

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO DE LA  
FACULTAD DE DERECHO

00781  
25  
2ej  
Vol. 1

EL IMPULSO PROCESAL

TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE

DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA

CARLOS OCAÑAS BENAVIDES

México Distrito Federal a junio de 1995.

V. 1



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

México, D.F., septiembre 25 de 1995.

**SR. DR. PEDRO G. ZORRILLA MARTINEZ,**  
**Jefe de la División de Estudios de Posgrado de la**  
**Facultad de Derecho de la Universidad Nacional**  
**Autónoma de México.**  
**P R E S E N T E .**

Muy distinguido doctor Zorrilla:

En respuesta a su atento oficio número 414/95/027, del mes de agosto del presente año, en el que tuvo usted a bien designarme sinodal suplente en el examen que para obtener el grado de Doctor en Derecho, ha solicitado el Licenciado **CARLOS OCAÑAS BENAVIDES**, con la tesis intitulada: "**EL IMPULSO PROCESAL**", me es grato por este conducto, otorgarle mi **VOTO APROBATORIO**, razonado en los siguientes términos:

I.- El sustentante ha elaborado un estudio profundo respecto del **IMPULSO PROCESAL**, en el sentido de que el procedimiento, o sea, las etapas para substanciar un juicio, van organizadas y concatenadas, generándose una serie de estímulos de las partes, para que el órgano jurisdiccional proceda. Alude a la situación contraria, en la que el órgano encargado de solucionar los conflictos, debe tener la iniciativa del impulso procesal, y por último, la situación en que la propia ley ordena el tránsito de cada una de las etapas del procedimiento, para culminar con la sentencia.

Es inquietante el tema y las diversas posturas manejadas, y sobre todo, las aportaciones del sustentante en este sentido.

II.- La forma del trabajo, esta basada en las técnicas de investigación universalmente reconocidas, así como por los Reglamentos de Exámenes y Tesis Profesionales y de Grado de la U.N.A.M. Sistematiza su estudio en capítulos, con prólogo, introducción, conclusiones, bibliografía, índice, destacando de manera brillante, el profesionalismo del Licenciado Ocañas, al hacer incluso un índice de materias y otro onomástico, lo cual es indicativo de sus virtudes y sensibilidad hacia la investigación.

Las mencionadas razones, que fundan mi voto aprobatorio se ven amalgamadas con la circunstancia de que el Licenciado Ocañas, cuando fue alumno de la suscrita, siempre demostró su calidad intelectual reflejada en este trabajo doctoral el cual con la mano experta de su tutor, Dr. Cipriano Gómez Lara constituye una aportación a la ciencia jurídica, razón que fundamenta una felicitación especial al sustentante.

Aprovecho la oportunidad para enviarle un afectuoso saludo.

**A t e n t a m e n t e**

*Leoba Castañeda Rivas*

**Dra. Ma. Leoba Castañeda Rivas**



CIPRIANO GOMEZ LARA  
BALBOA 1209, COL PORTALES  
MEXICO, 03300, D.F.  
TELS. 5 46 93 72 5 32 01 98  
FAX 658 45 86

México, D.F. a 29 de agosto de 1995.

Sr. Dr. Pedro G. Zorrilla Martínez  
Jefe de la División de Estudios de Posgrado.  
FACULTAD DE DERECHO.UNAM.

Muy Estimado Doctor Zorrilla Martínez:

Me refiero a su atenta comunicación de agosto del año en curso -sin señalamiento de día- por la que me participa mi designación como sinodal propietario para integrar el jurado que realizará el examen que para obtener el título de Doctor en Derecho, solicita el Licenciado **CARLOS OCAÑAS BENAVIDES**, el que me ha entregado un ejemplar de su tesis intitulada EL IMPULSO PROCESAL

De acuerdo a lo que se me solicita, tengo mucho agrado en otorgarle a la tesis de referencia MI VOTO APROBATORIO, el que razono en los siguientes términos:

Como ya se expresó en la comunicación en la que sancioné la tesis como director de la misma o tutor académico del sustentante, el trabajo en cuestión abarca 495 páginas, con 557 citas de pie de página y aproximadamente 120 autores citados en alrededor de 168 obras.

El desarrollo contiene una introducción y tres capítulos, conclusiones, índice de materias y cuidadosos índices analítico de materias y onomástico también con referencia a las materias (pags. 488 a 496) que constituyen una evidencia palpable de la extensión del trabajo y del esfuerzo considerable de síntesis y de ordenación sistemática realizado por el autor.

En el primer capítulo se enfocan las nociones fundamentales en torno al impulso procesal, abarcando referencias tendientes a la determinación de diversos extremos relacionados con a quién corresponda el referido impulso, de acuerdo con las diversas tendencias o principios procesales; la problemática de la carga procesal y las consecuencias de la inactividad procesal.

En el segundo capítulo se hace un estudio de las consecuencias procesales de la inactividad procesal, realizándose un profundo análisis que se enfoca sobre tres figuras: la preclusión, la cosa juzgada y la caducidad de la instancia.

El tercer capítulo ofrece un panorama crítico de la actividad de los distintos sujetos procesales, a través de las distintas etapas de desarrollo del proceso: conocimiento, pruebas, sentencia, ejecución.

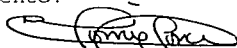
RP

La tesis está realizada con todo rigor académico, con propiedad en el lenguaje jurídico y con una consulta bibliográfica muy amplia y de detalle, en la que se deja ver una profunda y muy seria investigación.

Aunque el tema central está referido al impulso procesal, afloran de manera natural y espontánea, las relaciones de dicho tema central con diversos problemas y temas de la ciencia procesal, tales como los aspectos temporales relacionados con el proceso: preclusión, caducidad, cosa juzgada. Y, por otra parte, las referencias a esas ideas, no tan nuevas ya, pero sí fascinantes y reveladoras de la naturaleza del proceso: las cargas, las posibilidades y las expectativas, aportaciones de James Goldschmidt a la ciencia procesal, que el sustentante cita con toda precisión y acierto. Si se ve con cuidadoso afán, el trabajo consulta con toda precisión y propiedad, no sólo a los autores consagrados de la doctrina extranjera, sino también a la doctrina nacional. De todo ello constituye evidente revelación su índice onomástico de autores, que contiene las referencias temáticas más destacadas de cada autor consultado (pags. 491 a 493)

Por todas las razones anteriores, en las cuales fundamento el voto aprobatorio que he emitido, me es muy grato felicitar en esta oportunidad al sustentante, por el mérito de su esfuerzo y por su contribución al enriquecimiento de la ciencia jurídica procesal.

Aprovecho esta ocasión para reiterar a Ud. la expresiones de mi cordial y respetuoso reconocimiento.



D<sup>r</sup>. Cipriano Gómez Lara.



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

Sr. Dr. Pedro Zorrilla Martínez  
Jefe de la División de Estudios Superiores de la Facultad de  
Derecho de la U.N.A.M.  
Presente:

Me permito dar cumplimiento a sus instrucciones relativas al análisis del trabajo que presenta el alumno Lic. Carlos Ocañas Benavides, como tesis doctoral y que se denomina " El impulso procesal" el trabajo en cuestión que consta de tres capítulos me parece un estupendo estudio del proceso entendido como impulso.

Al estudiar el principio dispositivo, el Sr. Lic. Ocañas, hace análisis de la carga que Goldschmidt considera como un acto necesario; el sustentante no se limita a estudiar las cargas en un sentido procesal sino que las observa en su aspecto concreto y procesal.

Esto le da pie para estudiar la interrupción procesal y la inactividad procesal; la apelación y la apelación extraordinaria, así como el desistimiento, temas todos que el alumno trata con suficiente claridad.

En el capítulo segundo, el sustentante analiza las consecuencias procesales de la inactividad procesal, los análisis que hace sobre la preclusión y la cosa juzgada entendidas como una creación de un derecho nuevo, le permiten colocarse en un estudio especial de la sentencia.



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

Finalmente hace un análisis de los presupuestos de la caducidad de la instancia, digno de todo elogio.

Terminando el análisis con unas conclusiones que revelan una claridad del investigador y la expresión de una bibliografía de una amplitud considerable.

Por todo lo anterior otorgo mi "VOTO APROBATORIO" y me permito felicitar al sustentante.

Aprovecho para repetirme su servidor.

A T E N T A M E N T E

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"

Cd. Universitaria, D. F., 4 de septiembre de 1995

  
LIC. JOSE DE JESUS LOPEZ MONROY

*Carlos Pérez González*

A B O G A D O

CED PROF 87664 y 481410

Ciudad Universitaria, Coyoacán a 19 de Octubre 1995.

DR. PEDRO ZORRILLA MARTINEZ  
JEFE DE LA DIVISION DE ESTUDIOS  
DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE  
DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTONOMA DE MEXICO.  
P R E S E N T E.

Me dirijo a usted en relación con el nombramiento de Sinodal que me fuera designado a través del oficio de Agosto de 1995, para integrar el jurado que llevará a cabo el examen que para obtener el grado de Doctor en Derecho, que ha requerido el Licenciado Carlos Ocañas Benavides, quien para los efectos ha realizado la Tesis titulada "EL IMPULSO PROCESAL".

He leído cuidadosamente el trabajo de investigación mencionado, el cual consta de introducción y tres capítulos, conclusiones, índice de materias y un índice analítico onomástico.

En el capítulo primero presenta nociones fundamentales sobre el impulso procesal con referencias a determinar a quien o quienes toca realizar dicho impulso, conforme a diversas tendencias y a distintos principios procesales; reseña la problemática de la carga procesal y las consecuencias de la carga procesal.

En el capítulo segundo estudia en detalle la preclusión, la cosa juzgada y la caducidad de la instancia, desde luego, con las consecuencias procesales que pueden resultar de la posible inactividad procesal.

*Carlos Pérez González*

ABOGADO

CED. PROF. 87664 y 481410

El capítulo tercero presenta un crítica relativa a la actividad de los distintos sujetos procesales, conforme a las diversas etapas del desarrollo del proceso en su integridad, incluyendo la de ejecución.

Por el análisis realizado y lo expresado a lo largo de la tesis, estimo que será de gran valor para los estudiosos del Derecho Procesal y particularmente para todos aquellos que de distintas maneras acuden ante el proceso judicial, como una meta de alcanzar la protección de sus derechos.

Por las consideraciones anteriores y en virtud de que la tesis doctoral del Señor Licenciado Carlos Ocañas Benavides, reúne los requisitos académicos reglamentarios, expreso a Usted mi VOTO APROBATORIO.

Atentamente.

"Por Mi Raza Hablará El Espíritu".

  
Dr. Carlos Pérez González

C.C.P. Lic. Carlos Ocañas Benavides.

LIC. ELIAS POLANCO BRAGA  
CEDULA PROFESIONAL 511116  
GUATEMALA 4-DESP. 108  
TEL. 521-49-27

México Distrito Federal a 19 de septiembre de 1995.

Dr. Pedro G. Zorrilla Martínez.

Jefe de la división de estudios de posgrado  
de la facultad de Derecho de la UNAM  
P r e s e n t e .

Doy contestación a su oficio 414/95/027 del mes de agosto del año en curso, con que recibí una comunicación de Usted designándome sinodal propietario para integrar el jurado que realizará el examen que sustentará el señor Carlos Ocañas Benavides para obtener el grado de doctor en Derecho. También recibí un ejemplar de la tesis del señor Ocañas Benavides titulada "El impulso procesal", trabajo al cual me refiero enseguida para explicar mi voto al respecto.

Después de revisar el trabajo de referencia, me es grato exponer en la presente, las consideraciones siguientes:

a. Dicho trabajo reúne ampliamente las normas tradicionales metodológicas, traducidas en el buen tratamiento sistemático con que plantea el tema, tanto respecto al método empleado como en relación a la secuencia de argumentos que hace el autor.

b. Se muestra en la tesis una dedicada labor de investigación, según se refleja en las obras bibliohemerográficas consultadas, tanto por lo que se refiere al sistema jurídico mexicano como de diversos países de América, mismas que resultan extensas y muy vinculadas con el objeto central de

estudio, lo que hace de dicha tesis un amplio y concienzudo trabajo de investigación científica.

Se trata de una obra en que el tema en análisis es desarrollado en tres capítulos; primeramente establece un marco conceptual sobre figuras jurídicas relacionadas con el impulso procesal; en él se realiza una visión panorámica sobre la forma en que tiene lugar el impulso procesal, señalando cuáles han sido los métodos y corrientes doctrinarias que explican el funcionamiento de dicha institución.

Posteriormente, se elabora, en un segundo capítulo, una exposición sobre las consecuencias procesales que comúnmente la doctrina señala a la falta de actividad procesal.

En estos dos capítulos, el estudio se realiza a la luz de la teoría general del proceso, abordándose minuciosamente temas como: carga, posibilidad, expectativa, obligación y deber procesal; interrupción, suspensión y crisis del proceso; rebeldía, desistimiento, preclusión, caducidad de la instancia y cosa juzgada. Se analiza la naturaleza de dichas instituciones y figuras, así como sus ámbitos de aplicación en relación con el tema central de estudio.

En el último capítulo, particulariza en situaciones específicas previstas por nuestras normas procesales, precisando hipótesis en que la figura del impulso procesal tiene lugar en nuestro sistema jurídico.

Finalmente, se elaboran los personales puntos de vista que, a manera



LIC. ELIAS POLANCO BRAGA  
ESCUELA PROFESIONAL SUITE  
GUATEMALA 4-DESP. 108  
TEL. 521-49-27

de conclusiones, se muestran importantes y bien fundadas.

Por lo anterior, me permito fundar y hacer de su conocimiento, mi voto aprobatorio sobre esta tesis doctoral, con una particular felicitación al sustentante por la investigación realizada, misma que contiene material suficiente que ayude en el futuro al desarrollo de otras investigaciones jurídicas.

Le ruego acepte, estimado maestro, un cordial saludo de su servidor.

  
DR. ELIAS POLANCO BRAGA.

*Dr. Juan Manuel Rubiell León*

México, D.F., a 25 de Septiembre de 1995.

SR. DR. PEDRO G. ZORRILLA MARTINEZ  
JEFE DE LA DIVISION DE ESTUDIOS DE  
POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO  
U.N.A.M.

El Sr. Lic. Carlos Ocañas Benavides me ha presentado su propuesta de tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho, denominada "El Impulso Procesal" referente a los Derechos Civil, Mercantil, Procesal Civil y Familiar, la cual consta de los siguientes capítulos que es indispensable comentar al respecto:

Capítulo I. Nociones fundamentales del impulso procesal.

Subdivide el interesado en diversos incisos que considero oportuno analizar, en efecto por tratarse de las nociones fundamentales que sirven de base para tener tales subconceptos como verdades procesales en la rama de derecho privado conforme a los cuales poseer los conocimientos básicos del estudio que se inicia en el trabajo a comentario, lo cual logra el interesado, ya que efectivamente da a conocer que sus observaciones tuvieron en cuenta la doctrina procesal a la fecha elaborada.

Es notable la acuciosidad del proponente de la tesis en el estudio pormenorizado de los fundamentos del impulso procesal, así como la consulta de variados autores que al efecto y a través de los años trataron este tema.

Capítulo II.

En el capítulo segundo que no tiene la extensión del anterior, se analizan las consecuencias de la inactividad durante el proceso judicial, por lo que encuentra el estudioso la preclusión, la cosa juzgada y la caducidad de la instancia, como efectos jurídicos procesales de las causas que llevan a la conclusión de las diversas fases o parte de las fases procesales.

Igualmente es notable la bibliografía consultada, que demuestra la ardua labor intelectual especializada en el capítulo comentado.

*Dr. Juan Manuel Rubiell León*

- 2 -

Capítulo III.

El capítulo tercero relativo a la actividad de los objetos procesales en las etapas concatenadas del proceso jurisdiccional, efectivamente analiza la importancia de la actividad procesal de los principalmente interesados en las fases del conocimiento, de la rendición de las pruebas, de la trascendente resolución definitiva y en la natural y efectiva ejecución, puesto que, dentro del derecho privado nuestro, sin la básica actividad de los sujetos procesales, no es posible obtener la satisfacción jurídica de los intereses debatidos desde el principio hasta el fin en el proceso jurisdiccional.

Respecto de las conclusiones a que llegó el proponente, se refieren a lo estudiado y las mismas en número de seis dan cuenta de que efectivamente son la consecuencia procesal del estudio planteado, pero que naturalmente en la réplica oportuna, deben tomarse en cuenta para conocer la defensa que el autor de la tesis puede presentar.

Por lo expuesto, otorgo al Lic. Carlos Ocañas Benavides mi voto aprobatorio respecto de la tesis observada.

A T E N T A M E N T E .

DR. JUAN MANUEL RUBIELL LEON

Ciudad Universitaria, D.F., 25 de septiembre de 1995.

DR. PEDRO ZORRILLA MARTÍNEZ  
Jefe de la División de Estudios Superiores  
de la Facultad de Derecho, UNAM  
P r e s e n t e.

Mediante oficio número 414/95/027 de fecha de agosto de 1995, expedido por la División de su digno cargo, se me comunicó mi designación como sinodal suplente, para el examen doctoral de el Lic. CARLOS OCAÑAS BENAVIDES, quien presenta la tesis titulada: "EL IMPULSO PROCESAL", para optar por el grado de Doctor en Derecho.

Después de haber analizado detenidamente el trabajo en cuestión, encuentro que cumple con los requisitos establecidos en el reglamento universitario de la materia.

El tema que aborda esta muy bien planteado, y expuesto en tres capítulos los cuales están reforzados con las conclusiones. El primer capítulo ubica correctamente el tema, ya que se refiere a las nociones fundamentales del impulso procesal, analizando a fondo el principio dispositivo y el de oficiosidad, para luego tratar las cargas procesales y la inactividad en el proceso.

En el segundo capítulo trata lo referente a la preclusión, la cosa juzgada y el desistimiento, como consecuencias procesales de la inactividad de las partes.

Es de sumo interés el último capítulo donde se examina la actividad de los sujetos procesales en las diferentes etapas del proceso, resaltando la importancia trascendental que reviste la etapa del proceso que tiene por objeto la prueba, ya que de sus resultados dependerá prácticamente la decisión de la controversia. Dentro de las pruebas, hace mención del poder discrecional del juez, con las medidas para mejor proveer. Finalmente el autor trata lo relativo a la sentencia y a la ejecución, mencionando que la ejecución de las sentencias es

completamente judicial. No hay agentes de ejecución. Es el propio juez quien actúa constantemente en un procedimiento llamado de ejecución de sentencia.

Resulta interesante la aseveración que hace el licenciado al decir que en el campo material o relativo al objeto litigioso, debe procederse con cautela para ampliar la autoridad judicial, aconsejando mantener el sistema dispositivo; sin embargo, en el campo procesal aconseja que se amplie la actividad del juez.

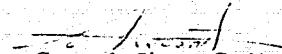
La tesis termina con seis conclusiones donde menciona las formas de impulsar el proceso, tratando el sistema dispositivo y el inquisitivo, y en que casos se debe ampliar la actividad de las partes en el proceso y en que casos las del juez.

Finalmente, quiero hacer resaltar que la bibliografía utilizada por el Lic. CARLOS OCAÑAS BENAVIDES, es muy amplia y sugiere un análisis profundo y bien documentado de su trabajo.

Por lo antes expuesto, me es grato otorgar a este trabajo doctoral MI VOTO APROBATORIO, y felicito al sustentante

Sin otro particular, reitero a usted las seguridades de mi distinguida consideración.

"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU".



Dra. Consuelo Sirvent Gutiérrez.

A mis padres:

Ing. Gonzalo Ocañas Domínguez, y  
Sra. Aída Yolanda Benavides Garza de Ocañas,  
por tantas razones, y entre éstas,  
haberme dado todo lo necesario  
para la realización de este trabajo.

A mis maestros de la  
Universidad de Monterrey, y de la  
Universidad Nacional Autónoma de México.

**Y de manera especial, a mis alumnos de la  
Universidad Nacional Autónoma de México.**



## A BREVIATURAS

CCDF	Código Civil para el Distrito Federal.
CCOM	Código de Comercio.
CFPC	Código Federal de Procedimientos Civiles.
CFCDF	Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
CPDF	Código Penal para el Distrito Federal.

## INTRODUCCION

Siempre que alguien se propone el logro de un objetivo, del empeño y actividad que se dedique a la realización del mismo, dependerá en gran medida la eficacia de sus resultados.

