de oposición. Si el juez, por ejemplo, advierte que la demanda ha sido mal notificada y haciendo uso de la facultad que le confiere el art. 50 de la ley 14.237 declara la nulidad de esa diligencia, parece evidente que en el mismo auto podría disponer que ella se practique nuevamente, no ya sin perjuicio sino con beneficio de las partes mismas.

c) Al mismo propósito antes enunciado responde la regla según la cual las nulidades de procedimiento pueden ser subsanadas por voluntad expresa o tácita de las partes. Lo primero ocurre cuando la parte afectada ratifica el acto viciado de nulidad; lo segundo, si prosigue las actuaciones sin formular observación en tiempo oportuno. El principio estaba ya consignado en el art. 240 del cód. de procedimientos

(66) SARTORIO, *De la prueba de testigos en el procedimiento federal*, pág. 176, contiene una interesante referencia a esta disposición, la que fué tomada del Reglamento Real de 1846, art. 260, que a su vez se inspiró en el código de Ginebra, art. 323.

al establecer: "La nulidad por defectos de procedimiento quedará subsanada siempre que no se reclame la reparación de aquéllos en la misma instancia en que se hayan cometido". Ya hemos visto que los medios para obtener esa reparación son el recurso de reposición y el incidente de nulidad. El art. 49 de la ley 14.237, confirmando esa disposición, establece en su segunda parte: "No procederá (la nulidad) cuando se haya tenido conocimiento del acto viciado mediante una intervención directa y posterior en el juicio, sin haberse hecho cuestión dentro del término de tres días contados desde la misma fecha". También hemos visto (nº 17) cómo debe computarse ese término, porque si se ha tenido una intervención anterior en el proceso corre desde que se tiene o se considera que ha tenido conocimiento del acto por la notificación automática de las providencias respectivas, y en caso contrario desde la fecha en que se comparece a tomar intervención en los autos. Por la misma circunstancia podría ocurrir que la nulidad, aunque producida en primera instancia, sólo pueda ser alegada ante el tribunal de apelación si es entonces cuando el demandado tiene conocimiento de la existencia del juicio. Pero en cualquiera de estos supuestos, si la nulidad no es alegada dentro del término de tres días, el vicio desaparece y el acto queda convalidado, aun cuando se trate de una nulidad substancial o de un trámite esencial del juicio (⁶⁷), pues ya hemos visto también que en el procedimiento no hay nulidades absolutas en el sentido que esta palabra tiene en el derecho civil. La mencionada disposición rige también para el ministerio público (⁶⁸).

(67) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 23, pág. 937. El decreto-ley del gobierno francés de 30 de octubre de 1935, establece que cualquier nulidad queda cubierta si no se alega antes de discutirse el fondo del litigio. Comentando esta disposición, MOREL hace notar que ella comprende también las nulidades de orden público, con excepción de las que se refieren a la organización judicial (*Traité*, 2ª ed., pág. 329).

(68) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 23, pág. 182; t. 57, pág. 774.

Por la misma razón las partes pueden, de común acuerdo, aceptar como medios de prueba las actuaciones nulas por falta de competencia del tribunal (⁶⁹).

Actos de instrucción del proceso (⁷⁰)

20. Medios de expresión.

a) *Caracteres generales.* — El procedimiento en nuestro régimen procesal es fundamentalmente escrito, pero existen numerosos casos en que se autoriza la expresión verbal. Así, cuando el monto litigioso no excede de doscientos pesos, el proceso tramita en forma verbal y actuada ante la justicia de paz letrada (ley 11.924, art. 34), y los tribunales federales (ley 50, art. 60). En ciertos juicios especiales, como los interdictos de retener (cód. proc., art. 575), y recobrar (art. 582), en el juicio de desalojo (art. 586), etc., se convoca a las partes a juicio verbal para su substanciación. En el procedimiento ordinario, si alguna de las partes se opone a la apertura de la causa a prueba, el juez las cita a una audiencia a fin de oírlas (art. 105); ciertas diligencias de prueba, como la absolución de posiciones (art. 127), cotejo (art. 143), testigos (art. 182), se reciben también en forma verbal y actuada. Pero, fuera de estos casos, la regla es que todas las peticiones de las partes y las resoluciones de los jueces deben formularse por escrito.

b) *Informe "in voce"* (⁷¹). — Constituye también ésta una excepción que, por su importancia, la consideramos por separado. El art. 252 del código de procedimiento, al re-

(69) Cám. de Paz, *Jurisp. Arg.*, t. 72, pág. 1008.

(70) Véase CARNELUTTI, *Sistema*, nos. 151 y 637.

(71) DIEGO DE JUÍRAZAR, *El informe in voce* en nuestras prácticas procesales (*Jurisp. Arg.*, t. 29, pág. 134).

gular las actuaciones en la segunda instancia, dispone que: "Dentro de tercero día, contado desde la notificación de la providencia de autos o al practicarse esta notificación y en la misma diligencia, manifestarán las partes si van a informar *in voce*; si no lo verifican, podrá resolverse sin dichos informes". Pero esta disposición ha sido modificada por el art. 14 de la ley 4128, que prescribe: "En las Cámaras de Apelaciones de la Capital sólo podrán informar *in voce* los litigantes o sus abogados en caso de apelación de sentencia definitiva, cuando se hubiere producido prueba en esa instancia". Es el único caso en que el informe *in voce* procede ante los tribunales ordinarios de la Capital, y en la práctica se le substituye a veces por un memorial escrito⁽⁷²⁾.

(72) En el orden federal la ley 50, en su art. 180, dispone que "en los juzgados seccionales las partes podrán pedir, dentro de dos días siguientes al de la notificación de la providencia de autos, que se señale día para que ella o sus defensores puedan informar *in voce*, y el juez lo designará a la posible brevedad". Este artículo está complementado por el art. 181, que prescribe que "en la Corte Suprema se podrá informar *in voce* el día de la vista de la causa", y por el art. 218, según el cual, en caso de apelación, "los interesados, sus representantes o sus letrados pueden informar verbalmente al tiempo de la vista de la causa, pudiendo también los últimos pedir venia para escribir en derecho, que no les deberá ser acordado sino cuando, a juicio de la Corte, sean muy arduas las cuestiones jurídicas que se debaten". El art. 180 quedó derogado por el art. 3 de la ley 3981. Los arts. 181 y 218 fueron modificados por la ley 3375 en los siguientes términos: Art. 5: "En el caso del artículo anterior (cuando el recurso se hubiera concedido libremente) luego que esté terminada la tramitación en segunda instancia, se dictará la providencia de autos y el expediente pasará a secretaría. Dentro del tercer día, contado desde la notificación de la misma providencia, manifestarán las partes si van a informar *in voce*, en cuyo caso se señalará día para oír los informes en audiencia pública". Art. 6: "Si el recurso se hubiese concedido en relación, luego de recibido el expediente se dictará la providencia de autos y se procederá como dispone el artículo anterior". Art. 7: "En las causas de jurisdicción *originaria*, después de contestada la demanda o las excepciones previas que se hubiesen opuesto, o de concluida la causa para definitiva cuando se hubiera abierto a prueba, se dictará la providencia de autos, y las partes podrán hacer la manifestación mencionada en el art. 5,

c) *Idioma*. — No establecen las leyes de procedimiento que las actuaciones judiciales deben ser hechas en idioma nacional, pero ello va sobreentendido por su carácter de instrumento público, respecto de los cuales así lo dispone expresamente el cód. civil en sus arts. 979 y 999. Por eso deben traducirse los documentos otorgados en idioma extranjero que se agreguen a los autos (73).

d) *Escrito*. — Toda petición de las partes al juez, salvo naturalmente las que se formulen en las audiencias, de-

procediéndose como en él se indica". Pero luego se sancionó la ley 4055, cuyo art. 8 dice: "En los casos en que la Corte Suprema conozca en grado de *apelación*, recibido el expediente, se dictará la providencia de autos, y las partes podrán, dentro de los diez días comunes e improrrogables, presentar una memoria sobre la causa, que se mandará agregar a los autos, y sin más trámite quedará la causa para definitiva". La misma ley, en el art. 20, agrega: "Las Cámaras Federales observarán, en materia civil y comercial, los procedimientos establecidos para la Corte Suprema en la ley 50, de 14 de septiembre de 1863, y leyes especiales, y, en materia penal, el código de procedimiento criminal de la Nación". Interpretando estas disposiciones, la Corte Suprema ha declarado que: "El art. 8 de la ley 4055 ha dejado sin efecto los arts. 181 y 218 de la ley 50 y los arts. 4, 5 y 6 de la ley 3375, modificatoria de aquélla en cuanto al informe *in voce* se refiere. Que el informe *in voce* a que se refiere el art. 7 de la ley 3375 ha substituído aún en causas de jurisdicción originaria el informe en derecho que autorizaba el art. 218 de la ley 50" (Corte Sup., *Fallos*, t. 116, pág. 65; t. 119, pág. 419; t. 123, pág. 200; t. 125, pág. 317; t. 148, pág. 23; *Jurisp. Arg.*, t. 23, pág. 594). De ello resulta que el informe *in voce* procede en la Corte Suprema en los casos de competencia originaria, pero sin que constituya un trámite esencial en el procedimiento (Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 59, pág. 375), y ante las Cámaras Federales en los casos de los arts. 4 y 5 de la ley 3375, que subsisten para las mismas. Por su parte, la Cám. Fed. de la Cap. (ahora Cám. Nac. especial en lo civil, comercial, penal y contencioso administrativo) ha resuelto que corresponde señalar término de duración del informe, que debe limitarse a una exposición sintética de lo que está dicho por escrito (*Jurisp. Arg.*, t. 29, pág. 134).

(73) La traducción debe ser efectuada por un traductor público nacional inscripto en la matrícula respectiva, debiendo comprender la totalidad del instrumento, no siendo admisible las que sólo se limiten a una parte del mismo y la traducción debe ser ratificada ante el actuario

ben hacerse por escrito, a mano o mecanografiado, empleándose exclusivamente tinta negra ⁽⁷⁴⁾, en caracteres legibles, sin dejar blancos ⁽⁷⁵⁾ y extenderse en el sellado correspondiente ⁽⁷⁶⁾. Sin resolución del tribunal pertinente no

a solicitud del propio interesado o de mandatario con facultades suficientes, conforme a la ley 10.998 (acordada de la Cám. Nac. Civ. del 8 de septiembre de 1954, *La Ley*, t. 77, pág. 86).

(74) Reglamento de Justicia de la Corte Suprema de 17 de diciembre de 1952, art. 46.

(75) Reglamento de la Cám. Civ. de 1882. Acordadas de las Cám. Civ. en Pleno de 30 de diciembre de 1909, 30 de marzo de 1911 y 12 de septiembre de 1928.

(76) La ley de impuesto de sellos n° 11.290, (t. o. 1935), especifica en los arts. 74 a 86 el sellado a emplearse en las actuaciones ante los distintos tribunales según la naturaleza y el monto de la petición que se formula, estableciendo una escala que puede resumirse así, teniendo en cuenta los aumentos dispuestos por el decreto 17608/50: Ante los jueces nacionales de Paz de la Capital Federal el sellado de actuación será de veinte centavos por foja cuando el valor del juicio no exceda de doscientos pesos moneda nacional; de cincuenta centavos si excede de esa cantidad hasta un mil pesos; de un peso y cincuenta si excede de esa cantidad o su valor sea indeterminado; cuando por acumulación de acciones, ampliación posterior o reconvencción aumente el valor del juicio hasta exceder los límites de la categoría en que estaba comprendido, las actuaciones posteriores estarán sujetas al sellado que corresponda al valor aumentado. Ante los jueces nacionales de paz de los territorios el sellado de actuación es de cincuenta centavos, cuando el monto exceda de trescientos hasta un mil pesos, y excediendo de esa suma o siendo de valor indeterminado será de un peso y cincuenta. Ante la Cám. Nac. de Paz de la Capital, el sellado será de tres pesos. Ante los jueces nacionales de la capital y en provincias, el sellado de actuación será de un peso cincuenta centavos. Cuando debido al fuero de atracción deban conocer en juicio que por su monto correspondería a los jueces de paz, el sellado será el establecido para las actuaciones ante éstos. Ante las Cám. Nac. de apelaciones de todos los fueros el sellado será de cinco pesos. Ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación el sellado será el que corresponda al valor del juicio, o sea cincuenta centavos hasta dos mil pesos y de tres pesos excediendo esa suma; en los asuntos en que intervenga por apelación ordinaria o extraordinaria, el sellado será de seis pesos por foja. La Cám. de Apel. Civ. ha resuelto: "Salvo lo dispuesto por los arts. 93 y 141 de la ley de sellos (t. o. 1950) no se paralizará ningún expediente, ni se demorará su elevación al supe-

se podrá devolver por secretaría ningún escrito, aunque adolezca de cualquier defecto de forma o la petición fuera improcedente (77).

e) *Encabezamiento*. — Con el objeto de asegurar su correcta agregación a los autos y facilitar el despacho, todo escrito debe iniciarse con la expresión de su objeto, el nombre de quien lo presenta, su domicilio constituido y la enunciación precisa de la carátula del expediente; las personas que actúen por terceros deberán expresar, además, en cada escrito el nombre completo de todos sus representados y del letrado patrocinante si lo hubiera (78). El objeto del escrito se indica en la parte superior del mismo en un resumen (*suma*) de su contenido (79) y cuando ello no resulta

rrior, ni se suspenderán los plazos para dictar sentencia u otra resolución, por falta de reposición de sellado. Déjase sin efecto la acordada de 27 de noviembre de 1897 y todas las que se opongan a la presente (acordada del 28 de mayo de 1952, *Jurisp. Arg.*, 1952-II, pág. 83). Además del sellado de actuación, al promoverse la demanda debe abonarse el impuesto de justicia, de acuerdo con la escala que establece el art. 87 de la misma ley, con el aumento que dispone el decreto 17608/50. En los arts. 96 a 101 se enumeran las personas e instituciones exentas del impuesto de sellado. En la justicia del trabajo el art. 41 de la ley 12.948 dispone: "Las partes actuarán en papel simple. Cuando el empleador sea condenado en costas deberá reponer todas las actuaciones. Si se declaran las costas por su orden, repondrá las de su parte. Los trabajadores y sus derecho-habientes estarán exentos de reponer el sellado". De estas cuestiones volveremos a ocuparnos al estudiar los requisitos formales de la demanda (XVI, 13). Ver sobre el tema: BIONDI, *La ley nacional de sellos*, B. Aires, 1950; VICCHI, *El impuesto de justicia ante el decreto del Poder Ejecutivo Nacional n° 9432/44* (*Jurisp. Arg.*, 1945-II, pág. 815).

(77) Reglamento de Justicia de la Corte Suprema del 17 de diciembre de 1952, art. 50; deroga las disposiciones de las acordadas de 30 de diciembre de 1909, 30 de marzo de 1911 y 12 de septiembre de 1928, que autorizaban a los secretarios a devolver los escritos que no llenaran los requisitos de forma establecidos para los mismos.

(78) Reglamento de Justicia de la Corte Suprema del 17 de diciembre de 1952, art. 47.

(79) Acordada de las Cám. Civ. del 2 de agosto de 1926.

claramente de la expresión usada al efecto el juez debe atenerse a los términos expresos en que se formulan las peticiones o se deduzcan los recursos respectivos ⁽⁸⁰⁾.

f) *Firma*. — Todo escrito debe ser firmado por el interesado o su representante y el letrado en los casos en que la ley prescribe su intervención ⁽⁸¹⁾. Los representantes así como los letrados deben hacerlo sobre la estampilla fiscal ⁽⁸²⁾ en forma que se inutilice ésta y quede escrita la firma en el sello ⁽⁸³⁾. En ningún caso las firmas podrán es-

(80) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 41, pág. 422.

(81) Carece de valor un escrito no firmado por su presentante o apoderado, aun para interrumpir un término (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 74, pág. 515). Respecto de los casos en que es necesaria la intervención de letrado, rigen al respecto el art. 10, Inc. 3º, de la ley 10.996, que reglamenta el ejercicio de la procuración, y el art. 45 de la ley 12.927 (que ratificó el decreto 30.439/44) de arancel de honorarios de abogados y procuradores, modificada por la ley 14.170.

(82) De acuerdo con lo dispuesto por el art. 81 de la Ley de Sellos (t. o. 1955) y las modificaciones introducidas por el decreto 17.608/50, la estampilla, en todos los fueros, para los abogados es de un peso y de treinta centavos para los procuradores. Los demás profesionales o peritos que intervengan pagarán cincuenta centavos por cada escrito, pericia o instrumento que presenten. Cuando los profesionales o peritos actúen por derecho propio no pagarán el impuesto. La Corte Suprema ha resuelto que en virtud de la exención impositiva establecida por el art. 49, inc. 1º, de la Ley de Sellos nº 11.290 y art. 103 del decreto 9432/44 y porque no actúan en ejercicio de actividades propias sino como funcionarios del Estado, se hallan exentos del gravamen establecido por los arts. 28 de la ley 11.290 y 88 del decreto 9432/44 los apoderados de Obras Sanitarias de la Nación (*Jurisp. Arg.*, 1945-IV, pág. 158), los de Yacimientos Petrolíferos Fiscales (*Jurisp. Arg.*, 1945-IV, pág. 160); los apoderados y letrados de la Comisión Nacional de Granos (*Jurisp. Arg.*, 1945-IV, pág. 161). No están comprendidos en la exención los abogados y procuradores de la Municipalidad de la Capital por cuanto dichos profesionales devengan honorarios por su actuación en juicio (Cam. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, 1945-II, pág. 662). Los abogados y procuradores no están obligados a utilizar estampilla al firmar actas judiciales (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, 1945-I, pág. 291).

(83) Acordada de las Cám. Civ., 12 de agosto de 1924.

tar totalmente comprendidas dentro de las estampillas fiscales y siempre deberán ser aclaradas al pie. Los abogados y procuradores indicarán, además, el tomo y folio o el número de la matrícula de su inscripción ⁽⁸⁴⁾.

Si el interesado no puede o no sabe firmar, podrá hacerlo otra persona a su ruego, debiendo el secretario certificar que el firmante, cuyo nombre expresará, ha sido autorizado para ello en su presencia (cód. proc., art. 25). Para el efecto bastará la simple afirmación del interesado de que no sabe o no puede firmar, sin que el secretario pueda exigir comprobación de ninguna clase.

g) *Cargo*. — Llámase *cargo* la constancia que el secretario del tribunal debe asentar al pie del escrito consignando la hora, el día y el año de su presentación, lo que permite determinar si ésta fué hecha en tiempo oportuno, cualquiera sean las enunciaciones de otra naturaleza que el escrito contenga.

A ese respecto dice el art. 45 del Reglamento para la Justicia Nacional: "Al pie de todos los escritos deberá ponerse el cargo de presentación autorizado por el secretario con indicación del día y de la hora. Los cargos de los escritos presentados fuera de hora deberán ser subscriptos por un secretario del tribunal de la causa o de un tribunal nacional de igual grado que él y cuando no se lo encontrare, por un escribano público de registro, quienes los entregarán personalmente en la oficina respectiva dentro de la primera hora de abierto el tribunal. Cuando el cargo fuera de hora fuese puesto en escrito presentado durante las ferias de enero y Semana Santa o las vísperas de ellas, el secretario o escribano que lo autorice deberá entregarlo a primera hora del día hábil subsiguiente ante el magistrado de feria

⁽⁸⁴⁾ Reglamento de Justicia de la Corte Suprema del 17 de diciembre de 1952, art. 46.

que correspondiese, aunque no hubiese pedido de habilitación de feriado" (85).

21. Medios de comunicación.

a) *Traslados*. — En el proceso no existe comunicación directa entre las partes, salvo los casos en que fuesen convocadas a juicio verbal, por lo que el juez debe poner en conocimiento de una de ellas la petición formulada por escrito por la otra mediante la providencia de "*traslado*", hacien-

(85) Acordada del 17 de diciembre de 1952. Esta disposición sustituye a la acordada de la Cám. Nac. Civ. en Pleno del 10 de abril de 1951 que disponía: "Los escritos judiciales que se presenten fuera de las horas de oficina, en la casa particular de los secretarios, han de ser entregados personalmente a éstos, a los efectos del cargo correspondiente. El secretario ha de pertenecer al fuero civil y ser de la instancia en que tramite en ese momento el expediente. En caso de no encontrarse al secretario, el interesado ocurrirá a cualquier escribano de registro de esta capital, de conformidad con lo que dispone el art. 12 de la ley 12.990 (reglamentaria del notariado, modificada por la ley 14.054) y art. 10, inc. f, del decreto reglamentario 3972/48" (*La Ley*, t. 62, pág. 239). Por aplicación de esta acordada se había resuelto que: Carece de eficacia el cargo puesto por el escribano si surge que el firmante del escrito, en lugar de concurrir primero al domicilio particular del secretario, se habría dirigido directamente a un escribano, pasada recién una hora de cerrados los tribunales (Cám. Nac. Civ. (B), *La Ley*, t. 68, pág. 335). La Cám. Nac. Civ. (C) había resuelto que: "La circunstancia de que el escribano de registro al cual se le entrega un escrito judicial (ley 12.990, modificada por la ley 14.054, y su decreto reglamentario, art. 10, inc. f) no lo haya presentado al día siguiente a primera hora, no autoriza al juez a tener como no presentado el escrito; lo procedente es hacerle conocer el hecho al Colegio de Escribanos a los fines que pudiera corresponder (*Jurisp. Arg.*, 1953-I, pág. 200; *La Ley*, t. 68, pág. 335). En cambio, la Cám. Nac. Com. (B) estableció: "Los escritos con cargo puesto por escribano deben ser presentados en secretaría a primera hora del día siguiente hábil. No obsta la circunstancia de que la demora sea imputable al escribano, por cuanto éste es un mandatario, obligado a responder a su mandante por la inejecución total o parcial del mandato (*Jurisp. Arg.*, 1953-II, pág. 192). El mismo tribunal ha resuelto que: "Es ineficaz el escrito presentado fuera de ho-

do así efectivo el principio de contradicción que prevalece en el proceso civil.