Algo semejante sucede en el campo del Derecho procesal civil, en el que surgido un conflicto de intereses, las partes (y comúnmente con mayor interés la actora) intentan dirimir a la prontitud posible sus controversias, sea por ellas mismas, o bien sea, por medio de terceros.

En tratándose de procesos judiciales, en ocasiones la rapidez con que emita una resolución que resuelva dichos problemas, requerirá la actuación intensiva de las partes, en otras veces, la prontitud de dicha resolución dependerá exclusivamente de la actividad de a quien se haya encomendado tal función.

Es precisamente aquí, donde comienza a distinguirse el momento en que tiene verificativo el impulso procesal dentro de un proceso, en el que las conductas procesales que asuman las partes y el órgano jurisdiccional, son las que darán celeridad al mismo.

En este punto, recordemos que el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contiene un derecho para los gobernados, consistente en que el Estado proporcionará tribunales que administren una justicia pronta y expedita, lo cual, creemos sólo es posible

## II

si existe un impulso continuo por parte de los sujetos que participan en un proceso determinado.

Este estudio lleva por tema el impulso procesal, y estimamos que su análisis resulta del todo interesante, toda vez que en dicha materia se precisa qué conductas son las que realmente producen un avance que lleva a la resolución final del proceso y paralelamente, quiénes pueden válidamente realizar tales actividades.

El desarrollo de este trabajo lo hemos dividido en tres capítulos; así, en el capítulo primero, señalaremos en cuatro apartados, en qué consiste el impulso procesal y consecuentemente determinaremos cuáles son los principios y cómo operan las reglas que rigen la actividad y la inactividad procesal.

Posteriormente, en el capítulo segundo, estudiaremos en tres subtemas los efectos jurídicos que la doctrina ha señalado como consecuencia general ante la falta de impulso procesal manifestada en la inactividad procesal.

En estos dos primeros capítulos, a manera de marco teórico, se pretende un estudio de las principales instituciones procesales que guardan íntima relación con nuestro tema central, y esto por ser las imprescindibles guías en la conducción de un proceso; cabe aclarar que dada la naturaleza de tales figuras, su análisis se realizará a la luz de la teoría general del proceso.

En el último capítulo, indicaremos cuáles son las más importantes actividades que tienen encomendados los sujetos procesales en las distintas

### III

etapas del proceso. En este punto, se describirán de manera más precisa las conductas que pueden asumir quienes participan en un proceso, y esto, conforme a las disposiciones de nuestro Derecho procesal mexicano.

Para la realización de este trabajo, hemos tomado como única fuente de investigación, la documental, consistente en los distintos estudios que han realizado tratadistas nacionales y extranjeros y que se han publicado en obras bibliográficas y hemerográficas. Se observará que en los dos primeros capítulos, se ha utilizado de manera mayoritaria la doctrina extranjera y esto en virtud de que ahí se tratan, como hemos dicho, asuntos relativos a la teoría general del proceso; aun así, en todo nuestro trabajo, cuando hemos recurrido a tales fuentes, siempre hemos tratado de precisar los datos con que se puede localizar la aceptación de dichas opiniones en nuestro Derecho.

Por último, resta enfatizar nuevamente la importancia del estudio de un tema como el de este trabajo, toda vez que su contenido tiene expresión no sólo teórica, sino también práctica, dado que el impulso procesal es una institución que tiene verificativo en todos los procesos que se ventilan en los tribunales de hoy en día.

## CAPITULO I

### NOCIONES FUNDAMENTALES DEL IMPULSO PROCESAL

Sumario: 1.1. Concepto de impulso procesal; 1.2. ¿A quién corresponde el impulso procesal; 1.2.1. Principio dispositivo; 1.2.2. Principio de oficiosidad; 1.3. Cargas procesales; 1.3.1. Distintas cargas procesales; 1.3.2. Carga de iniciativa procesal; 1.3.3. La carga de la prueba; 1.4. Inactividad procesal; 1.4.1. Inactividad genérica; 1.4.2. Inactividad específica; 1.4.2.1. Rebeldía; 1.4.2.2. Desistimiento.

Dentro de la doctrina que ve en el proceso una relación jurídica, no es suficiente la obra de las partes, sino que es necesaria la intervención del juez en un plano superior a ellas, en el que, habiéndose fijado las normas reguladoras de las actividades o funciones de éste, giran a su alrededor, otras normas que rigen el comportamiento de las partes.

El juez, como sujeto de dicha relación jurídica procesal, interviene como autoridad única para todos, no con el interés que califica y explica la intervención de las otras partes o sujetos de la relación, sino con un

supremo interés, de carácter eminentemente político y social, de poner fin al conflicto bajo su tutela jurisdiccional, de conformidad con las leyes que dirimen las controversias.

El proceso se hace, en cierto sentido, para que el juez pueda fallar, cuidando de no mantenerlo alejado del mismo, sino pretendiendo que el juez haga el proceso por sí y en conjunto con los demás sujetos principales y secundarios del mismo.

Así, la tendencia "privatista" de la escuela clásica, de filiación civilista, que consideraba la litis como una cuestión de derecho privado y al proceso como un instrumento para la protección del derecho subjetivo, necesariamente entendía que a las partes correspondía, no sólo la iniciación del mismo, sino el impulso procesal y, por tanto, el juez era un mero espectador que al final de la contienda le acordaba la razón al vencedor; por el contrario, la tendencia publicista considera la litis como un fenómeno social, cuya justa solución interesa a la colectividad para el restablecimiento del orden jurídico alterado (1).

Si se consideran las relaciones entre el juez y las partes y su evolución en el transcurso de los últimos cien años, no se puede dejar de señalar un cambio de tendencia. Antes se podía decir, por las expresiones claves de "principio dispositivo" y "principio del proceso oficioso", que las partes eran dueñas de la instancia y que en sustancia, no dejaban al

---

(1) García, Alicia. "Los deberes y facultades de los jueces", Revista de Estudios procesales. Argentina, junio de 1976, Año VII, Número 27, pág. 103.

juez mas que la tarea de decidir el litigio mientras que el desarrollo de la instancia y los hechos básicos se dejaban a la iniciativa de aquéllas.

Tradicionalmente se ha explicado la función del juez civil señalando que tiene por misión declarar el derecho sobre el punto que divide a dos o más adversarios y dar a cada uno, según su derecho, reintegración, restitución o reparación; pero tal actividad del juez, ya no es enteramente pasiva, como en anteriores siglos.

Así, las diferentes figuras del juez en el proceso, explicadas por la doctrina, son básicamente estas:

a. En primer lugar, protagonista único del proceso. Proceso inquisitivo puro, en el que todo queda a cargo del juez; planteamiento, prueba, determinación de defensas, decisión.

b. En el otro extremo, el juez expectador y sancionador, que se limita a verificar el cumplimiento de las reglas, sancionar y a señalar el resultado obtenido por uno u otro litigante; en esta orientación, aún dominante en los países ibero-americanos, la eficacia de la parte es lo decisivo para obtener resultado favorable en el proceso.

c. El juez protector de una de las partes (el menor, el trabajador, etcétera), actuando para suplir la deficiencia o carencia de la parte privilegiada por la ley, sustituyendo la actuación de las mismas siempre que sea necesario para proteger a la parte "privilegiada".

Siguiendo a François Ost, Augusto Mario Morello proclama que hemos pasado de la etapa del juez pacificador, al juez árbitro y, ahora, al juez

entrenador, lo que representa las diversas etapas de los cambios sociales primero y jurídico luego (2).

Así, dicen estos autores, la función del Derecho y del juez en la sociedad tradicional es la de pacificador: a su cargo estaba la preservación de la paz y la justicia. Más adelante, agregan, la función judicial ya no fue la de mantener el statu quo, sino la de garantizar el desarrollo espontáneo dentro del juego social y a través del encuadramiento y la ayuda de un mínimo de reglas de juego imperativas; las reglas jurídicas son, esencialmente, reglas de arbitraje del libre juego de la actividad lícita y de la sanción de las infracciones, la reparación de los daños, la resolución de los conflictos; sólo excepcionalmente las reglas avanzan para guiar los comportamientos de los actores sociales.

De esta forma, añaden, con el pasaje de la sociedad liberal a la sociedad post-industrial, el Derecho se transforma y también la función del juez. Supone una sociedad donde el Estado asume de más en más un papel intervencionista bajo la forma de planificación, redistribución, subsidios, controles, orientación, etcétera.

Esto quiere decir que se produce, en cierto modo, una evolución paralela entre la inicial figura del juez árbitro (recordemos que el iudex romano era, justamente eso, un árbitro) o espectador (en la época del Estado juez y gendarme, es decir sólo vigilante) pasando por la figura del director y luego

---

(2) Barcelona, Graciela y Otros. "El activismo del juez", Revista Uruguaya de Derecho Procesal. Uruguay, 1990, No. 3, p. 407.



la del dictador.

Hoy en día, no cabe duda que existe una tendencia general en el mundo, hacia un mayor activismo del juez, esto es, a otorgarle un papel más protagónico, tanto en el desarrollo del procedimiento, como director, como en el pronunciamiento de la sentencia, en cuanto se refiere a su función creadora.

Esto viene siendo así desde los estudios de Chiovenda por allá de 1920 y de esta forma se ve en su proyecto de reforma del procedimiento civil italiano, en el que instituía un sistema que se caracterizó por la amplitud de las facultades otorgadas al juzgador; en el artículo 29 de ese proyecto se decía:

"El proceso es instituido bajo la autoridad y dirección del juez. Este dejando a salvo los límites expresamente establecidos por la presente ley, debe disponer cuanto es necesario para aclarar la verdad de los hechos y para asegurar a la causa una decisión con forme a justicia; debiendo mantener la igualdad de las partes y velar porque la instrucción de la causa sea lo más rápida y económica posible." (3).

De esta forma, se propugna el aumento de los poderes del juez como verdadero director del proceso y el otorgamiento al mismo de amplias facultades para esclarecer la verdad de los hechos, como otro medio de

---

(3) Barsallo, Pedro A. "Poderes de dirección del juez en el proceso civil", Anuario de Derecho. Panamá, 1968-1969, Año VIII, No. 8, p. 81.

lograr el cumplimiento de su verdadero cometido, ya que la declaración justa del derecho es el fin y objetivo de la función jurisdiccional, es decir, de la administración de la justicia rectamente entendida.

Se ha producido, cada vez más, un reequilibrio de pesos, que se caracteriza, hoy por la noción de "iniciativa" del juez en el proceso; en lugar de "partes rectoras" se podría hablar hoy "juez rector" de la instancia.

Hablar de iniciativa de actividades por parte de alguno de los sujetos del proceso, nos lleva necesariamente al centro de este estudio: el impulso procesal.

¿Quién realiza esa obra de impulso? En materia de impulso procesal existen en principio tres posibilidades: o el proceso se mueve y adelanta a expensas de la voluntad particular, o se mueve a expensas de la actividad de los órganos del Estado, o bien, conjuntamente. (4)

A continuación, conoceremos lo principal de este asunto, esto es, ¿en qué consiste dicho impulso? ¿quién tiene a su cargo el cumplimiento de esa actividad? ¿cómo se lleva a cabo eficazmente? entre otras muchas cuestiones.

---

(4) Couture, Eduardo J., citado por Baudrit Solera, Fernando. "Participación del juez en el proceso civil", Comparative Law Review. Estados Unidos de América, 1968, volumen 5, p. 10.

## 1.1. Concepto de impulso procesal.

Considerado en su manifestación externa, el proceso es una serie o un sistema de actos. Esta constituido por un conjunto numeroso y variado de actos, de naturaleza distinta, expresión de diversas actividades de los que en él intervienen, en él actúan, en él se mueven y colaboran al dinamismo procesal.

Un estudio de los actos particulares del proceso siempre es necesario para poder saber cómo cada uno de ellos se efectúa y cómo deben comportarse los que obran en el proceso, respecto de él. Y esto requiere el conocimiento de la técnica del proceso.

A este respecto, Piero Calamandrei (5) bien nos ha enseñado que el proceso no es solamente una serie de actividades, sino que es una relación dialéctica de actividades y que en la continuidad de los actos que se suceden en el orden establecido por el derecho procesal, todo acto puede representar una reacción respecto de aquél que le ha precedido y un estímulo respecto de aquél que debería seguirle. Pero puesto que a esta sucesión de actividades cooperan alternativamente los varios sujetos del proceso, se puede preguntar a cuál de ellos corresponde moverse inicialmente para dar el primer impulso al proceso; y si, ocurriendo en el curso del proceso alguno de los sujetos permanezca inerte en el momento en que debería obrar, baste esta inercia para interrumpir la cadena y para impedir el ulterior desarrollo de otras actividades, a las cuales viene así a faltar el estímulo.

---

(5) Calamandrei, Piero. Instituciones de Derecho procesal civil. Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-américa, 1973, traducción de la 2a., edición italiana, por Santiago Sentís Melendo, p. 356.

Son estas las cuestiones que nos plantearemos en este primer apartado: ¿qué es el impulso procesal? ¿a quién corresponde su comisión? ¿en qué consiste? Analicémosles.

Para contestar la primer pregunta, debemos comenzar indicando que el término "impulso" es definido por la Real Academia de la Lengua Española (6) de la siguiente manera:

"Impulso: (Del lat. impulsus). m. Acción y efecto de impeler."  
2. Instigación, sugestión."

y a su vez, este verbo es definido así:

"Impeler: (Del lat. impellere.) tr. Dar empuje para producir movimiento. 2. fig. Incitar, estimular."

Y si a dichas definiciones unimos la palabra "procesal" de tal forma que nos quede "impulso procesal", a primera vista, nos da una idea de que tal expresión se refiere a la tramitación o prosecución de un proceso.

De manera figurada, Calamandrei (7) nos dice que la "fuerza motriz" que interviene en el curso del procedimiento para evitar que el mismo se estanque, se indica muy propiamente con la denominación de "impulso procesal".

---

(6) Real Academia Española. Voces "Impulso" e "Impeler", Diccionario de la Lengua Española, vigésima primer edición, Madrid España, Espasa-Calpe, 1992, pp. 881 y 808.

(7) Calamandrei, Piero. Ob. cit. p. 358.

La doctrina, nos comenta Ricardo Reimundín (8), "...denomina impulso procesal a aquella actividad necesaria para el desarrollo normal del proceso, haciéndolo avanzar a fin de que pueda cumplir su propia finalidad dentro del orden jurídico."

Por su parte, Eduardo J. Couture (9) define a dicha figura como el "...fenómeno por virtud del cual se asegura la continuidad de los actos procesales y su dirección hacia el fallo definitivo."

Giuseppe Chiovenda (10) nos indica que el impulso procesal "...es la actividad que se propone tan sólo obtener el movimiento progresivo de la relación procesal hacia su término."

De las enunciaciones que anteceden, podemos deducir algunos elementos que son comunes: 1. Que se trata de una actividad; 2. Que dicha actividad pone en movimiento a un proceso; y 3. Que dicho movimiento tiende a lograr la sentencia definitiva.

Por nuestra parte, estimamos que el impulso procesal consiste en la actividad que realizan los sujetos procesales durante el curso del procedi-

- 
- (8) Reimundín, Ricardo. Voz "Impulso procesal" en Enciclopedia Jurídica Ome-  
ba. Buenos Aires, Driskill, 1982, tomo XV, p. 226.
- (9) Couture, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera edición, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 172.
- (10) Chiovenda, Giuseppe. Instituciones de Derecho procesal civil. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1989, tomo III, traducción de E. Gómez Orbaneja, p. 77.

miento, mediante actos procesales idóneos, para que la relación procesal se mueva de un momento a otro en la serie progresiva que va desde su comienzo hasta la sentencia final.

Es aquí donde notamos dos claves que detallan más el concepto; en primer lugar, que la actividad de que se trata, puede ser realizada por los sujetos procesales, y en segundo término, que sus actos deben ser idóneos para lograr el fin señalado, veamos:

El impulso procesal teóricamente considerado puede encontrarse confiado a las partes, llamado impulso de parte (Parteibetrieb), o a los órganos jurisdiccionales, denominado impulso de oficio (Offizialbetrieb, Amtsbetrieb).

A este respecto, podemos imaginar dos sistemas: uno basado en la iniciativa de parte, en el que el órgano judicial no pueda proceder sino cuando sea estimulado por los otros sujetos del proceso, y el otro lado opuesto, fundado sobre la iniciativa oficial, en el que el órgano judicial tenga en todo momento el poder proceder "de oficio", aun sin ser requerido por los otros sujetos del proceso. En el primero de los dos sistemas los poderes del juez son limitados y condicionados por la actividad de las partes y la relación procesal se afirma a través de las cargas de las partes; en el segundo sistema, en cambio, la relación procesal vendría en realidad a verse reducida a la mera sujeción de las partes al juez.

Con arreglo al primer principio, las partes ejercen un tal dominio sobre la demanda formulada, que la continuación y terminación del juicio depende de sus sucesivas solicitudes. En consecuencia, los órganos de justicia sólo entran en acción en virtud de tales peticiones, y vuelven a

caer en la inactividad tan pronto como se haya ejecutado la medida particular solicitada. De aquí que la inactividad de las partes lleva consigo la del juzgador, causando la paralización del juicio. Por el contrario, bajo el régimen del impulso del proceso por el tribunal, éste, con la instauración del proceso o, en ciertos casos especiales, con la formulación de la solicitud, recibe por parte del litigante peticionario el deber, y también el derecho, no sólo de ejecutar las respectivas actos judiciales pedidos, sino de hacer, en general, todo cuanto resulte necesario para juzgar a la demanda. No vuelve, en este caso, a la inactividad hasta que se haya logrado este fin o la parte solicitante retire su petición (11).

Obsérvese, dice Calamandrei (12), por razón de exactitud de terminología, que esta contraposición entre el sistema de la "iniciativa oficial" y el sistema de la "iniciativa de parte", no coincide perfectamente con la que se podría basar sobre la diferencia entre iniciativa pública e iniciativa privada. Puede existir, en efecto, ciertos tipos de proceso en los que, mientras el órgano judicial no puede proceder de propia iniciativa, el poder de proponer la demanda y de estimular así la actividad del órgano judicial, se confía, en lugar de al particular, a un órgano especial del Estado (ministerio público), el cual acciona como parte pública. En un sistema semejante la iniciativa es pública (en cuanto parte de un órgano público), pero no es oficial, en cuanto si esta parte pública no se mueve, el juez no puede proceder ex officio.

---

(11) Millar Wyness, Roberto., citado por Aragonese Alonso, Pedro. Proceso y Derecho Procesal. Madrid España, Aguilar, 1960, p. 94.

(12) Calamandrei, Piero. Ob. cit. p. 357.

Ahora bien, comúnmente la doctrina relaciona con el impulso procesal los aforismos nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio, empleándolos como equivalentes, pero deben ser deslindados y, referir el primero a la iniciativa procesal y el segundo al impulso procesal.

Sin duda, dice el Jaime Guasp (13), cabe atribuir a los dos, un sentido idéntico puesto que expresan la limitación para el juez de desarrollar espontáneamente su actividad. Cabe también, no obstante, dar al segundo un alcance más amplio que al primero, en cuanto que el nemo iudex se refiere de modo exclusivo a la iniciación del proceso y el ne procedat iudex abarca también o puede abarcar todos los actos de impulso que en el procedimiento se desarrollan, es decir, que podían configurarse como una prohibición para el juez de hacer avanzar el juicio, no ya de ponerlo en marcha, por los diversos estadios que ha de recorrer hasta llegar a la decisión final.

Por otra parte, nos señala Dante Barrios de Angelis (14) que junto a la clasificación tradicional en que se divide el impulso, es decir, impulso de parte e impulso de oficio, es posible establecer una tercera forma de impulso, que denominaríamos impulso legal o ex lege (Rechtsbetrieb, con un vocablo análogo al de la terminología germana clásica); y que comprendería a todos aquellos casos en que el tránsito temporal acaece de pleno derecho.

Y agrega que si se tiene en cuenta que el impulso consiste,

---

(13) Guasp Delgado, Jaime., citado por Reimundín, Ricardo. Ob. cit. p. 227.

(14) Barrios de Angelis, Dante. Teoría del Proceso. Buenos Aires Argentina, Depalma, 1979, p. 242.



concretamente, en el establecimiento de las condiciones necesarias y suficientes para que se habilite un momento subsiguiente en la serie de momentos del proceso, la conjunción de la existencia de la norma más el transcurso del tiempo natural previsto en ella, determina como consecuencia jurídica la habilitación del momento sucesivo.

Determinar ¿a quién corresponde la comisión del impulso procesal? ¿a las partes? ¿al juez? ¿a ambos concurrentemente? depende del criterio político-procesal que se tenga del proceso. Los que participan del criterio privatístico-dispositivo responderán que los actos de impulso corresponden exclusivamente a las partes; impulso procesal de parte; en un sistema antagónico, el impulso del proceso correspondería exclusivamente al juez: impulso procesal de oficio. Estudiaremos con más detenimiento este tema, más adelante, al analizar el proceso dispositivo y oficioso.

Hemos atendido las dos primeras preguntas que nos formulamos, es decir ¿qué es el impulso procesal? y ¿a quién corresponde éste?, ahora nos toca precisar ¿en qué consiste el mismo?

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 un consecuencia del que le precede y un antecedente del que le sigue; esos actos que la constituyen son actos jurídicos, porque generan efectos jurídicos. Y son actos procesales, porque se desarrollan o tienen efectos en el proceso.

Son precisamente este tipo de actos los que permiten un avance en la relación procesal y los que logran que el proceso llegue a su fin normal;

pues bien, dicho empuje sólo se logra con el impulso procesal, el cual toma forma en un acto procesal, de tal manera que cada uno de éstos represente, un momento en el proceso, un elemento de éste.

Si la forma de manifestarse en el proceso el impulso procesal sólo es a través de actos procesales, debemos explicar algo de éstos:

Las leyes procesales no definen el acto procesal, por lo cual su noción queda confiada a la elaboración doctrinaria.

Recordemos la tradicional división que en el Derecho civil existe entre hechos (lato sensu), hechos jurídicos (strictu sensu) y actos jurídicos; pues bien, esa misma clasificación la podemos traer al Derecho procesal y decir entonces que los hechos procesales son aquellos acontecimientos de la vida que proyectan sus efectos sobre el proceso (asimilándose a los hechos jurídicos strictu sensu, por producir efectos jurídicos).

Cuando los hechos aparecen dominados por una voluntad jurídica idónea para crear, modificar o extinguir derechos procesales, se denominan actos procesales.

Es oportuno agregar ahora que en opinión de Jaime Guasp (15) el acto jurídico procesal es aquel acto o acontecimiento, caracterizado por la intervención de la voluntad humana, por el cual se crea, extingue o modifica

---

(15) Guasp, Jaime, citado por Torres Díaz, Luis Guillermo. Teoría general del proceso. México, Cárdenas editor y distribuidor, 1987, p. 223.

alguna de las relaciones jurídicas que componen la institución procesal.

O bien, como lo indica Hugo Alsina: "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..." (16).

A este respecto, nos dice Carlo Carli (17) que el acto de impulsión es todo acto procesal que tienda a hacer progresar el proceso superando las distintas etapas en que se le puede dividir. Se trata de un acto complejo, ya que comprende no solamente la petición de la impulsión, sino también la impulsión misma; por ejemplo, señala: al promover la demanda, se pide se ordene el traslado de la misma; el juez provee el traslado de la demanda y ordena la notificación al demandado; se produce la notificación al demandado, etcétera. Cada uno de estos actos es un acto de impulsión.

Y continúa mencionando que 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 el acto procesal es todo acontecimiento que de cualquier manera influye en la relación procesal; sin embargo, hay ciertos hechos que influyen en esa relación y no constituyen actos procesales.

---

(16) Alsina, Hugo, Voz "Actos procesales civiles" en Enciclopedia jurídica Omeba. Buenos Aires, Driskill, 1986, tomo I, p. 434.

(17) Carli, Carlo, Derecho procesal. Buenos Aires, Abeledo-Perot, 1962, pp. 90 y 91.

Atendiendo a lo anterior, debemos afirmar que el impulso procesal se logra no solamente con hechos, sino también con omisiones que permitan pasar a una etapa posterior del proceso.

Sin embargo, sucede que hay actos que, aunque incorporados al proceso, no son actos procesales, y es por eso que no todos los actos que se realizan en el proceso son idóneos para impulsar el procedimiento, sino tan sólo aquellos que colaboran al dinamismo procesal, sea porque tienden a la constitución, modificación o cesación de una situación jurídica en la relación procesal.

Ahora bien, sigámonos deteniendo un poco más en el análisis del acto procesal, para decir que, si tomamos como punto de referencia a su autor, éste puede provenir y clasificarse en: a. actos del tribunal; b. actos de las partes (incluyéndose aquí los terceristas) y c. actos de terceros.

Por lo que hace a los primeros, es decir actos del tribunal, Eduardo J. Couture (18) nos menciona que pueden dividirse en: a. actos de decisión, y por tales se entienden las providencias judiciales dirigidas a resolver el proceso, sus incidencias o asegurar el impulso procesal; b. actos de comunicación, y son aquellos dirigidos a notificar (notum facere) a las partes o a otras autoridades los actos de decisión; y c. actos de documentación, y son aquellos dirigidos a representar mediante documentos escritos los actos procesales de las partes, del tribunal o de los terceros.

---

(18) Couture, Eduardo J. Ob. cit. pp. 205 a 208.

Y nos continúa diciendo el citado tratadista, que por lo que hace a los actos de las partes, corresponde distinguir entre actos de obtención y actos dispositivos.

Los primeros tienden a lograr del tribunal la satisfacción de la pretensión hecha valer en el proceso y pueden dividirse: 1. actos de petición, o sea aquellos que tienen por objeto determinar el contenido de la pretensión; ésta puede referirse a lo principal del asunto (pretensión de la demanda; pretensión de la defensa) o a un detalle del procedimiento (admisión de un escrito, rechazo de una prueba); 2. actos de afirmación, se trata de aquellas proposiciones formuladas a lo largo del proceso, dirigidas a preparar al tribunal el conocimiento requerido por el petitorio; estas afirmaciones se refieren tanto a los hechos como al derecho; también se acostumbra clasificar estas proposiciones en participaciones de conocimiento (saber jurídico) o participaciones de voluntad (querer jurídico); y 3. actos de prueba, se trata de la incorporación al proceso de objetos (documentos) o relatos (declaraciones reconstruidas en el proceso escrito mediante actas) idóneos para crear en el tribunal la persuasión de la exactitud de las afirmaciones.

Los actos dispositivos se refieren al derecho material cuestionado en el proceso a los derechos procesales particulares; la disposición del derecho existe mediante: a. allanamiento; b. desistimiento; y c. transacción. En tanto que los actos dispositivos de derechos procesales particulares, son aquellos actos de renuncia a ciertos escritos, medios de defensa, medios de prueba, etc.

También aquí se ha debido dejar en vigor el sistema de impulso de

parte, siempre que el mismo podía aparecer como una consecuencia del poder de disposición de las partes sobre la relación substancial: así como el requerir la jurisdicción para la tutela del propio derecho es un modo de disponer del mismo, así también del poder que el particular tiene de renunciar a los propios derechos o de enajenarlos negocialmente, deriva, por lógica consecuencia, el poder de renunciar a la tutela jurisdiccional, aún después de haberla pedido, o de ponerse de acuerdo con el adversario con cómo hacer cesar, antes de que el juez haya decidido, la materia de la contienda, dejando así privada la finalidad práctica de la continuación del proceso. En todos estos casos, el impulso de parte debe ser reconocido en este aspecto negativo suyo, esto es, en el sentido de que las partes, así como tenían el poder de hacer surgir el proceso, también tenían el poder de hacerlo cesar: cuando las mismas están de acuerdo en declarar que no tienen qué pedir al juez al continuar el proceso sin contenido, por la sola satisfacción del impulso oficial, estaría en contradicción con el mismo principio de la demanda. (19)

Por último, resta hablar de los actos de terceros, respecto de los cuales, nos continúa señalando Couture (20) que no es habitual en la doctrina incluir esos actos entre los actos procesales, pero que algunas distinciones contribuyen a fijar exactamente el valor de ciertos actos, lo cual nos conduce a distinguir: a. actos de prueba; son, sin duda los más importantes, ya que entre ellos caben la declaración de testigos, los dictámenes de peritos, etc.; b. actos de decisión; en ciertas circunstancias la ley demanda a los terceros la decisión de un punto del proceso; tal es el

---

(19) Calamandrei, Piero. Ob. cit., p. 399.

(20) Couture, Eduardo J. Ob. cit., p. 208.

caso de los árbitros que deben decidir en materia comercial; y c. actos de cooperación; así ocurre cuando, por ejemplo, se requiere la colaboración del empleador para asegurar el cumplimiento de la sentencia que condena al pago de las pensiones alimentarias adeudadas por el empleado.

#### 1.2. ¿A quién corresponde el impulso procesal?

El proceso civil está regido desde su inicio, y en todo su desarrollo hasta su conclusión, por una serie de principios reguladores que le dan sus características propias, determinando así, la manera en que los sujetos procesales pueden y deben actuar dentro del mismo.

Dentro de estos principios fundamentales del proceso civil la doctrina procesal menciona tradicionalmente, entre otros, el principio dispositivo que algunos procesalistas llaman de justicia rogada o de instancia de parte y de un lado opuesto, el principio inquisitivo u oficioso.

Justamente, una distinción existente entre el principio dispositivo y el oficioso, radica en el sujeto que realiza el impulso procesal, por lo que a continuación dedicaremos al primero de dichos principios nuestra atención.

##### 1.2.1. Principio dispositivo.

En varias etapas históricas del Derecho procesal se ha aplicado, unas veces el principio dispositivo, que en sentido amplio pretende dejar en manos de las partes toda la tarea de iniciación, determinación del contenido y objeto e impulsión del proceso y de aportación de las pruebas, y otras, en cambio, se le ha otorgado al juez facultades oficiosas en esos diversos

aspectos (21).

Esos sistemas son fundamentales para la regulación legal de la cuestión probatoria del proceso, tanto civil como penal y no existe una evolución histórica uniforme en esta materia, pero puede afirmarse que el camino del progreso va hacia el proceso inquisitivo. En Grecia antigua predominó el principio dispositivo, lo mismo que en Derecho romano durante el período de las legis acciones, pero durante el Imperio se le otorgaron al juez facultades inquisitivas. En el viejo Derecho germano, dominado por el proceso acusatorio, el juez carecía de facultades inquisitivas, y fue por influencia del Derecho romano justinianeo, a través del canónico, que desde el siglo XIII el sistema acusatorio dispositivo comenzó a perder terreno en lo penal y desapareció en el siglo XVI, para ser reemplazado por un proceso inquisitivo que, mejorado luego, se conserva actualmente; mientras que en lo civil predomina el dispositivo, y sólo hasta el presente siglo se ha venido imponiendo la doctrina y en los códigos más recientes el principio inquisitivo en cuanto a las pruebas se refiere, que sin duda terminará generalizándose en el futuro (22).

En principio podemos afirmar que el principio o sistema dispositivo consiste en que las partes del proceso "disponen" del impulso procesal; es decir, mientras la parte no actúa, el juez no actúa, se requiere siempre del impulso de parte; es éste el sentido lato en que se ha aceptado dicho

---

(21) Devis Echandía, Hernando. "El moderno proceso civil inquisitivo y con libertad para apreciar las pruebas", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Madrid España, 1965, no. 1, p. 15.

(22) Loc. cit.



principio, pues como veremos adelante, también se ha precisado un sentido estricto del contenido de éste.

En el sentido lato, el principio que ahora nos ocupa, se otorga a las partes el impulso del proceso, dándose al respecto, dos razones: primero, alegándose que en el proceso se ponen en juego los intereses privados de las partes, y en segundo lugar se dice que el derecho subjetivo sometido a juicio, tiene efectos directos sobre los derechos procesales resultantes; veamos estas dos posturas.

Por lo que se refiere a la primera de éstas, se ha dicho que en los Códigos de Procedimiento de corte clásico, se fundamentan en un concepto privatista de la acción y del proceso y se niega al juzgador un papel decisivo en la dirección del proceso civil ya que se mantenía el criterio de que "la acción es el medio de hacer valer en juicio el derecho subjetivo" y predominaba en el proceso no un interés público, sino el interés de los litigantes. Se proyectaba en el campo procesal el principio de derecho privado de la autonomía de la voluntad y así el proceso civil se mantenía regido en forma casi absoluta por el llamado principio dispositivo que se traducía en dejar por entero en manos de los litigantes la iniciación, desarrollo y conclusión del proceso civil. La iniciativa de parte regía y determinaba totalmente el contenido del proceso. (23)

Dejar a las partes privadas la función de señalar los confines del debate, y atribuirles el monopolio exclusivo de la selección y de la prueba de los hechos, sólo se puede hacer sin riesgo cuando las partes se

---

(23) Barsallo, Pedro A. Ob. cit., p. 79..

encuentran en el proceso en efectiva oposición de intereses, de manera que cada una de ellas sirva de control y de corrección a la actividad de la otra, y cuando en la ausencia forzosa de iniciativa del juez cada contradictor sea impulsado por el interés propio a poner en claro ante el tribunal todas las circunstancias que el otro contradictor tendría interés en que permanecieran en la obscuridad.

Por otra parte y como segunda postura, sin desconocer la naturaleza esencialmente pública de la institución del proceso, se aplica el principio dispositivo señalándose que las partes tienen en él igual poder de disposición tanto de sus facultades procesales como las que poseen en el campo privado en virtud de sus derechos sustanciales y tanto éstos, como aquéllas facultades, están en el proceso dependiendo de la voluntad de las partes.

Así, se dice que el principio dispositivo propiamente dicho consiste en que las partes poseen dominio completo tanto sobre su derecho sustantivo como sobre los derechos procesales implícitos en el juicio, en el sentido de que son libres de ejercitarlos.

De esta forma y en cuanto concierne al proceso civil dispositivo digamos con Calamandrei (24), que son los poderes de disposición que existen en el campo del derecho privado sustancial los que han configurado y determinado los caracteres fundamentales y los fines de este proceso. Si esos poderes de disposición no existieran en el derecho privado, vendría a faltar "a priori", en el delicado mecanismo del proceso civil dispositivo,

---

(24) Calamandrei, Piero. Ob. cit. T. I., p. 58.

el juego de los intereses contrapuestos que constituyen la fuerza motriz de ese tipo de proceso.

De esta manera, se habla de dos manifestaciones del principio dispositivo: material y procesal.

Así, Calamandrei (25) estimó, refiriéndose a este tema, que el principio dispositivo, si no puede considerarse como una consecuencia teóricamente inevitable de la disponibilidad de la relación sustancial por parte de los interesados, tiene, sin embargo, en tal disponibilidad su justificación lógica: de manera que tanto los legisladores han visto en el principio dispositivo el instrumento mejor para conseguir los fines de la jurisdicción civil, en cuanto han establecido que esta jurisdicción tuviese por objeto relaciones de derechos sustancial, sujetas, antes y fuera del proceso, al poder de disposición de los interesados concordados.

Viene a ser así la disponibilidad de las partes de sus derechos particulares, la justificación primordial del principio dispositivo. Y ello será así por cuanto que si, en el derecho privado pueden los particulares abiertamente convenir por mutuo acuerdo, fuera del proceso, lo que estimen conveniente en lo relativo a sus intereses contrapuestos, esto es, pueden disponer de ellos; será lógica consecuencia de esto que, si se deciden llevar esa efectiva oposición de intereses a un proceso, tengan dentro del mismo igual facultad o poder de pedir al juez sólo lo que estimen oportuno de acuerdo con los derechos que poseen. Y el proceso civil acortará su ámbito objetivo por lo que expresamente fijan las partes en sus peticiones y nada más. La iniciativa de parte rige y determina el contenido del proceso y esto

es en síntesis el principio dispositivo (26).

El principio dispositivo o de justicia rogada significa en esta forma que corresponde íntegramente a las partes el deber de hacer llegar al tribunal, desde la iniciación del proceso con la demanda, todos los elementos indispensables (fundamentalmente el material probatorio) para que el juzgador pueda dictar la decisión del proceso y significa al mismo tiempo que el juez está en la obligación legal de atenerse únicamente y a fundamentar su resolución judicial precisamente en el conjunto de esos elementos probatorios aportados exclusivamente por las partes, sin que en términos generales se le permita al juez del proceso civil tomar la iniciativa y medidas encaminadas a esclarecer la verdad, única manera de esclarecer el derecho y declararlo en forma justa.

Pasemos ahora al principio dispositivo en sentido estricto.

A este respecto, nos dice Faustino Cordón Moreno (27) que la vigencia del principio de disposición ha determinado tradicionalmente, por un lado, la disponibilidad de las partes sobre el interés material objeto del juicio y de su tutela jurisdiccional; por otro, el poder a ellas atribuido de aportar los elementos de hecho y los medios de prueba destinados a formar sentencia. Por eso, la estructura de nuestro proceso civil (se refiere a la Ley de enjuiciamiento civil española) que hunde sus raíces en el proceso

---

(26) Barsallo J. Pedro A. Ob. cit., p. 134.

(27) Cordón Moreno, Faustino. "En torno a los poderes de dirección del juez civil", Revista de Derecho Privado. Madrid, septiembre de 1979, p. 808.

común, se apoya en dos pilares básicos:

a) Los derechos de acción y de excepción como facultades disponibles de las partes y el poder exclusivo de las mismas para delimitar el objeto del juicio (acción afirmada, identificada por el petitum y la causa petendi) en la forma que mejor convenga a su interés, vinculando con sus peticiones el órgano jurisdiccional, que encuentra en este poder de las partes un límite absoluto. Por eso, en su decisión debe fallar exclusivamente sobre lo pedido, absteniéndose de resolver sobre cosa distinta o de omitir pronunciamiento (principio de congruencia).

b) La disponibilidad de las partes sobre los hechos (no sólo de los constitutivos de la acción o de la excepción, sino también de los que no producirían cambio de demanda: el juez no puede aportar hecho alguno no alegado por las partes), y de los medios de prueba destinados a formar la convicción del juzgador (o fijarlos formalmente independientemente de su convencimiento) sobre los hechos alegados que aparezcan controvertidos (iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium).

Tenemos pues dos aspectos de este principio dispositivo en sentido estricto: por una parte que son las partes las que determinan el objeto litigioso y por la otra, el que se refiere a los poderes exclusivos de las partes sobre el elemento probatorio del proceso y deja al juez inerte ante el combate judicial, que reviste así un interés netamente privado.

A propósito de lo anterior, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo nos dice que la fórmula alemana Verhandlungsmaxime se usa de preferencia para referirse al poder de las partes en la fijación de los hechos secundarios.

es decir, el poder de las partes en el campo de la prueba de los hechos (principales) controvertidos, mientras que con las dispositionsmaxime se indica el principio según el cual corresponde a las partes la facultad de señalar los límites de la contienda, y, por tanto, de someter o sustraer a la fijación los hechos controvertidos del presupuesto de la norma a realizar. (28)

De acuerdo con ello, una cosa es el poder exclusivo de la parte de disponer el interés material y de su tutela jurisdiccional (principio dispositivo en sentido estricto: Dispositionsmaxime) y otra el poder de aportar al proceso los medios de prueba de que intenta valerse para la averiguación de la verdad de los hechos afirmados como fundamento de su pretensión (principio de aportación de parte o principio de negociación)(29).

El principio de aportación de parte consiste en que la ley asigna a las partes la función de reunir y traer al proceso el material de hecho, limitando la función del juez a recibirlo para valorarlo después. Pero una cosa son los hechos que ponen de manifiesto o limitan la intención de querer ejercitar un derecho, y otra son los hechos que completan y aclaran tal declaración de voluntad. Mientras los primeros entran en el ámbito del principio dispositivo, los segundos no tienen por qué excluirse de la aportación judicial. (30)

---

(28) Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto., citado por Cerdón Moreno, Faustino. Ob. cit., p. 810.

(29) Loc. cit.

(30) Aragonese Alonso, Pedro. Ob. cit. p. 94.

Esto último se ha venido sosteniendo en Alemania desde fines del siglo XIX, en donde una buena parte de los juristas han propugnado separar el principio de disposición del proceso y su iniciación por petición de parte (Verhandlungsmaxime), del principio de la disposición por ésta de los medios probatorios y del elemento de hecho (Dispositionmaxime), en forma de reconocer la posibilidad de mantener aquél a pesar de otorgarle al juez facultades inquisitivas en materia de pruebas.(31)

A nuestro parecer y contrario a lo anterior, pensamos que el poder de las partes en orden a la proposición de los medios de prueba, es una consecuencia necesaria del principio de disposición en sentido estricto y no encontramos razón para estimarlo fuera de éste.