En algunos casos el traslado está previsto por la ley, como en la demanda (art. 76), las excepciones de previo y especial pronunciamiento (dilatorias, art. 88; perentorias, art. 96; estas últimas suprimidas por el art. 16 de la ley 14.237), la reconvención y documentos que se acompañan a la contestación a la demanda (art. 102), expresión de agravios (art. 241), excepciones en el juicio ejecutivo (art. 490), pedido de ejecución de sentencia dictada en país extranjero (art. 570), oposición a la declaratoria de concurso civil (art. 722), etc. Pero en otros es facultativo del juez, porque la ley no puede prever todas las incidencias posibles en el juicio y aquél no estaría en condiciones de resolver sin escuchar a todos los interesados de acuerdo con el principio de contradicción.

El juez no ordenará el traslado mientras no se hayan depositado las copias que prescriben los arts. 21 del cód. de

ra ante otro secretario y entregado a la secretaría actuarial con un intervalo de veinticuatro horas hábiles y no a primera hora del día siguiente hábil". Por nuestra parte entendemos que ante los términos del art. 45 del Reglamento de Justicia, que no hace distingos, la sanción debe ser la misma, es decir, la ineficacia del cargo. En el mismo sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Buenos Aires por aplicación del art. 54 del cód. proc. (*Jurisp. Arg.*, 1945-IV, pág. 650). La Cám. 1^o Civ. y Com. de La Plata resolvió que: "No surte efectos legales el cargo puesto a un escrito que por error se dejó en una secretaría en la que no tramitaba el juicio al cual aquél se refería" (*Jurisp. Arg.*, 1952-I, pág. 90). Por el contrario, la Cám. Nac. Civ. (B) estableció que corresponde agregar el escrito de contestación a la demanda (*Jurisp. Arg.*, 1955-II, pág. 468) o en el que se interponen recursos (*Jurisp. Arg.*, 1954-II, pág. 45), presentado por error en otra secretaría o juzgado sin que se aduzca la falsedad del cargo. Por primera hora del día siguiente debe entenderse los primeros 60 minutos del horario judicial (Cám. Nac. Civ. en Pleno, *La Ley*, t. 76, pág. 607), sin que corresponda hacer distingo según que el escrito sea presentado por un escribano o un secretario, pues en ambos casos se procederá a su devolución si fuera entregado después de la hora (Cám. Nac. Civ. en Pleno, *La Ley*, fallo 37.547).

proc. y 6 de la ley 14.237 (de las que nos ocupamos más adelante), pero si lo hiciere nada impide que el interesado se notifique sin que por ello esté obligado a evacuar el traslado mientras no conste habérsele hecho entrega de las copias, y esa notificación no tendrá otro efecto que hacer correr el término para la interposición de los recursos que fueran procedentes.

Si, por el contrario, el traslado no estuviese prescripto el término para evacuarlo comienza a correr desde que se notificó la providencia que ordenó el traslado, sea por cédula, personalmente o de oficio, a menos que se pida expresamente su suspensión hasta tanto se entreguen las copias respectivas, en cuyo caso correrá sólo desde que conste por diligencia la entrega de las mismas (*infra*, nº 52).

En cuanto al término, el art. 24 del código disponía: "Todo traslado que no tenga un término especialmente fijado por esta ley, deberá evacuarse en el plazo de seis días". El código, en efecto, ha fijado en algunos casos términos más amplios o más restringidos; así en el traslado de la demanda (arts. 76 y 98), de las excepciones de previo y especial pronunciamiento (arts. 88 y 96, este último suprimido por el art. 16 de la ley 14.237), de la expresión de agravios (art. 241), de las excepciones en el juicio ejecutivo (art. 490), del escrito de impugnación del documento tachado de falso (art. 157). El art. 3 de la ley 14.237 dispone: "El término para contestar una vista o traslado es de tres días, salvo disposición en contrario de la ley". Ello significa que el término de seis días que fijaba el art. 24 del código ha quedado reducido a tres días, pero en nada modifica los términos fijados expresamente en situaciones especiales como las que acabamos de enumerar. El término comienza a correr desde el día siguiente a aquel en que el auto queda notificado y es perentorio para las partes, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 de la ley 14.237 y con las excepciones que establece la Acordada de la Corte Suprema de Justicia

del 8 de marzo de 1954, a que nos referiremos más adelante. Es de recordar que ya el art. 3 de la ley 4128 establecía la improrrogabilidad de los términos legales.

Esta misma ley, en su art. 5 dispone que: “Todo traslado en primera instancia será dictado con calidad de autos”; lo cual significa que, después de evacuado el traslado, no procede la presentación de nuevos escritos sobre el mismo particular, debiendo el juez pronunciarse directamente sobre la incidencia ⁽⁸⁶⁾. Por último, es necesario advertir que las disposiciones precedentes rigen para toda clase de juicios, salvo disposición en contrario ⁽⁸⁷⁾, con lo que se ha puesto término a una antigua disputa, ya que en algunos casos se tenía en cuenta la naturaleza del juicio, entendiendo por algunos, por ejemplo, que los traslados en el juicio ejecutivo eran por tres días porque es el plazo fijado en el mismo para apelar (art. 472), oponer excepciones (art. 485), contestarlas (art. 490), publicar edictos (art. 499) e interponer recursos (art. 505), criterio éste que prevaleció en la jurisprudencia ⁽⁸⁸⁾; los términos del art. 3 de la ley 14.237 no dejan lugar a dudas en cuanto a su aplicación a toda clase de juicios, salvo disposición expresa en contrario.

b) *Vistas*. — Otro medio de comunicación entre las partes es la “vista”, institución que el código menciona en muy contadas oportunidades (art. 415), pero que no estaba reglamentada. Como el traslado, tiene por objeto poner en conocimiento de los interesados una petición o diligencia respecto de cuya procedencia o resultado les corresponde pronunciarse. Anteriormente la vista se diferenciaba del traslado en que no se requería, como en éste, la presentación de copias y en que aun cuando no existía un texto legal el término se consideraba que era de tres días; pero ahora no existe práctica-

(86) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 20, pág. 308.

(87) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 48, pág. 846.

(88) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 51, pág. 600.

mente diferencia ninguna porque ya hemos visto que el art. 3 de la ley 14.237 fija el término de tres días para evacuar una vista o traslado, salvo disposición en contrario, y porque el art. 6 impone la presentación de copias en todos los casos en que se presente un escrito de que deba darse vista o traslado.

Cuándo el juez puede ordenar una vista en lugar de correr un traslado, es cuestión no decidida por la doctrina ni por la jurisprudencia, pero, en general, puede decirse que, salvo los casos previstos por la ley que hemos examinado, en que el traslado es obligatorio, la vista procede siempre que se requiera la conformidad o disconformidad de las partes o funcionarios que intervienen en el proceso para la ejecución o aprobación de un acto de procedimiento. Tal es el criterio que resulta del art. 177, sobre examen del informe de los peritos; el 510, respecto de la tasación; el 523, sobre liquidación en el juicio ejecutivo, etc.

c) *Copias*. — El art. 21 del código dispone: “De toda petición o escrito que *deba* darse traslado, así como de los documentos de que se instruya, deberá el que los presente acompañar en papel simple, bajo su firma, *tantas* copias cuantas sean las personas con quienes litigue. Esas copias se entregarán a la otra parte al notificarse la providencia que recaiga. Si no se exhibiesen las copias el secretario *no recibirá* el escrito, produciendo el efecto de no presentado y autorizando en su caso el procedimiento en rebeldía”.

La entrega de las copias tiene por objeto evitar que el interesado se vea obligado a tomarla en la oficina y facilitarle la formación de su carpeta de antecedentes. Deben ser iguales en su texto al original, y por eso se requiere la firma de quien presente el escrito; si no lo fuesen, pueden ser devueltas al juzgado, pidiendo se tenga por no presentado el escrito. El artículo dispone que se entreguen tantas copias cuantas sean las personas con quienes se litigue, pero si éstas

actúan bajo una sola representación, será bastante la que se entregue al representante.

El código también prevé el caso de que el traslado sea facultativo para el juez y dispone en el art. 22 que: “Si la providencia de traslado no estuviese prescripta en las disposiciones que esta ley de enjuiciamiento establece para la substanciación de los juicios, la parte que hubiese presentado el escrito de que el juez o tribunal corra traslado deberá presentar dicha copia en secretaría dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación. Pasado este plazo, se sacará por el Secretario a costa del que haya presentado el escrito quien deberá pagar cinco pesos por llana”. El término de veinticuatro horas comienza a correr desde el momento en que quede notificado el auto que intime la presentación de las copias (*infra*, nº 44) y transcurrido el mismo deberá el secretario proceder a extraerlas sin necesidad de requerimiento alguno.

Cuando la presentación de las copias estuviese prevista por la ley, es decir en el caso del art. 21, dispone el código en su art. 23 que “deberán ser entregadas, bajo constancia escrita, en el acto de notificarse la providencia de traslado, pero cuando la notificación se hubiera hecho por medio de cédula en el domicilio del emplazado, éste podrá reclamar la copia cuando lo creyera conveniente, sin perjuicio de correr el término desde la notificación”.

Veamos ahora las modificaciones introducidas por la ley 14.237, cuyo art. 6 dispone: “De todo escrito de demanda, expresión de agravios y su contestación, y en general de todos los que se presenten promoviendo incidencias o contestando vistas o traslado y de los documentos con ellos agregados, deberán acompañarse tantas copias firmadas en papel común como partes intervengan. No cumplido este requisito, se intimará para que se agreguen las copias en el término de veinticuatro horas, bajo apercibimiento de

tener por no presentados los escritos (^{88/1}). En el caso de acompañarse expedientes administrativos deberá ordenarse su agregación sin el requisito señalado precedentemente”.

Esta disposición ha ampliado los supuestos del art. 21, porque comprende no sólo los casos que deba darse “*traslado*” (demanda, reconvención, expresión de agravios, promoción de incidentes), sino también sus *contestaciones*, equiparándose para el efecto la *vista* al traslado. La falta de entrega de las copias en estos casos no autoriza la devolución del escrito como lo establecía el art. 21 del código sino que deberá ser recibido, intimándose luego a su presentante por auto del juzgado la entrega de las copias en el término de veinticuatro horas bajo apercibimiento expreso de tenerse por no presentado el escrito.

Si el traslado o la vista no estuviese preceptuado por la ley pero el juez lo dispusiera, regirá el art. 22 del código en cuanto dispone que el presentante del escrito deberá entregar las copias del mismo dentro del término de veinticuatro horas, pero ha de entenderse, por ser la situación análoga, que como en el caso anterior, el auto que disponga el traslado ordenará la entrega de las copias bajo el apercibimiento precedentemente establecido, es decir de tenerse por no presentado el escrito que motivó la providencia (⁸⁹).

Las copias pueden presentarse manuscritas, mecano-

(^{88/1}) Recibido el escrito de demanda en secretaría e intimado el actor para que presente las copias de los documentos acompañados con aquélla, no puede tenerse por no presentado el escrito inicial si dichas copias se acompañan antes de hacerse efectivo el apercibimiento dispuesto (Cám. Nac. Civ. (D), *La Ley*, t. 72, pág. 577).

(⁸⁹) Aun cuando ni en el mensaje con que se acompañó el proyecto del Poder Ejecutivo ni en la discusión parlamentaria se hizo referencia al art. 22 del cód. de proc. es indudable que dados los términos amplios del art. 6 de la ley 14.237 el propósito ha sido eliminar la situación de desigualdad que se crearía si no fuera necesaria la intimación bajo apercibimiento expreso, como ocurría anteriormente, modificándose en consecuencia la sanción para el caso de incumplimiento.

grafiadas o fotografiadas y deben comprender también los documentos que se acompañen, pero si en el escrito se hace referencia a algunos que no pueden acompañarse, por ejemplo libros de comercio, será suficiente que se adjunte copia de la parte pertinente ⁽⁹⁰⁾.

d) *Audiencias*. — Es éste otro medio de comunicación, pero no ya entre las partes, sino entre éstas y el juez y eventualmente con la intervención de terceros, como testigos, peritos, etc. Es el acto en el cual el juez escucha las peticiones que las partes formulan verbalmente o las aclaraciones que ellas hacen a su requerimiento, las declaraciones de los testigos, las explicaciones de los peritos, etc.; de todo lo cual se deja constancia mediante actas que se agregan a los autos. De ellas nos ocupamos detenidamente al referirnos a los deberes y facultades de los jueces (cap. X, n° 34).

e) *Juicio verbal*. — Llámase así la audiencia a la que son convocadas las partes y eventualmente los terceros para la consideración de una cuestión incidental de la litis cuando ella no tiene un trámite especial determinado en la ley, evitando dilaciones innecesarias. Los juicios verbales, dice el art. 65 de la ley 14.237, aunque no se haya decretado apercibimiento alguno, se celebrarán con cualquiera de las partes que concurra.

f) *Mandamiento*. — El despacho del juez por escrito, mandando ejecutar alguna cosa, como mandamiento de apremio, de ejecución, de despojo, etc., que se diligencia por el Oficial de Justicia dependiente de la Oficina de Mandamientos y Notificaciones.

g) *Oficios*. — Cuando los jueces pertenecen a una misma circunscripción judicial, aunque sean de distinta categoría, se comunican entre ellos mediante *oficios*; así, los de la Capital Federal, tanto los de primera instancia como los

(90) Las fotografías no están comprendidas en los documentos de que deba correrse traslado (Cam. Civ. 1°, *Jurisp. Arg.*, t. 23, pág. 117).

de la justicia de paz o del trabajo entre sí y las comunicaciones que cualquiera de ellos envíen a las reparticiones públicas (90/1).

h) *Exhortos*. — Por el contrario, tratándose de jueces que correspondan a distintas circunscripciones judiciales (jueces de diferentes provincias o del extranjero) las comunicaciones se hacen por medio de *exhortos* o cartas rogatorias dirigidos a jueces de la misma categoría (91). Los exhortos que se dirigen entre sí los jueces de la República no necesitan ser legalizados (92), aunque se trate de un despacho te-

(90/1) El Reglamento de Justicia dictado por la Corte Suprema de Justicia el 17 de diciembre de 1952 establece: *Art. 37* (2ª parte): "Los oficios, exhortos, certificados y otras piezas análogas, llevarán además en cada foja media firma y el sello correspondiente a quienes lo expidan". *Art. 38*: "Las comunicaciones a los agentes extranjeros acreditados en el país se harán por oficio dirigido al Ministerio de Relaciones Exteriores". *Art. 39*: "Las comunicaciones a la Corte Suprema deberán dirigirse a la Secretaría". *Art. 40*: "Toda comunicación que en materia de superintendencia haya que dirigir a la Corte Suprema, deberán enviarse a la Secretaría de Superintendencia de ésta por intermedio de la Cámara Nacional respectiva. En materia de licencias se procederá como lo dispone el art. 30. Las gestiones ante los poderes públicos en materia de superintendencia sólo podrán realizarse por intermedio de la Corte Suprema, a cuyo efecto se cursarán las comunicaciones pertinentes a la Secretaría de Superintendencia del Tribunal en la forma establecida en la primera parte de este artículo". La acordada del mismo tribunal del 15 de marzo de 1954, que modifica el art. 54 del Reglamento, dispone: "De todo exhorto, oficio o comunicación que se libre en los tribunales nacionales se dejará copia carbónica en las actuaciones respectivas, sin perjuicio del cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 105 y 136, Inc. 2º, del Reglamento para la justicia nacional". Por acordada de la Cám. Nac. Civ. en pleno del 11 de abril de 1955 se dictaron normas para la redacción de exhortos y oficios (*La Ley*, t. 78, pág. 617).

(91) No es permitido dirigirse a un juez de inferior categoría de distinta jurisdicción (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 48, pág. 485). A ello nos referiremos nuevamente al ocuparnos de la jurisdicción delegada (cap. XII, nº 9).

(92) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 25, pág. 806; t. 35, pág. 836; Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 8, pág. 160; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 8, pág. 603.

legráfico ⁽⁹³⁾, siendo suficiente la firma del juez y el sello de tinta del juzgado, y, en su caso, del secretario autorizante ⁽⁹⁴⁾, aun cuando la ley provincial disponga lo contrario ⁽⁹⁵⁾.

De acuerdo con el decreto del 11 de octubre de 1872, las autoridades judiciales de la República están facultadas para dirigirse directamente a la representación diplomática argentina o consular, en su defecto, remitiéndoles exhortos librados a las autoridades judiciales del país donde estén acreditados, solicitando su diligenciamiento ^(95/1). Estos exhortos deben llenar determinados requisitos, establecidos en algunos casos por las prácticas internacionales y por las legislaciones de los países de las autoridades a quienes van dirigidos, y, en otros, por convenios suscriptos por los gobiernos respectivos, que puede resumirse así: 1º) En todo exhorto debe indicarse la persona que ha de correr con su diligenciamiento ante las autoridades a quienes va dirigido, como asimismo sufragar los gastos que ocasionaren las diligencias en el caso de que ellos fueran librados a pedido de parte interesada; 2º) Los exhortos librados a las autoridades de Norteamérica y países de Europa o Asia, deben ser acompañados de su traducción al idioma del país a cuya autoridad van dirigidos; en el caso de no ser ello posible porque el idioma no se pudiera traducir en la República, deberá serlo en francés como idioma internacional; 3º) Esos documentos deberán llevar las siguientes legalizaciones: a) de la Cámara de Apelaciones a que corresponda el juzgado que lo expide; b) del Ministerio de Relaciones Ex-

⁽⁹³⁾ Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 25, pág. 1197; t. 27, pág. 139.

⁽⁹⁴⁾ Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 23, pág. 11; t. 29, pág. 599.

⁽⁹⁵⁾ Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 14, pág. 38. Ver cap. u, n° 17.

^(95/1) El art. 38 del Reglamento de Justicia citado dispone: "Los exhortos a autoridades judiciales extranjeras podrán remitirse directamente a los agentes diplomáticos argentinos o, en su defecto, a los cónsules acreditados en el país respectivo".

teriores y Culto (decreto del 20 de mayo de 1885); c) del consulado extranjero a que corresponda la autoridad a que es dirigida. El requisito de la legalización está exceptuado, en virtud de convenciones especiales, para el Uruguay (7 de septiembre de 1903, ley 4329); Perú (10 de febrero de 1910, ley 10.080); Paraguay (21 de enero de 1910, ley 10.081); Bolivia (ley 11.692); Italia (1º de agosto de 1887, ley 3983) y España (17 de septiembre de 1902). Cuando el exhorto contenga una delegación de jurisdicción, se aplicarán los principios que examinaremos al estudiar esta materia (cap. XII, nº 9) (sobre legalización de exhortos de jueces extranjeros: *infra*, nº 22, b, nota 97).

22. Documentación.

a) *Expediente*. — Los actos de procedimiento quedan documentados por la agregación sucesiva de escritos de las partes, de las actas labradas por los secretarios en su caso y de las resoluciones de los jueces, los que forman un solo cuerpo de foliatura seguida, que toma el nombre de *expediente*. Al secretario corresponde su formación y custodia, así como de los documentos que se agreguen, siendo responsables por su pérdida o por mutilaciones o alteraciones que en ellos se hicieren (96).

(96) Ley 1893, art. 63, inc. 5º. Los expedientes deben ser compaginados en cuerpos que no excedan de doscientas fojas, salvo los casos en que tal límite obligara a dividir los escritos o documentos que constituyeran una sola pieza. Se llevarán bien cosidos y foliados, con exclusión de broches metálicos y estarán provistos de carátulas que indiquen el nombre de las partes, la naturaleza del juicio, el tomo y folio de su registro y el año de su iniciación. Cuando los litigantes fuesen más de uno por parte, la carátula podrá limitarse al nombre del primero de ellos, con el agregado "y otros" (Reglamento de Justicia de la Corte Suprema del 17 de diciembre de 1953, art. 54). En los juzgados de primera instancia cada secretaría debe numerar los expedientes siguiendo el orden de iniciación de los juicios; en la Cámara de Ape-

b) *Agregación de documentos.* — Los documentos deben agregarse en forma que permita íntegramente su lectura, y cuando no tuvieran margen izquierdo, lo serán en hoja separada que se unirá a los autos⁽⁹⁷⁾. Los secretarios tienen la obligación de dar recibo de los documentos que entreguen los interesados, siempre que éstos lo soliciten⁽⁹⁸⁾.

laciones los expedientes son numerados corridamente, a medida que se anoten en el libro de mesa de entradas cada vez que sean elevados en recurso y de acuerdo con cuya numeración se distribuyen luego entre las distintas Salas del Tribunal (acordada de la Cám. Clv. en Pleno del 27 de diciembre de 1950, aclarada por la de 1º de marzo de 1951, *Jurisp. Arg.*, 1951-III, págs. 43 y 148).

(97) Acordada del 2 de agosto de 1926. Reglamento de Justicia, art. 48. Los documentos otorgados en el extranjero deben ser traducidos previamente (*supra*, nota 73) y legalizados de acuerdo con el decreto de 24 de julio de 1918, que dispone: "Artículo 1. Todo documento emanado o pasado por una autoridad extranjera que deba hacer fe en el territorio de la República, debe ser legalizado en primer término, por el agente consular argentino acreditado en la jurisdicción de la autoridad extranjera de que el documento proviene o que lo ha certificado. Art. 2. En el caso de falta o de ausencia de agente consular argentino, el documento deberá ser legalizado por la legación, y, a falta de ésta, por el agente diplomático o consular de una nación amiga. Art. 3. La legalización consular o diplomática en la forma dispuesta en los artículos anteriores no podrá, en ningún caso, ser suplida por la del agente diplomático o consular acreditado en la República por la nación de que el documento emana. Art. 4. La firma del agente consular, o en su caso del diplomático que legalice el documento, deberá, a su vez, ser legalizada en la República por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. Art. 5. El presente decreto empezará a regir el día 1º de noviembre del presente año, y a partir de esa fecha el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, así como las demás autoridades públicas argentinas, no legalizarán ningún documento extranjero que no llene las condiciones impuestas en los artículos anteriores, salvo aquellos documentos que, por disposiciones expresas internacionales vigentes, estén exentos de esas formalidades. (Sobre los requisitos de protocolización e inscripción, ver cap. II, 17).