Así pues, debe entenderse según este principio, como bien señala Leo Rosenberg (32), que sólo las partes pueden introducir la materia litigiosa en el proceso, resolver sobre su necesidad de comprobación e impulsar éste y que el tribunal no puede considerar hechos no presentados por las partes ni, por lo regular, tomar ninguna prueba de oficio. El principio dispositivo se refiere así a los dos aspectos de la reunión del material: la presentación y la comprobación de los hechos.

El principio dispositivo ha logrado su mayor vigencia en el proceso civil y en el que a causa de éste tienen lugar las siguientes consecuencias:

---

(31) Devis Echandiá, Hernando. Ob. cit. p. 23.

(32) Rosenberg, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América; 1955, tomo I, p. 386.

1. El proceso civil se inicia por el actor; la incoación del proceso civil depende única y exclusivamente de la voluntad de un sujeto, distinto del juez, que con su demanda excita la actividad jurisdiccional; iniciado éste, el juez no puede proceder a continuarlo de oficio.

2. El juzgador no puede salirse en su resolución de lo alegado y probado por las partes; es decir, la sentencia debe ser solamente sobre lo que se pide y se prueba; debe dictarse conforme a los hechos alegados y a los elementos de convicción que se hayan producido dentro del proceso.

Por tanto, el fallo debe ser congruente con lo pedido por las partes en el libelo de la demanda y en la contestación de la misma; el juzgador no debe fallar ni otorgar más de lo solicitado, ni sobre cosa distinta de lo pedido, lo que significa que debe existir plena conformidad entre la sentencia y las peticiones de las partes.

De esta manera se impide al Órgano jurisdiccional falle sobre puntos no sometidos a su competencia y prohibiendo igualmente que algunas cuestiones propuestas queden sin solución.

Sobre este principio de congruencia, nos resta acotar algunas precisiones:

a. Que dicho principio no excluye que se entiendan incluidos en los hechos alegados, otros, que son la consecuencia inmediata y directa de ellos, por lo que no se trata de un principio rígido, sino flexible. Dada la variedad y multiplicidad de los hechos de la vida misma.



b. Que el principio es aplicable a la segunda instancia y en consecuencia:

- los poderes del tribunal de alzada quedan limitados también por el objeto del proceso.

- en general se admite el principio del tantum devolutum quantum appellatum que limita dichos poderes a los agravios. Se puede decir, con cierta licencia, que la apelación y su fundamentación constituyen la demanda (pretensión) en la segunda instancia y, en consecuencia,

- se aplica también el principio de la no reformatio in pejus, es decir que la resolución del recurso no puede darse en perjuicio del que apeló ( si no lo hizo su contraparte o, al menos, se adhirió a la apelación) (33).

Por otra parte, si bien el juez está limitado por los hechos alegados por las partes, en cambio no sucede lo mismo con el Derecho. De acuerdo con el principio Iura novit curia el Tribunal especialista en la materia, puede aplicar el Derecho que considera correcto a la situación jurídica planteada por las partes.

Es decir que hay que distinguir, lo que es el derecho invocado por la parte, que el juez puede suplir (o cambiar), de la causa petendi que, dentro del sistema dispositivo, no puede modificar. Aquí el juez es libre de aplicar la norma que entienda corresponde al caso planteado por las partes.

(33) Barcelona, Graciela y Otros. Ob. cit., p. 417.

## 1.2.2. Principio de oficialidad.

Se entiende por tal principio, en su verdadera esencia, la concesión de poderes al órgano jurisdiccional que, de una parte, posibiliten el impulso de oficio del procedimiento.

La oficialidad se muestra, bajo un aspecto, confiriendo al órgano jurisdiccional facultades para imprimir actividad al procedimiento, sin necesidad de solicitud de las partes. El juez tiene las más amplias facultades para realizar todas las actividades que conduzcan a la conclusión del proceso.

De igual forma que el principio dispositivo, el inquisitivo u oficioso en sentido estricto, sirve para suplir las posibles deficiencias de las partes, o para completar la actividad de éstas, en el orden procedimental, a fin de llegar al mejor esclarecimiento de los hechos objeto de la litis y resolver, con el mejor acierto la cuestión sometida a controversia.

Las objeciones contra las facultades oficiosas del juez en la producción de la prueba para el proceso civil se reducen a estas: que se trata de un litigio de interés privado y, por tanto, las partes deben ser dueñas de manejarlo según su leal saber y entender; que se perjudica a la parte desfavorecida con las pruebas decretadas de oficio; que por consiguiente el juez debe permanecer inactivo y limitarse a juzgar con base en las pruebas que las partes le aportan, para no romper su indispensable imparcialidad o neutralidad (34).

---

(34) Devis Echandía, Hernando. Ob. cit. p. 19.

Ahora bien, ¿cuál es la razón de ser de la aplicación de este principio en determinados procesos? Esta estructura especial que toman algunos procesos, no es mas que una consecuencia de la naturaleza también especial de la relación sustancial sometida al juez.

Calamandrei manifiesta que la naturaleza particular de esas relaciones de derecho sustancial proviene de la importancia social que se asigna a las mismas, de donde resulta el interés del Estado de no permitir su modificación sin la intervención del órgano jurisdiccional. El Estado considera socialmente útil que la constitución de determinados efectos jurídicos no se deje librada a la simple voluntad de los particulares interesados, y en tales supuestos, impulsado por el interés social que existe en la administración pública del derecho privado, confiere a sus organismos jurisdiccionales la facultad de intervenir en cada caso para controlar si existen en concreto los presupuestos establecidos en la ley para la obtención del efecto querido, y para integrar, con su propia voluntad, la voluntad privada (35).

Esta tendencia inquisitoria, tiene como base la primacía del interés público, representado por el juez, sobre el interés particular; y por esta vía se le restablece plenamente al juez la dirección del proceso, la facultad de apreciación de

---

(35) Calamandrei, citado por Fornatti, Enrique. "El proceso civil inquisitorio en la doctrina y en la ley 14.237 y sus semejanzas con el proceso penal", Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, noviembre-diciembre de 1954, año de 1954, no. 41, p. 1387.

los hechos y averiguar de oficio la verdad de los hechos sujetos a controversia.

Resta hablar de las diligencias o medidas para mejor proveer, que tienen lugar después de sobrevenir la preclusión definitiva de aportación de materiales y una vez que el juez advierte que carece de datos para resolver dada la insuficiencia de las aportaciones de prueba de las partes, o por no haber sido posible a éstas ejecutar todas las propuestas, llevando entonces como fin esencial servir de instrumento al juzgador para resolver con mayor acierto y justicia una controversia sometida a su decisión; éstas, según definición de Couture, son aquellas medidas probatorias que el juez puede disponer por su propia iniciativa, destinadas a mejorar las condiciones de información requerida por la sentencia, de cuya génesis lógica forman parte, o como dice Guasp: los actos de instrucción realizados por iniciativa del órgano jurisdiccional para que éste pueda formar su propia convicción sobre el material del proceso (36).

Pues bien, estas diligencias que el juez puede ordenar, hay quienes las ubican dentro del principio inquisitivo u oficioso, lo cual estimamos no acertado; estarían en tal marco, si el juez tuviere la obligación de decretarlas y en este caso no sucede así, pues es una facultad discrecional del juzgador ordenar o no su práctica, razón por la que queda fuera de dicho principio.

---

(36) Couture, y Guasp, citados por Barsallo, Pedro A. Ob. cit., p. 84.

## 1.3. Cargas procesales.

La noción de carga tiene sus antecedentes en el Derecho romano, y durante mucho tiempo apareció confundida con el concepto de obligación; el interés de obrar en provecho propio para prevenir un perjuicio, que define y caracteriza a la carga, establece su distingo respecto de la obligación.

Carga es vocablo que sugiere un peso, o dificultad gravosa (que pesa) a remover o liberar y deviene de la traducción de onere. Carga o peso es en latín onus.

Los imperativos jurídicos, nos dice Eduardo J. Couture (37) han sido clasificados en deberes, obligaciones y cargas.

Deberes, señala, son aquellos instituidos en interés de la comunidad; obligaciones, aquellos instituidos en interés de un acreedor; cargas, aquellos que se determinan en razón de un interés propio. En el proceso, esas tres formas de imperativos jurídicos se presentan con caracteres bien acentuados y visibles.

Son deberes procesales aquellos imperativos jurídicos establecidos en favor de una adecuada realización del proceso. No miran tanto el interés individual de los litigantes, como el interés de la comunidad. En ciertas oportunidades, esos deberes se refieren a las partes mismas, como son, vgr., los deberes de decir la verdad, de lealtad, de probidad en el proceso. En otras alcanzan a los terceros, tales como el deber de declarar como testigo,

---

(37) Couture, Eduardo J., Ob. cit., pp. 209 a 211.

de actuar como perito luego de haber aceptado el encargo, o de servir como árbitro, también luego de haber aceptado el cometido.

Los deberes procesales, como regla general de los demás deberes jurídicos, no pueden ser objeto, a diferencia de las obligaciones y de las cargas, de ejecución forzosa. La efectividad en el cumplimiento de los deberes procesales se obtiene, normalmente, mediante sanciones, ya sean de carácter físico o personal, como el arresto; ya sean de carácter pecuniario, como la multa. Estas sanciones son formas de coacción moral o intimidación. En verdad no hay forma material de hacer cumplir por la fuerza esta clase de deberes.

Por otra parte, las obligaciones procesales son aquellas prestaciones impuestas a las partes con ocasión del proceso.

La más acentuada de las obligaciones procesales, nos continúa diciendo Couture, es la que surge de la condena en costas; en la que existe además una responsabilidad procesal, derivada del abuso del derecho de acción o del derecho de defensa. El daño que se cause con ese abuso, genera una obligación de reparación, que se hace efectiva mediante la condena en costas. La condena en costas constituye una forma de imponer, por acto judicial, una obligación cuya naturaleza procesal parece muy difícil de desconocer.

En nuestro concepto, es difícil encontrar obligaciones de naturaleza procesal; la condena en costas es una consecuencia jurídica (no necesaria) de un determinado proceder de los litigantes; en su caso, no solamente de la condena en costas resulta una obligación, sino de cualquier clase de condena

que se decreta, ya que existe la obligación de las partes a someterse a los resultados del proceso, es decir, a la sentencia final y de ahí que pueda hacerse cumplir coercitivamente.

Derivadas de los derechos de acción y de contradicción que competen a las partes, éstas tienen poderes de actuar dentro del proceso para llevarlo hasta su terminación. Estos poderes, sin embargo, no constituyen obligaciones sino cargas procesales.

Ahora bien, son varias las tesis sobre lo que debe entenderse por carga procesal y su naturaleza.

La carga, como categoría jurídica diferenciada pero en estrecha vinculación con los deberes jurídicos, se relevó primeramente en el campo del derecho sustancial (38).

En la disciplina del proceso su estudio fue afinándose hasta que James Goldschmidt nos fijara sus caracteres tales como hoy son generalmente admitidos. Es decir, como una categoría jurídica que ocupa en el proceso el lugar de las obligaciones, imperativo del propio interés, cuyo cumplimiento es necesario para remover la situación gravosa que emergía de su incumplimiento (39).

---

(38) Tuhr, A. Von., citado por Barrios de Angelis, Dante. "Contribución al estudio de la carga procesal", Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración. Montevideo Uruguay, noviembre de 1948, año XLVI, no. 11, p. 253.

(39) Loc. cit.

La carga ha llegado a explicarse en el proceso como una consecuencia del descarte del concepto de obligación de parte ante el derecho subjetivo que se le opone.

Los autores, frente al derecho de demandar —que no era al principio sino una prolongación del derecho subjetivo material— pensaron en las obligaciones, p. ej. de contestar y de probar. Las formulaciones legales incitaban a ello con nítidos "debe" que aún persisten. Pero el supuesto "obligado" procesal carecía de la sujeción característica de su congénere material y era, además el propio beneficiario de la "obligación". Es así que los "imperativos del propio interés" toman la plaza, "ocupan el lugar" de las obligaciones de parte en el proceso (40).

Zanzucchi hace la siguiente distinción entre obligación y carga procesal: la primera existe cuando la ley manda a alguno tener determinado comportamiento para satisfacer un interés ajeno, sacrificando el propio interés; la segunda tiene lugar cuando la ley fija el comportamiento que alguno debe tener, si quiere conseguir un resultado favorable a su propio interés (41).

Aun más, Hernando Devis Echandía (42) nos precisa las diferencias entre

(40) Goldschmidt, James., citado por Barrios de Angelis, Dante. "Contribución al estudio..." p. 262.

(41) Zanzucchi, Marco Tulio., citado por Becerra Bautista, José. El Proceso Civil en México. Octava edición, México, Porrúa, 1980, p. 79.

(42) Devis Echandía, Hernando. "La carga de la prueba", Estrados. Caracas Venezuela, noviembre-diciembre de 1966, año IV, nos. 42 y 43, pp. 590 y 591.



la carga y la obligación o el deber, que pueden resumirse así:

1ª) La obligación y el deber son relaciones jurídicas pasivas y la carga es una relación jurídica activa.

A este respecto, Barrios de Angelis indica que se sostiene: la carga es una situación pasiva. Y, al mismo tiempo, se dice que carga es una facultad [Véase Carnelutti, F. 'Sistema...' cit. t. I, p. 65...: quien afirma 'carga es una facultad cuyo ejercicio es necesario para el logro de un interés'. Vide, del mismo autor, 'Instituciones del nuevo proceso civil italiano'. Ed. Bosch, Barcelona, 1942, p. 195], es decir una situación activa! O, con el mismo postulado (carga, situación pasiva) se determinan situaciones características de carga, como constituyendo "posibilidades" [Goldschmidt, J., 'Decho procesal civil', Labor, Barcelona, 1936, p. 195, define a la posibilidad como 'situación que permite obtener ventaja procesal mediante la ejecución de actos'.], es decir, "derechos procesales", situaciones activas." (43).

2ª) En la obligación y el deber existe un vínculo jurídico entre el sujeto pasivo y otra persona o el Estado, lo cual no existe en la carga.

3ª) En la obligación o el deber se limitó la libertad del sujeto pasivo, mientras que en la carga el sujeto conserva completa libertad de ordenar su conducta, y es sujeto jurídico activo.

En este punto, nos comenta Lorenzo Carnelli (44) que se arguye que el

(43) Barrios De Angelis, Dante. Contribución... p. 254.

(44) Carnelli, Lorenzo. Voz "Carga Procesal", Enciclopedia jurídica Omeba. - Buenos Aires Argentina, Driskill, 1979, tomo II, p. 715.

obligado no tiene libertad de elección: si no procede como quiere la ley, se expone a la sanción que la ley prescribe para su incumplimiento; el onerato "es libre de comportarse en forma diversa" de la que dispone la ley, y su única consecuencia será la pérdida de la ventaja que, cumpliendo, habría obtenido (Calamandrei, Istituzioni di Diritto processuale secondo il nuovo Codice, 1941, pág. 329). Pues bien, el sujeto no es más ni menos libre, jurídicamente, en un caso que en otro. Sólo hay una libertad para hacer lo que se quiera sin caer en ilicitud; y esa libertad no se halla en la norma. En la norma donde reside la carga, opera la facultad de inordinación en quien debe, tanto bajo la forma que se atribuye a la obligatio, como bajo la forma que se atribuye al onus.

4ª) En la obligación y el deber existe un derecho (privado o público) de otra persona a exigir su cumplimiento, cosa que no sucede en la carga.

5ª) La obligación o el deber implican, por consiguiente, una sujeción, y la carga, por el contrario, contiene una facultad o poder.

La vinculación entre los conceptos de facultad y carga es original, por lo que conviene delimitar el concepto facultad, precisión que en la doctrina ya realizó Carnelutti (45) al decir que es la posibilidad de obrar en el campo de la libertad que no rebasa la esfera del interés propio y que supone en otro sujeto un deber de dejar hacer. Es un ser libre de hacer y, agregamos, de no hacer determinada cosa.

En este punto, es interesante el planteamiento que hace Barrios De

---

(45) Carnelutti, citado por Barrios De Angelis, Dante. Contribución... p.257.

Angelis (46), al determinar la relación existente entre las figuras: facultad, derecho y carga; comienza mencionando que aun cuando la opinión dominante de la doctrina, en principio sin hesitación ha entendido que la carga es una facultad (es decir, que una situación pasiva es una situación activa...) ya en la última posición de Carnelutti ("Instituciones... p. 203) aparece la interrogante -que necesariamente tenía que surgir de esta contradicción formal- de "si" y "hasta qué punto" la facultad constituye carga. Y el maestro italiano se decide, sin una precisa argumentación, por conjugar ambos conceptos.

Esa tesis, nos dice Barrios De Angelis, sólo tiene un imperfecto principio de razón, que se funda en el carácter copulativo de la facultad, o sea en su posibilidad práctica de coexistir con el derecho subjetivo, como libertad de ejercitarlo o no y por otra parte, un modo de ver la carga como un fenómeno activo de la facultad.

Así, el ejercicio del derecho subjetivo sería una facultad y el derecho subjetivo mismo un interés protegido mediante (el reconocimiento de) una facultad.

La facultad es la libertad de ejercitar o no el derecho subjetivo; una especie de "derecho al ejercicio del derecho", no el ejercicio mismo que es, normalmente, una actividad y no una categoría jurídica.

La carga, es en su caso un aspecto de la facultad y basta constatar que la facultad es, en su carácter de situación activa, teóricamente susceptible

---

(46) Barrios De Angelis, Dante. Contribución... pp. 257 a 259.

de consideraciones análogas en cuanto a plazo de producción, decaimiento, efectos indirectos, etc., de aquéllas que nos sugiriera el derecho subjetivo.

En consecuencia, y en nuestra opinión, aun admitiendo la autonomía práctica de la facultad, la carga no sería ésta sino, solamente, un aspecto suyo. No existiría situación pasiva carga, sino situación activa de facultad. Una de cuyas facetas, la relativa al gravamen que supone su ejercicio y a las consecuencias perjudiciales del no ejercicio, constituirían la carga.

6ª) El incumplimiento de la obligación o el deber es un ilícito que acarrea sanción, al paso que la inobservancia de la carga es lícita, y por tanto no es sancionable.

A la obligación corresponden los áctos debido e ilícito; y a la carga, únicamente el acto necesario.

Dicha necesidad, se puede explicar así: si alguien tiene que proceder en determinada forma para lograr un interés, esa forma traduce una mera necesidad y no es, por ende, jurídica; si debe obrar así, la forma será debida: o moral, o jurídicamente (47).

Existe, por consiguiente, una conveniencia práctica de observar la carga, pero no una necesidad jurídica y tampoco un deber ni una obligación para consigo mismo y mucho menos respecto del Estado ni del Juez o de la parte contraria en el proceso o de terceros en general, razón por la cual

---

(47) Carnelli, Lorenzo, Ob. cit., p. 714.

nadie tiene un derecho correlativo a exigir su cumplimiento; no se trata de un acto jurídicamente necesario, porque no hay un vinculum juris que obligue a ejecutarlo, sino un interés propio del sujeto que hace aconsejable esa conducta.

Goldschmidt de considerar la carga como un "acto necesario" la califica como "imperativo del propio interés" (diferencia más de denominación que de concepto), pues la noción de "imperativo del propio interés" no se compadece con la de carga, por que ésta conlleva la idea de disposición libre del propio interés y aquélla la de coacción y como puede apreciarse, ya no se considera la carga como un acto necesario ni imperativo; no es deber hacer, sino una simple posibilidad de obrar libremente, sin coacción ni sanción. (48)

La inobservancia de la carga, precisamente por ser libre y perfectamente lícita, no acarrea ninguna sanción jurídica ni económica, pues las consecuencias desfavorables que puede acarrearle al sujeto no tienen esa calidad, sino son apenas el normal resultado de abstenerse voluntariamente de la conducta prevista en la norma como presupuesto para evitarlas o, contemplada la situación desde otro punto de vista, se trata de no cumplir los presupuestos de la norma para recibir los beneficios que en ella se contemplan (49).

7ª) El incumplimiento de la obligación o del deber, perjudica siempre a otra persona o a la colectividad, al paso que la inobservancia de la carga sólo perjudica al sujeto de ella, por lo que puede decirse, que aquéllos

(48) Devis Echandía, Hernando. La carga... pp. 586 y 587.

(49) Ibidem, p. 589.

satisfacen un interés y ésta sólo un interés propio (sin que deje de existir en el primer caso un interés propio en liberarse de la obligación o el deber, es decir en adquirir su libertad).

Se suele decir, nos comenta Hernando Devis Echandía (50), que mientras en la obligación existe un interés del acreedor en que se cumpla, ya que se traduce en su beneficio, en la carga ese interés radica en cabeza de la persona que la soporta, pues su observancia le es favorable. Se resume esta tesis afirmando que la obligación se cumple en interés ajeno y la carga en interés propio.