(98) Ley 1893, art. 163, inc. 7º. El cód. de proc. de Córdoba, entre otros, establece en su art. 23: "La persona que presente en juicio documentos privados acompañará una copia en papel común la que, cer-

c) *Cuadernos de pruebas*. — Para las actuaciones de prueba se formará un cuaderno para cada parte, donde se diligenciarán las que ellos propongan, debiendo estar foliados en la parte inferior de cada hoja⁽⁹⁹⁾. Ordenada la agregación de la prueba producida cuando no existan diligencias pendientes, los cuadernos se agregan al cuerpo principal, en primer término el del actor y luego el del demandado, foliándose el expediente con numeración corrida.

d) *Actas*. — La letra en las actas de las declaraciones y demás actos del procedimiento deberá ser clara; en las actas de las distintas audiencias se expresará siempre la fecha de su celebración, y en sus referencias a interrogatorios, pliegos de posiciones y documentos se hará constar la foja en que corren agregados. Todo desglose de poder deberá hacerse con transcripción íntegra del mismo en los autos⁽¹⁰⁰⁾.

Notificaciones ⁽¹⁰¹⁾

23. Concepto y función de la notificación.

a) El principio de contradicción requiere que no solamente las partes puedan controlar recíprocamente sus ac-

tificada por el actuario, será agregada a los autos, reteniéndose el original en secretaría para exhibirlo a los interesados cada vez que lo soliciten”.

(99) Acordada del 2 de agosto de 1926.

(100) Acordada del 30 de mayo de 1924. Reglamento de Justicia, art. 49. Los testimonios y certificados de expedientes sucesorios archivados se decretarán teniendo a la vista los autos respectivos, con intervención del Consejo Nacional de Educación (acordada Cám. Civ. en Pleno, 31 de diciembre de 1944, *Jurisp. Arg.*, 1945-III, pág. 157). Pueden expedirse testimonios de actuaciones judiciales en fotocopias siempre que sean extraídas con intervención directa y personal del actuario a fin de evitar la posibilidad de cualquier adulteración (Cám. Nac. en Pleno, 31 de marzo de 1952, *Jurisp. Arg.*, 1954-I, pág. 61).

(101) CARAVANTES, *Procedimientos judiciales*, t. 2, pág. 58; CAR-

tos, sino que también los del juez puedan ser examinados por aquéllas antes que se les conceda eficacia. Una providencia judicial es procesalmente inexistente mientras no se la ponga en conocimiento de los interesados, y, en consecuencia, ni les beneficia ni les perjudica. Sólo desde el momento de la notificación comienzan a correr los términos para interponer contra esa providencia los recursos legales a fin de que se la modifique o se la deje sin efecto si se la estimase contraria a derecho. Con frecuencia los terceros son llamados también a intervenir en el proceso, y será entonces necesario hacerles conocer la providencia del juez que haya dispuesto su comparecencia. La notificación es, pues, el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes o de los terceros una resolución judicial.

b) Como ocurre con la institución del traslado, la notificación tiene, en el procedimiento escrito, una importancia extraordinaria. En el proceso oral, fuera de la citación para la audiencia, no puede hablarse propiamente de la notificación como institución autónoma, porque así como las partes se comunican directamente, con lo cual se suprime el traslado, ellas toman conocimiento directo de las resoluciones del juez en la misma audiencia. En el sistema escrito, en cambio, toda providencia debe ser notificada, y aun cuando el procedimiento para el efecto se halle, en la actualidad, considerablemente abreviado, constituye todavía un problema para la aceleración de los juicios.

c) Dentro de nuestro régimen procesal, la notificación

NELUTTI, *Sistema*, nos. 153, 196, 404 y 473; CHIOVENDA, *Instituciones*, nos. 156 y 246; MINOLI, *Le notificazioni nel processo civile*; JOFRÉ, *Manual*, t. 1, pág. 253; RODRÍGUEZ, *Comentarios*, t. 1, pág. 206; MOREL, *Traité élémentaire* (2ª), pág. 317; COUTURE, *Curso sobre la ley de abreviación de los juicios*, pág. 26; LIEBMAN, *Corso*, pág. 101; GUASP, *Comentarios*, t. 1, pág. 726; REGENTI, *Estructura de la citación y de las notificaciones* (*Giurisprudenza Italiana*, Turín, 1949, pág. 643); LORETO, *El principio de que las partes "están a derecho" en el proceso civil venezolano* (*Rev. Der. Proc. (A)*, 1949, I, pág. 62).

es un acto a cargo del tribunal, en el que ninguna ingerencia tienen los litigantes, salvo la obligación de suministrar el sellado cuando debe hacerse por cédula ⁽¹⁰²⁾. Como acto jurídico, está revestido de formalidades legales y su documentación constituye un instrumento público, porque es ejecutado por un funcionario público en ejercicio de sus facultades (cód. civ., art. 979, inc. 2º), y, por consiguiente, hace fe hasta la querrela de falsedad ⁽¹⁰³⁾. Es necesario, para el efecto, que el acto haga mención del cumplimiento de las formalidades impuestas por la ley, porque es un principio que los instrumentos públicos deben probar su regularidad por sí mismos, y así como sería absurdo que hubiese que recurrir a otros medios para justificar que los testigos estuvieron presentes al otorgarse una escritura pública, tampoco sería admisible una prueba supletoria de que en la notificación se cumplieron las exigencias legales. Esto impone la necesidad de que la diligencia se ajuste estrictamente a los términos de la ley, no por simple espíritu formalista, sino porque es el único medio de asegurar su eficacia, y, como consecuencia, requiere la aplicación de las sanciones correspondientes si se llegara a declarar la nulidad por omisión de algún requisito indispensable. Sin embargo, vamos a ver cómo nuestra jurisprudencia ha considerado válidas algunas diligencias evidentemente defectuosas, fundada en el principio contenido en

(102) Los testigos son citados a la audiencia en papel común (cód. proc., art. 182). La notificación de las resoluciones y sentencias de la Cámara se harán en papel simple (Cám. Nac. Civ. en Pleno, 22 diciembre 1951, *La Ley*, t. 61, pág. 697).

(103) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 23, pág. 796; t. 44, pág. 189; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 14, págs. 529 y 879. La Corte Suprema de la provincia de Buenos Aires ha declarado que la notificación no es un acto jurídico, porque no reúne las condiciones del art. 944 del código civil (*Jurisp. Arg.*, t. 52, pág. 605). El error se advierte con sólo recordar que el código civil regula determinados actos jurídicos y que el derecho procesal tiene su esfera de acción propia.

el art. 40 del código de procedimiento, según el cual la notificación, *aunque nula*, surtirá sus efectos siempre que resulte de autos haber tenido la parte noticia de la providencia.

d) Dos son los sistemas fundamentales en materia de notificaciones: o bien el tribunal se traslada al domicilio de los litigantes o son éstos quienes van a la sede del tribunal ⁽¹⁰⁴⁾. En el primer caso la notificación se practica en el domicilio del interesado por medio de una cédula que luego se agrega al expediente; en el segundo, se hace personalmente en la oficina por diligencia en los autos. Es natural que la primera providencia que se dicte por el juzgado y que tiene por objeto hacerle saber al demandado la iniciación del proceso, deba serle notificada por cédula en su domicilio; la notificación personal comienza en cambio a funcionar cuando las partes toman conocimiento, el actor al notificarse en el expediente y el demandado al recibir la cédula, de la providencia que tiene por presentada la demanda y ordena su traslado al demandado.

Pero la notificación personal tiene el inconveniente de que carece de medio de compulsión que obligue al litigante remiso a acudir al tribunal y entonces debe recurrirse nuevamente a la notificación por cédula. Tal era, en efecto, la situación antes de sancionarse en 1880 el código vigente, en el cual, por iniciativa del doctor Bermejo, se introdujo la llamada notificación automática o por nota, que subsana esa dificultad, aun cuando, como vamos a verlo, no ha dado en la práctica los resultados esperados.

Por último hay casos en que se ignora el domicilio de la persona a quien se debe notificar o se desconoce su identidad misma, siendo entonces necesario efectuar publicaciones que se presumen suficientes para llevar a su conocimiento la providencia que le afecta.

(104) COUTURE, *op. cit.*, pág. 26.

Una vez notificada la demanda, la regla durante la tramitación del proceso es la notificación personal; la excepción, la notificación por cédula, pues ella procede sólo en los casos expresamente prevenidos por la ley; en cuanto a la notificación automática su objeto no es otro que el de asegurar la comparecencia de las partes a la oficina a los efectos de la notificación personal y por consiguiente funciona en el caso de incomparecencia ⁽¹⁰⁵⁾.

De ahí las cuatro formas de notificación que legisla el código de procedimientos: personal, automática, por cédula y por edictos.

e) La notificación por correo, permitida excepcionalmente, entre otras legislaciones, por las de Francia ⁽¹⁰⁶⁾, Italia ⁽¹⁰⁷⁾, España ⁽¹⁰⁸⁾, no estaba autorizada por nuestro código, aunque sí por algunas leyes especiales para determinadas diligencias ⁽¹⁰⁹⁾. La primera innovación en ese

⁽¹⁰⁵⁾ Por nuestro sistema, dice LASCANO (*Exposición de motivos*, pág. 99), el actor, una vez iniciado el proceso, y el demandado, después de notificado de la demanda, quedan ligados al procedimiento. Deben estar atentos a la marcha del mismo y no desatenderlo. Su calidad de partes interesadas los obliga a tomar las medidas necesarias para evitar sorpresas; si lo descuidan deben cargar con las consecuencias. La ley no puede suplir su inacción cuando ella es voluntaria; le basta con imponerles la obligación de concurrir determinados días a enterarse del estado de los autos.

⁽¹⁰⁶⁾ MOREL, *op. cit.*, pág. 317.

⁽¹⁰⁷⁾ CHIOVENDA, *Instituciones*, n° 246.

⁽¹⁰⁸⁾ Ley de enjuiciamiento civil, arts. 294 y 1260. Ley de suspensión de pagos, art. 10, apartado 2°.

⁽¹⁰⁹⁾ La ley de impuesto a los réditos n° 11.683 (t. o. 1952) establece que las resoluciones del sumario administrativo serán notificadas a los interesados por carta certificada. El decreto del Poder Ejecutivo nacional establece que las providencias o resoluciones recaídas en los expedientes administrativos sobre impuestos internos podrán ser notificadas a los interesados por carta certificada con aviso de retorno, pero actualmente dichos impuestos se perciben en la misma forma prevenida para los impuestos a los réditos por la Dirección General Impositiva. (La Corte ha declarado que no vulnera el derecho de defensa. *Jurisp. Arg.*, 1944-III, pág. 549).

sentido fué introducida por el decreto 32.347 del 30 de noviembre de 1944 (ratificado por la ley 12.948) que organizó la justicia del trabajo, cuyo art. 39 dispone que las sentencias y citaciones a las audiencias de conciliación y de prueba se notificarán por despacho telegráfico, que podrá ser colacionado; posteriormente la ley 14.237, de reformas al código, dispuso en su art. 10 que serán notificadas por telegrama colacionado, si las partes así lo solicitasen, la citación a los testigos, peritos e intérpretes y las audiencias de conciliación y juicios verbales en general ⁽¹¹⁰⁾. También el código de procedimientos para la provincia de Córdoba, proyectado por los doctores Aguiar y Cabral, sancionado en 1940 pero que no llegó a entrar en vigencia, estableció (art. 115) que en los casos en que correspondía la notificación por cédula, ella podía hacerse a costa del solicitante por telegrama colacionado o carta certificada y cuando fuera a persona de domicilio desconocido o incierto se haría por edictos y radiodifusión ^(110/1).

(110) El proyecto Nazar lo autorizaba en los siguientes casos: 1º) Al demandado y al absolvente que no hayan firmado la cédula por las que se les notificó el traslado de la demanda y la citación para absolver posiciones. Deberá efectuarse al día siguiente al que se practicó dicha diligencia, sin necesidad de nueva orden judicial: 2º) Para citar a los testigos por primera vez y a los peritos y demás personas que no tengan la calidad de partes (art. 67). La notificación podrá hacerse también, en estos casos, por telegrama colacionado y recomendado cuando la parte lo pidiera y a su costa (art. 69). En el mismo sentido, proyectos JORRÉ (art. 16) y LASCANO (art. 58). El cód. de proc. de la provincia de Santa Fe, arts. 65 y 66, permite la notificación por correo en todos los casos que deba practicarse por cédula, con excepción de los traslados.

(110/1) Sobre el tema, ver ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Las comunicaciones por correo, telégrafo, teléfono y radio en el derecho procesal comparado*, *Boletín de Derecho Comparado*, México, enero-abril de 1948, pág. 1.

24. Notificación por cédula.

a) Como hemos dicho, la primera vez será el tribunal quien deba trasladarse al domicilio de una de las partes, el demandado, porque de otro modo no podría éste tener conocimiento del juicio que se le ha promovido. Debemos entonces comenzar estudiando la notificación por cédula, aunque no sea el orden seguido por el código, pues él adopta como regla general la notificación automática o de oficio y sólo ordena la notificación por cédula tratándose de aquellas providencias que tienen importancia fundamental para el desarrollo del proceso.

b) El art. 33 del código establece que serán notificadas por cédula en el domicilio de los litigantes: 1º) la providencia de emplazamiento de la demanda; 2º) la que ordene absolución de posiciones; 3º) el auto de prueba; 4º) la sentencia definitiva y las interlocutorias con fuerza de tales; 5º) las demás providencias que se haga mención expresa en la ley. No obstante la redacción del artículo, esta enumeración no puede considerarse taxativa, porque son muy pocos los casos en que el código dispone que la notificación deba practicarse en esa forma ⁽¹¹¹⁾, mientras que son muchos aquellos en que está dispuesta en forma implícita, porque de otra manera el proceso no podría desenvolverse normalmente ^(111/1). Esta imprecisión dió lugar a que en la práctica se aumentaran considerablemente los casos de notificación por cédula, con lo que la excepción llegó a convertirse en regla a costa de la celeridad del procedimiento, bastando que el

(111) Arts. 127, 452, 468, 473, 478, etc. A ellos deben agregarse los arts. 9, 23, 41 y 44 de la ley 14.237.

(111/1) Así lo declararon las Cámaras de lo Civil en Pleno (fallo citado en nota en *Jurisp. Arg.*, t. 12, pág. 873). En la justicia de paz rige una situación análoga, pero la Cám. de Paz ha establecido que cuando la notificación no sea de las enumeradas en el art. 49 de la ley 11.924, la cédula será devuelta por la ujiería, salvo que el auto esta-

juez ordenara que una providencia se notifique en esa forma (112).

Con el propósito de evitar esos excesos, la ley de reformas n° 14.237 en su art. 9 dispone: "La notificación en el

blezca la razón fundada por la cual se ordena (acordada del 24 de mayo de 1935, *Jurisp. Arg.*, t. 53, pág. 818).

(112) Entre los más importantes mencionaremos los siguientes: el auto que fija días para notificaciones por nota (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 42, pág. 175; t. 55, pág. 137; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 7, pág. 31); la intimación para contestar la demanda después del rechazo de las excepciones (Cám. Civ., *Fallos*, t. 37, pág. 67); la citación para el reconocimiento de un documento (Cám. Civ., *Fallos*, t. 79, pág. 72); el traslado de la reconvencción (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 43, pág. 586); de las excepciones (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 35, pág. 94. Contra: Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 18, pág. 236; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 29, pág. 250); de los documentos acompañados con la contestación a la demanda (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 24, pág. 836; t. 47, pág. 532); de la prescripción (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 59, pág. 134); de un incidente (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 35, pág. 67; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 14, pág. 1180); que se aparta de la marcha normal del proceso (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 54, pág. 453); que declara la cuestión de puro derecho (Cám. Civ. en pleno, *Jurisp. Arg.*, t. 6, pág. 241; Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 55, pág. 117); que manda poner de manifiesto una rendición de cuentas (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 13, pág. 808); que otorga término extraordinario (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 60, pág. 451); hace lugar a la perención de la instancia (Cám. de Paz, *Jurisp. Arg.*, t. 59, pág. 676); ordena entrega de fondos (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 12, pág. 340); que hace saber una liquidación (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 56, pág. 88; t. 60, pág. 818); que da por decaído el derecho a producir prueba pendiente y ordena la agregación de la producida (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 54, pág. 752); que reabre el término de prueba (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 35, pág. 65); que ordena la traba de un embargo desestimando una oposición (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 40, pág. 87); que fija suma para el arraigo (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 38, pág. 309; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 29, pág. 501); hace lugar al cambio de depositario de los bienes embargados (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 56, pág. 150); las providencias dictadas con posterioridad al llamamiento de autos (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 25, pág. 971; t. 44, pág. 675; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 19, pág. 983; t. 26, pág. 273); el auto "por devueltos, cúmplase y hágase saber", cuando la devolución de los autos importa la reapertura de un término (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 40, pág. 112; t. 43, pág. 164; Cám.

domicilio sólo corresponderá en los casos expresamente determinados en la ley, o cuando excepcionalmente el juez lo disponga por auto fundado". Teniendo en cuenta el objeto de esta disposición, será necesario que, cuando no estuviera previsto en la ley pero por las circunstancias particulares del mismo el juez estimare que la notificación debe ser hecha por cédula, lo ordenare expresamente, haciendo mención de ellas como fundamento de su resolución. La dificultad está en saber cuáles son las circunstancias que podrían autorizar la excepción, tarea que será obra de la jurisprudencia, pero no obstante pueden señalarse entre los mencionados precedentemente algunos casos en que su procedencia parece evidente: así, cuando importe la reapertura de un término; la intimación para contestar la demanda después del rechazo de las excepciones; la citación para reconocer documentos; las providencias dictadas con posterioridad al llamamiento de autos; etc., porque en ellos, por sobre la conveniencia de la celeridad, está la necesidad de asegurar la defensa en juicio. En cambio, no será suficiente que el juez

Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 42, pág. 273; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 47, pág. 695); el traslado en juicios paralizados (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 52, pág. 536); el pedido de nulidad de las actuaciones (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 26, pág. 791); el traslado de las excepciones opuestas por el actor al contestar otras deducidas por el demandado (Cám. Civ. 1ª, "Blanco v. Galli", 23 de diciembre de 1940); la liquidación practicada en el juicio ejecutivo (Cám. Civ. en Pleno, *Gac. del Foro*, t. 50, pág. 214); las providencias que el juzgado hubiese ordenado que se practiquen por cédula y las partes hubiesen consentido la resolución respectiva (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 68, pág. 170); la providencia "por devueltos" para que corra nuevamente el término para contestar la demanda suspendido a consecuencia de una incidencia planteada (Cám. Nac. Civ. (D), *Jurisp. Arg.*, 1953-II, pág. 758); para la reanudación del término de prueba o cuando existen pruebas pendientes (Cám. Com., *La Ley*, t. 49, pág. 658; Cám. Civ. 1ª, *La Ley*, t. 38, pág. 265; Cám. Civ. 2ª, *La Ley*, t. 22, pág. 360; t. 25, pág. 290); cuando se dispone el cumplimiento de la sentencia definitiva que condena a escripturar en el plazo que ella establece (Cám. Fed. Cap., *La Ley*, t. 24, pág. 505).

ordene la notificación por cédula sin expresar sus fundamentos, aunque el interesado haya consentido la providencia que así lo disponga, es decir, que quedará notificada automáticamente o de oficio como dice la ley (112/1).

c) "Si la notificación se hiciere en el domicilio del litigante, dice el art. 38, el actuario llevará por duplicado una cédula en la que esté transcrito el auto que se va a notificar, y después de leerla íntegramente al interesado le entregará una de las copias, y al pie de la otra, que se agregará al expediente, pondrá constancia de todo, con expresión del día, hora y lugar en que se hubiese practicado la diligencia, observando respecto de la firma lo prescripto en el artículo precedente".

La cédula es un documento escrito, cuya preparación

(112/1) Con posterioridad a la sanción de la ley 14.237 se estableció que corresponde notificar por cédula o personalmente: el auto que hace saber la traba de un embargo preventivo por tener carácter de interlocutorio con fuerza de definitivo (Cám. Nac. Civ. (B), *La Ley*, t. 78, pág. 74); el nombramiento de un perito designado de oficio (Cám. Nac. Com., *Jurisp. Arg.*, 1955-I, pág. 4); la citación para absolver posiciones y reconocer documentos al socio que compareció personalmente a los autos en su carácter de representante de la razón social demandada (Cám. Nac. Com., *Jurisp. Arg.*, 1952-II, pág. 135); la providencia que declara la cuestión de puro derecho y la de "autos para resolver" dictadas una vez evacuado el traslado de las excepciones opuestas a la ejecución, que hacen innecesaria la apertura a prueba de las mismas (Cám. Nac. Com. en Pleno, *Jurisp. Arg.*, 1954-IV, pág. 250); el traslado de la reconvencción en la justicia de paz (*Jurisp. Arg.*, 1955-III, pág. 295; *La Ley*, t. 78 pág. 68); el traslado de la defensa de prescripción opuesta al contestar la demanda, o en su caso de la reconvencción (Cám. Nac. Com. (A), *La Ley*, t. 79, pág. 204. El auto que contiene una intimación bajo apercibimiento de la pérdida de un derecho, debe notificarse por cédula; por consiguiente, es improcedente tener por no presentada la expresión de agravios a falta de agregación de las copias si el término fijado a ese efecto no empezó a correr por no haberse practicado aquella notificación (Cám. Nac. Civ. (A), *La Ley*, t. 76, pág. 197); en cambio la Cám. Com. (B) ha resuelto que el auto que intima la presentación de las copias no debe notificarse por cédula (*La Ley*, t. 76, pág. 446) (Ver *infra*, nota 148).

es función de la secretaría ⁽¹¹³⁾, y debe contener: 1º) el nombre y dirección de la persona a quien se va a notificar; 2º) la carátula del expediente, con indicación del juzgado y secretaría donde tramita ^(113/1); 3º) la resolución que se notifica, transcribiéndose solamente la parte dispositiva de la misma (ley 4128, art. 1) ⁽¹¹⁴⁾; 4º) la fecha en que se ha redactado el documento. La jurisprudencia, sin embargo, ha establecido que la cédula no es nula aunque no tenga el nombre completo de la persona a quien se va a notificar ⁽¹¹⁵⁾, o contenga una enmendatura en el domicilio que no ha sido salvada ⁽¹¹⁶⁾, o se hubiera omitido la fecha del auto que se notifica ⁽¹¹⁷⁾, porque no se trata de formalidades establecidas expresamente en la ley.