La distinción que suele hacerse entre interés propio y no propio, falla por su base, ya que puede no haber interés en el ejercicio de ciertas cargas. Muchos autores reconocen no sólo que, en numerosos casos, las cargas más notorias carecen de interés para el titular, sino que el interés del titular está, precisamente, en no ejecutarlas. ¿Quién, por otra parte, estimaría el interés? ¿El mismo interesado? En tal hipótesis, ¿qué valor tendría esa carga sin valor propio?. En suma: no hay cargas por el solo interés en sí; o, mejor dicho, las cargas no consisten en un interés (51).

Y agrega Devis Echandía que es mejor hablar de que el acto debido, en el caso de las obligaciones, redunde siempre en beneficio ajeno (del acreedor o de la sociedad o el Estado cuando se trata de obligaciones para con la colectividad y hay un interés público), al paso que en las cargas, el acto beneficia solamente a quien debe ejecutarlo.

---

(50) Devis Echandía, Hernando, La carga..., p. 585.

(51) Benvenuti, citado por Carnelli, Lorenzo, Ob. cit., p. 715.

Y además, señala, la titularidad del interés o el beneficio que el acto otorga no es suficiente para estructurar completa y claramente la noción de carga y sus diferencias con la obligación o el deber, pues se deja de lado aspectos tan importantes como la existencia o inexistencia de una sanción por la inobservancia, su naturaleza, la exigibilidad o al contrario de la libertad de su cumplimiento y otros.

Para llegar al actual concepto de carga se enfoca el proceso como si los derechos se ejercitaran para evitar las consecuencias de su no ejercicio y no, como es de principio, para obtener un efecto jurídico específico.

Según Couture (52) la carga procesal puede definirse como una situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él.

Creemos que bien podríamos cambiar en dicha definición el término "requerimiento" por algún otro que no denotara una exigencia, sino una simple posibilidad de obrar libremente, sin petición de algo o alguien; cambiar por tanto dicho vocablo por otro, como "señalamiento" verbigracia.

De manera más detallada Devís Echandía (53) define la carga así:

"...un poder o una facultad (en sentido amplio) de ejecutar libremente ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la ley

---

(52) Couture, Eduardo J., Ob. cit., p. 211.

(53) Devís Echandía, Hernando, La carga..., p. 589.

ma para beneficio y en interés propio, sin sujeción ni coacción y sin que exista un sujeto de derecho correlativo que pueda exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables."

De dichas definiciones, resaltan algunas particularidades que tienen gran importancia para el análisis de la carga:

1. El problema de la carga se vincula a la limitación en el tiempo del ejercicio de los derechos. Y esa limitación es una nota común de éstos, sea cual sea el campo, sustancial o procesal en que el fenómeno quiera captarse (54).

Los límites temporales para la producción de los actos del proceso son muy enérgicos, llevando en sí el grave riesgo de perder la oportunidad de realizarlos; predomina el principio de la preclusión.

2. Desaprovechada la oportunidad para realizar una conducta, se seguirá el proceso con la consiguiente desventaja para el omiso o el rebelde.

Las partes, en el proceso civil dispositivo, tienen la facultad de ejercitar ciertos actos, como contestar, probar, alegar, como así también la de omitir realizarlos, no contestando, no probando y no alegando. El riesgo consiste en que, si no lo hace oportunamente, se falla el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones. Si bien no están obligadas a valerse de tales derechos, su ejercicio es útil

(54) Barrios De Angelis, Dante. La contribución..., p. 256.



y conveniente a su interés en el pleito en procura de un fallo conforme a sus peticiones. Sólo se libera de dicha carga cuando utiliza la facultad que le brinda la ley.

El análisis precedente nos lleva a marcar dos particularidades de la carga frente a la posibilidad y a la expectativa.

Goldschmidt (55) define la posibilidad como la "...situación que permite obtener ventaja procesal mediante la ejecución de actos..."

El derecho (infringido, contestado), incierto, al proponerse la demanda es sólo una (a) posibilidad de derecho al que las situaciones del proceso irán agregando (b) nuevas posibilidades, de manera que permitan (c) la probabilidad de que la sentencia pueda constituir (d) su certeza.

Goldschmidt (56) define la expectativa como "una esperanza de ventaja sin actuar por sí" y "una incertidumbre prevalente" de su obtención.

A este respecto, nos aclara Farrios de Angelis (57), que la posibilidad es algo que se tiene, en tanto que la expectativa lo es de algo que se espera o puede esperarse tener por hecho externo. La posibilidad está en nuestro patrimonio, ya por acto propio, ya por acto externo, sin que nuestro hecho intervenga; la expectativa, en cambio, supone la posibilidad y depende, en su cumplimiento, del hecho extraño.

---

(55) Goldschmidt, J., citado por Barrios De Angelis, Dante, Contribución..., p. 259.

(56) Ibidem, p. 260.

Y añade: El mayor o menor grado de expectativa depende del mayor o menor grado de posibilidad. Posibilidad que en su casi plenitud de derecho es probabilidad.

Asimismo, los errores y las renunciaciones del contrario constituyen posibilidad una vez producidas y, por ende hacen aumentar el grado de expectativa de la sentencia favorable.

Sin embargo, nos dice Carnelli (57), carece de exactitud el aserto común de que el onerato que no cumple su obligación, como "único efecto", por su no prestación, "la pérdida de la ventaja o el interés que, en otro caso, habría conseguido", pues en ocasiones el titular de las cargas puede obtener por otro conducto el beneficio que las mismas comportan. Para muchas de ellas, la pérdida no resulta siempre irreparable. En materia de prueba, el onerato incumplidor tiene el beneficio posible de las diligencias para mejor proveer.

#### 1.3.1. Distintas cargas procesales.

La relación del concepto de carga con nuestro tema, el impulso procesal, radica en que el juicio avanza también mediante cargas impuestas a las partes.

Como hemos adelantado, el problema de la carga se vincula a la limitación en el tiempo del ejercicio de los derechos. Y esa limitación es una nota común de éstos, sea cual sea el campo, sustancial o procesal en que el fenómeno quiera captarse.

---

(57) Carnelli, Lorenzo, Ob. cit., p. 716.

Sin embargo, no todas las situaciones jurídicas que constituyen carga son idénticas en sustancia y sin entrar en discusiones teóricas, con el solo recuerdo de las más importantes (que se reducen a: a) Carga de la iniciativa procesal mediante demanda y contestación de la misma; b) Carga de la prueba; c) Carga de los alegatos; d) Carga de recurrir; e) Carga de someterse a inspecciones del tribunal y a exhibir documentos; f) Carga de concurrir al tribunal a notificarse), se percibe que la ley insta a la parte a realizar actos, bajo la conminación de seguir adelante en caso de omisión. La carga funciona impeliendo a comparecer, contestar, probar, alegar, asistir, bajo la amenaza de no ser escuchado y seguir adelante.

Dentro del proceso dispositivo, el impulso procesal se desenvuelve en un sistema de cargas y términos perentorios.

De las cargas mencionadas, analizaremos las dos primeras, que son consecuencia del principio dispositivo.

### 1.3.2. Carga de la iniciativa procesal.

Desde un punto de vista teórico la demanda da origen a la relación jurídica procesal vinculando al actor con el juez; mientras el actor no formule su demanda no existirá juicio. Nuestro derecho positivo establece que toda contienda judicial principiará por la demanda (artículo 255 del Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal).

Ahora bien, la carga de la iniciativa procesal mediante demanda y contestación de ésta, contiene a su vez en su aspecto material, distintos requerimientos, entre los que analizaremos la carga de afirmar y contestar hechos.

El proceso impone a las partes varias y diferentes cargas según hemos mencionado. La primera, en el tiempo, es aquella en virtud de la cual cada uno de los litigantes se halla en la necesidad de afirmar los hechos y el derecho en el que asientan sus respectivas posiciones. Si bien el derecho mal invocado puede ser suplido por el tribunal, "iura novit curia", los hechos deben ser suministrados por las partes, las cuales han de sostener los hechos referidos por las normas jurídicas cuya aplicación pretenden consagrar en su favor.

En rigor, si el proceso nace a la vida jurídica mediante el ejercicio de la acción, que se concreta y exterioriza en la demanda, para el actor, -su jeto activo del conflicto que no se ha resuelto por otros medios de composición extraprocesales- existe la carga de afirmar los hechos constitutivos de su derecho.

Por ello, los hechos que aquí habremos de considerar refiérense a los constitutivos de la litis, que se exteriorizan o concretan en el proceso en sus actos fundamentales: demanda y constestación. Si bien el conflicto jurídico, en cuanto pretensión y resistencia de la misma, ocurre o se suscita fuera del proceso -de ahí la raíz sociológica de la litis- el mismo debe ser representado ante el juez que debe componerlo. Como con todo acierto lo destaca Carnelutti al decir que "La iniciativa de las partes es indispensable no sólo para pedir al juez la providencia, sino también para poner ante su vista los hechos de la causa. Sin este perro de caza el juez no llegaría a descubrirlos por sí mismo." Esos hechos generadores del conflicto, que principalmente deben concretarse en los actos fundamentales constitutivos del proceso se toman aquí en consideración en cuanto tienen que ser aportados en el mismo por las partes, es decir, que éstas deben proporcionar

al juez el material de conocimiento de su decisión, pues como lo señala el autorizado tratadista que se ha mencionado "...no sólo la parte tiene la necesidad del proceso, sino que el proceso tiene la necesidad de la parte...". Perfilase así el ámbito de nuestro cometido y su propósito consistente en sistematizar in genere las oportunidades de la alegación de tales hechos (58).

La pretensión que con la acción ejercita el demandante sustentándose en hechos -que dan nacimiento, modificación o extinción al derecho- lleva ínsita la carga de la afirmación. Cabe advertir que la importancia que la doctrina anterior señalara respecto de la carga de la prueba no es menor que la que corresponde a la de afirmación de los hechos, que necesariamente ha debido precederle. Como con agudeza lo hace notar Rosenberg "En un procedimiento basado en la máxima dispositiva, las partes no sólo tienen que probar los hechos necesarios para la decisión sino también deben introducirlos en el proceso mediante su afirmación, convirtiéndolos de este modo en fundamentos de la sentencia. En esto estriba el concepto de la carga de la afirmación (también llamada carga de la alegación)". (59)

En suma, el material fáctico determinante del conocimiento judicial ha de ser aportado por las partes -y ésto conviene subrayarlo ya que quod non est in acto non est in mundo- actividad que en el proceso civil no puede en modo alguno ser sustituida por el órgano jurisdiccional.

---

(58) Carlos, Eduardo B., "La carga de afirmar y contestar los hechos en el - proceso civil", Revista de ciencias jurídicas y sociales. Santa Fe Argentina, 1960, nos. 103 y 104, p. 126.

(59) Rosenberg, Leo., citado en Ibidem. p. 127.

Cabe preguntarse entonces, ¿en qué oportunidad se satisface esa carga en el proceso? En principio, en la proposición de la demanda, ya que entre los requisitos que exigen los códigos procesales, cabe destacar "Los hechos en que el actor funde su petición..." (art. 255 frac. V del C.P.C.); aunque esta regla que importa la afirmación de los hechos al interponerse la demanda admite una excepción, consistente en la alegación de hechos nuevos (260 párrafo segundo, 294 y 706 del C.P.C.), circunstancia que puede autorizar la ampliación de la misma y aun la solicitud de la apertura a prueba ante el tribunal de alzada, con las limitaciones que establecen los preceptos correspondientes (art. 294 C.P.C.).

En nuestro sistema la parte debe someter al juez no sólo la conclusión del silogismo en que ha construido su demanda, sino también sus premisas.

La definición de la carga relativa a la prueba trajo consigo la configuración doctrinaria de las afirmaciones como otro ejemplar de carga. Las partes procesales tenían que suministrarle al juez los hechos que, conforme a la regla tradicional, forman la premisa menor del silogismo en que se resuelve la sentencia, y por tanto, si tenían que probarlos, tenían previamente que afirmarlos.

En la génesis lógica de la sentencia tiene tal relevancia esa premisa menor del silogismo que cuando ella ha sido realmente comprobada, si le ha precedido o contemporáneamente se ha individualizado la norma jurídica que la regula, tenemos configurado el hecho específico legal y operada la subsunción (60). Por eso se ha dicho con verdad que el derecho encuentra en

---

(60) Calamãndrei, Piero, citado por Carlos, Eduardo B. Ob. cit. p. 130.

el hecho su sustrato y su razón de ser. (61)

Por su parte, el demandado, al ejercitar su derecho de defensa, ha de pronunciarse necesariamente respecto de la acción que en su contra se ha promovido. Es decir que pesa también sobre él la carga de contestar los hechos en que ella se funda, bien sea admitiéndolos o negándolos (art. 266 C.P.C.). Esto en cuanto al mérito de la cuestión, pues se da también la posibilidad jurídica de que antes de contestar la demanda en cuanto al fondo alegue la inexistencia de verdaderos presupuestos procesales. Superado este reparo, aquél ha de responder la demanda en la forma que se indica; podrá admitir esos hechos, discutiendo solamente la calificación jurídica o las normas de Derecho en que se apoya, o bien reconocer la pretensión [supuestos de hecho (art. 274 CPCDF) y de derecho (art. 276 CPCDF)], dando lugar al allanamiento, o, finalmente, negar esos hechos o contraponerles otros extintivos, impositivos o modificatorios (excepción en sentido sustancial).

El incumplimiento de las disposiciones anteriores, produce el reconocimiento de los hechos articulados en la demanda sin perjuicio de la prueba en contrario (art. 271 último párrafo C.P.C.), es decir, que se establece una presunción iuris tantum en favor del actor, o reconveniente, que necesariamente invierte la carga de la prueba y en adelante la misma pesará sobre el demandado o reconvenido.

Ante tal situación se encuentra el juez cuando va a determinar cuáles hechos sucedieron efectivamente o cuáles circunstancias que los rodearon los modificaron.

---

(61) Gorphe, Francois, citado por Carlos, Eduardo B. Ob.cit., p. 130.

El juez hará una selección de los hechos trascendentes y por uno o varios juicios lógicos, opinará cuál de los dos sujetos de la relación jurídica observó el mandato del legislador hecho concepto en el caso subju- dice y cuál no.

Pero previamente a la labor mental que realiza el juez para determinar la situación fáctica, él debe efectuar dos clases de juicios: realizar un examen de la pretensión y determinar si el derecho subjetivo cuya declaración pide en su favor el demandante puede tener vida; examinar la posibilidad de la existencia del derecho subjetivo cuya vigencia se pide o, por el contrario, dar prioridad a la cuestión de hecho para luego opinar sobre la aplicación de la norma jurídica. Si el derecho subjetivo reclamado por el denunciante no existe, el juez concluye su labor sin entrar a conocer la cuestión de los hechos. Hay quien, por el contrario, sostiene que el juez debe entrar previamente, y de modo ineludible, a conocer la situación de los hechos, para luego determinar la existencia o no del derecho reclamado (62).

En el primer juicio acepta provisionalmente como realmente sucedidos los hechos alegados por el demandante y determina la posibilidad de la existencia del derecho reclamado, en el segundo juicio regresa al punto de partida para determinar si la situación fáctica realmente existió y si ha sido determinada conforme a la ley.

De cuanto hasta aquí llevamos dicho, resulta fácil comprender la

---

(62) Fuenmayor, José Andrés. "La carga de la prueba desde el punto subjetivo del juez", Actas procesales de Derecho vivo. Caracas Venezuela, 1977, vol. XXI, nos. 61-63, pp. 230 y 231.



importancia que en el proceso civil corresponde a la afirmación y contestación de los hechos, no sólo en cuanto a que las partes deben proporcionarlos, sino también porque respecto de esos hechos constitutivos de la litis —que sustentan la pretensión del demandante y la oposición del demandado— ha de versar la prueba, ya que ésta, considerada en relación a cada una de las partes contendientes, es un medio de contralor de sus respectivas proposiciones. Ellos fijan también el ámbito de pronunciamiento judicial, y la sentencia no podrá sino recaer sobre esas cuestiones emergentes de la demanda y su contestación (art. 81 CPC). De ahí que esté prohibido al juez dar a las partes más de los que han pedido (*ultra petita*) o pronunciarse fuera de lo que ellas le han solicitado (*extra petita*). Son bien explícitas las expresiones, utilizadas desde antiguo y que constituyen verdaderos axiomas, ne eat iudex ultra petita partium e iudex secundum allegata et probata a partibus iudicare debet (63).

Salta a la vista la íntima relación que existe entre la carga de la afirmación (es mejor denominar de la alegación, porque comprende afirmaciones y negaciones) y la de la prueba; aquélla pone de presente el interés de la formación de los hechos que deben servir de fundamento a las pretensiones o excepciones, puesto que el juez no puede considerar los no afirmados; ésta representa el interés en llevarle al juez los medios para lograr su convencimiento sobre la verdad de tales hechos, a menos que estén exentos de pruebas. Por tanto, la primera delimita el campo en que opera la segunda, ya que no hay utilidad ni interés en probar los hechos no afirmados (64).

---

(63) Carlos, Eduardo B., Ob. cit., p. 129.

(64) Devis Echandía, Hernando, La carga..., p.592.

Estos dos requisitos: alegación y controversia del hecho rigen no sólo para la sentencia, sino también para la decisión de algunas cuestiones incidentales (como excepciones dilatorias, nulidades, falsedad de documentos, recusaciones, etc.). Esto pone de presente las relaciones entre las dos cargas: la una es complementaria de la otra; no basta alegar los hechos, pues es necesario probarlos, ni es suficiente su prueba, pues se deben alegar en la oportunidad que la ley señala (65).

Es importante recordar que cuando la ley procesal exige se alegue el hecho para que el juez pueda tenerlo en cuenta en su decisión, tal alegación, es indispensable para que éste aplique la regla de la carga de la prueba, pues en el caso contrario estará por fuera del tema de prueba en ese proceso y el juez no puede considerarlo sin incurrir en incongruencia, al separarse de la causa preindi invocada, aun cuando esté contemplado como presupuesto de la norma por aplicar (66).

La alegación es requisito para que el hecho sea puesto como fundamento de la sentencia si aparece probado, pero la falta de alegación hace que la prueba resulte inútil o innecesaria, es decir, que desaparezca el interés práctico para la parte en satisfacer la carga de la prueba.

### 1.3.3. La carga de la prueba.

Dentro de los varios temas de derecho procesal civil relativos a la actividad instructoria, pocos han merecido, con tanto interés, la atención de

---

(65) Devis Echandía, Hernando. La carga..., p. 605.

(66) Loc. cit.

la doctrina como el de la carga de la prueba. Hace más de un siglo que trata la ciencia de revisar el concepto, dando lugar a una floración de teorías que se esfuerzan por explicar el instituto a la luz del derecho positivo y ofrecer soluciones ideales para los complejos problemas que él sugiere.(67)

Toda pretensión en justicia supone la afirmación de un derecho para cuya realización es menester alegar y probar los hechos que lo sustentan.

Cuando los hechos alegados no son admitidos por el adversario, ni son notorios o favorecidos por una presunción legal que los tenga por ciertos bajo determinados supuestos, entonces será necesario probarlos de modo que el juzgador alcance suficiente convencimiento sobre la exactitud de los mismos o de las afirmaciones que lo contienen.

De esa manera el reparto de la carga de la prueba corre paralelo con el reparto de la carga de la afirmación (o de la impugnación). Así como a la carga de lo que se pide corresponde la carga de la afirmación, así también a la carga de la afirmación corresponde la carga de la prueba.

El concepto de carga de la prueba, en su sentido estrictamente procesal, quiere decir imposición a uno o ambos litigantes para que acrediten la verdad de los hechos enumerados por ellos, si quiere evitar la pérdida del proceso; sin embargo, ese poder atribuido a las partes -tal como era concebido en Roma-, sólo existe en el proceso civil dispositivo, en el que se atribuye a las partes, de forma exclusiva, la iniciación del proceso y la alegación de

---

(67) Buzaid, Alfredo. "De la carga de la prueba", Revista de la facultad de Derecho, Caracas Venezuela, Agosto de 1975, no. 55, p. 27.

la prueba de los hechos presupuesto de la norma jurídica cuya aplicación solicitan, quedando limitada la actividad probatoria del juez o tribunal al uso de diligencias para mejor proveer (art. 279 CPC), con la única finalidad de complementar, no de sustituir, la actividad de las partes.