La notificación debe hacerse al litigante ⁽¹¹⁸⁾, pero en

(113) Por consiguiente, su omisión no es imputable a la parte, salvo cuando debiendo hacerse en sellado, ella no hubiera suministrado el papel correspondiente, en cuyo caso incurre en negligencia (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 60, pág. 441). Las resoluciones de la Cámara se hacen en papel simple (Cám. Civ. en Pleno, *La Ley*, t. 61, pág. 697). La cédula y diligencias judiciales constituyen instrumentos públicos que, como tales, llevan implícita la veracidad de lo que en ella se constata o se consigna, mientras no se arguya su falsedad (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, 1953-IV, pág. 257).

(113/1) Es nula la notificación que se practica sin consignar la carátula del expediente ni la secretaría donde tramita el juicio y sin acompañar copia del escrito en traslado (Cám. Nac. Civ. (A), *La Ley*, t. 70, pág. 723).

(114) La jurisprudencia había resuelto que esta disposición no rige en los territorios nacionales y por lo tanto es nula la notificación que no contiene la transcripción íntegra del fallo (Cám. Fed. Cap., *Jurisp. Arg.*, t. 13, pág. 56; t. 26, pág. 514); pero luego de la provincialización de los territorios y en virtud de lo dispuesto en el art. 92 de la ley 14.237 es de aplicación el art. 1 de la ley 4128.

(115) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 33, pág. 167.

(116) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 11, pág. 323.

(117) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 31, pág. 917.

(118) La notificación por cédula es a la parte contraria y no a quien formuló el pedido, la que queda notificada por nota (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 49, pág. 224).

esta denominación se comprende no solamente a las partes, sino también a sus representantes legales o convencionales. En algunos casos, por ejemplo la citación para absolver posiciones, la ley prescribe que la parte sea notificada por cédula en su domicilio (art. 127), porque se trata de un acto personal, sin perjuicio de la notificación por nota al mandatario del auto que ordenó la diligencia; pero la regla es que, interviniendo un representante, las providencias deben notificarse a éste y no al representado. No obstante, la jurisprudencia ha declarado que surte sus efectos legales la notificación al mandante con prescindencia del mandatario (119).

(119) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 2, pág. 420; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 9, pág. 285; t. 12, pág. 560. Contra: Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 27, pág. 391. La notificación practicada a quien no es representante de la parte carece de eficacia legal, aunque anteriormente se le haya notificado el traslado de la demanda y la parte haya guardado silencio (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 44, pág. 165). La Cám. Com. resolvió: "Cuando por el contrato constitutivo se ha establecido que a ambos socios de la sociedad de responsabilidad limitada incumbe "conjuntamente" la administración y el uso de la firma social, la traba de un embargo preventivo contra la sociedad no queda notificada (a los efectos del término para interponer el recurso de apelación) por la circunstancia de que al diligenciarse estuviera presente uno de los socios" (*Jurisp. Arg.*, 1952-II, pág. 232). Comentando este fallo en nota al pie del mismo dice RODRÍGUEZ AIMÉ que la solución es equivocada, porque las limitaciones que establece el contrato en cuanto a la administración, tratándose de una sociedad colectiva, debe interpretarse restrictivamente y no puede tener alcance procesal, por lo que no sólo debe considerarse que en el caso el conocimiento que uno de los socios tuvo del embargo importa la notificación, sino que cualquiera de ellos ha podido interponer el recurso de apelación. Parece, sin embargo, que si la representación de la sociedad está vinculada al concepto de administración, de las condiciones de ésta depende la extensión de aquélla, porque si en ese momento no integraba la administración tampoco ejercitaba la representación; pero como, por otra parte, no sería siempre posible obtener la presencia de todos los que integran la administración, puede llegarse a la misma solución aplicando las reglas que luego examinaremos para el diligenciamiento de la notificación, según las cuales en ausencia del destinatario ella debe practi-

d) La cédula debe ser diligenciada, según el artículo, por el actuario, disposición que fué modificada por el art. 2 de la ley 4128, según el cual la notificación de las providencias dictadas por los jueces de primera instancia se hará por el secretario o por el empleado que el juez designe en cada caso. Pero en la actualidad, esa función está encomendada a órganos especiales.

En el fuero civil existía una oficina de mandamientos y notificaciones, creada por la ley 11.671 y reglamentada por la acordada del 10 de marzo de 1933 ⁽¹²⁰⁾; en el fuero comercial, una oficina análoga fué creada por la ley 12.345 y reglamentada por la acordada del 12 de febrero de 1937 ⁽¹²¹⁾. En la justicia de paz la ley 11.924, en su art. 31, establecía que en cada Sala habría una oficina de notificaciones y mandamientos, cuyas funciones serían reglamentadas por la Cámara de Paz en Pleno; pero suprimida la división territorial de la Capital por la ley 12.558, la Cámara dictó una acordada el 17 de febrero de 1939 ⁽¹²²⁾ estableciendo una oficina central, integrada por el personal de todas aquéllas y que funcionaba bajo la dirección del secretario de la Cámara.

Por decreto 25.559/48 se unificaron estas reparticiones, organizándose una Oficina de Mandamientos y Notificaciones de la justicia ordinaria de la Capital, a cuyo cargo estará diligenciar los mandamientos y cédulas de notificación que expidan las Cámaras y juzgados civiles, comerciales y de paz de la Capital Federal ^(122/1), la que funcionaría bajo la superintendencia de las Cám. civ., las cuales por acordada del 15 de abril de 1948 dictaron la respectiva re-

cararse con cualquier persona de la casa, comenzando por las más caracterizadas (art. 39), en este caso el socio presente.

(120) *Jurisp. Arg.*, t. 48, pág. 177; *Gac. del Foro*, t. 103, pág. 325.

(121) *Jurisp. Arg.*, t. 57, pág. 501.

(122) *Gac. de Paz*, t. 24, pág. 285.

(122/1) *Jurisp. Arg.*, 1948-IV, pág. 37.

glamentación (122/2). Posteriormente la ley 13.998 dispuso que dicha oficina tendrá también a su cargo el diligenciamiento de los mandamientos y notificaciones que expidan la Cámara y los juzgados especiales (ex-federales) y contencioso-administrativos (122/3), incorporándose a ese efecto los oficiales de justicia de los juzgados federales en lo civil y comercial (art. 50), y colocándola bajo la superintendencia de la Corte Suprema, que reglamentará su organización y funcionamiento (art. 51).

Como la Corte hasta la fecha no ha dictado la mencionada reglamentación, rigen las disposiciones de la acordada de las Cámaras Civiles del 15 de abril de 1948 a que hemos hecho referencia precedentemente. De acuerdo con el procedimiento establecido en ella, cada juzgado remite diariamente a primera hora a la oficina central las cédulas confeccionadas por sus respectivas secretarías, distribuyéndose luego entre los diferentes notificadores según la zona que se les hubiese asignado. Las providencias de las Cámaras son notificadas por los ujieres de las mismas.

c) La diligencia debe notificarse en el domicilio de la parte a quien la providencia se refiere, debiendo distinguirse a ese efecto entre domicilio real, domicilio legal y domicilio constituido.

El domicilio real de las personas es el lugar donde tienen establecido el asiento principal de su residencia y de

(122/2) *Rev. Colegio de Abogados*, 1948, nº 2, pág. 267.

(122/3) Dice el art. 49 de la ley citada: "La actual oficina organizada por decreto del Poder Ejecutivo nº 25.559/48 tendrá a su cargo la diligencia de los mandamientos y notificaciones que expidan las Cámaras Nacionales de Apelaciones y Juzgados Nacionales de primera instancia de la Capital Federal. La Corte Suprema podrá encomendar a la misma oficina iguales diligencias del tribunal". Las cámaras y juzgados nacionales son los enumerados en el texto y no se incluyen los tribunales del trabajo porque sus sentencias y las citaciones a las audiencias de conciliación se notifican por telegrama y las demás providencias por nota (ley 12.948, art. 39).

sus negocios (cód. civ., art. 89); domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contrario, que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque no esté allí presente (cód. civ., art. 90) ⁽¹²³⁾. De ellos nos ocuparemos al estudiar las reglas de competencia (cap. XIII, n° 7). La notificación en el domicilio real puede practicarse bajo la responsabilidad de quien lo solicita (domicilio denunciado, por ejemplo para la notificación de la demanda: cód. proc., art. 71, inc. 2º) ⁽¹²⁴⁾, pero si resulta que la persona a quien se notificó no vivía en ese lugar, la diligencia, así como las actuaciones posteriores que se funden en ella, serán nulas (cód. proc., art. 77) ⁽¹²⁵⁾. La circunstancia de que una persona reciba correspondencia en un lugar no autoriza a practicar allí la notificación ⁽¹²⁶⁾.

f) Tratándose de domicilio constituido, es necesario distinguir también según que se trate de un domicilio constituido en el documento de obligación (domicilio convencional: cód. civ., art. 101) o el domicilio constituido en los autos, que es el que legisla el cód. de proc. En el primer caso (domicilio convencional) la constitución puede hacerse en documento público o privado. Si consta de un documento

(123) El traslado de una demanda puede notificarse en el domicilio legal del demandado (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 37, pág. 227; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 27, pág. 357). Pero no puede notificarse a un empleado público en una oficina donde presta servicios, porque falta el requisito de la residencia (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 18, pág. 1202. Contra: Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 27, pág. 357).

(124) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 30, pág. 425; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 14, pág. 270.

(125) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 42, pág. 160; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 13, pág. 191; Cám. de Paz, *Jurisp. Arg.*, t. 60, pág. 1051.

(126) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 34, pág. 453; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 43, pág. 770. No obstante, la Cám. de Paz (3ª) ha resuelto que el domicilio del demandado puede acreditarse, *prima facie*, por el resultado de la remisión de un telegrama colacionado y de una carta certificada con aviso de retorno (*Jurisp. Arg.*, 1948-IV, pág. 719).

público, allí debe practicarse la notificación, con prescindencia del domicilio real. Pero la constitución de domicilio en documento privado ha dado lugar a una variada interpretación jurisprudencial, entendiéndose algunas veces que ella no tiene valor mientras el documento no sea reconocido, por aplicación del art. 1026 del cód. civ., y de ello nos ocuparemos nuevamente al estudiar las reglas de competencia (cap. XIII, nº 8). El domicilio convenido sólo puede modificarse dentro de la misma circunscripción territorial, siempre que se notifique a la otra parte interesada en forma auténtica, y subsiste mientras no se constituya otro nuevo ⁽¹²⁷⁾.

g) El art. 10 del cód. de proc. disponía: "Toda persona que litigue, sea por su propio derecho, sea en representación de tercero, debe constituir, en el primer escrito que presente, un domicilio dentro del radio de veinte cuabras del asiento del juzgado". Y el art. 11 agregaba: "Los jueces exigirán de oficio el cumplimiento del requisito expresado y no darán audiencia a los contraventores. Si la diesen, al primer reclamo que se les haga la exigirán sin más trámite".

Estas disposiciones han sido substituídas por las siguientes de la ley de reformas 14.237. El art. 1 establece: "El domicilio legal en la Capital Federal deberá constituirse dentro del radio que ella comprende. En el primer escrito, toda persona que litigue por su propio derecho o en re-

(127) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 42, pág. 226. Ver MÁXIMO CASTRO, *Domicilio especial. Principios que derivan de su carácter de relación contractual. Doctrina y jurisprudencia* (*Jurisp. Arg.*, t. 4, pág. 335). El domicilio constituido en la escritura hipotecaria subsiste para el sucesor a título singular (Cám. Civ. en pleno, *Jurisp. Arg.*, t. 2, pág. 475; Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 3, pág. 150; *Gac. del Foro*, t. 59, pág. 319; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 13, pág. 755; *Gac. del Foro*, t. 41, pág. 433; Cám. Com., *Gac. del Foro*, t. 16, pág. 193). El acreedor, al permitir que en su escritorio constituya domicilio su deudor a los efectos del contrato, acepta un mandato para comunicarle las notificaciones (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 52, pág. 789), y debe acreditar que se las comunicó en tiempo oportuno (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 54, pág. 446).

presentación de un tercero, deberá constituir un domicilio legal dentro del radio de la Capital Federal cuando se presentase ante los tribunales de esta jurisdicción y no a más de dos kilómetros del asiento del juzgado en los territorios nacionales. Los jueces exigirán de oficio el cumplimiento de esta obligación y no proveerán a ninguna petición mientras ella no se cumpla. A ese efecto se les intimará a los interesados bajo apercibimiento de que si así no lo hicieren dentro del término de cuarenta y ocho horas se les tendrá por constituido el domicilio en los estrados del juzgado, donde se practicarán las notificaciones de los actos del juicio que correspondan ⁽¹²⁸⁾. Por acordada del 8 de marzo de 1954 la Corte Suprema declaró (art. 2) que en los tribunales no comprendidos en la excepción que para los territorios nacionales consagra el art. 1 de la ley 14.237, el domicilio legal a que el mismo se refiere deberá constituirse dentro del radio de la ciudad en que funciona el respectivo tribunal". Esta resolución se refería a los jueces federales (nacionales en provincias), pero como posteriormente todos los territorios nacionales han sido provincializados, tiene ahora

(128) La Corte Suprema había ya resuelto que el silencio del interesado en una causa ante las reiteradas intimaciones hechas a objeto de que constituya domicilio legal en la misma, importa una negligencia que autoriza a atribuirle como tal domicilio los estrados del juzgado (*La Ley*, t. 64, pág. 333). El mismo tribunal había también resuelto que la constitución de un domicilio inexistente en un recurso de queja, permite tener al recurrente por notificado de la sentencia con la cédula en que el ujier manifiesta no haber podido diligenciarla por esa circunstancia y dispuso que se le notificaran en los estrados las sucesivas resoluciones (*Fallos*, t. 212, pág. 15). También la Cám. de Paz había resuelto que la intimación a que se constituya domicilio a los efectos de la tramitación del juicio, con la prevención de que en su defecto se practicaran las notificaciones en los estrados del tribunal, no se halla prohibida y, por el contrario, es la única forma de poder continuar el litigio en los casos en que el demandado no constituya domicilio dentro de la jurisdicción (*La Ley*, t. 10, pág. 173; *Jurisp. Arg.*, 1955-I, pág. 257). La notificación en los estrados se hace fijándose la cédula en la tablilla de avisos del juzgado.

carácter general. En consecuencia, tanto en la Capital Federal como en las ciudades del interior donde haya juzgados federales, el domicilio legal deberá constituirse dentro del radio de la misma, sin limitación de distancia.

Este domicilio, llamado también constituido ⁽¹²⁹⁾, tiene efecto sólo para el juicio en el cual se constituye, presumiéndose que en ese lugar se encuentra siempre la persona a quien se va a notificar, cualquiera sea su domicilio real. Por eso este domicilio subsiste mientras no se constituya otro en los autos ⁽¹³⁰⁾, a pesar de que el interesado se hu-

(129) Puede hacerse verbalmente, pues sólo es necesaria la debida constancia en los autos (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 16, pág. 168).

(130) La constitución de domicilio debe hacerse en los autos principales, pero como no existe una exigencia legal a ese respecto, se le admite en los cuadernos de prueba y en los incidentes, lo cual es una anomalía que da lugar frecuentemente a dificultades. Se ha resuelto así que aunque el juzgado no haya dictado la providencia pertinente, surte efecto el nuevo domicilio constituido en el cuaderno de prueba (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 6, pág. 300; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 66, pág. 643; 1946-I, pág. 13; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 7, pág. 203. Contra: Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 25, pág. 1369; t. 26, pág. 202; Cám. Fed. Cap., *Jurisp. Arg.*, t. 63, pág. 60). El domicilio constituido en un incidente no puede invocarse en el juicio principal y en los demás incidentes en los que había constituido otros domicilios en vigor, pues es deber de los litigantes cuidar que el cambio de domicilio se haga constar en todos aquéllos y si así no lo hacen deben sufrir las consecuencias de su omisión (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 47, pág. 124). La constitución de nuevo domicilio en el principal, después de haberse constituido en el incidente, no surte efecto respecto de quien sólo es parte en el referido incidente (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 51, pág. 177). El domicilio constituido por las partes en el juicio principal, subsiste y sirve para las notificaciones a realizarse en el de tercería; pero cuando en la tercería se ha constituido un domicilio, éste subsiste mientras no se constituya otro en el mismo expediente de tercería. El cambio de domicilio en el juicio principal no comporta un cambio del constituido en el juicio de tercería (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, 1945-III, pág. 135). El domicilio constituido en los autos subsiste mientras no se lo cambie por otro, siempre que no haya transcurrido un tiempo exageradamente prolongado o se trate de expedientes paralizados (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, 1943-IV, pág. 350) o archivados (Cám. Civ. 1ª,

quiera trasladado a otro lugar ⁽¹³¹⁾ o el edificio hubiera sido demolido ⁽¹³²⁾. Allí deben practicarse las notificaciones que deban hacerse por cédula ⁽¹³³⁾, excepto las que por dispo-

Jurisp. Arg., t. 8, pág. 579; 1950-III, pág. 261). El domicilio constituido por la parte que actúa por derecho propio, queda sin efecto al hacerse representar por un apoderado que constituye otro domicilio. En consecuencia es nula la notificación hecha de la sentencia a la demandada en el domicilio que tenía constituido anteriormente, en vez de notificarse al apoderado en el domicilio que constituyó en su presentación (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, 1945-III, pág. 438). Cabe considerar correctamente notificado el auto de prueba en el domicilio constituido en el escrito de responde al demandado que fué privado de su libertad con posterioridad a esa circunstancia. Por tratarse del supuesto a que se refiere el art. 12 del cód. penal, el emplazamiento para que el demandado concurriera a la audiencia de posiciones, hallándose detenido, circunstancia que conocía el actor, debió practicarse en el establecimiento penitenciario (Cám. Civ. 2ª, *La Ley*, t. 60, pág. 548).

(131) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 44, pág. 740.

(132) Cuando al diligenciarse la notificación se comprueba que está demolido el edificio en que aparece constituido el domicilio, corresponde tener por notificada la providencia con el informe del notificador, en razón de que al interesado incumbe constituir nuevo domicilio (Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, 1948-II, pág. 539; *La Ley*, t. 51, pág. 55). Fundada en esta jurisprudencia la Cám. Nac. Civ. (B) declaró: "Cuando al diligenciar la notificación de una sentencia o providencia judicial a uno de los litigantes se comprueba que está demolido el edificio o que no existe la numeración de la calle en que aquél constituyó su domicilio legal, corresponde tenerlo por notificado por nota que asentará en autos el funcionario respectivo. Ello en virtud de lo dispuesto por el art. 12 del cód. de proc., según el cual el domicilio una vez constituido se reputa subsistente para todos los efectos legales mientras no se haya designado otro (*Jurisp. Arg.*, 1952-IV, pág. 159). Se rectifica así una jurisprudencia anterior, evidentemente errónea, que había establecido que cuando el domicilio se hubiese constituido en una casa de departamentos la cédula no puede diligenciarse si no existe el piso indicado (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 51, pág. 615), a menos que ya se hubiesen diligenciado otras en las mismas condiciones con el encargado de la casa y no hubiesen sido observadas por el interesado (Cám. Civ. 2ª, t. 39, pág. 474), pues su negligencia es comparable a la del supuesto de la Corte Suprema".

(133) Si el litigante actúa personalmente, la notificación debe hacerse en el domicilio por él constituido; no obstante, la Cám. Civ. 2ª

sición de la ley deban hacerse en el domicilio real de los litigantes cuando éstos actúen por medio de representantes (134).

h) El artículo establece la forma en que debe practicarse la diligencia, procediéndose a dar lectura de la cédula a quien se va a notificar, a la que se entregará una copia en la que el notificador expresará, bajo su firma, la fecha y hora de su entrega (135), y poniendo constancia de lo actuado en el original, con indicación del día, hora y lugar en que se hubiese practicado la diligencia, observando, respecto de la firma, lo prevenido para la notificación personal (art. 37). Los términos del artículo son bien precisos, y es evidente que, al establecer minuciosamente los detalles, ha querido exigirse su cumplimiento estricto, de tal manera que esa constancia sea una relación exacta de la forma como se ha procedido. La notificación será nula por eso, si no se hizo constar la circunstancia de haberse requerido la presencia del interesado (136); si no se determina el domicilio donde se

(*Jurisp. Arg.*, t. 48, pág. 241) declaró válida una notificación practicada en el domicilio real y no en el legal que aquél había constituido.

(134) La Cám. Civ. 1ª, resolvió (*Jurisp. Arg.*, t. 24, pág. 792) que la notificación de la audiencia para absolver posiciones debe hacerse en el domicilio particular del absolvente, siendo nula la que se hiciera en el domicilio constituido; sin embargo, cuando el litigante actúa personalmente, la constitución de un domicilio legal substituye al real y debe considerarse válida la notificación que en él se haga (Cám. de Paz, *Jurisp. Arg.*, 1954-I, pág. 290). El criterio de que el traslado de la demanda de tercería debe diligenciarse en los domicilios constituidos en la ejecución por el ejecutante y el ejecutado, no es aplicable al caso de quiebra, en que el traslado de la demanda debe correrse en el domicilio real del demandado y no en el especial constituido por el funcionario de la quiebra (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, 1953-II, pág. 66). La demanda de indemnización por despido del empleado de una sucursal debe notificarse al dueño del pleito en la sede de la casa principal (Sup. Corte Tucumán, *Jurisp. Arg.*, 1949-IV, pág. 469).