En el principio dispositivo, donde las partes tienen la iniciativa e impulsan el proceso y tratan de culminarlo con la obtención de la sentencia, el juez no anticipa a los interesados, ni se mueve de propia autoridad para indagar, en público o en privado, quién sufre violación o amenaza en su esfera jurídica; tiene un papel neutro en la administración e investigación de la prueba, por lo que él no podrá formarse una convicción sobre el asunto que se le ha sometido por sus propios medios; espera que le provoquen la actividad jurisdiccional, correspondiendo a los litigantes el onus de afirmar y probar su pretensión en juicio. Son las partes quienes deben probar los hechos en que fundan sus pretensiones, so pena de perder el litigio. Estas tienen que probar para vencer.

La ley distribuye por anticipado la carga del litigante, pero no siempre en forma expresa, dejando a veces la adjudicación de la misma a la interpretación que los jueces pueden hacer en el caso concreto de que se trate. En ocasiones, cuestiones como quién debe probar (carga de la prueba), sobre qué debe versar ésta (objeto de la prueba), por cuáles medios puede ser hecha (admisibilidad de la prueba) y cómo se presenta cada medio de prueba al juez (administración de la prueba), se encuentra regulado en el Código civil, en otras, el legislador ha reglamentado gran parte de lo relativo a ésta en el Código de procedimientos civiles.

Observa Rosenberg, que el instituto de la carga de la prueba es, en el

sentir de algunos maestros, una parte de la teoría de la aplicación del derecho, porque el juez sólo puede declarar la existencia de las circunstancias que constituyen sus presupuestos.

Así, la actividad judicial opera en dos planos: uno es el del examen de la norma como voluntad de la ley (cuestión de derecho), y el otro es el de los hechos que transformaron en concreta la voluntad de la ley (cuestión de hecho).

El estudio de la primera no es una operación puramente académica o especulativa, sino el establecimiento de la premisa mayor de un silogismo, teniendo en cuenta la realización del efecto de la norma legal. En la composición de ese silogismo, señala Rosenberg, el problema de la carga de la prueba reside en la premisa menor, aunque no toda premisa menor sea el dominio de aplicación de las normas relativas a la carga de la prueba. Lo que entra en consideración es la verdad de los hechos de la causa por decidirse. Sólo cuando haya incertidumbre sobre la cuestión de hecho, es cuando el juez necesita de una indicación que debe orientar el contenido de la sentencia. No surge, pues, el problema de la carga de la prueba cuando son pacíficas las afirmaciones de las partes en relación con las cuestiones de hecho, o cuando el juez se convence de la verdad o no de las afirmaciones discutidas, ya porque esa convicción nace de la prueba producida, ya porque resulta del conjunto de los deberes. Puede decirse, por tanto, que ha de soportar la carga de la prueba, aquél a quien toca demostrar los presupuestos del precepto jurídico aplicable (68).

---

(68) Rosenberg, Leo, citado por Buzaid, Alfredo. Ob. cit., p. 39.

La carga referida tiene una doble función: por un lado es apta para estimular la actividad de las partes en el sentido de producir las probanzas de los hechos que les interesa fijar, bajo el peligro de que no se tengan por ciertos y caer en la contienda; por otro, vale para orientar al juez en cuanto a la decisión que debe adoptar en orden a los hechos desconocidos -no acreditados- ya que en caso de duda deberá tener por inexistentes a aquellos cuya prueba debía serle dada en el proceso.(69)

Una vez que el juez haya determinado la existencia de todos los hechos aportados por las partes, para construir el proceso, deberá escoger los hechos trascendentes, es decir, aquellos hechos que son los que realmente pueden producir la existencia del derecho alegado por las partes, y determinará cuáles de esos hechos trascendentes requerirán ser probados, porque algunos a pesar de ser ciertos no requerirán de realización particular de prueba alguna. Estos hechos son los hechos notorios y aquellos hechos confesados por las partes.

Por otra parte, igualmente, habiendo determinado el juez cuáles son los hechos trascendentales y descartado aquellos que ya están probados por ser notorios o haber sido confesados, se encontrará ante la determinación final de cuál de las partes debe probar los hechos trascendentales que aún quedan pendientes de su establecimiento en el proceso, y es aquí donde finalmente se sitúa frente a las disposiciones del Derecho positivo que regulan la carga de la prueba.

---

(69) Eisner, Isidoro. "La carga de la prueba en la excepción de falsedad de título", en La Ley. Buenos Aires Argentina, 16 de abril de 1964, p. 7.

Para conocer con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable vincularlo, directa y fundamentalmente a la actividad de las partes que invocan la aplicación del derecho.

Conjúganse entonces dos principios en la elaboración de esa doctrina. El primero es el que el juez moderno no puede, como el juez romano, terminar un proceso diciendo simplemente non liquet, y por tanto, rehusar proferir una decisión de mérito en favor de una parte y contraria a la otra. El segundo es el que, estando la parte empeñada en el triunfo de la causa, a ella corresponde la tarea de producir las pruebas destinadas a formar la convicción del juez en la prestación jurisdiccional.

El primer principio es una regla de conducta para el juzgador o regla de juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentra la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet o sea una sentencia inhibitoria por falta de pruebas.

Se trata de un principio fundamental en el proceso civil, aplicable también en el penal, en virtud del cual se le permite al juez cumplir su función de resolver el litigio o la acusación, cuando falta la prueba, sin tener que recurrir a un non liquet, es decir, a abstenerse de resolver en el fondo, contra los principios de la economía procesal y de la eficacia de la función jurisdiccional.

Wach señaló que la cuestión de la carga de la prueba no se presenta en forma general, ni se resuelve en decisión interlocutoria. El juez no tiene la misión de instruir a las partes sobre cuáles hechos, esenciales y

discutibles, han de producir prueba, ni a cuál de ellas corresponde la carga; pero sí verifica qué hechos no fueron probados, para saber a quién perjudica la incertidumbre (70).

Mas, nos comenta Buzaid: ante el hecho incierto ¿cuál es el contenido de la sentencia que el juez puede proferir? Sustenta Sarraceno que el juez no falta a su deber funcional, dando término a un pleito con un non liquet. La doctrina expuesta por este autor juzga razonablemente que el juez, encontrándose ante una situación de incertidumbre, no convencido de la verdad de los hechos discutidos, pronuncie una decisión conforme al estado de la causa, esto es, una decisión de carácter dubitativo, sin que, no obstante, cierre la posibilidad de juzgador la demanda con mejor prueba. (71)

Sin embargo, señala Micheli (72), la idea de que el juez en tal conjuntura pueda proferir una decisión dubitativa o con reserva, subordinando a otra sentencia la realización posterior de la actividad instructoria, no es tolerable en el derecho público contemporáneo, aun cuando conocida y sancionada en el antiguo derecho alemán. Y es que la actividad jurisdiccional debe darse una vez, no siendo lícito al juez declarar que, a falta de prueba que conduzca a la certeza, se abstiene de juzgar el mérito, porque en tal caso no estaría cumpliendo su misión.

Precisamente, por ser incierto el estado de hecho es que el orden

---

(70) Wach, Adolfo, citado por Buzaid, Alfredo. Ob. cit., pp. 42 y 43.

(71) Ibidem, p. 43.

(72) Micheli, Gian Antonio, citado en Loc. cit.



jurídico positivo confiere al juez una regla que le sirva de criterio para sentenciar, dándole el contenido de la sentencia. Es claro que la adopción de esa regla de juicio llevó a una parte de la doctrina a sustentar que, ante el juez, las afirmaciones de hecho o son verdaderas o falsas, no siendo admisible una tercera categoría de hechos dudosos. De ahí que debe tenerse por falsa la afirmación de cuya veracidad no esté convencido el juez. (73) Impugnando la legitimidad de esa construcción, Rosenberg y otros autores demostraron que innegablemente el juez no puede abstenerse de decidir alegando que la situación de hecho no está suficientemente esclarecida. Debe juzgar siempre, aun cuando no haya prueba positiva de verdad o falsedad de la afirmación discutida. Un non liquet en la cuestión de hecho está lejos de ser un non liquet en la cuestión de derecho. La función de las normas sobre la carga de la prueba consiste, precisamente, en evitar la confusión entre los dos modos de encarar el non liquet. (74)

La finalidad del proceso es la actuación del derecho, considerando los hechos tal como quedaron probados o presupuestos. El equívoco en que trabajan los autores antes citados, está en admitir que el objetivo del proceso es procurar la verdad material. Pero, como enseñó Wach, la verdad material no es el fin del proceso, sino apenas el resultado eventual (75).

A diferencia de este primer principio, que sirve de base para la elaboración de la doctrina de la carga de la prueba, y que es una norma imperativa para el juez, el segundo de dichos principios, es una regla de

---

(73) Von Bar, citado por Rosenberg, Leo en Buzaid, Alfredo. Ob. cit. p. 43.

(74) Rosenberg, Leo, citado por Buzaid, Alfredo, Loc. cit.

(75) Wach, Adolfo, citado por Buzaid, Alfredo, Ibidem, p. 41.

conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que cada una tiene interés en que resulten probados, para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones.

Esta carga es meramente indicativa para las partes. Es una orientación de ésta en el proceso; orientación que no es exclusiva en el sentido que las partes pueden alegar y probar, incluso, los hechos que les son desfavorables; y en el sentido de que lo aportado y probado por una parte es adquirido, para bien o para mal, por la otra.

No cabe duda que la carga de la prueba tiene gran importancia en el proceso. Pero no es menos cierto que un proceso se puede desarrollar sin hacer referencia, ni menos, al problema de la carga de la prueba. Esta tiene importancia en el momento en que el juez dicta su sentencia; y más concretamente, en este momento, pero con la particularidad de que el juez se encuentre indeciso, al no saber a quién dar la razón, por la falta de la prueba de los hechos fundamentales para el mismo proceso.

Por todo ello debemos advertir que el régimen de la carga de la prueba no interesa sino en el momento crítico en que debe expedirse el fallo y sólo para el caso de que no existan en autos suficientes elementos de convicción respecto de la verdad o falsedad de los hechos discutidos. Si obran en el proceso pruebas eficaces para formar el convencimiento del juez y que le permitan fijar de alguna manera tales hechos, entonces no importa cuál de las partes las haya suministrado -pese o no sobre ella la carga de probar- por qué medios se han incorporado a la causa. Ya que hasta caben las medidas

para mejor proveer, en los supuestos que la ley consiente (76).

Junto a la concepción tradicional de la carga de la prueba, como carga de suministrar prueba por las partes, propia del proceso dispositivo, se puso de manifiesto, como un aspecto del tema de la carga de la prueba, el problema de la existencia de dudas en el ánimo del juez sobre la certeza de los hechos en base a los que debe dictar una resolución judicial; aparece así la llamada carga objetiva o material de la prueba, junto al criterio tradicional de la carga de la prueba, a partir de entonces conocida como carga subjetiva o formal de la prueba.

Por largo tiempo sólo se consideró la carga de la prueba bajo el aspecto subjetivo, esto es, como la teoría de las consecuencias de la prueba frustrada. Las definiciones y explicaciones de los autores ponen de manifiesto que la carga de la prueba consiste en la necesidad de probar para vencer. No es un derecho, ni un deber, sino la imposición de ser litigante a fin de evitar perjuicios y daños, esto es, para no sufrir el riesgo de la demostración fallida. La indagación consiste en averiguar a cuál de las partes compete la carga de producir la prueba, a fin de no correr el riesgo de perder la demanda, considerando la naturaleza del proceso del tipo dispositivo que, confiándoles la realización de la actividad instructoria, les atribuye la responsabilidad correspondiente. De otro concepto no se había pensado hasta los trabajos de Julius Glaser, publicados en 1883, en los cuales ya aparece la distinción entre onus formal y onus material de la prueba, usada por los tratadistas del Derecho procesal penal. (77)

---

(76) Eisner, Isidoro. Ob. cit., p. 2.

(77) Glaser, Julius, citado por Buzaid, Alfredo, Ob. cit., p. 41.

A la resolución del problema de la duda sobre la veracidad de un hecho se refiere el aspecto objetivo o material de la carga de la prueba definido por Rosenberg como aquel que determina las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho, sin que importe la circunstancia de que una u otra de las partes, o las dos, o el tribunal, se hayan preocupado en el sentido de hacerlo constar (78).

El establecimiento de las bases para formar la convicción judicial no es tarea exclusiva de la parte a quien incumbe la carga de la prueba; lo que interesa es solamente lo demostrado, no quién lo demostró. En este aspecto de la carga de la prueba, se prescinde de cualquier actividad de las partes para la afirmación de los hechos controvertidos.

Dice Rosenberg (79) que la carga material de la prueba se reduce a decirnos o a averiguar qué hechos son necesarios probar para el conseguimiento de lo querido en el proceso, en definitiva, determinar las consecuencias de la incertidumbre causada por la falta de prueba.

Por otra parte, agrega, la carga subjetiva o formal responde a la pregunta de quién debe probar un determinado hecho para impedir con su actividad una pérdida del proceso; a quién debe perjudicar la duda judicial sobre la certeza de los hechos.

---

(78) Rosenberg, Leo, citado por Buzaid, Alfredo. Ob. cit., p. 42.

(79) Rosenberg, Leo, citado por Cortés, Valentín. "Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba", Revista de Derecho procesal iberoamericana. Madrid España, 1972, nos. 2 y 3, p. 588.

Es subjetiva en cuanto contiene secundariamente una norma de conducta para las partes, al señalarle los hechos particulares que en cada proceso interesa demostrar a cada una de las partes, de acuerdo con la cuestión sustancial debatida, para obtener una decisión favorable a sus pretensiones. Es objetiva en cuanto implica una regla general, de juicio, para todos los casos, conforme a la cual, cuando falta la prueba de hechos que fundamentan el litigio, el juez debe preferir una sentencia de fondo desfavorable a quien tenía la carga de suministrarla y, por tanto, le prohíbe el non liquet o fallo inhibitorio.

Las reglas sobre la carga de la prueba en sentido objetivo, operan lo mismo en los procesos dispositivos como inquisitivos, y cualquiera que sean las reglas de valoración de la prueba, tanto en el sistema de tarifa legal como en el de libre apreciación por el juez, porque en ambos puede ocurrir que éste se encuentre ante la ausencia total o la deficiencia de la prueba aducida.

Por tratarse justamente de una regla valorativa para juzgar, la oportunidad en que debe ser aplicada es la del pronunciamiento de la sentencia, terminando el proceso. El juez no debe entrar en su examen durante la causa, ni advertir a las partes sobre la incertidumbre de la prueba, ni, finalmente, de la carga que corresponde a cada una de ellas. Sólo después de producidas o no las pruebas y de examinadas todas las circunstancias de hecho, es cuando el juez recibe de la ley el criterio que ha de plasmar el contenido de su decisión (80).

---

(80) Rosenberg, Leo, citado por Buzaid, Alfredo. Ob. cit., p. 42.

Justamente por eso llegó a afirmar Carnelutti (81) que "...la carga de la prueba no es un instituto probatorio...porque gobierna el proceso para el caso de que no funcione la prueba.", agregando : "Es simplemente una regla de juicio."

Quizá el aspecto más importante de la evolución de esta noción es el reconocimiento de que es fundamentalmente una regla de juicio dirigida al juez que le indica cómo debe decidir en el fondo a falta de pruebas de los hechos que fundamentan las pretensiones y excepciones en cada proceso; regla que no pertenece al sistema de prueba legal o tarifa legal, sino al derecho procesal. Pero simultáneamente y en forma indirecta dicha regla determina qué hechos le interesa probar a cada parte para no resultar perjudicada, con la aplicación por el juez de esa regla de juicio, puesto que conforme a ella la decisión debe ser adversa a quien debía suministrar tal prueba y por tanto le interesa evitar esa consecuencia desfavorable, presentándola (82).

Así, aunque se trate de una regla de juicio, es evidente que interesa y conviene a la parte, desde el comienzo del proceso y aún antes de sustanciarlo, conocer cuáles son esas normas sobre la distribución del peso de la prueba, ya que de acuerdo con éstas ordenará su esfuerzo, examinará sus probabilidades y hasta decidirá si asume o no el riesgo de litigar.

El principio de la carga de la prueba es, pues, una regla de juicio que se dirige al juez. Esta regla de juicio, como es natural, está fuera de la

---

(81) Carnelutti, Francesco. Estudios de Derecho Procesal. Buenos Aires Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, vol. II, p. 110.

(82) Devis Echandía, Hernando. "La carga...", p. 591.

autonomía de las partes, y no puede ser mutada por la voluntad de éstas. No significa más que una regla de orden público y de Derecho procesal (83).

Ahora bien, a nuestro ver, el legislador del CPCDF ha regulado la carga subjetiva y además ha tenido en cuenta el otro aspecto, o sea la carga objetiva. Creemos que al señalarse en el artículo 402 que los medios de prueba aportados y admitidos, serán valorados en su conjunto por el juzgador, bien puede entenderse que el juez tomará en consideración todos los hechos y circunstancias que obran en autos, sin indagar si las pruebas proceden de una u otra parte; en otras palabras, sin verificar si la prueba fue suministrada por la parte a quien tocaba la carga de su producción, o por la parte contraria. Lo esencial es saber si los hechos relevantes fueron debidamente probados. Por tanto, en el momento de dictar la sentencia, no hay interés en averiguar de cuál de las partes proviene originalmente la prueba, sino su resultado, esto es, si, dentro del proceso, el material probatorio permite al juez decidir en conciencia.

En tal sentido, aclaramos que si el juez advierte que un hecho controvertido, de importancia en la causa, ha quedado sin justificar, buscará guía y mandato en las normas sobre la distribución de la carga de la prueba y rechazará la pretensión de aquella parte que tenía interés en afirmarlo para valer de sustento a la misma y al derecho invocado.

Ahora bien, una cosa es la necesidad de establecer la distribución de la carga de la prueba, es decir, el riesgo de la falta de certeza, en lo cual hay acuerdo general, y otra el criterio que debe aplicarse para hacer tal

---

(83) Cortés, Valentín. Ob. cit., p. 583.

distribución y la regla general que se elabore al respecto. Lo segundo será materia del punto siguiente y es cuestión muy discutida.

Una serie de viejos adagios jurídicos fueron rigiendo durante mucho tiempo la labor de los tribunales en orden a esta materia: actore non probante, reus absolvitur; probatio incumbit qui dicit, non qui negat; in excipiendo reus fit actor y negativa non sunt probanda, onus probandi incumbit actoris; reus in excipiendo fillt actor o reus in excipen actor est, etcétera.

Estas máximas mantienen aún vigencia pero se prestan a las más encontradas soluciones y están siendo desplazadas por principios más ajustados y seguros que vienen elaborando la moderna doctrina con la ayuda de la jurisprudencia.

Chiovenda (84) observa que es difícil formular un principio general que dé, en todos los casos, la solución del problema del reparto de la carga de la prueba, agregando que, sea cual fuere el principio adoptado, es también difícil justificarlo en términos plenamente satisfactorios. La teoría de la carga de la prueba se relaciona estrechamente con la conservación del principio dispositivo en el proceso por lo que respecta a la verificación de los hechos. En un proceso que admite la investigación de oficio de la veracidad de los hechos, no tendría significación alguna el reparto de la carga de la prueba, en cuanto que junto con la actividad probatoria de las partes coexiste una actividad probatoria del tribunal o del ministerio fiscal.

---

(84) Chiovenda, Giuseppe, citado por Buzaid, Alfredo. Ob. cit., p. 45.



Durante largo tiempo se determinó como regla que la carga de la prueba incumbía al actor, considerándose como tal también al demandado que excepciona; esta idea que estaba bastante generalizada que, poco más o menos, venía a significar que debía probar la parte que estaba en mejor situación de facilitar la prueba. Esta parte era generalmente el demandante.

Se decía entonces que la necesidad de probar incumbe siempre a quien intenta la acción (semper necessitas probandi incumbit illi qui agit), lo cual no es un criterio falso, sino incompleto y deficiente, pues no es cierto que el demandante deba probar todos los hechos, positivos y negativos, que sirven de base a sus pretensiones; ésto equivaldría a exigirle también la prueba de la ausencia de hechos extintivos o impeditivos, presuntos, notorios, no controvertidos.

En principio es cierto que la carga de probar corresponde al actor, entendiéndose por tal también al demandado cuando se excepciona, pero hace falta precisar y aclarar cuáles son los hechos sobre los cuales recae, porque no se trata de una regla absoluta que comprenda la totalidad de los alegados en la demanda o las excepciones.