(135) Acordada de las Cams. Civs. en pleno de 31 de mayo de 1940 (*Jurisp. Arg.*, 1942-III, pág. 1025; *Gac. del Foro*, t. 146, pág. 251).

(136) Cám. Civ., *Jurisp. Arg.*, t. 18, pág. 1141, nota.

practicó la diligencia (¹³⁷), etc. Pero, en cambio, se ha declarado que no la invalida el hecho de que el notificador haya omitido su firma (¹³⁸) o la mención de haberse dado lectura de la cédula (¹³⁹).

i) El código prevé la posibilidad de que el interesado no se encuentre en su domicilio cuando el notificador requiera su presencia, y como eso importaría dejar librada a su voluntad la realización de la diligencia, dispone, en el artículo 39, que: "Cuando el actuario no encuentre a la persona a quien va a notificar, entregará la cédula a cualquiera persona de la casa, empezando por las más caracterizadas (^{139/1}), y, a falta de ellas, a cualquier vecino que sepa leer, prefiriendo los más inmediatos y procediendo en todos los casos en la misma forma del artículo anterior. Si el vecino requerido se negase a recibir la cédula, será ésta fijada por el actuario en la puerta del domicilio constituido por el litigante". El orden que el artículo establece indica que, en ausencia del interesado, el notificador requerirá, en primer término, a las personas de mayor responsabilidad, el marido, la esposa, los hijos, inquilinos, criados, y sólo a falta de ellos recurrirá a los vecinos; pero en ningún caso deberá entregar la cédula a una persona sin discernimiento, como sería, por ejemplo, un menor de catorce años, que es la edad mínima exigida por el código para ser testigo (art. 179). El artículo men-

(¹³⁷) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 28, pág. 116. Es, sin embargo, válida si dice que se constituyó en el domicilio "indicado" (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 39, pág. 462).

(¹³⁸) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 25, pág. 315.

(¹³⁹) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 18, pág. 1141.

(^{139/1}) No es nula la notificación por la circunstancia de no haberse entregado la cédula directamente a la persona interesada y sí al encargado de la casa en que debía diligenciarse (Cám. Nac. Civ., *La Ley*, t. 74, pág. 107). Es ineficaz el traslado de la demanda a quien se halla ausente en Europa, aun cuando el encargado de la casa haya recibido la cédula sin observación alguna (Cám. Paz (IV), *La Ley*, t. 71, pág. 289).

ciona el domicilio constituido, pero es natural que el mismo procedimiento se observará cuando se trate del domicilio denunciado bajo responsabilidad ⁽¹⁴⁰⁾. La cédula debe ser firmada por quien recibe el duplicado, pudiendo hacerlo, a su ruego, un testigo si no supiere firmar; pero si se negase a ello, se dejará constancia en la diligencia, la que será firmada por dos testigos (art. 37) ⁽¹⁴¹⁾. Si el domicilio se constituyó en una casa de departamentos o escritorios y se encontrase cerrado aquel en el cual debe hacerse la notificación, la cédula puede ser entregada al encargado de la casa ⁽¹⁴²⁾.

25. Notificación personal.

a) Las demás providencias que el juzgado dicte durante la tramitación del proceso deberán notificarse en la secretaría respectiva, a cuyo efecto el juez designará dos días de la semana que no sean consecutivos, en los que todos los litigantes estarán obligados a concurrir a la misma (art. 31, párr. 1º) ⁽¹⁴³⁾. Las partes quedan así ligadas al procedimiento, y con ello se evitan numerosos casos de notificación por cédula, sobre todo tratándose de trámites de im-

⁽¹⁴⁰⁾ La diligencia será nula si, al momento de practicarse, el demandado se encontraba en el extranjero (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 64, pág. 546).

⁽¹⁴¹⁾ No es nula la notificación por la circunstancia de que el notificador no haga constar el nombre de la persona que recibió la cédula (Cám. Civ. 1ª, t. 32, pág. 1003; t. 60, pág. 101); o el nombre o domicilio de los testigos de su diligenciamiento (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, 1953-IV, pág. 257).

⁽¹⁴²⁾ Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 37, pág. 700; t. 39, pág. 462; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 29, pág. 209.

⁽¹⁴³⁾ Hemos visto que esta providencia debe notificarse por cédula, a menos que el interesado se notifique personalmente en los autos. Esta disposición ha quedado modificada por el art. 8 de la ley 14.237, que fija los días martes y viernes o el siguiente hábil si alguno de ellos fuese feriado.

portancia secundaria. En principio, según hemos dicho, ninguna providencia puede ser cumplimentada antes de notificarse a las partes, pero, por razones circunstanciales, la ley hace algunas excepciones, como en el caso en que se detrete una medida precautoria (embargo, inhibición, etc.), porque es de presumir que si aquel a quien afecta tiene conocimiento de ella antes de que se la ejecute, tratará de eludir su cumplimiento.

b) "Cuando las notificaciones se hicieren en la oficina, se extenderán en el expediente, pudiendo la persona, a quien se haga, sacar copia de la providencia" (art. 36). La diligencia, en tal caso, debe expresar la fecha de la misma, con indicación de la persona a quien se notifica y del auto a que se refiere. En cuanto a la persona, rigen los mismos principios que en la notificación por cédula, es decir, que comprende tanto a la parte como a su representante legal o convencional, pero será nula si se hiciere a un extraño ⁽¹⁴⁴⁾. No deben consignarse las manifestaciones de la parte, a menos que el auto mismo lo requiera o un texto legal lo autorice expresamente.

c) "La notificación será firmada por el actuario y por el interesado. Si éste no supiere o no pudiese firmar, lo hará, a su ruego, un testigo. Si no quisiere firmar, lo harán dos testigos requeridos para el efecto, no pudiendo el secretario servirse nunca para ello de los dependientes de su oficina" (art. 37). Bastará la manifestación del interesado de que no sabe firmar para que lo haga un testigo a su ruego, haciendo constar el actuario esa circunstancia. En el segundo supuesto del artículo, la firma de los testigos no se requiere en substitución del interesado, sino que ellos deberán suscribir el acta en que el actuario dejará constancia de que

(144) La ley de abreviación de los juicios en la República Oriental del Uruguay permite a las partes autorizar a un tercero para que se notifique de las providencias, aunque no sea procurador (CORTURE, *op. cit.*, pág. 26).

aqué se enteró de la providencia y luego se negó a **firmar** la diligencia o notificación. No se prevé el caso de que no haya testigos presenciales en ese preciso momento, y como el artículo prohíbe utilizar para el efecto a los empleados de la oficina, podría resultar que la notificación quedara **frustrada** por la sola voluntad del interesado, pero pensamos que en esa situación debe merecer fe la afirmación del actuario, siempre que en la diligencia se haga mención de lo ocurrido (144/1).

26. Notificación de oficio.

a) La notificación personal es posible cuando la parte concurre voluntariamente a la oficina, lo cual importa **hacerla** innocua como obligación procesal en el caso de que aquélla no se someta a la misma. Para evitar que esto suceda, el legislador ha organizado un procedimiento de notificación automática en cuya virtud la incomparecencia no impide que la notificación se lleve a cabo en los días designados para el efecto.

b) “Cada secretario estará obligado a llevar un **libro** que colocará en lugar visible y en el que las partes podrán asentar sus firmas, con indicación de la fecha, para **acredi-**

(144/1) El retiro de los autos de secretaria por parte del interesado implica necesaria y legalmente que se ha enterado de las resoluciones recaídas en los mismos y surte los efectos de la notificación personal (Cám. Civ. 1^a, *Jurisp. Arg.*, 1945-III, pág. 713; Cám. Nac. Civ., *Jurisp. Arg.*, 1954-II, pág. 261; *La Ley*, t. 73, pág. 261). Pero no puede tenerse por notificada una providencia que deba hacerse conocer por cédula a las partes (en el caso una sentencia definitiva) por el hecho de que los autos fueran retirados por los letrados de las partes y no por quienes actuaron como sus representantes, aunque el nombre de los patrocinantes figure en el poder en virtud del cual los representantes pidieron que se les tuviera por parte (Cám. Nac. Com., *Jurisp. Arg.*, 1955-II, pág. 461, con nota de SPOTA, *La notificación de la providencia judicial resultante de su conocimiento por la parte*). Ver: *infra*, nota 159.

tar en cualquier tiempo su comparecencia en la oficina" (art. 31). "Toda providencia se considerará notificada desde el primero de los días designados subsiguiente a aquel en que fué dictada, debiendo el secretario sentar nota comprobativa de la asistencia o inasistencia del interesado y corriendo el expediente en su estado" (art. 32) ⁽¹⁴⁵⁾. Teóricamente, el sistema es perfecto: si el interesado concurre a la oficina los días señalados y existe una providencia pendiente de notificación, la diligencia se extiende en los autos y queda notificado personalmente; pero si por cualquier circunstancia los autos no estuviesen disponibles, sea porque se encuentran a despacho o han sido pasados al ministerio público, el interesado se pone a cubierto firmando el libro de comparecencia, y no se le tendrá por notificado mientras no se le muestre la providencia, aunque deberá continuar concurriendo a la oficina en los días indicados, para evitar que en cualquier momento se produzca la notificación automática. En efecto, si el interesado dejara de concurrir y el expediente estuviese en secretaría, el actuario pondrá en el mismo una nota de incomparecencia y la providencia quedará notificada como si lo hubiese sido personalmente.

c) Pero, en la práctica, el procedimiento fracasó por múltiples razones. Eran muy contadas las secretarías que llevaban el libro de comparecencia en la forma prescripta por la ley, lo cual obligaba de tiempo en tiempo a las Cámaras de Apelaciones en ejercicio de la superintendencia, a recordar, aunque inútilmente, el cumplimiento de su disposición legal ⁽¹⁴⁶⁾. Asimismo, era también una práctica admitida la omisión de la nota comprobativa de la incomparecencia en cada expediente, habiendo establecido la ju-

(145) En el procedimiento federal la notificación por nota ha sido incorporada por la ley 3649.

(146) Acordadas de 30 de diciembre de 1909, 30 de mayo de 1924, 6 de noviembre de 1925, etc.

risprudencia que tal circunstancia no afectaba la validez de la notificación, ya que ésta se produce de pleno derecho por el solo transcurso del tiempo (147). Por otra parte, es común que un procurador tramite en la misma secretaría varios expedientes, y por el hecho de haber firmado el libro de comparecencia no podría dársele por notificado en ninguno de ellos. El aparente fracaso del sistema tiene su explicación lógica porque importa un recargo de tareas que el actuario no puede cumplir, y era entonces necesario buscar el modo de relevarlo de ello sin que el procedimiento se altere substancialmente. En este sentido, pareció más acertado el que indica el Proyecto Lascano, en su art. 51, apartado 3º, que dice: "Los días a que se refiere el apartado precedente pueden las partes que concurren a secretaría requerir del secretario, o ujier en su caso, el expediente en que deseen notificarse. Si no se les facilitare por causa justificada, no se considerarán notificados en ese día, debiendo en tal caso dejar constancia, bajo su firma, de la carátula del expediente pedida en un libro que deberá llevar el secretario y estará, en lugar visible, a disposición de aquéllos. El libro se cerrará diariamente con la firma del secretario. Estas reglas regirán para los terceros que por cualquier título intervinieren en los autos" (147/1).

(147) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 2, pág. 420; t. 18, pág. 549; t. 33, pág. 460; t. 34, pág. 385; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 24, pág. 879; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 24, pág. 112.

(147/1) Dice LASCANO: "El sistema de notificación que hemos adoptado difiere en buena parte del que siguen las leyes actuales. Partimos de la base de que la necesidad de que las partes tengan conocimiento real de las resoluciones judiciales, no puede ser óbice para que el procedimiento marche con la rapidez que sea necesaria. Y con ese criterio aceptamos, como regla, la notificación por ministerio de la ley, que tiene su semejanza con la notificación "por nota". Como ésta, es presunta en cuanto se basa en la suposición de que se ha tenido conocimiento de las resoluciones, pero se diferencia de ella en que no requiere nota alguna ni previa designación por el juez de los días en que la notificación debe tener lugar".

La ley de reformas n° 14.237 suprimió la nota de incomparecencia en los autos, de tal manera que si la parte no concurre a secretaría los días señalados por la ley se la tiene por notificada de la providencia, y si concurre y los autos no están en secretaría debe hacer constar su comparecencia firmando el libro respectivo. Dice la segunda parte del art. 8 de la ley mencionada: "No se considerará cumplida la notificación si el expediente no se encontrase en Secretaría y se hiciese constar esta circunstancia en el libro de asistencia que se llevará a ese efecto. Incurrirá en falta grave el secretario que no cumpla con la obligación de mantener a disposición de los litigantes o profesionales el libro indicado". El libro de asistencia a que se refiere esta disposición deberá ser llevado tanto por los secretarios de primera instancia como por los secretarios del tribunal de apelación; deberá procurarse que sea de un tipo uniforme y el actuario procederá a su apertura cada día, con mención de la carátula del expediente y la firma del profesional interesado debidamente aclarada y sin dejar espacios libres (acordada de la Cám. Nac. en Pleno del 11 de febrero de 1954). En los tribunales colegiados la constancia de la ausencia del expediente en secretaría, deberá subscribirla el peticionante y el jefe de la respectiva mesa de entradas. A este último incumbirá el cumplimiento de la obligación impuesta por el art. 8 de la ley 14.237 (acordada de la Corte Suprema del 8 de marzo de 1954).

d) El código ha establecido los casos en que la notificación debe efectuarse por cédula, de manera que por exclusión se entiende que todas las demás providencias deben ser notificadas por nota, ya que la notificación personal equivale a la que se haga por cédula y tiene sobre ésta la ventaja de que no hay ninguna duda de que el interesado ha tomado conocimiento directo de la resolución judicial. No obstante, los jueces han debido pronunciarse en numero-

esos casos, originándose así una variada jurisprudencia (148).

e) Puede ocurrir que una providencia que debe notificarse por nota lo haya sido por cédula, y se presenta enton-

(148) Se notifica por nota el auto que corre traslado de las excepciones (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 11, pág. 1021; t. 35, pág. 94; t. 68, pág. 465; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 11, pág. 182; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 29, pág. 250); el pedido de revocatoria (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 34, pág. 385; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 6, pág. 621); el pedido de nulidad (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 14, pág. 1180); la promoción de un incidente (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 37, pág. 669; t. 54, pág. 92); el auto que designa perito al propuesto por una de las partes y hace saber a la contraria que debe proponer el suyo, aunque contenga un apercibimiento respecto a esta intimación (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 37, pág. 1040); el auto por el cual se designa audiencia a efecto de nombrar peritos (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 23, pág. 434); el auto que ordena el libramiento de un oficio pedido por una de las partes como diligencia de prueba (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 27, pág. 382); la providencia que ordena al actuario certificar sobre el vencimiento del término de prueba (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 24, pág. 973); el auto que ordena diligencias para mejor proveer (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 2, pág. 748; t. 31, pág. 480); la resolución que declara la cuestión de puro derecho y manda correr un nuevo traslado por su orden (Cám. Civ., *Jurisp. Arg.*, t. 2, pág. 59); el auto que hace saber que cesaba la intervención de un vocal y se incorporaba en su reemplazo un nuevo magistrado (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 34, pág. 886); la providencia que deniega el recurso de apelación (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 35, pág. 1297); el auto que manda alegar de bien probado (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 36, pág. 951); la providencia que aprueba una liquidación (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 30, pág. 673; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 32, pág. 1085); que resuelve la negligencia acusada (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 43, pág. 690); que da por decaído el derecho a alegar de bien probado (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 54, pág. 796); el llamamiento de autos para sentencia (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 55, pág. 899), etc. Con posterioridad a la sanción de la ley 14.237 se ha establecido que corresponde tener por notificado de oficio: el auto que señala los hechos a probar de acuerdo con el art. 23 de la ley 14.237 (Cám. Nac. Civ. (A), *La Ley*, t. 77, pág. 607); el traslado de la defensa de prescripción opuesta al contestar la demanda (Cám. Com., *La Ley*, fallo 37.214); el nuevo traslado en una incidencia si el auto que lo ordena no dispone que se notifique por cédula (Cám. Nac. Com., *Jurisp. Arg.*, 1955-II, pág. 219); el auto que señala audiencia para proponer peritos y puntos de la pericia (Cám. Nac. Com. (B), *Jurisp. Arg.*, 1954-IV,

ces la cuestión de saber desde cuándo la notificación surte sus efectos legales. Ella está vinculada con la que se refiere a la facultad de los jueces para ordenar que sean notificadas por cédula otras providencias que las enumeradas en el artículo 33 del código. Parece evidente que si la notificación por cédula se hizo sin que el juez lo hubiese ordenado, ella surte sus efectos desde el día designado para la notificación por nota independientemente de aquella diligencia. Lo mismo ocurriría si el interesado se hubiese notificado personalmente en los autos con posterioridad a aquel en que debía concurrir a la secretaría. Pero si mediara orden judicial, en la solución procedente está dividida la jurisprudencia, pues en algunos casos se ha declarado que, estando consentido el auto que ordenó la notificación por cédula, no corresponde la nota ⁽¹⁴⁹⁾, mientras que en otro se estableció que tal circunstancia es indiferente, porque la notificación se produce por ministerio de la ley, y, en consecuencia, ella surte sus efectos desde el día que corresponda la nota, aunque ésta hubiese sido omitida ⁽¹⁵⁰⁾. Pensamos que la primera solución es la exacta, porque está más de acuerdo con el principio de *preclusión*.

26/1. Notificación por telegrama.

a) La ley de reformas nº 14.237, art. 10, ha incorporado al código la notificación por telegrama colacionado, que ya

pág. 120); la intimación a que se acompañe copia de un escrito bajo apercibimiento de tenerlo por no presentado (Cám. Nac. Civ. (C), *La Ley*, t. 78, pág. 567; Cám. Nac. Com. (B), *Jurisp. Arg.*, 1955-IV, pág. 120). La Cám. Nac. Civ. (A) había resuelto que dicha providencia debía notificarse por cédula o personalmente (*Jurisp. Arg.*, 1955-I, pág. 2), pero convocada a tribunal plenario por la Sala C, éste no se efectuó porque aquélla declinó de su jurisprudencia, según se expresa en el fallo citado (*Ver supra*, nota 112/1).

(149) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 47, pág. 95; t. 68, pág. 170; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 5, pág. 661.

(150) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 24, pág. 879; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 30, pág. 172.

regía en el fuero del trabajo (^{150/1}) y estaba adoptado de tiempo atrás en otras legislaciones (^{150/2}).

Establece la disposición legal citada: "Serán notificadas por telegrama colacionado, si las partes así lo solicitasen: 1º) la citación de testigos, peritos e intérpretes; 2º) las audiencias de conciliación y juicios verbales en general". El art. 11 agrega: "La notificación que se practique por telegrama colacionado contendrá las enunciaciones esenciales de la cédula. El telegrama colacionado se emitirá en doble ejemplar, uno de los cuales, bajo atestación, entregará el secretario para su envío, y el otro, bajo su firma, se agregará al expediente. La constancia oficial de la entrega establece la fecha de la notificación".

b) El régimen del telegrama colacionado está previsto en el art. 35 de la ley 750 y los arts. 10 y 11 de la ley 750½, de Telégrafos de la Nación, materia de la que nos ocupamos con detención al referirnos a la prueba telegráfica (cap. XXII, nº 35), en cuya oportunidad examinamos las distintas cuestiones que plantea y citamos las interpretaciones jurisprudenciales.

c) El telegrama debe contener las enunciaciones esenciales de la cédula, es decir, las que hemos mencionado anteriormente (*supra*, 24, c) y se aplican los principios generales que a ella se refieren (^{150/3}).

(^{150/1}) Ley 12.948, art. 39: "Las sentencias y las citaciones a la audiencia de conciliación y de prueba, se notificarán por despacho telegráfico, que podrá ser colacionado. En la notificación de la sentencia se transcribirá sólo la parte dispositiva".

(^{150/2}) ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *op. cit.* en nota 110/1. Cód. Jujuy, art. 160; Cód. La Rioja, art. 203.

(^{150/3}) El hecho de que el telegrama notificadorio no haya sido entregado en el domicilio constituido en autos, sino llevado de vuelta al Correo por el empleado encargado de su diligenciamiento, en razón de haberse informado en dicho domicilio que el destinatario se había mudado, no invalida la notificación; sólo puede perjudicar al profesional o a la parte que no constituyó en los autos nuevo domicilio (Cám. Nac. del Trabajo, *Jurisp. Arg.*, 1954-III, pág. 164). Interpuesto el

d) El art. 10 limita su aplicación a los casos que enumera y no exige, como parecería de sus términos, la conformidad de las partes, sino que basta que cualquiera de ellas lo solicite (150/4).

27. Notificación por edictos.

a) "La citación a personas inciertas o cuyo domicilio se ignore se hará por edictos publicados por quince veces en dos periódicos que el juez designará" (art. 80, párr. 1º) (151). La palabra "citación" está empleada, en este caso, en el sentido de notificación, lo que se explica porque el código legisla la notificación por edictos al ocuparse del traslado de la demanda en el juicio ordinario, pero ella no es exclusiva de este juicio, sino que también se aplica en el

recurso extraordinario contra la resolución precedente, la Corte Suprema no hizo lugar al mismo, por considerar que las circunstancias de hecho relativas a la notificación constituyen una cuestión específicamente procesal (*La Ley*, t. 76, pág. 673). Comentando dicho pronunciamiento dice DASSEN que se ha incurrido en un error porque tratándose de un domicilio constituido ha debido dejarse el telegrama, como se hace con la cédula y en caso contrario no ha habido legalmente notificación (*La notificación telegráfica en la justicia del trabajo y el derecho de defensa en juicio*, *Jurisp. Arg.*, 1954-III, doct., pág. 22). Informado por Correos y Telecomunicaciones que en el despacho telegráfico se omitió el piso y departamento del domicilio constituido, debe admitirse que no fué recibida la citación (Cám. Apel. Trabajo, *Jurisp. Arg.*, 1948-II, pág. 19).