De igual manera, sobre la base de ciertos principios tradicionales, se determinó imponer la prueba a quien afirma y eximir de ella a quien niega, es decir que en caso de contradicción pura y simple en la totalidad de la demanda, toda la carga correspondiera al actor y el demandado estará relevado de hacer toda prueba.

A este respecto, debemos distinguir la simple negativa de un hecho, que importa el desconocimiento, por parte del demandado, del hecho constitutivo afirmado por el actor, diferente al hecho negativo, el cual no es suscepti-

ble de prueba directa, sino que debe deducirse de la demostración de un hecho positivo.

Aclara Chioventa que de la fórmula romana incumbit probatio qui dicit, non qui negat, resultó la afirmación definida en el derecho intermedio de que la negativa non sunt probanda. Tal principio lo repudió la doctrina con todo acierto. De ordinario toda afirmación es al mismo tiempo una negación, porque cuando se atribuye a una cosa un predicado, se le niegan todos los predicados contrarios o diversos (85).

Por otra parte, no siempre que se afirma un hecho es necesario probarlo, pues en los hechos no controvertidos, los evidentes o notorios, aquellos a los que los ordenamientos legislativos atribuyen una presunción juris et de jure o juris tantum, están exentos de prueba y ésta corresponde al contrario que los niegue.

Tradicionalmente se ha sostenido que el fundamento de la regla actori incumbit probatio reside en el respeto a la situación adquirida, normal, aparente o el estatus quo. Así François Geny expresa que la carga de la prueba "...debe incumbir al que emite una pretensión tendiente a modificar el estado de las cosas existentes o una situación adquirida por una prueba anteriormente hecha.". (86)

De acuerdo con esta tesis se impone la carga a quien alega el hecho

---

(85) Chioventa, Giuseppe, citado por Buzaid, Alfredo. Ob. cit., p. 45.

(86) Geny, François, citado por Prats, Eduardo Jorge. "Hacia una fundamentación de la carga de la prueba en materia civil", Revista de ciencias jurídicas. Santiago, R. Dominicana, sep. de 1986, vol. 3, no. 25, p. 16.

anormal porque el normal se presume.

Quizá, nos dice Devis Echandía (87), podamos hacer entender mejor esta teoría, explicándola de la siguiente manera: lo normal es la libertad jurídica, económica, física, lo mismo que el cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos ajenos y la subsistencia de las situaciones jurídicas. Por consiguiente, quien alega que otra persona está sujeta a él por una obligación o relación jurídica, o que por haber incurrido en violación de normas legales o perturbación de derechos reales tiene el deber de restituir las cosas a un estado anterior, debe probar el nacimiento del vínculo o esa situación previa y su perturbación o el acto violatorio de la ley; probado el nacimiento del derecho y de la obligación del demandado, lo normal es que subsista por lo cual debe presumirse e imponerse la prueba a quien alegue que se extinguió por su cumplimiento u otro causa legal (88).

---

(87) Devis Echandía, Hernando. La carga..., p. 597.

(88) De asignársele un fundamento lógico a la norma actori incumbit onus probandi, no puede ser otro que el respeto debido a las situaciones adquiridas. Es lo que se enseña en la doctrina cuando se dice que "es un principio de razón y de seguridad social, a la vez, imponer la prueba a aquel que quiere innovar, que invoca un hecho o un acto contrario a la situación normal y ordinaria de las personas o de las cosas o contraria a la situación actual de su adversario. Tratándose de un juicio por simulación, el principio conserva todo su imperio, siendo criterio de común sustentación de los autores que quien quiera que tenga interés en demostrar que un acto jurídico es simulado y acciona judicialmente con ese fin, está obligado a suministrar la prueba de la simulación que aduce (Vid. Acuña Anzorena, Arturo. "La carga de la prueba en materia de simulación", La ley. Buenos Aires Argentina, 11 de marzo de 1954, p. 1).

La regla de la normalidad depende de un criterio subjetivo y en cierto grado de los caprichos de cada quien, cuando el legislador no la consagra en normas de valor general o de excepción.

Como bien lo afirma Francois Boulanger (89), decir que el poseedor, frente a un reivindicante, se beneficia de su situación aparente, es muy fácil. Pero -sigue diciendo este autor- entre los alegatos del demandante que reclama la restitución de sumas avanzadas a título de préstamo y las del demandado que avanza que no se trata más que de una donación, es difícil discernir la proposición más conforme a la situación normal.

La doctrina ha hecho un intento por solucionar el problema de la carga de la prueba clasificando los hechos en constitutivos, impositivos y extintivos, para imponerle al demandante la carga de la prueba de los primeros y al demandado de los últimos (90).

El error básico de esta teoría consiste en asignarle siempre al demandado la carga de probar los hechos constitutivos y siempre al demandado la de los extintivos o impositivos. Si se contempla la naturaleza del hecho

---

(89) Boulanger, Francois, citado por Prats, Eduardo Jorge. Ob. cit., p. 16.

(90) Según nuestro parecer los únicos hechos que existen son los constitutivos, siendo los demás una creación necesaria de la doctrina procesal; en este mismo sentido se pronuncia el artículo 281 del CPC al señalar "Las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones.". Recordemos que el carácter constitutivo e impositivo o extintivo es el efecto de la norma jurídica y no ésta ni los hechos aisladamente considerados.

con independencia de la situación procesal de la parte y se considera el efecto jurídico perseguido o la norma legal sustancial cuya aplicación se reclama, la mayoría de las objeciones que se le han formulado quedan descartadas. (91)

Tampoco es cierto que el demandante deba probar siempre el hecho constitutivo de su pretensión, en casos excepcionales el accionante deberá probar los hechos impeditivos o extintivos, en cuanto ellos constituyan el fundamento de su pretensión, por ejemplo, el incumplimiento del demandado para pedir la resolución del contrato.

Devis Echandía (92) nos da una regla general para la distribución de la carga de la prueba, siendo iniciadores de esta postura Rosenberg y Micheli, precisando que debe imponerse la carga de probar un hecho a la parte cuya petición (pretensión o excepción) lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable; o expresada de otra manera, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal. Es decir, esa parte soporta el riesgo de la falta de tal prueba, el cual se traduce en una decisión desfavorable.

Debemos decir por tanto que no es correcto decir que la parte gravada con la carga debe probar el hecho o que a ella le corresponde su prueba; lo acertado es decir que soporta el riesgo de que falte esa prueba y que el juez resuelva en su contra con base a dicha regla.

---

(91) Devis Echandía, Hernando, La carga..., p. 599.

(92) Ibidem, p. 606.

No se debe hablar de presupuestos de la norma invocada o reclamada por que en virtud del principio jure novit curia, al juez le corresponde aplicar oficiosamente el derecho, sin que deba limitarse a las normas que las partes hayan alegado. Se trata de la norma que regule los efectos jurídicos pedidos y que el juez oficiosamente debe conocer y aplicar. Le corresponde a la parte que persigue tales efectos, la carga de probar los hechos de dicha norma contempla como sus presupuestos, siempre que los haya alegado (si son principales o esenciales) y no estén admitidos (si vale para ellos la prueba de confesión). (93).

Quando se adopta alguno de los criterios que hemos rechazado, los casos de hechos presumidos (art. 379 CPCDF), notorios (art. 286 CPCDF) o de carácter indefinido constituyen excepciones a la regla sobre la carga de la prueba, o según algunos, una inversión de la regla; en cambio, si se aplica el adoptado por nosotros (lo mismo que el de Rosenberg y Micheli y demás autores que le siguen), esos casos no constituyen ninguna excepción a la regla general, pues, tales hechos no son entonces presupuestos para que la norma surta sus efectos jurídicos (lo son únicamente lo demás hechos contemplados en ella) y, en cambio, el hecho contrario, cuyos efectos impiden que aquella norma se aplique, es presupuesto de la norma favorable a la parte adversaria. Por esa razón la primera no está gravada con la carga de la prueba de tal hecho, sino de los otros que en aquella norma se contemplan, al paso que la segunda tiene la carga de probar el hecho en contrario. La presunción, la notoriedad y el carácter indefinido del hecho, no invierten la carga de la prueba, sino liberan de ella, en el sentido de que no existe para ese hecho, o como dice Shonke, se cambia el tema probatorio. (94).

---

(93) Devis Echandía, Hernando, La carga..., p. 607.

(94) Loc. cit.

En tratándose de las presunciones (95) se dice lo siguiente en el CPCDF:

"Art. 381.- El que tiene a su favor una presunción legal, sólo está obligado a probar el hecho en que se funda la presunción.

(95) En torno a este tema, hay un problema que se suscita cuando nos toca examinar la naturaleza de la defensa opuesta bajo la forma de excepción de falsedad de título cambiario, y ella se concreta en la aseveración de que no corresponde al ejecutado la firma del documento que se le atribuye, en el particular momento en que no existen en el proceso suficientes elementos de convicción sobre la autenticidad o falsedad de la misma y el juez debe fallar acogiendo o rechazando la demanda (Eisner, Isidoro. Ob. cit., p. 4). Es necesario establecer si la excepción de falsedad importa la simple negativa de un hecho constitutivo o la invocación de un hecho impeditivo que se opone a la pretensión del actor. Y la importancia de esta determinación va a constituir la posterior atribución de la carga de la prueba de la falsedad opuesta al actor, si consideramos la excepción como una simple negativa, o al demandado, si lo calificamos como un hecho impeditivo. Se concluye que, gozando estos instrumentos de una presunción juris tantum de autenticidad (de obvia conveniencia para la circulación y cobro ágil), a quien opone excepción de falsedad o adulteración de los mismos le corresponde destruir la presunción y por tanto le incumbe la carga de la prueba (Rua, Angelina F., de La y Escribano Juárez, Mario Alex. "La carga de la prueba en la excepción de falsedad", Revista de estudios procesales. Rosario Argentina, junio de 1976, año VII, no. 27, pp. 8, 9 y 13).

Art. 382.- No se admite prueba contra la presunción legal, cuando la ley lo prohíbe expresamente y cuando el efecto de la presunción es anular un acto o negar una acción, salvo el caso en que la ley haya reservado el derecho de probar.

Art. 383.- En los supuestos de presunciones legales que admiten prueba en contrario operará la inversión de la carga de la prueba."

Las presunciones legales dispensan de toda prueba a aquél en provecho del cual existe. Es decir que la presunción legal tiende si no a invertir, al menos a aligerar la carga en favor de uno de los litigantes. Por el contrario, la presunción humana constituye un verdadero procedimiento de prueba, que permite al juez dar por existente un hecho contestado tomando como base un conjunto de hechos conocidos, llamados indicios. Teóricamente, estas últimas presunciones no tienen por finalidad desplazar o invertir la carga de la prueba sino aportar al juez elementos de convicción.

En todos los supuestos que ofrece la legislación sustantiva, quien afirma el hecho presumido por la ley, queda dispensado de su prueba y, si son presunciones juris tantum, será el contrario que lo niegue, quien deberá probar su inexactitud o falsedad.

#### 1.4. Inactividad procesal.

La actividad procesal, nos dice Jorge A. Clariá Olmedo (96), plantea

---

(95) Clariá Olmedo, Jorge A. "Derecho procesal. Estructura del Proceso". Buenos Aires Argentina, Depalma, 1991, tomo II, p. 80.



la necesidad de considerar su aspecto negativo en cuanto puede tener influencia en el proceso: la inactividad procesal, que capta la omisión de actuar y la inexistencia de actuación. A su vez, la inactividad puede ser genérica y específica, y en ambos casos debe distinguirse de la irregularidad.

La inactividad es genérica cuando está referida al proceso mismo, manifestándose en su paralización ante la necesidad o imperativo de suspenderse, detenerse o interrumpirse el trámite. El proceso continuará una vez superada la causa que produjo el no ejercicio transitorio del poder jurisdiccional. Hay causas que impiden la iniciación del proceso por constituir uno de sus presupuestos; imponen la inadmisibilidad o la desestimación del acto promotor por estar frente al incumplimiento de una condición genérica de procedibilidad. Pero el obstáculo puede advertirse o surgir durante el desarrollo del proceso, como sería la necesaria integración subjetiva de la litis o el surgimiento de una cuestión prejudicial.

La inactividad específica tiene incidencia en el proceso o sobre determinada facultad de actuación. Lo primero implica la falta de instancia de la parte activa, produciendo la perención de aquélla o, en su caso, la deserción del recurso. Lo segundo se presenta cuando la actividad está regulada en beneficio del interés particular de las partes; la inactividad acarrea la pérdida del poder que se tenía para ejecutar el concreto acto procesal, lo que se conoce por caducidad o decadencia, y se manifiesta en el vencimiento de los plazos si haberse actuado.

Como manifestaciones de la inactividad, la inexistencia y la omisión se relacionan con los presupuestos de aquélla; no se trata ya de un estado

sino de una falta en el camino del proceso. La omisión es una ausencia física; la inexistencia es una apariencia jurídica de acto procesal. Frente a la ley procesal, como solución práctica la apariencia del acto se resuelve al igual que la irregularidad y su posible consecuencia, que no es otra sino la nulidad. La omisión se refiere a los presupuestos de la actividad consistente en un acto procesal en sentido lato.

En este punto analizaremos algunas causas que producen la inactividad genérica y otras que producen la inactividad específica.

#### 1.4.1. Inactividad genérica.

En este punto trataremos la inactividad del juez, de las partes (que sea voluntaria o no, poco importa), o de ambos, que produce un cambio en la vida de la relación procesal, permaneciendo ésta en suspenso por un período más o menos largo. En este período de tiempo debe considerarse la relación procesal como no existente y por eso, la inactividad de las partes y del órgano jurisdiccional carece durante este lapso de consecuencias jurídicas.

En principio, la doctrina reconoce dos instituciones que producen dicha transformación de la relación procesal: la suspensión y la interrupción del proceso.

Sin embargo, en un plano normativo, debemos señalar que este par de figuras no son tratadas conjuntamente por nuestro CPCDF, sino que éste únicamente hace alusión a la suspensión del proceso, desconociendo la figura de la interrupción del proceso, indicándose al respecto en el artículo 137 Bis

## fracción X:

"La suspensión del procedimiento produce la interrupción del término de la caducidad. La suspensión del proceso tiene lugar:

- a).- Cuando por fuerza mayor el juez o las partes no puedan actuar;
- b).- En los casos en que es necesario esperar la resolución de una cuestión previa o conexas por el mismo juez o por otras autoridades;
- c).- Cuando se pruebe ante el juez en incidente que se consumó la caducidad por maquinaciones dolosas de una de las partes en perjuicio de la otra; d).- En los demás casos previstos en la ley."

El caso de la suspensión e interrupción del proceso, están claramente reglamentados por el Código Federal de Procedimientos Civiles, en su libro segundo. Contención., título tercero. Suspensión, Interrupción y Caducidad del Proceso, por lo que a continuación transcribiremos algunos de sus artículos, con el propósito de estudiar con más detenimiento ambas instituciones; veamos:

"Art. 365. El proceso se suspende cuando el tribunal del juicio no está en posibilidad de funcionar por un caso de fuerza mayor, y cuando alguna de las partes o su representante procesal, en su caso, sin culpa alguna suya, se encuentra en la absoluta imposibilidad de atender al cuidado de sus intereses en el litigio. Los efectos de esta suspensión se surtirán de pleno derecho, con declaración judicial o sin ella.

Art. 366. El proceso se suspenderá, cuando no pueda pronunciarse la decisión, sino hasta que se pronuncie una resolución en otro negocio, y en cualquier otro caso especial determinado por la

**ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

ley.

Art. 368. Con excepción de las medidas urgentes y de aseguramiento, todo acto procesal verificado durante la suspensión es ineficaz, sin que sea necesario pedir ni declarar su nulidad.

Los actos ejecutados ante tribunal diverso del que conozca del negocio, sólo son ineficaces si la suspensión es debida a imposibilidad de las partes para cuidar de sus intereses en el litigio.

El tiempo de la suspensión no se computa en ningún término.

Art. 369. El proceso se interrumpe cuando muere o se extingue, antes de la audiencia final del negocio, una de las partes.

También se interrumpe cuando muere el representante procesal de una parte, antes de la audiencia final del negocio.

Art. 371. En caso de muerte de la parte, la interrupción cesará tan pronto como se acredite la existencia de un representante de la sucesión. En el segundo caso, la interrupción cesa al vencimiento del término señalado por el tribunal para la substitución del representante procesal desaparecido, siendo a perjuicio de la parte si no provee a su representación en el juicio.

Art. 372. Es aplicable, al caso de interrupción, lo dispuesto por el artículo 368."

Si el órgano jurisdiccional, por razones de fuerza mayor, no está en posibilidad de funcionar, o si alguna de las partes o su representante procesal, sin culpa suya, se encuentra imposibilitado para cuidar de sus intereses en el litigio, es evidente que no puede desenvolverse con validez la relación procesal, porque falta, en el primer caso, el órgano tutelar de la relación, y, en el segundo, uno de los términos entre los que esa relación

se establece. El artículo 365 no hace otra cosa que reconocer la posibilidad de las situaciones de hecho de que se trata, al disponer que son causas de suspensión del proceso, de pleno derecho, con declaración judicial o sin ella. (97)

Los casos de suspensión se dan cuando existen los términos entre los que se establece la relación procesal; pero alguno de ellos está imposibilitado para atender a su defensa en el juicio. Pueden presentarse anomalías de especie diversa en el desenvolvimiento procesal; consisten éstas en una ruptura de la relación procesal, pues, a diferencia de los casos de suspensión en que las partes litigantes existen, sólo que colocada alguna imposibilidad de defenderse, en estos otros casos una de las partes, en el sentido substantivo o procesal, ha desaparecido, por muerte o extinción de otra especie, según que se trate de personas físicas o morales. Se presenta entonces una verdadera interrupción en el curso del desenvolvimiento de la relación procesal, que no puede reanudarse sino hasta que se constituye una nueva parte, la causahabiente, a título universal o singular, de la desaparecida, o hasta que procesalmente se constituye la nueva parte encargada de cuidar de la defensa, dentro del juicio, de los intereses litigiosos, si se trata de muerte del representante. (98)

Así, nos dice Rodrigo Nelson Estupiñán Vallejo (99) que es fácil

---

(97) Canudas Orezza, Luis Felipe. Nuevo Código Federal de Procedimientos Civiles. Concordado. México, Porrúa, 1943, pp. 305 y 306.

(98) Ibidem. pp. 308 y 309.

(99) Estupiñán Vallejo, Rodrigo Nelson. "Perención, interrupción y suspensión del proceso civil", Revista de la Escuela Judicial. Colombia, 1989, Vol. 1, no. 1, p. 27.

entender que la interrupción del proceso civil se halla instituida para preservar, a todo trance y de modo efectivo, el derecho de defensa y la igualdad de las partes frente a la relación jurídica procesal, pues no ha de olvidarse jamás -como lo enseña Couture- que el proceso civil es un proceso dialéctico. En él se procura llegar a la verdad por la exposición de la tesis, de la antítesis y de la síntesis; de la acción, de la excepción y de la sentencia. Con ellas se ordena la instancia. Pero, la exposición de las ideas opuestas requiere de la aplicación de numerosas previsiones particulares. No basta la dialéctica; es necesaria también la razonable distribución de las oportunidades dadas a las partes a lo largo de todo el discurso. El debate procesal es necesariamente un debate ordenado y con igualdad de oportunidades de hacer valer sus derechos por ambos contendientes.

La filosofía de la interrupción del proceso civil, esquematizada en los apretados términos que anteceden, obligan al juez, a petición de parte o de oficio según el caso, a ordenar la citación del cónyuge, los herederos o albacea o la parte cuyo apoderado falleció o fue excluido de ejercicio de la profesión o suspendido en él, según fuere el caso, en orden a que los citados se apersonen en el proceso o constituyan apoderado, dentro del término fijado; pues sólo de ese modo se podrá garantizar el principio de igualdad, dominante en el proceso civil, cuya fórmula se resume en el precepto "audiatur altera pars" (óigase a la otra parte).

Téngase presente que no ocurre la interrupción cuando en el juicio hay apoderado reconocido de la parte que muere, porque entonces aquél continúa en el ejercicio del poder hasta que se le revoque por los herederos, conforme a los artículos 2600 y 2601 del CCDF.

Ahora bien, tanto el CPCDF como el CFPC determinan que la suspensión del proceso tiene lugar si, por razones de fuerza mayor, el juez o las partes no pueden actuar, surge entonces la duda, tanto en el ámbito normativo como doctrinal de, ¿cuál es el alcance que debe asignársele al término fuerza mayor? y como ésta guarda estrecha relación con el caso fortuito, ¿debe incluirse éste en los supuestos de aquélla?