(150/4) Diario de Sesiones del Senado, 1953, págs. 554 y 555.

(151) Si bien es potestad del juez determinar en qué diarios deben publicarse los edictos, corresponde que ejercite esa facultad consultando las tarifas más bajas, pero cuidando que esas publicaciones, por la difusión de los órganos designados, puedan llenar su cometido de notificar a personas inciertas, para asegurar la inviolabilidad de la defensa en juicio (Cám. Nac. Com., *Jurisp. Arg.*, 1954-IV, pág. 97). El Reglamento de Justicia del 17 de diciembre de 1952 dispone en su art. 130: "Los juzgados llevarán un registro público en el que asentarán las designaciones de diarios, periódicos o revistas efectuadas por el juez para la publicación de edictos, sin que haya mediado pro-

ejecutivo (art. 499), en las sucesiones *ab intestato* (art. 687), en el concurso civil de acreedores (art. 728), etc. De allí que sus disposiciones se refieran especialmente a la situación que contemplan, y que son las que vamos a analizar, sin perjuicio de que en los demás casos se tengan en cuenta las reglas establecidas para cada uno de ellos.

b) El legislador se coloca en dos supuestos: que el actor ignore la identidad de su demandado, o que, conociéndola, ignore su domicilio. El primero se presenta comúnmente cuando una persona fallece y sus herederos son desconocidos, porque no habitan en el mismo lugar o porque se ignora realmente su existencia; también ocurre con frecuencia en el cobro de impuestos cuando se desconoce el nombre del propietario del inmueble gravado y no consta en los registros respectivos. Pero puede saberse quién es el demandado e ignorarse su domicilio actual a los efectos del traslado de la demanda, que es el segundo supuesto, respecto del cual hay que advertir que, aun cuando el código habla solamente de domicilio, debe entenderse comprendida la residencia, porque si ésta fuese conocida, deberá notificarse allí la demanda, aunque se trate de la última residencia, conforme al art. 4 del código de procedimiento.

c) El edicto (*citatio edictalis*) es la publicación que se hace poniendo en conocimiento del interesado una resolución judicial. Debe contener las enunciaciones fundamentales de toda notificación, es decir, el nombre del destinatario cuando fuere conocido, o del causante en su caso, o la individualización del inmueble u otro objeto del litigio si el demandado fuese desconocido; la transcripción ínte-

puesta de partes o prescindiendo de ella. En este registro se indicará, además, el nombre de la causa, su naturaleza y monto. Trimestralmente se elevará a la Corte Suprema y a la respectiva Cámara de Apelaciones una nómina de esas designaciones con las menciones expresadas".

gra de la providencia cuando fuese de mero trámite o la parte dispositiva si fuese la sentencia definitiva o interlocutoria con fuerza de tal; la autorización del secretario del tribunal y cualquiera otra indicación que pueda facilitar el conocimiento por parte del interesado de la providencia judicial.

d) Los requisitos para la procedencia de la notificación por edictos varían según los casos. Cuando el actor manifiesta que ignora quién es el demandado, no se le puede exigir la comprobación de esa circunstancia, por cuanto se trata de una situación negativa; debe entonces ordenarse la publicación de los edictos, sin perjuicio de que, si posteriormente se demuestra que conocía o tuvo medios para identificar al demandado, se declare la nulidad de la notificación y de todo lo actuado como consecuencia de la misma (^{151/1}). De allí que en la ejecución por impuestos se exija previamente un informe de las oficinas que podrían contribuir a esa identificación, y sólo ante su resultado negativo se autoriza la publicación (¹⁵²). Pero cuando se sabe quién es el demandado y se manifiesta ignorar su domicilio, la jurisprudencia ha exigido, siempre, que se justifique haberse practicado diligencias tendientes a conocerlo, lo cual puede hacerse por cualquier medio de prueba (¹⁵³). Sin embargo, el código no requiere esa justifica-

(^{151/1}) Cám. Civ., *Fallos*, t. 125, pág. 335.

(¹⁵²) Son suficientes los informes del Registro de la Propiedad y Contribución Territorial en los juicios por cobro de impuestos contra propietarios desconocidos (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 41, pág. 98).

(¹⁵³) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 28, pág. 587; t. 38, pág. 670; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 44, pág. 275; t. 45, pág. 644; *Jurisp. Arg.*, 1944-I, pág. 34; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 24, pág. 963; Cám. Fed. Cap., *Jurisp. Arg.*, 1951-I, pág. 263; *La Ley*, t. 60, pág. 280; Cám. Fed. Bahía Blanca, *Jurisp. Arg.*, 1945-II, pág. 223; Cám. 1ª Civ. y Com. La Plata, *Jurisp. Arg.*, 1947-IV, pág. 195; DE LA COLINA, t. 1, pág. 490; CASTRO, t. I, pág. 131; *Jurisp. Arg.*, 1949-II, pág. 76. La justificación no es necesaria en el juicio de divorcio cuando éste se funda

ción previa ⁽¹⁵⁴⁾, que ocasiona demora sin ningún beneficio, ya que, probado que el actor conocía o tenía medios para conocer el domicilio del demandado, son nulas la notificación y todas las actuaciones posteriores a la misma, como también lo tiene establecido la jurisprudencia ⁽¹⁵⁵⁾.

e) Los edictos serán publicados por quince veces en dos periódicos que el juez designará ^(155/1). De modo que si el periódico no fuese diario o no apareciera un día determinado, la interrupción no afectará la validez del edicto, siempre que la publicación se haga en forma continua y por el número de veces que la ley o el juez determine. porque la disposición del art. 80 se refiere únicamente, como hemos dicho, a la citación en el juicio ordinario, debiendo en los demás casos fijarse por el juez el número de las publicaciones. Uno de los diarios debe ser, necesariamente, el *Boletín Judicial*, conforme a lo dispuesto en el art. 323 de la ley 1893, sobre organización de los tribunales ⁽¹⁵⁶⁾.

en el abandono del hogar (Cám. Civ., *Fallos*, t. 131, pág. 167); ni en los juicios especiales como el ejecutivo (cód. proc., art. 499), sucesorio (íd., art. 687), concurso (íd., art. 728), etc. No es suficiente el informe de una compañía naviera de que el demandado ha tomado pasaje para ausentarse al extranjero (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 28, pág. 587; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 12, pág. 301). Es bastante el resultado negativo del mandamiento diligenciado en el domicilio indicado en la obligación (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 51, pág. 657).

(154) La Cámara de Paz en pleno ha declarado improcedente esa exigencia, porque se opone al espíritu de la ley 11.924 (*Jurisp. Arg.*, 1947-IV, pág. 363).

(155) Cám. Civ., *Fallos*, t. 41, pág. 424; t. 127, pág. 147; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 21, pág. 936; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 24, pág. 963.

(155/1) En prensa ya esta obra, se dictó el 31 de Enero de 1956 el Decreto-ley nº 1793 por el cual se redujo los plazos de publicación de los edictos, fijándose en cinco días los establecidos por el art. 80 del cód. de proc. y 65 de la ley nº 50. Por el mismo decreto se suprimió el *Boletín Judicial*, debiendo hacerse las publicaciones en el *Boletín Oficial*, sin perjuicio de las que correspondan por igual término en el diario que el juzgado designe.

Las partes están obligadas a velar por la correcta publicación de los edictos que se les ha entregado; si los edictos, por ejemplo, han sido publicados con un error ortográfico en el apellido, y la reclamación se formula después de terminadas las publicaciones, éstas serán nulas y deberán hacerse de nuevo, a costa de los interesados⁽¹⁵⁷⁾. La publicación se acreditará acompañando a los autos un ejemplar de cada diario y el recibo de la imprenta respectiva (art. 80, párr. 2º).

f) "Si vencido el término de los edictos no compareciere el citado, se nombrará defensor que lo represente en el juicio" (art. 80, párr. 3º). Esta disposición se refiere al emplazamiento que se hace al demandado para que comparezca a tomar intervención en el juicio ordinario, de lo que nos ocuparemos en su oportunidad; en los demás casos en que la publicación por edictos procede, la consecuencia será la que la ley establezca expresamente (consentimiento de la providencia, aprobación de la liquidación, etc.).

23. Nulidad de la notificación.

a) "Toda notificación que se hiciere en contravención a lo que queda prescripto será nula, y el actuario que la practicase, a más de responder de los perjuicios que cause a las partes, incurrirá en una multa de quinientos pesos por la primera vez, de mil pesos por la segunda, perdiendo el empleo en caso de nueva reincidencia" (art. 40, párr. 1º)⁽¹⁵⁸⁾. Tiende esta disposición a asegurar la eficacia de la

(156) Esta disposición no rige en la jurisdicción federal (Cám. Fed. de la Cap., *Jurisp. Arg.*, t. 39, pág. 343; t. 40, pág. 51).

(157) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 33, pág. 1095.

(158) Las cantidades consignadas en el artículo se refieren a la moneda corriente en la provincia de Buenos Aires a la fecha de la sanción del código, equivaliendo cada peso de la misma a cuatro centavos de la moneda actual, de modo que las multas serían de veinte y cuarenta pesos, respectivamente.

diligencia e importa exigir el cumplimiento de las formalidades establecidas por la misma, pero ya hemos visto cómo la omisión de alguna de ellas no afecta su validez. La nulidad de la notificación trae como consecuencia la de todas las actuaciones posteriores que se funden en ella, y así, por ejemplo, si se tratara de la notificación de la demanda, aun cuando se hubiese llegado hasta el estado de sentencia, no existirá propiamente juicio, porque el procedimiento íntegramente sería nulo.

b) Hemos dicho que las nulidades de procedimiento son relativas y, por consiguiente, sólo deben ser declaradas a petición de la parte a quien afecta, la que puede, en consecuencia, convalidarla en forma expresa o tácita. Por eso dispone el art. 40, en su párrafo segundo: "Sin embargo, siempre que resulte de autos haber tenido la parte noticia de la providencia, la notificación surtirá desde entonces sus efectos, como si estuviera legítimamente hecha, sin que por esto quede relevado el escribano de la responsabilidad establecida en la primera parte de este artículo". No obstante tratarse de un instrumento público, el legislador no ha querido sacrificar a la forma el objeto de la diligencia misma que es poner en conocimiento del interesado una providencia que le afecta, de tal manera que, cuando ese objeto se ha logrado, la notificación produce sus efectos legales, sin perjuicio de las sanciones que deban aplicarse al funcionario. El juez debe proceder, en esta emergencia, con suma cautela, pues se trata de situaciones de hecho cuyas modalidades variarán en cada caso y que deben ser apreciadas con criterio restrictivo ⁽¹⁵⁹⁾. El artícu-

(159) De la abundante jurisprudencia entresacamos los siguientes ejemplos: es válida la notificación por cédula dirigida a otra persona si la recibió y firmó el interesado (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 57, pág. 128). La presentación del apoderado y su notificación del auto de apertura a prueba del juicio subsanan las deficiencias de las notificaciones anteriores (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 19, pág. 721). Si de

lo, por de pronto, impone una condición, y es que el conocimiento resulte de los autos mismos, de modo que sería insuficiente la prueba de un conocimiento extrajudicial (160). Por otra parte, la *omisión* de notificación de una providencia que debe hacerse por cédula, según expresa disposición de la ley, no puede considerarse subsanada por el conocimiento que de la misma tenga el interesado, porque el artículo funciona en el caso de que la notificación se hubiese practicado aunque en forma defectuosa, pero no

autos resulta que, con anterioridad a la diligencia impugnada de nulidad, el interesado ha tenido conocimiento del auto notificado por ella, aquella diligencia surte desde su fecha todos sus efectos legales (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 19, pág. 492). El retiro de un expediente para examinar una rendición de cuentas importa darse por notificado del auto que le fijaba plazo para impugnarla (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 36, pág. 1428; t. 46, pág. 655), aun en el caso de que lo hubiera sido por un tercero habilitado para el efecto (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 38, pág. 134. Contra: Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, re: Consenza v. Petracchi, 24 de marzo de 1941). Es válida la notificación practicada en feriado si firmó el mismo interesado (Cám. Fed. de La Plata, *Jurisp. Arg.*, t. 41, pág. 607). La caución juratoria prestada por el representante del actor en el expediente principal a continuación del auto que abre a prueba el juicio y decreta el embargo preventivo a que esa caución se refiere, supone necesariamente que el actor se ha enterado de ambas disposiciones (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 47, pág. 669). La presentación de un escrito importa darse por notificado de una providencia anterior, siempre que de su texto resulte el conocimiento de la misma (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 48, pág. 544; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 48, pág. 581). La reposición del sellado importa el conocimiento del auto que lo ordena y que, además, contiene otras disposiciones (Cám. Civ., *Jurisp. Arg.*, t. 57, pág. 165). La omisión de la notificación de un traslado queda subsanada si el interesado de una providencia posterior no reclamó del juez de la causa la reparación de la deficiencia (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 50, pág. 971). Ver: *supra*, nota 144/1.

(160) Sin embargo, se ha declarado que la falta de notificación queda subsanada si el demandado ha debido tener conocimiento del juicio por la circunstancia de vivir, en el lugar donde se hizo la notificación, varios hijos suyos (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 11, pág. 1021), y que si al ejecutado se le descontaba el sueldo no podía alegar ignorancia de las actuaciones (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 42, pág. 1176).

cuando falta la notificación misma ⁽¹⁶¹⁾. Naturalmente que se excluye en este caso el supuesto de que el interesado demuestre darse por notificado, por ejemplo, si ofreciere prueba antes de notificársele por cédula el auto respectivo.

29. Notificación a funcionarios judiciales.

a) El art. 33 *in fine* del código de procedimiento dispone que: "Los funcionarios judiciales serán notificados en su despacho". Los funcionarios judiciales a que esta disposición se refiere no son sino los miembros del ministerio público, fiscal y pupilar, de modo que mejor hubiera sido establecerlo expresamente para evitar interpretaciones erróneas. Así, la Cámara Civil 2ª, por resolución del 12 de noviembre de 1912, declaró comprendido en el artículo al fiscal eclesiástico, pero éste, aun cuando es un funcionario público, ya que su designación emana del Poder Ejecutivo de la Nación ⁽¹⁶²⁾, sólo tiene a su cargo la defensa de los intereses de la Iglesia, y, por lo tanto, no es un funcionario judicial, sino el representante de una de las partes en el litigio, sometido a todas las prescripciones de la ley procesal respecto de las mismas.

b) Tampoco es acertada la solución de la jurisprudencia en cuanto declara que los agentes fiscales deben ser notificados en su despacho, tanto cuando actúan como tales, como cuando son mandatarios especialmente designados en cada caso por el Poder Ejecutivo de la Nación ⁽¹⁶³⁾. Es ne-

⁽¹⁶¹⁾ Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 47, pág. 107.

⁽¹⁶²⁾ El fiscal eclesiástico, como representante legal de la Iglesia, es un funcionario público y no está obligado a justificar su personería (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 35, pág. 63).

⁽¹⁶³⁾ Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 11, pág. 338, re: *Sud América v. Gobierno nacional*, 31 de diciembre de 1940. La Corte Suprema ha declarado: "El hecho de que en la causa el procurador fiscal no actúe como representante del Ministerio Público, sino como mandatario de

cesario distinguir uno de otro supuesto, porque cuando la Nación actúa como parte en un litigio el fiscal es su representante, y no hay razón para crearle una situación de privilegio (¹⁶⁴), tanto más cuando el art. 6 de la ley 4128 equipara a los representantes del ministerio fiscal y pupilar a los demás litigantes en cuanto a los términos del procedimiento.

c) Los asesores de menores e incapaces desempeñan, a veces, funciones ajenas a su cargo que le son encomendadas por leyes especiales; así la ley 9688, art. 16, les atribuye personería para ejecutar y percibir en su respectiva jurisdicción los valores destinados a ingresar a la Caja de Garantía que ella crea. En tales casos actúan también como representantes legales de una de las partes y quedan sometidos a las prescripciones de las leyes procesales que a ellas se refieran (¹⁶⁵).

Términos (¹⁶⁶)

30. Influencia del tiempo en el derecho procesal.

a) El fenómeno jurídico, como todo producto de la vida, ocupa un lugar en el espacio y en el tiempo, factores

la Nación demandada, no obsta a que las providencias, como la que manda certificar sobre el vencimiento del término de prueba, deban ser notificadas en su despacho, y no por nota en secretaría. Ello debido a la imposibilidad práctica para tales funcionarios de concurrir regularmente a la secretaría los días de nota en todas las causas en que actúan" (*Jurisp. Arg.*, 1953-IV, pág. 161; *La Ley*, t. 69, pág. 46).

(164) Así lo hacía notar el fiscal de Cámara doctor Quesada en el fallo registrado en *Jurisp. Arg.*, t. 11, pág. 338.

(165) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 31, pág. 919.

(166) CARAVANTES, *Procedimientos judiciales*, t. 2, pág. 322; CASTRO, *Procedimientos penales*, t. 1, pág. 195; CHIOVENDA, *Principii*, pág. 669; BELLAVITIS, *Diritto processuale civile*, pág. 143; GOLDSCHMIDT, *De-*

ambos que el derecho no puede, por consiguiente, dejar de tomar en cuenta para regular su eficacia y sus efectos. Los problemas que su ubicación en el espacio plantea son a veces la materia de ciertas disciplinas independientes, como el derecho internacional privado, pero también constituyen un capítulo de nuestra materia, como es el que se refiere a la eficacia extraterritorial de los actos jurisdiccionales. Por el factor tiempo puede nacer un derecho: así, por la posesión continua de treinta años, con ánimo de tener la cosa para sí, sin necesidad de título ni de buena fe de parte del poseedor, y sin distinción entre ausentes y presentes, se adquiere la propiedad de cosas inmuebles y demás derechos reales (cód. civ., art. 4015). Por el transcurso del tiempo el derecho se transforma; la ejecución de sentencia en el procedimiento federal se tramita por la vía de apremio, si se la intenta dentro de los tres meses siguientes al día en que ella quedó ejecutoriada, y pasado ese término se aplicará el procedimiento del juicio ejecutivo (ley 50, art. 309). También por el transcurso del tiempo el derecho se extingue: por el solo silencio o inacción del acreedor por el tiempo designado por la ley, queda el deudor libre de toda obligación mediante la prescripción liberatoria (cód. civ., art. 4017).

b) Tales principios rigen también en materia procesal, pues hemos visto que los actos de procedimiento tienen igualmente un lugar en el tiempo y en el espacio. Del primer aspecto nos hemos ocupado al estudiar la extraterritorialidad de los actos procesales (I, 16); el segundo influye en la marcha del proceso, porque la eficacia del acto depen-

recho procesal civil, pág. 204; GUASP, *Comentarios*, t. 1, pág. 801; PRIETO CASTRO, *Exposición*, t. 1, pág. 195; ROCCO, *Derecho procesal civil*, pág. 259; JOFRÉ, *Manual*, t. 1, pág. 249; KISCH, *Elementos*, pág. 147; LIEBMAN, *Corso*, pág. 97; MOREL, *Traité élémentaire*, pág. 448; RODRÍGUEZ, *Comentarios*, t. 1, pág. 40.

de de que sea ejecutado en momento oportuno, y de allí que la ley reglamente el tiempo fijando límites temporales a la actividad de los sujetos procesales y establezca los días y horas hábiles en que los actos pueden ser ejecutados. La inobservancia de los principios legales en esta materia puede ocasionar la pérdida de un derecho y hasta la extinción del proceso mismo, porque la falta de contestación a la demanda, por ejemplo, dentro del término fijado por la ley, ocasiona la pérdida del derecho a contestarla en adelante; las resoluciones judiciales adquieren el carácter de *preclusivas* si no se interpone en tiempo el recurso de apelación contra las mismas; las excepciones previas sólo pueden oponerse dentro de un término dado; si el apelante no expresa agravios, se produce la deserción del recurso, y la sentencia de primera instancia queda firme; la inactividad de las partes da lugar a la caducidad de la instancia que extingue el proceso.

31. Concepto de los términos.

a) Puede definirse el término diciendo que es el espacio de tiempo dentro del cual debe ejecutarse un acto procesal. Este concepto, aunque objetivo, debe considerarse provisorio, pues veremos en seguida cómo se amplía en cuanto examinemos la función de los términos en el proceso.

b) En nuestro derecho, término y plazo tienen un mismo significado, lo que no ocurre en otras legislaciones, como la alemana, donde la palabra "término" significa una concesión de tiempo hecha para un momento dado, por ejemplo, la citación a la audiencia; en tanto que por plazo de tiempo se entiende el espacio de tiempo fijado por la ley o por el juez para la ejecución de un acto. Este segundo concepto es el que corresponde a nuestro régimen, explicándose el dis-

tingo por la diferencia de estructura del proceso en las dos legislaciones (166/1).

c) De lo expuesto no debe deducirse que la ejecución de los actos fuera de término produzca en todos los casos los mismos efectos, pues depende de la naturaleza del término. Así, la resolución de un juez dictada en día inhábil es nula, pero la notificación de la demanda en las mismas condiciones se tiene por válida si el demandado contesta la demanda sin impugnarla; la interposición de un recurso fuera de término es ineficaz, pero si el término no es perentorio, el acto puede ejecutarse aun después de vencido aquél, en tanto la otra parte no pida el decaimiento del derecho mediante la acusación de rebeldía. En algunos casos, pues, habrá nulidad, en otros el acto carecerá de eficacia, mientras que a veces la violación del término no tendrá consecuencias; es decir, que habrá que tenerse en cuenta en cada caso su naturaleza para determinar los efectos.

32. Función de los términos en el proceso.

a) Los términos tienen por objeto la regulación del impulso procesal a fin de hacer efectiva la *preclusión* de las distintas etapas del proceso que permiten su desarrollo progresivo. El proceso es un conjunto de actos de procedimiento ejecutados por las partes y el juez en momentos distintos que constituyen diversos estadios, cada uno de los cuales supone la terminación del anterior (IV, 17). La prueba supone la contestación a la demanda; los alegatos son posteriores a la

(166/1) La ley de enjuiciamiento civil española no distingue entre término y plazo, pero la doctrina define el término como "el momento de tiempo en que debe realizarse un determinado acto procesal" (p. ej., la citación a una audiencia) y el plazo "el espacio de tiempo en que debe realizarse, pudiendo ocurrir en cada uno de los momentos que lo componen" (p. ej., el emplazamiento para contestar la demanda). GUASP, PRIETO CASTRO, *loc. cit.*

prueba; la sentencia supone los alegatos. Y si tomamos cada una de estas etapas, veremos que también están constituidas por otras intermedias: la contestación a la demanda importa la *preclusión* del término para oponer excepciones previas; la prueba debe ofrecerse dentro de los primeros diez días de abierta la causa a prueba, excepto la de posiciones, etc. El pase de un estadio a otro se obtiene mediante el impulso procesal, y si cada una de las partes o el juez pudieran ejecutar los actos procesales a su arbitrio en cualquier tiempo, la marcha del proceso quedaría librada a su voluntad; no sólo desaparecería el orden, sino que los trámites demorarían indefinidamente, en perjuicio de los litigantes y de la sociedad, que tiene interés en que los litigios terminen y se restablezca el orden jurídico mediante la sentencia.

b) Tienen también los términos otra función, y es la defensa de los derechos de los litigantes, evitando que éstos puedan resultar víctimas de la astucia de su contrario. Si el demandado no dispusiese de un término prudencial para contestar la demanda, no podría preparar su defensa y correría el riesgo de que la precipitación le hiciera descuidar algunos aspectos fundamentales, en tanto que el actor ha dispuesto de todo el tiempo que ha querido para organizar sus medios de ataque. Es posible que en algunos casos la brevedad de los términos pueda ocasionar perjuicios a los litigantes, pero también la lentitud de los juicios ocasiona perjuicios mayores, y la experiencia enseña que no hay términos breves cuando las partes son diligentes.

Regulación de los términos

33. Disposiciones legales.

a) No existe en el código de procedimiento una teoría general de los términos, y tampoco sería ello procedente,

ya que ésa es misión de la doctrina, pero contiene disposiciones expresas respecto de su naturaleza, modos de computarlos y efectos que producen, tales como los arts. 6, 7, 41, 43, 44, 46, etc. Además, numerosas leyes especiales, como las de arrendamientos agrícolas, quiebras, etc., contienen disposiciones sobre términos que deberán ser tenidos en cuenta en cada caso.

b) Por otra parte, el código civil, en su art. 29, establece que las disposiciones del mismo, respecto del modo de contar los intervalos del derecho, contenidos en los arts. 23 a 28, serán aplicables a todos los plazos señalados por las leyes, por los jueces o por las partes en los actos jurídicos, siempre que en las leyes o en esos actos no se disponga de otro modo. Por esa circunstancia se ha declarado que los códigos civil y comercial son supletorios del de procedimiento en materia de términos (167).

c) Debe tenerse en cuenta que en los juicios de jurisdicción voluntaria no rigen las reglas sobre términos judiciales, y así, por ejemplo, puede interponerse el recurso de apelación cualquiera sea el tiempo transcurrido desde la notificación (168).

34. Días hábiles.

a) Dispone el código de procedimiento, en su art. 6, que las actuaciones judiciales deben practicarse en días y horas hábiles, bajo pena de nulidad. Son hábiles, agrega, todos los del año, menos los exceptuados por la ley.

b) El artículo declara inhábiles solamente los exceptuados por la ley; pero también deben considerarse inhábiles los días de fiesta nacional que decreta el Poder Ejecutivo.

(167) Cám. Com., *Fallos*, t. 3, pág. 181.

(168) Cám. Civ., *Fallos*, t. 204, pág. 390.

vo (169). La jurisprudencia había declarado que los feriados extraordinarios decretados por el Poder Ejecutivo de una provincia no influyen en los términos en el fuero federal (170), pero habiendo la Corte Suprema establecido (*infra*, nota 174) que son inhábiles los días señalados “no laborables” por los gobiernos de provincias, con mayor razón debe considerarse que también lo son los declarados feriados.

c) El día, dice el art. 24 del código civil, es el intervalo entero que corre de media noche a media noche, y los plazos de día no se contarán de momento a momento ni por horas, sino desde la media noche en que termina el día de su fecha.

d) Son días feriados para los tribunales nacionales en toda la República: los de feria anual, que comprenden desde el 1º al 31 de enero (171); los sábados (172); los domingos y los días 1º de mayo, 25 de mayo, 20 de junio, 9 de julio, 17 de agosto, 12 de octubre y 25 de diciembre; y días no laborables el 1º de enero, 6 de enero, lunes y martes de Carnaval, Jueves y Viernes Santo, el día de Corpus Christi, el 15 de agosto, 1º de noviembre y el 8 de diciembre (173).

(169) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 3, pág. 718.

(170) Cám. Fed. de La Plata, *Jurisp. Arg.*, t. 31, pág. 801.

(171) Ley de la provincia de Buenos Aires del 12 de noviembre de 1864, aplicable por el art. 318 de la ley 1893 de Organización de los Tribunales. Reglamento para la Justicia Nacional, art. 2.

(172) Acordada de la Corte Suprema de Justicia del 13 de junio de 1950 (*Jurisp. Arg.*, 1950-III, pág. 607).

(173) Decreto-ley nº 2446 del 9 de febrero de 1956. Los días no laborables son de feriado obligatorio para la Administración pública y optativo para el comercio, la industria y las actividades privadas. El Reglamento para la Justicia Nacional, art. 2, establece que los tribunales del interior del país tampoco funcionarán los días señalados no laborables por los respectivos gobiernos.

Son también feriados los días que la Corte Suprema de Justicia declare de feria judicial (174).

35. Horas hábiles.

a) Las actuaciones judiciales deben practicarse en horas hábiles, según dispone el art. 6 del código de procedimiento, pero no determina cuáles deben ser consideradas como tales. La Partida 3ª, título 22, ley 5, prescribía que los juicios deben verse de día y no de noche, por lo que ha de entenderse que son horas hábiles las que median entre la salida y puesta del sol (175). Esta referencia a la mecánica celeste es imprecisa y origen de numerosas dificultades; preferible sería establecer horas fijas, con lo que se eliminaría toda duda (176).

b) Se consideran hábiles todas las horas del día, pues ciertas leyes especiales, como las de descanso dominical (nº 4661), cierre de las casas de comercio los días sábados (nº 11.640), carecen de aplicación tratándose de diligencias judiciales, así como las disposiciones concernientes al horario de los tribunales, que sólo se refieren a las horas en que las oficinas deben estar abiertas al público (177).

c) No obstante lo dispuesto en el artículo, las partes

(174) Reglamento para la Justicia Nacional, art. 2, el cual dispone asimismo que los tribunales nacionales no funcionarán los días de Semana Santa.

(175) El art. 67 de la ley 50 establece que ninguna cédula podrá entregarse en día feriado que no se halle habilitado previamente o en días habilitados antes de salir ni después de puesto el sol. En el mismo sentido, el art. 131 del cód. proc. penal.

(176) El proyecto LASCANO dispone que se considerarán horas hábiles desde las ocho hasta las dieciocho (art. 45).

(177) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 48, pág. 176; t. 52, pág. 188. El Reglamento de la Corte Suprema de Justicia del 12 de diciembre de 1952 establece en su art. 6: "La Corte Suprema establecerá el horario para el funcionamiento de los tribunales nacionales de la Capi-

pueden, en caso de urgencia, presentar escritos hasta la media noche en el domicilio de un secretario, aunque no sea el de la causa, por ejemplo cuando tuvieren por objeto evitar el vencimiento de un término.

36. Sanción de nulidad.

El mismo art. 6 establece la sanción de nulidad para el caso de que la diligencia se practique en hora o día inhábil, pero ya hemos visto que todas las nulidades en materia de procedimiento son relativas y que no existe la categoría de nulidades absolutas que legisla el código civil, de manera que aun contraviniéndose ese precepto no puede

tal Federal. Para los tribunales del interior del país regirán los horarios que establezcan las respectivas cámaras nacionales con aprobación de la Corte Suprema. El horario no podrá ser inferior a seis horas, sin perjuicio de la prolongación o disminución que, con carácter general, pueda disponerse por la Corte Suprema o las cámaras nacionales de apelaciones con aprobación de aquéllas, o accidentalmente por los tribunales o jefes de las oficinas que lo requieran". Por acordada del 13 de junio de 1950, que hemos citado más arriba, la Corte declaró, como hemos dicho, feriado judicial con carácter general y permanente para toda la Justicia Nacional los días sábados y estableció para las oficinas judiciales de la Capital Federal el horario de 11 y 30 horas a 18 horas. Posteriormente, por acordada del 2 de noviembre de 1950 (*Jurisp. Arg.*, 1950-IV, pág. 830), modificó dicho horario para los meses de verano, disponiendo que desde el 15 de noviembre hasta el 15 de marzo, ambos inclusive, las oficinas de los tribunales de la justicia de la Capital Federal permanecerán abiertas al público de lunes a viernes desde las siete hasta las trece horas, debiendo las respectivas cámaras de apelaciones introducir, para los tribunales del interior del país, las modificaciones necesarias en los horarios matutinos, comunicándolas de inmediato a la Superintendencia de la Corte. Por acordada del 13 de junio de 1950 (misma cita) también se dispuso que los Tribunales del Trabajo de la Capital Federal funcionarán de lunes a viernes desde las trece y treinta horas hasta las veinte horas, no estando en consecuencia comprendidos en la acordada de la misma fecha mencionada anteriormente.

decretarse la nulidad de oficio sino a petición de parte, siempre que ésta la formule en tiempo, es decir, cuando no hubiese consentido el procedimiento con la ejecución del acto que no habría ejecutado si considerase nula la diligencia. Tal, por ejemplo, el caso de la notificación de una demanda en día feriado o en hora inhábil, no obstante lo cual el demandado opone excepciones o contesta la demanda sin alegar la nulidad de la notificación.

37. Habilitación de días y horas.

a) El juez puede habilitar los días y horas inhábiles cuando hubiere justa causa, según la primera parte del artículo 7 del código de procedimiento. La habilitación tiene por objeto permitir que se practique una diligencia tendiente a evitar que se frustre un derecho o se ocasione un perjuicio. Debe solicitarse al juez que interviene en la causa, en días y horas hábiles, sirviendo solamente para el objeto para el cual se pide, y va de suyo que no puede ser decretada de oficio sino excepcionalmente (177/1).

b) Durante el mes de enero, que, como hemos visto, es feriado en los tribunales de la Capital, queda de turno un juez de lo civil, un juez de lo comercial y un vocal de cada una de las Cámaras de Apelaciones, cuya designación hacen los tribunales superiores en los últimos días del mes de diciembre de cada año y los cuales atienden los asuntos de

(177/1) La ley 14.237 dispone en su art. 7: "Cuando no fuese posible señalar las audiencias dentro de un término que permita practicar las actuaciones judiciales en el plazo indicado por la ley los jueces deben habilitar las horas o días necesarios". Por su parte, el Reglamento de Justicia establece (art. 7): "Los tribunales podrán habilitar días y horas en los asuntos que no admitan demora". La habilitación del feriado debe pedirse al juez de feria, incluso cuando se interpone un recurso de apelación, porque debe darse a la otra parte la oportunidad de presentar en primera instancia su memorial, como lo prescribe el art. 44 de la ley 14.237.

urgente despacho que puedan ocurrir en el transcurso del mes (178). El camarista de feria no asume las atribuciones y facultades del tribunal, pues sólo está autorizado para expedir providencias internas que no admiten demora y limita su actuación a los asuntos de urgencia. Así, no tiene facultad para dictar resoluciones con carácter definitivo, y, en caso contrario, éstas serían nulas (179), salvo que se haya habilitado el feriado y se trate de un pronunciamiento referente a la validez de medidas decretadas en primera instancia, como único medio de evitar que pudiera prolongarse una situación injusta (180).

c) El código no determina cuáles son las cuestiones que permiten la habilitación del feriado, sino que agrega, en el art. 7, que será justa causa el riesgo de quedar ilusoria una providencia judicial o frustrarse por la demora una diligencia importante al derecho de las partes. Por consiguiente, la apreciación de la urgencia queda librada al cri-

(178) Ley de la provincia de Buenos Aires, del 10 de noviembre de 1864; ley 1893, sobre organización de los tribunales de la Capital, art. 318; acordada de las Cáms. Civ. y Com. en pleno de 16 de octubre de 1893. Ver *Jurisp. Arg.*, t. 35, pág. 737.

(179) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 29, pág. 669; t. 35, pág. 6. y fallos en nota.

(180) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 57, pág. 693. El camarista de feria carece de facultades para pronunciar resoluciones de carácter definitivo que no tengan la condición de urgente, ajustada ella al concepto del art. 7 de la ley procesal, pues el carácter colegiado del tribunal de apelación no permite la delegación de sus atribuciones en el camarista de feria, sin falsear la índole propia del cuerpo y contravenir los arts. 83 y 85 de la ley orgánica (*La Ley*, t. 33, pág. 80; t. 61, pág. 651). No corresponde al camarista de feria rever resoluciones tomadas por los jueces de primera instancia en el curso ordinario del año judicial, por no constituir tribunal hábil para ello, máxime no mediando una situación de urgencia (Trib. Feria, *Jurisp. Arg.*, 1951-II, pág. 218). No procede la resolución del tribunal de feria de segunda instancia en asunto que no le fué sometido por haber quedado el expediente en primera instancia, aun cuando con apelación concedida antes del feriado (Cám. Nac. de Feria, *Jurisp. Arg.*, 1953-II, pág. 488).

terio del juez, pero con recurso de apelación ante el superior en caso denegado⁽¹⁸¹⁾. Por el contrario, es inapelable la resolución que haga lugar al pedido de habilitación, pues, si se concediera el recurso, la diligencia podría resultar ilusoria y se desvirtuaría el propósito de la ley.

(181) Se ha declarado que corresponde habilitar el feriado para el caso de que el alimentante solicite la reducción de la pensión por haber perdido uno de los empleos que se tomaron en cuenta para fijar el monto de la misma (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 19, pág. 61); cuando se persigue el lanzamiento ya comenzado en un juicio de desalojo (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 32, pág. 582); para determinar la suma requerida en un juicio de divorcio para gastos de enfermedad de la esposa (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 32, pág. 583); para decretar medidas precautorias (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 49, pág. 5); decretar un pedido de quiebra (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 49, pág. 6); levantar las interdicciones y vigilancia del fallido con motivo de la revocatoria del auto de quiebra (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 33, pág. 583); ampliar un embargo preventivo (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 45, pág. 8); proceder al remate ordenado por auto consentido (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 35, pág. 8); si se trata de resolver una operación concertada por una sucesión, la que tiene un plazo improrrogable que vence durante la feria (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 45, pág. 9) en la denuncia sobre incumplimiento del régimen de visitas establecido judicialmente, si existe riesgo de que quede ilusoria la respectiva providencia (Cám. Nac. Civ., *Jurisp. Arg.*, 1953-II, pág. 488; *La Ley*, t. 53, pág. 603); autorizar el traslado de menores a un lugar de veraneo (*Gac. del Foro*, t. 195, pág. 119); proveer el recurso contra la intervención judicial de una sociedad (Cám. Com., *La Ley*, t. 49, pág. 665); disponer un nuevo examen médico de la presunta insana internada, porque de lo contrario se consumaría una privación de libertad (Cám. Civ., *La Ley*, t. 45, pág. 442); etc. No procede, en cambio, para la resolución de recursos interpuestos con anterioridad a la feria (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 24, pág. 5); para la tramitación ordinaria de una sucesión (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 6, pág. 203); si no se trata de fijar el monto de la pensión alimenticia, sino de decidir acerca del derecho que invoca la actora para el ejercicio de la acción por alimentos rechazada en primera instancia (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 35, pág. 7); para tramitar un interdicto de retener (Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 35, pág. 6); para resolver el recurso contra el auto que ordenó el embargo bajo responsabilidad y caución juratoria del peticionante (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 45, pág. 15); para substanciar la nulidad de un auto de quiebra (Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 49, pág. 6). La habilitación del feriado procede solamente cuando media el riesgo de

Clasificación de los términos

38: Legales, judiciales y convencionales.

a) Llámense legales los términos expresamente establecidos en la ley. Así, el término de nueve días que el demandado tiene para oponer excepciones en el juicio ordinario (art. 9); el de quince días que se le acuerda para contestar la demanda (art. 4, ley 4128); el de tres días que las partes tienen para interponer el recurso de revocatoria (art. 224) y el de cinco días para interponer los de apelación (art. 228) y nulidad (art. 239); el de cuarenta días que se fija al juez para dictar sentencia definitiva en juicio ordinario (art. 215); el de treinta días para la publicación de edictos en el juicio *ab intestato* (art. 639), etc. Estos térmi-

quedar ilusoria una providencia judicial o de frustrarse por la demora alguna diligencia importante al derecho de las partes (Cám. Civ., *La Ley*, t. 1, pág. 422). Debe tratarse de un daño irreparable (Cám. Civ. 2ª, *La Ley*, t. 41, pág. 417). No corresponde para conocer en la inejecución de una obligación de hacer (Cám. Civ., *La Ley*, t. 53, pág. 632); al solo efecto de designar administrador de la sucesión (Cám. Civ. 2ª, *La Ley*, t. 25, pág. 648), salvo caso de urgencia (Cám. FERIA, *La Ley*, t. 30, pág. 146); para considerar el recurso de apelación contra una resolución que ordena entregar un local arrendado (Cám. Civ., *La Ley*, t. 54, pág. 341); para hacer efectivo un lanzamiento (Cám. Paz (II), *La Ley*, t. 1, pág. 61; t. 5, pág. 235); para conocer de recursos interpuestos anteriormente (Cám. FERIA, *La Ley*, t. 33, pág. 236; t. 47, pág. 445); conocer en los recursos sobre cuestiones que importan decisiones definitivas, como la suspensión de resoluciones de una asamblea de accionistas y el ofrecimiento de substituir la orden de suspensión con otra garantía (Trib. FERIA, *La Ley*, t. 33, pág. 80); considerar la toma de posesión de una obra por su propietario y el derecho de retención de la misma que alega correlativamente el constructor, porque son cuestiones de fondo que no pueden resolverse en feria, aunque se alegue que la situación de abandono en que se encuentra la obra puede ocasionar perjuicios (Cám. Com., *La Ley*, t. 17, pág. 430), etc.

nos son fijos y no pueden ser modificados por las partes ni por el juez.

b) Es judicial el término fijado por el juez en ejercicio de facultades que la ley le confiere. Por ejemplo, el término ordinario de prueba no excederá de sesenta días (ley 14.237, art. 24), pero aquél puede fijar un término menor teniendo en cuenta la naturaleza de la causa (art. 112, cód. proc.), y cuando la prueba haya de producirse fuera de la Capital, a pedido de partes, fijará un término extraordinario, atendiendo a la distancia y a la mayor o menor facilidad de comunicaciones (art. 113); en el concurso civil de acreedores el juez fijará un término que no sea menor de quince días ni mayor de sesenta para que los acreedores presenten al síndico los títulos justificativos de sus créditos (art. 727), etcétera.

c) El término es convencional cuando se fija de común acuerdo por las partes. El código de procedimiento no lo autoriza expresamente, pero ninguna razón existe para prohibirlo si no se deroga una disposición de orden público. Así, no sería admisible si tuviese por objeto ampliar un término que la ley declara perentorio, pero nada impediría que las partes fijaran un término para la producción de una prueba o se pusieran de acuerdo sobre la duración del término extraordinario (182).

d) En derecho francés se distinguen los plázos francos de los no francos (183). El plazo es franco cuando se excluyen para su cómputo no solamente los días *a quo*, sino también los días *ad quem*, es decir, el día del vencimiento. Si el plazo no es franco, el acto debe cumplirse el día siguiente al del vencimiento. En nuestro régimen, como vamos a verlo,

(182) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 70, pág. 417. El Proyecto Lascano, en el art. 45, establece expresamente que las partes pueden pedir o consentir la abreviación de un término mediante una manifestación expresa por escrito.

(183) MOREL, *Traité élémentaire* (2ª ed.), pág. 334.

se excluye del cómputo el día de la notificación, pero se incluye el del vencimiento.

39. Perentorios y no perentorios.

a) El término es perentorio cuando por el solo transcurso del tiempo se produce la caducidad del derecho que ha dejado de usarse. No requiere, por consiguiente, ninguna actividad ni de las partes ni del juez; más aún, no podrían ellos evitar sus efectos una vez vencido el término, y así un recurso de apelación concedido con la conformidad expresa o tácita de la parte adversa, debe ser declarado ineficaz por el superior si hubiese sido interpuesto después de transcurrido el término fijado para el efecto. Por eso el término perentorio es uno de los casos de impulso procesal por ministerio de la ley y, por consiguiente, uno de los modos de activar el procedimiento.

b) Son perentorios, según el art. 46, los términos señalados: 1º) para oponer excepciones dilatorias; 2º) para interponer cualquier recurso de las providencias y resoluciones judiciales; 3º) para pedir aclaración de alguna sentencia o que se suplan las omisiones que en ella se hubiesen cometido; 4º) cualesquiera otros que por expresa disposición de la ley tengan el carácter de improrrogables.

En este último inciso el legislador ha incurrido en un

(183/1) Son de orden público las disposiciones relativas a los términos perentorios (Cám. Civ., *La Ley*, t. 14, pág. 107). Los términos perentorios son, por consiguiente, improrrogables y nulas las diligencias practicadas después de su vencimiento, siendo innecesario el acuse de rebeldía. PRIETO CASTRO, *loc. cit.*; GUAS, *loc. cit.*; LASCANO, *Proyecto*, art. 45; *Exposición de motivos*, pág. 94; COUTURE, *Proyecto*, art. 29; *Exposición de motivos*, pág. 86; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Acier-tos del derecho procesal hispano* (Rev. Esc. Nac. de Jurisprudencia, México, abril-junio 1948, pág. 49); SENTÍS MELENDE, *Celeridad en los juicios* (Rev. Der. Procesal (A), 1952, I, pág. 92).

error de técnica, porque la perentoriedad es distinta de la improrrogabilidad, como lo vamos a ver en el párrafo siguiente. Entre los términos perentorios a que este inciso se refiere pueden citarse el art. 14 de la ley 4128, que autoriza al apelante a quien se ha concedido el recurso en relación para presentar un memorial dentro de los tres días de notificado el llamamiento de autos; el término para ofrecer prueba, que debe hacerse dentro de los diez primeros días de abierta la causa a prueba (ley 14.237, art. 24), etc.

Pero no es necesario que el código establezca expresamente cuándo un término es perentorio, sino que ello puede resultar de su propia naturaleza. Por ejemplo, el art. 243 establece que si el apelado no compareciere o no contestase la expresión de agravios, no podrá hacerlo en adelante, y, previa nota del secretario, la instancia seguirá su curso; el art. 270 dispone que, si el apelante pretendiese que el recurso ha debido otorgársele libremente, podrá solicitar, dentro de tercero día de notificado de la providencia de autos, que así se declare y se dé término para expresar agravios.

c) El término no es perentorio cuando, no obstante su vencimiento, puede ejecutarse el acto mientras la parte contraria no pida el decaimiento del derecho, actitud que se concreta en la expresión no muy exacta, pero ya corriente, de acusación de rebeldía⁽¹⁸⁴⁾. La rebeldía podrá acusarse verbalmente ante el actuario, quien asentará en los autos la nota correspondiente, firmándola junto con el interesado (cód. proc., art. 45). La declaración de rebeldía procede sin substanciación alguna, y tiene por efecto producir la clausura del término⁽¹⁸⁵⁾, continuando la tramitación del juicio

(184) Efectivamente, ello da lugar, con frecuencia, a que se le confunda con el juicio en rebeldía, que legislan los arts. 433 y sigs., del cód. proc.

(185) La ley federal de procedimiento n° 50 establece, en su art. 14, que la rebeldía se despachará después de las veinticuatro horas de

según su estado (art. 45). Interpretando este principio, en algunos casos la jurisprudencia ha establecido que debe devolverse el escrito en que se evacua el traslado después de acusada la rebeldía si el término estaba ya vencido ⁽¹⁸⁶⁾, pero en otros, sin razón fundada, se declaró que procede tener por contestada en tiempo la demanda, aunque se haya acusado la rebeldía, si hasta ese momento ella no había sido decretada ⁽¹⁸⁷⁾. Esto constituye un error, porque la rebeldía no se produce por la resolución del tribunal, sino por la manifestación de voluntad de quien la acusa, pues es un caso de impulso procesal dispositivo, es decir, a cargo de las partes (IV, 16) ⁽¹⁸⁸⁾.

d) La división de los términos en perentorios y no perentorios no tiene fundamento lógico, y, por el contrario, atenta con la marcha regular del proceso. Todos los términos debieran ser perentorios, porque si se considera que un acto puede ser ejecutado dentro de un número determinado de días, no hay razón para que se le extienda hasta tanto la

acusada, pudiendo, entretanto, evacuarse la diligencia pendiente. La Corte Suprema ha declarado que esta disposición no se aplica a todos los términos, y así no corresponde conceder las veinticuatro horas para oponer excepciones en juicio ordinario (*Fallos*, t. 99, pág. 148) o en el ejecutivo (*Fallos*, t. 94, pág. 88); en los emplazamientos (*Fallos*, t. 96, pág. 373; t. 99, pág. 148); para expresar agravios (*Fallos*, t. 99, pág. 148). Ver SARTORIO, *La Ley 50*, pág. 125.

(186) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 10, pág. 250; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 43, pág. 1098; t. 64, pág. 247; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 19, pág. 1003.

(187) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 6, pág. 189; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 19, pág. 383; Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 9, pág. 656.

(188) Si el escrito contiene un vicio de forma procesal que es salvado en el día, corresponde no hacer lugar a la rebeldía, ha dicho la Cám. Civ. 1ª (*Jurisp. Arg.*, t. 29, pág. 678). Debe tenerse en cuenta que ahora el art. 47 del Reglamento para la Justicia Nacional dispone que sin resolución del tribunal pertinente no podrá devolverse por secretaría ningún escrito, aunque adoleciera de cualquier defecto de forma o la petición fuera improcedente.

parte contraria manifieste su voluntad de extinguirlo. Si el término es breve, puede fijarse uno mayor, pero su vencimiento no debe depender de la voluntad de las partes (189). Esta regla debe hacerse extensiva a los funcionarios que intervienen en el proceso, ya que tampoco existe ninguna razón atendible para establecer una excepción a su favor (190).

e) La ley 14.237, art. 2, ha establecido: "Son perentorios para las partes los términos fijados por las leyes procesales". Posteriormente la Corte Suprema de Justicia, por acordada del 8 de marzo de 1954, ha declarado que esta disposición no es aplicable en los juicios en que una de ellas sea el Gobierno Nacional, provincial, municipal o sus reparticiones autárquicas.

Con esta disposición se modifica el art. 46 del cód. de proc., pero la perentoriedad de los términos se refiere únicamente a las partes, es decir, que no se comprende en ella a los actos que debe realizar el tribunal, lo que concuerda con el art. 26 de la misma ley según el cual "ante la omisión o la demora de los funcionarios o empleados judiciales en la realización de los actos necesarios para producir la prueba, pueden ser activados por cualquiera de los litigantes". Ello importa, lógicamente, excluir al juez, porque la expresión de "partes" no está utilizada aquí con referencia a la relación procesal, sino a la litis.

Pero las excepciones establecidas por la acordada de la

(189) Así lo proponen los Proyectos Lascano (arts. 45 y 48) y Nazar (art. 42) y lo aconsejó la Primera Conferencia Nacional de Abogados reunida en Buenos Aires en 1924.

(190) Hemos observado ya que, inspirado en este criterio, el Proyecto Nazar establece, en su art. 90, que si dentro de los plazos establecidos por la ley los jueces o Cámaras de Apelaciones no dictan sentencia o los vocales no devolviesen el expediente con su voto quedarán, por ese solo hecho, impedidos de continuar entendiendo en la causa, y deberá procederse sin más trámite a su reemplazo o integración, a menos que por causa fundada el tribunal les conceda una prórroga.

Corte Suprema no se justifican, pues cuando el Estado, nacional, provincial, municipal o sus reparticiones autárquicas actúan en juicio ante los tribunales lo hacen con sujeción a las reglas establecidas para las personas privadas en las cuestiones regidas por el derecho común.

Por otra parte, la perentoriedad es sólo de los términos legales, es decir de los fijados por la ley, y no alcanza a los términos judiciales o convencionales. Es de advertir que la ley (art. 3) ha fijado el término de tres días para contestar una vista o traslado, salvo disposición en contrario, por lo que esta disposición debe aplicarse aun cuando el traslado o la vista no estuvieran expresamente ordenadas por el código.

40. Prorrogables e improrrogables.

a) El art. 42 del código de procedimiento establece que serán prorrogables los términos que no estén expresamente declarados perentorios o fatales. Por su parte, el art. 3 de la ley 4128 declara que son improrrogables todos los términos señalados en la ley de enjuiciamiento civil. Por consiguiente, la regla es la prorrogabilidad, y sólo son improrrogables los términos legales, pudiendo entonces prorrogarse los judiciales y convencionales.

b) La improrrogabilidad es un concepto distinto de la perentoriedad. Todo término perentorio es improrrogable, pero no todo término improrrogable es perentorio. El término de cinco días que las partes tienen para apelar de una resolución judicial es perentorio, y no pueden prorrogarlo las partes como no puede hacerlo el juez aun con el consentimiento de aquéllas. Pero si el término no es legal, puede prorrogarse aun tácitamente; es decir, que el acto puede cumplirse, no obstante estar vencido el término, mientras

no se dé por decaído el derecho de ejercitarlo ⁽¹⁹¹⁾. En efecto, la modificación introducida por el art. 2 de la ley 14.237 sólo importa la prohibición, para el juez, de prorrogar los términos fijados en la ley, pero nada impide que conceda prórroga de un término que él mismo ha fijado ⁽¹⁹²⁾.

c) Para otorgar la prórroga, en los casos en que está permitido hacerlo, es necesario: 1º) que se pida antes de vencer el término; 2º) que se alegue justa causa, a juicio del juez, contra cuya apreciación no se dará recurso alguno (art. 43). Las prórrogas que se concedan en ningún caso excederán del término dado (art. 44). Pero pueden concederse dos o más prórrogas, siempre que en total no excedan del máximo establecido. La prórroga corre consecutivamente al término originario, vale decir, que no se considera independiente, y no existe, por lo tanto, solución de continuidad.

41. Término de ampliación.

a) La improrrogabilidad de los términos tiene, sin embargo, una excepción, pero ella está expresamente autorizada por la ley. Así, el término para comparecer a juicio y contestar la demanda es de quince días (ley 4128, art. 4), pero cuando la persona que ha de ser emplazada no se encuentre en el lugar en que se le demanda, ese plazo se ampliará, según la distancia, a razón de un día por cada cuatro leguas (cód. proc., arts. 78 y 79). En la misma proporción se considera ampliado el término para oponer excepciones. Disposiciones análogas contiene la ley 50 en sus

(191) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 29, pág. 412.

(192) El plazo dentro del cual el comprador de un inmueble en subasta pública debe oblar el saldo de precio no es legal sino judicial y por tanto prorrogable, pudiendo el adjudicatario hacerlo efectivo antes que la nueva subasta se realice (Cám. Nac. Civ., *La Ley*, t. 78, pág. 23).

arts. 72 y 79. También hay ampliación cuando el juez, en uso de la facultad que le confiere el art. 112, ha fijado un término de prueba menor que el ordinario y las partes le pidan que lo extienda hasta el máximo legal por resultar insuficiente para el diligenciamiento de las pruebas que tienen pendientes. Asimismo, es de ampliación el término que el juez federal concede para el diligenciamiento de las pruebas cuando deban hacerse fuera del radio del asiento de su juzgado, pero dentro de la República (ley 50, art. 92).

b) El término de ampliación se diferencia de la prórroga en que ésta se concede después de fijado el término y cuando resulta insuficiente, en tanto que el de ampliación se establece desde el primer momento, aun cuando luego resulte excesivo. Pero, en ambos casos, sus efectos son los mismos, en cuanto a la eficacia de los actos cumplidos durante su transcurso. Conviene, igualmente, no confundir el término de ampliación con el término extraordinario, porque para que éste proceda se exigen varios requisitos que no son necesarios para aquél.

42. Individuales y comunes.

a) Es individual el término fijado a una de las partes para que realice un determinado acto de procedimiento: el término que tiene el demandado para contestar la demanda; el que se concede a las partes para interponer recursos o evacuar un traslado, o el que se fija al apelante para expresar agravios, etc. Por el contrario, llámase común cuando comprende a las dos partes, aunque puedan actuar independientemente; por ejemplo, el término ordinario de prueba. El distingo tiene importancia en cuanto al modo de computar los términos, según vamos a verlo a continuación: pero,

además, es necesario todavía poner de manifiesto algunas circunstancias para caracterizar sus diferencias.

b) El término no deja de ser individual por el hecho de que actúen varios actores o varios demandados (litisconsorcio), pues para cada uno de ellos el término corre desde la fecha en que se le ha notificado, con prescindencia de los demás. Eso no quiere decir que en algún caso no pueda vencer el mismo día, aunque sea distinta la fecha de su iniciación, como ocurre si los demandados fuesen varios y se hallasen en diferentes lugares, en que, según el art. 81, el término del emplazamiento sólo se reputará vencido a los efectos legales con respecto a todos, cuando venza para el que se encuentre a mayor distancia, en tanto que si todos se encuentran domiciliados en la Capital el término corre individualmente para cada uno de ellos.

43. Ordinarios y extraordinarios.

a) Llámase ordinario el término fijado por la ley para los casos comunes, es decir, sin consideración a una circunstancia especial; así, el término ordinario de prueba es de cuarenta días, que se reduce a treinta en las excepciones perentorias y a veinte en las excepciones dilatorias.

b) Es, en cambio, extraordinario cuando el término se concede sólo en presencia de determinadas circunstancias, de acuerdo con las cuales se gradúa su duración. Cuando la prueba, por ejemplo, haya de producirse fuera de la Capital, el juez señalará el término extraordinario que considere suficiente atendiendo a la distancia y a la mayor o menor facilidad de las comunicaciones (193). Del término extraor-

(193) En el fuero federal el término extraordinario procede únicamente cuando la prueba haya de rendirse fuera del territorio de la República (ley 50, art. 94); porque si fuese dentro del mismo, lo que procede es el término de ampliación (id., arts. 92 y 93).

dinario nos ocuparemos al estudiar el término de prueba, porque es el único caso en que nuestro código lo autoriza.

Modos de computar los términos

44. Iniciación.

a) Siendo el término el espacio de tiempo dentro del cual debe ejecutarse un acto, es necesario distinguir en él tres momentos cuyos caracteres y consecuencias son distintos: su iniciación, transcurso y vencimiento.

b) Los términos judiciales empiezan a correr desde el emplazamiento, citación o notificación, dice el art. 41. La expresión, sin embargo, no es exacta, porque el término del emplazamiento comienza a correr recién después de la notificación, y la citación se refiere a un momento determinado (citación a una audiencia), de modo que, en realidad, lo único que se tiene en cuenta es la fecha de la notificación. Pero tampoco el término comienza el día de la notificación, sino al día siguiente, o, para ser más exacto, a partir del instante en que terminó el día en que la notificación se hizo, o sea las 24 horas ⁽¹⁹⁴⁾, pues el artículo agrega que no se contará el día en que se practique la diligencia.

c) Si se tratase de un término común, comenzará a correr el día siguiente al de la última notificación: cuando en el proceso intervienen varios litigantes, el ministerio fiscal y el representante del Consejo Nacional de Educación, el término sólo empieza a correr después que todos han sido notificados y a partir de la última notificación.

d) Si el término fuese de horas, comienza a correr en

(194) Cám. de Paz, *Jurisp. Arg.*, t. 58, pág. 655.

el momento mismo de la notificación, porque la excepción del artículo se refiere sólo a los términos en días (195).

45. Transcurso.

a) Respecto del transcurso de los términos, es necesario distinguir según que haya sido fijado en horas, días, semanas o meses.

b) Los términos fijados en horas corren ininterrumpidamente desde su iniciación, pero, si mediase un día feriado, se descuentan las horas del mismo (195/1). El cómputo de los términos en días se hace conforme al calendario gregoriano (cód. civ., art. 23), pero se excluyen los días inhábiles (cód. proc., art. 41), a menos que se trate de un término convencional, en cuyo caso se le computa (196). Tampoco se excluyen los días inhábiles cuando se trate de términos fijados en los códigos de fondo a que deban referirse los jueces en su pronunciamiento, de acuerdo con el art. 28 del código civil (197).

c) Ningún precepto legal estatuye cómo se computarán los términos fijados en semanas, por lo que, aplicando por analogía el art. 25 del código civil, el término no se cuenta desde el domingo, sino por períodos de siete días

(195) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 63, pág. 352.

(195/1) El término de 24 horas que prescribe el art. 12 de la ley 50 para despachar la rebeldía debe computarse de momento a momento y no de hora en hora. Así, notificado el demandado de la acusación de rebeldía el 19 de junio a las 13 horas 10 minutos, el término de 24 horas se cumplió cabalmente a las 13 horas 10 minutos del día siguiente (Cám. Nac. Esp., *Jurisp. Arg.*, 1955-II, pág. 111). Es de notar que según este pronunciamiento, dictado con posterioridad a la sanción de la ley 14.237, no rige en el caso el art. 2 de la misma que establece la perentoriedad de los términos legales.

(196) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 38, pág. 1214.

(197) El término fijado para el desalojo comprende los días inhábiles (Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 39, pág. 476).

hábiles (198). Si el plazo es de meses, no se excluyen los días inhábiles, porque el art. 41 del código de procedimiento se refiere sólo a los términos en días, y se aplican entonces las disposiciones de la ley de fondo.

46. Vencimiento.

a) También hay que hacer aquí el mismo distingo en cuanto a la extensión del término. Si el término es de horas, el vencimiento se produce al terminar la última de las horas fijadas, cualquiera sea el momento en que ocurra (199).

b) Los términos de días se consideran completos, y así como comienzan a la media noche del día de la notificación, también terminan a la media noche del día de su vencimiento (200). Los fijados en semanas vencen a la media noche del último período de siete días.

c) Tratándose de plazos fijados en meses, se aplican las disposiciones de los arts. 25 y 26 del código civil, de modo que terminan el día que los respectivos meses tengan el mismo número de días de su fecha, pero si el mes en que ha de comenzar un plazo constare de más días que el mes en que ha de terminar, el último día del plazo será el último día del segundo mes.

Suspensión e interrupción de los términos

47. Concepto.

La suspensión importa la no iniciación del término, mientras que la interrupción supone que el término ha co-

(198) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 65, pág. 872.

(199) Corte Sup., *Jurisp. Arg.*, t. 63, pág. 352.

(200) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 12, pág. 511.

menzado a correr. La apelación del auto que abre la causa a prueba, por ejemplo, suspende el término de prueba; pero la apelación de un auto que no hace lugar a una diligencia de prueba interrumpe el término de prueba desde que se elevan los autos al superior, y se reabre después que ellos vuelven al juzgado. En el primer caso, aunque hubieran transcurrido unos días desde el momento de la notificación hasta que se concede el recurso, no se toman en cuenta para el cómputo del término, mientras que, en el segundo, los días transcurridos se descuentan al reabrirse el término (201).

48. Fuerza mayor (201/1).

Se trata en el caso de la imposibilidad física de ejecutar el acto debido en el término fijado, cuya apreciación queda librada al criterio judicial. Los casos más comunes son los que se refieren a la dificultad en las comunicaciones, conflagración, inundación, incendio, peste, etc.; pero también constituyen casos de fuerza mayor la enfermedad grave (202) y la prisión de quien debe ejecutar el acto (203). Puede, según el caso, importar la suspensión o solamente la interrupción del término.

49. Conformidad de partes.

Ninguna disposición autoriza expresamente a declarar suspendido o interrumpido el término cuando las partes lo

(201) Aparentemente, las palabras "suspensión" e "interrupción" tienen aquí un significado inverso que cuando nos referimos a la relación procesal, pero es que, como ya lo hicimos notar, los términos no afectan a su existencia, sino a su desarrollo (IV, 12, a).

(201/1) GUASP, *Comentarios*, t. 1, pág. 403; PRIETO CASTRO, *Exposición*, t. 1, pág. 129.

(202) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 54, pág. 166.

(203) Cám. Civ., *Fallos*, t. 149, pág. 345.

solicitan, pero no hay razón para denegarlo cuando no se vulnere un precepto de orden público, y así sería ineficaz la convención que tuviese por objeto suspender el curso de un término perentorio. Algunos códigos lo autorizan expresamente (204), y en varios proyectos se lo propone (205).

50. Fallecimiento o incapacidad.

Cualquiera de estas dos circunstancias produce la interrupción de los términos hasta tanto tomen intervención los herederos del causante dentro del término que se les fije o se provea del curador al insano. Pero la muerte, renuncia o incapacidad del mandatario ningún efecto produce respecto del término, a menos que la parte sea un incapaz.

51. Elevación de los autos al superior.

Cuando, como consecuencia de haberse concedido un recurso de apelación, se elevan los autos a la Cámara respectiva, los términos quedan interrumpidos en tanto se resuelve el recurso y vuelvan los autos al inferior (206). Pero la interrupción no se produce por la simple concesión del recurso, sino desde que se elevan los autos, y así son válidas las actuaciones que se practiquen en el expediente mientras el expediente permanece en el juzgado, siempre que no se refieran a la cuestión que motivó el recurso (207).

(204) Cód. proc. de la provincia de Córdoba, art. 81.

(205) Proyecto Nazar, art. 44, y Proyecto Lascano, art. 47.

(206) Cám. Civ., *Fallos*, t. 68, pág. 417; t. 104, pág. 378; t. 156, pág. 461; Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 24, pág. 908. De estas cuestiones nos ocupamos con más amplitud al estudiar el término de prueba (cap. xx, nº 17, d, e) y los efectos de la concesión del recurso de apelación (cap. xxx, nº 14).

(207) Cam. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 19, pág. 233; t. 69, pág. 14.

52. Falta de entrega de copias en los traslados.

Nos hemos ocupado ya (*supra*, nº 21, c) de la obligación de presentar copia de todo escrito o documento de que deba darse traslado y de las consecuencias de su omisión. Pero es posible, como también hemos advertido, que en algunos casos se corra el traslado y se practique la notificación sin que se hubieran adjuntado las copias, o éstas sean incompletas o defectuosas, en cuyo supuesto podrá pedirse la suspensión del término para evacuar el traslado hasta tanto se entreguen las copias en debida forma ⁽²⁰⁸⁾, petición que deberá formularse antes que el auto que ordenó el traslado quede consentido ⁽²⁰⁹⁾.

53. Reapertura del término.

Cuando la suspensión ha sido por tiempo determinado, la reapertura del término se opera por el vencimiento del plazo fijado; pero si ha sido motivada por la concesión de un recurso, sólo tiene lugar después que se ha notificado a las partes por cédula o personalmente el auto que ordena hacer saber su devolución ⁽²¹⁰⁾.

(208) Cám. Civ. 1ª, *Jurisp. Arg.*, t. 21, pág. 101.

(209) Cám. Com., *Jurisp. Arg.*, t. 29, pág. 250.

(210) Cám. Civ. 2ª, *Jurisp. Arg.*, t. 10, pág. 820; t. 67, pág. 831. Cuando el término es fijado por la ley substancial (p. ej., para el desalojo) o se refiere a una obligación substancial (p. ej., la condena al pago de una suma de dinero), corre desde la notificación de la sentencia de segunda instancia; cuando es procesal (p. ej., para contestar la demanda cuando se han opuesto excepciones), desde que se hace saber a las partes la devolución de los autos al juzgado de primera instancia. Ver sobre el tema: SANTIAGO SAVOIA, *Computación del plazo para desalojar* (*Jurisp. Arg.*, 1953-IV, pág. 230).