En los códigos procesales antes citados no se encuentra solución a dichas preguntas, pues no señalan cuál es el concepto que debe entenderse por fuerza mayor y caso fortuito.

Recurrimos entonces a la legislación sustantiva y de igual forma, el CCDF en distintos artículos (véase entre éstos el 1847, 2017 v, 2111, 2435, 2455, 2506, 2757) hace referencia tanto al caso fortuito como a la fuerza mayor, sin embargo tampoco se precisa el contenido de dichas fórmulas.

Doctrinalmente, existen un sinnúmero de teorías que pretenden explicar lo que debe entenderse por fuerza mayor y caso fortuito (100), coincidiendo muchos autores en señalar que los dos requieren los mismos elementos constitutivos (imprevisibilidad, irresistibilidad y actualidad), producen los iguales efectos y se rigen por principios análogos en materia de prueba (101)

---

(100) Véase a este respecto: Jiménez de Asúa, Luis. "Voz: Fuerza mayor y caso fortuito (en Derecho Penal)", Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires Argentina, Driskill, 1979, tomo XII, pp. 958 a 954.

(101) Benchetrit Medina, Jorge O. Voz "Caso Fortuito", Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires Argentina, Driskill, 1979, tomo I, pp. 818 a 827; y del mismo autor "Voz: Fuerza Mayor", Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires Argentina, Driskill, 1979, tomo XII, pp. 936 a 939.

diferenciándose porque la fuerza mayor depende de la naturaleza, y el caso fortuito, supone un acontecimiento causado por el hombre; incluso hay quienes ven en este punto lo contrario, es decir, que el caso fortuito se aplica a hechos producidos por la naturaleza, y fuerza mayor a los del hombre (102), ésto entre múltiples y tan variadas diferencias que se han sostenido.

Hugo Alsina (103) al hablar de la suspensión de términos alude a la fuerza mayor, precisando que se trata al caso de 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, pestes, etc., pero también constituyen casos de fuerza mayor la enfermedad grave y la prisión de quien debe ejercitar el acto.

Posiblemente, y vaya esto como una propuesta, fuera conveniente que los códigos adjetivos emplearan al reglar el tema fórmulas menos equívocas que la fuerza mayor tradicionalmente usada, al par que más reveladoras de cuál ha de ser la motivación que debe tener en cuenta el juez al que se le impetra una suspensión de términos. (104)

---

(102) Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. 5a.ed., México, Porrúa 1985, Tomo quinto, volumen II Obligaciones, pp. 360 y 361.

(103) Alsina, Hugo, citado por Peyrano, Jorge W. "Algo acerca de la fuerza mayor como causal determinante de la suspensión de términos". Revista de Estudios Procesales. Rosario Argentina, marzo de 1977, Año VII, No. 29, p. 36.

(104) Loc. cit.



Afirmamos que a nuestro entender, el fundamento único que justifica que el Tribunal decreta la suspensión del curso de los plazos procesales de una causa, radica en la existencia de cualquier circunstancia que perturbe seriamente, o en su caso impida, el pleno funcionamiento del principio de contradicción o utilizando terminología más recibida en nuestro medio, la garantía de defensa en juicio. (105)

Es importante destacar que el solicitante de una suspensión del proceso debe señalar, y en su caso ofrecer la prueba pertinente, cuál o cuáles son los hechos que justifican su pedimento; como así también aclarar la manera en que aquéllos inciden para que se vea afectada su garantía de defensa en juicio, por lo que es necesario que la solicitud se formule antes que trascorra o venza el término.

Vencido el término, sólo es posible la restitución (esto es, si no se usó del término por fuerza mayor o caso fortuito y siempre que el negocio no se haya resultado en definitiva) o la nulidad, esta última en los casos indicados. Pero, presentada la solicitud oportunamente, no importa que su resolución se produzca después; si se accede a ella, se entiende que la suspensión opera desde el día en que fue presentada inclusive, y si se niega, ningún efecto procesal produce, y el término habrá transcurrido, a menos que se vaya a realizar la audiencia final del negocio (únicamente 341 CFPC).

Otra de las causas de suspensión del procedimiento sucede en los casos en que es necesario esperar la resolución de una cuestión previa o conexa

---

(105) Peyrano, Jorge W. Ob. cit., p. 36.

por el mismo juez o por otras autoridades, esto es, cuando el dictado de una resolución esté subordinado a la existencia de una resolución que ha de pronunciarse en negocio diverso.

Así, sucede en ocasiones que el proceso civil debe suspenderse cuando una cuestión penal influye en la decisión civil; pero si la cuestión penal se refiere a un hecho que no es determinante de la decisión, porque su presencia o ausencia no la haría modificar, debido a los demás elementos probatorios que existan en autos, el proceso civil no debe suspenderse; sin embargo, si no es posible obtener la sentencia civil hasta después de concluido aquél, mediante sentencia definitiva, téngase en cuenta que el proceso civil se suspende cuando esté para dictarse sentencia y no antes, de esta manera el proceso penal no impide que el trámite civil se adelante hasta poner el juicio en estado de proferir sentencia. (106)

Para este caso, lo cierto es que los motivos que inducen a la suspensión no sólo son distintos, sino que tienen otra razón de ser, fundada, en la necesidad de preservar el acierto y la justicia de la sentencia o decisión interlocutoria, en los cuales lo que ha de suspenderse no es propiamente el curso del proceso, sino el pronunciamiento, o, lo que es lo mismo, la sentencia o decisión interlocutoria, llegado el momento de dictarlas.

Veamos ahora, otras situaciones que también nos llevan a la suspensión del proceso.

---

(106) Devis Echandía, Hernando. Compendio de Derecho Procesal Civil. Parte General. Bogotá Colombia, Temis, 1963.

Los términos, nos dice Devis Echandía (107) se suspenden en general, para todos los negocios en curso, en los días de vacancia y en los que por cualquier circunstancia, no se abra el despacho del juzgado o tribunal.

Además, nos dice, hay una suspensión de términos por la apelación en el efecto suspensivo; así, al notificarse el auto que otorga una apelación en el efecto suspensivo quedan suspendidos también todos los términos del proceso, inclusive los que pueden utilizarse sin disponer del expediente, porque el juez no puede adelantar trámite alguno a partir de ese momento, excepto el de resolver la solicitud de reposición que contra el mismo auto se le formule en tiempo. Esa suspensión dura hasta la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior, cuando regrese el expediente al juez a quo.

De esta forma, habría que considerar que desde la apertura de la segunda instancia, que se opera con la concesión del recurso interpuesto, queda suspendido el curso de la caducidad de la primera instancia, ya que hasta tanto no quedara definitivamente resuelta la cuestión decidida por el juez no es posible activar los trámites de aquélla.

Por otra parte, en la doctrina y algunos códigos procesales de otros países, también se trata la suspensión del procedimiento principal, cuando en su secuela se articulan cierto tipo de incidentes y que conocemos como incidentes de previo y especial pronunciamiento.

Los incidentes suspensivos tendrían entonces una perjudiciabilidad

judiciales se traspapelan o son hurtados de las secretarías judiciales. (110)

¿Cabe admitir como posible en nuestro sistema de Derecho procesal, como hecho impeditivo vía suspensión procesal las pérdidas, traspapelamientos o robos de expedientes? La doctrina es mayoritaria para contestar afirmativamente a tales interrogantes. (111)

Se advierte que casi toda la doctrina antedicha otorga como único fundamento para admitir esta causal suspensiva, la existencia en el caso de fuerza mayor excusable de la inacción del litigante.

Sin embargo, Rillo Canale (112) señala que es totalmente inadmisibile que pueda hablarse de fuerza mayor impeditiva y excusable en estos supuestos. Y ello es de fácil entendimiento si pensamos que un expediente se puede reconstruir. Con lo que es evitable su desaparición y, en suma, ajeno a la teoría civil de la fuerza mayor y del caso fortuito.

Y agrega que el no instar entonces el litigante la reconstrucción del expediente en tiempo útil, no lo redime ni excusa de la perención de la instancia que se opere transcurrido el plazo pertinente, pues de ninguna manera pueden asimilarse estas volatizaciones de autos con una situación de fuerza mayor. Seriamente e inclusive desde el punto de vista jurídico ¿puede sostenerse que la desaparición de un expediente es análoga a la muerte de un litigante?

---

(110) Rillo Canale, Oscar I., Ob. cit., p. 656.

(111) Loc. cit.

(112) Ibidem, p. 657.

Estamos entonces con aquellos que sostienen que pudiendo reconstruirse los autos, imperará con toda fuerza la carga impulsora del proceso.

Resta mencionar, por lo que hace a la suspensión del procedimiento, si en nuestro país hay recepción del principio que declara admisible suspender el procedimiento por acuerdo de las partes y en su caso, ¿cuál es la eficacia del acuerdo de las partes para la suspensión del proceso en nuestro ordenamiento?

En nuestro CPCDF no se regula este aspecto (113).

Manuel Ortells Ramos (114), nos dice que en España antes de 1924 se admitía la eficacia del acuerdo de suspensión aun a falta de norma expresa, en aplicación del principio dispositivo. Fácil era, en ese contexto, incluso sin echar mano del principio dispositivo, aceptar la eficacia del acuerdo de suspensión, porque a las partes se les reconocía por la ley el dominio sobre el desarrollo temporal del procedimiento.

---

(113) Véanse en torno a este tema los artículos 1208, 1209 y 1210 de nuestro Código de Comercio, en el que sí se permite la suspensión del proceso por acuerdo de las partes, estipulándose al tratar las reglas generales de la prueba que "Ni el término ordinario ni el extraordinario (de prueba) podrán suspenderse sino de común consentimiento de los interesados, o por causa muy grave, a juicio del juez y bajo su responsabilidad."

(114) Ortells Ramos, Manuel. "La ley de reforma urgente de la L.E.C. y la suspensión del proceso civil por acuerdo de las partes", Justicia 87. Madrid España, 1987, no. 4, p. 843.

Y añade que remontarse al principio dispositivo, bien sea utilizando esos términos o la expresión de que las partes no quieren momentáneamente la tutela jurídica, no parece argumento suficiente y ni siquiera correcto porque el principio dispositivo no está implicado para nada en la regulación del régimen temporal del proceso iniciado.

No obstante lo dicho, preciso es reconocer que detrás de esa unanimidad doctrinal favorable a la subsistencia de la suspensión del proceso civil por acuerdo de las partes, subyace la convicción de la conveniencia y utilidad prácticas de dicha suspensión, a la que la ley procesal debería dar una respuesta adecuada.

El caso, de más frecuente cita, en el que aparece la utilidad de la suspensión es el de que las partes se hallen en negociaciones para una solución autocompositiva del litigio. Si estas negociaciones tuvieran éxito y el proceso hubiera continuado, se habría desperdiciado la actividad procesal y habrían aumentado inútilmente las costas. (115)

Respecto a este último caso, estimamos que en nuestro derecho, el principio dispositivo para nada se halla implicado en este tema, pues el legislador ha encomendado la dirección formal del proceso al órgano jurisdiccional, quien debe ejercer de oficio los poderes tendientes a controlar y promover la regularidad formal de los actos procesales. Sin embargo, consideramos que si las partes solicitan al juez la suspensión del procedimiento, éste, válidamente en uso de dichos poderes, puede resolver según su libre arbitrio.

---

(115) Ortells Ramos, Manuel. Ob. cit., p. 846.

## 1.4.2. Inactividad específica.

Puede señalarse, en principio, que la inactividad específica consiste en la simple omisión de una actividad procesal normalmente prevista, lo que da origen a una serie de consecuencias jurídicas perjudiciales de toda clase para la parte inactiva.

Frente al supuesto positivo y normal de la actuación de las partes en el proceso que, con su actividad contrapuesta, van estableciendo el supuesto sobre el que el órgano jurisdiccional ha de decidir, se encuentra la actitud negativa, anormal, pero no insólita, en la que alguno o algunos de los sujetos del proceso no realizan dentro de los plazos señalados o la realizan de forma ineficaz, la actividad que normalmente se espera. Esta ausencia de actividad del demandante, del demandado, o de ambas partes en el proceso ha de ser examinada, en principio, como una circunstancia estrictamente de hecho, independientemente de la voluntad de los sujetos.

Pero tal hecho negativo ha de merecer una calificación específica, de carácter jurídico, que lo dote de trascendencia, por lo que en la inactividad se comprenden no sólo los supuestos de inactividad procesal, sino también aquellos casos en los cuales, aun llevada a cabo una actividad, la misma tiene un tratamiento jurídico semejante (por incumplimiento de los requisitos establecidos para su eficacia) a la omisión de actividad de los sujetos a que se refiere. (116)

---

(116) Aragonese Alonso, Pedro. "Inactividad de las Partes en el Proceso Civil", Revista de Derecho Procesal. Madrid España, 1960, no. 3, p. 301.

Comencemos por tratar este último supuesto, en el que los defectos de los actos judiciales y de las partes, llevan un tratamiento semejante a la omisión de actividad.

Rosenberg (117) nos dice que es defectuoso el acto de un órgano judicial cuando se ha cumplido con violación de preceptos sobre procedimiento. En el caso de los actos judiciales más importantes, de las resoluciones, deben separarse los defectos de la falta de corrección. Una resolución es incorrecta cuando las consecuencias jurídicas expresadas u ordenadas en ella no corresponden a los hechos presentados en el proceso. La defectuosidad corresponde a la realización; la incorrección, al contenido de la resolución. Aquélla se funda en que no se ha aplicado un precepto procesal sobre el procedimiento; ésta, en que no se ha aplicado una norma de derecho material o procesal decisiva para el contenido de la resolución, aun cuando se den sus características, o se haya aplicado cuando se daban. Para alegar los defectos, están a disposición de las partes distintos medios de impugnación.

Y agrega que una resolución es defectuosa no sólo si se ha cometido una falta procesal en lo que se refiere a su discusión y pronunciamiento, sino también si los actos de parte y judiciales que le sirven de base no son por entero procesalmente legales, considerándose por tanto dichas resoluciones inexistentes (que no pueden tener algún efecto), o nulas (o mejor, ineficaces, en las que la inobservancia de presupuestos procesales, quita a la resolución la capacidad de ser expresión autoritaria de la

---

(117) Rosenberg, Leo. Ob. cit. pp. 438 a 447.



consecuencia jurídica producida).

Ahora bien, es defectuoso un acto de parte a consecuencia de una violación de los preceptos de procedimiento; es decir, si de acuerdo con la persona o las capacidades del actuante o del adversario del acto, o de acuerdo con la forma o contenido, no satisface la ley procesal y al que el tribunal no puede otorgar las consecuencias jurídicas para el cual fue creado.

Si bien la actividad procesal se realiza por todos los sujetos del proceso, órgano jurisdiccional, partes y terceros, en este punto nuestro análisis se concretará exclusivamente a los actos omitidos de las partes, sin tener en cuenta, por ello, ni la inactividad del órgano jurisdiccional, ni la inactividad de los terceros.

El examen de la inactividad de las partes en el proceso sirve para establecer un marco teórico de una serie de figuras que veremos en otros apartados, tales como la rebeldía, la preclusión, la caducidad de la instancia y la cosa juzgada.

Un acto de parte es omitido cuando no se ejecuta dentro del plazo fijado para él, o no se ejecuta en forma eficaz, o no llega a perfeccionarse. Se habla aquí en primer lugar de omisión o inactividad total en tratándose de la rebeldía o contumacia, mientras que por otra parte se tiene lugar la simple omisión (del acto procesal) o también llamada omisión parcial.

Esto es, se suele hablar de una inactividad total refiriendo tal

inactividad a la falta de personación en la primera instancia, lo que se conoce con las denominaciones generales de rebeldía o contumacia.

Tal omisión total de actividad puede provenir, según nuestras leyes, exclusivamente del sujeto pasivo de la relación.

En segundo lugar, la inactividad puede ser parcial que son todas aquellas situaciones singulares que se producen cada vez que una de las partes deja de cumplir uno de los actos procesales y pierde la facultad dejada de usar; se refiere pues a la omisión de un acto o de una etapa del proceso, que puede ser debida al sujeto activo, al pasivo o a ambos.

Claro que en lo que se refiere al objeto, la presencia o ausencia de una de las partes, no modifica el ámbito objetivo del proceso, lo que no quiere decir que temporalmente tenga su misma duración, e incluso puede ocurrir, como en el caso de la rebeldía, que exista ésta hasta cierto momento y comparecencia a partir de él.

En nuestro siguiente punto, trataremos en primer lugar la inactividad total de las partes, que produce como efecto la rebeldía y después estudiaremos la inactividad parcial de éstas.

#### 1.4.2.1. Rebeldía.

Como es sabido, la realidad procesal, además del ineludible componente jurisdiccional, se integra por el derecho de acción procesal y el derecho de defensa, que aunque contrastantes, antitéticos y coordinados, encuentran en el juicio el campo de su ejercicio y actuación.

El proceso es un método de debate y una confrontación de razones e intereses. Por tanto, supone una suerte de simetría o bipolaridad en cuya virtud el desarrollo dialéctico exige la presencia real o ficticia de, al menos, dos contradictores frente a un tercero imparcial que es el Órgano de la jurisdicción encargado de dirimirlo en nombre del Estado.

Ha pasado el tiempo en que la presencia física y consciente del demandado, en el transcurso del juicio, era precisa para la válida realización de la litis contestatio. Entonces, según anotaremos seguidamente, se afirmaba que el contrato de la litis contestatio no podía admitirse nisi partibus praesentibus et consentientibus y que el demandado habría de estar praesens et competenter respondere. (118) El carácter contractual del proceso excluía la posibilidad de un procedimiento unilateral (en rebeldía), y requería la cooperación de ambas partes; sólo se podía llevar adelante el proceso cuando el demandado se prestaba a litigar.

De tal manera en la antigüedad romana o germánica no se podía entender la contienda judicial sin la presencia de dos sujetos en conflicto, que tanto en uno como en otro régimen se arbitraron medios coactivos, más o menos violentos, para asegurar la comparecencia del demandado a los estrados del tribunal a fin de trabar válidamente el litigio.

En el derecho romano, durante el régimen del ordo iudiciorum privatorum

---

(118) Muñoz Rojas, Tomás. "Sobre la rebeldía y el recurso de audiencia al demandado", Revista de Derecho Procesal Iberoamericana. Madrid España, 1981, nos. 2 y 3, p. 380.

los poderes del juez sólo podían provenir del llamado contrato de la litis contestatio; tras la editio actionis o exposición del tema litigioso por el actor, la presencia del demandado que era llamado -in ius vocatio- era del todo necesaria, pues la comparecencia de éste venía a perfeccionar el mencionado contrato de la litis contestatio, la ausencia del demandado era estimada como una rebelión al deber de someterse al desarrollo del proceso y de asumir su defensa. En consecuencia no se dejaba lugar para un procedimiento contra el demandado que se negaba a comparecer y por tanto el pretor carecía de autoridad para dictar fallo contra un demandado que dejara de comparecer ya voluntariamente, ya bajo la coacción física del actor.

Para prevenirla o para forzar la asistencia del contumaz, se facultaba al actor para incautarse del bien pretendido -si se trataba de acción real- o embargar y secuestrar bienes suficientes para asegurarse el resultado de su demandado y costas del juicio (missio in rem). Si persistía la indiferencia del emplazado, el actor podía apropiarse del bien reclamado o hacer vender los embargados, para cobrarse su crédito (venditio bonorum).

Más adelante, durante el procedimiento extra ordinem romano se revelan ya los caracteres y matices públicos u oficiales, hasta el punto de ser el inicio del proceso moderno. El principio de oficialidad destaca en todas las actuaciones y, particularmente, en la vocatio in ius y en la desaparición formal de la litis contestatio; se admite así la posibilidad de que el juicio se celebre sin la presencia del demandado y el actor era declarado vencedor, más no lisa y llanamente sino si bona causam habuit, o

---

(119) Eisner, Isidoro. "Sobre la 'Rebeldía' y 'Estrados del Juzgado", La Ley.

sea si hubiera alegado y probado que le asistía la razón.

La idea de que el tribunal puede considerar la causa en ausencia del demandado, si éste ha sido notificado con arreglo a los términos de la ley, presenta la colisión de dos ideas, la cual en la esfera de la teoría jurídica encierra el problema de si la comparecencia supone un derecho o un deber del demandado.

Respecto del caso de rebeldía de la parte demandada —dice Kohler— los sistemas procesales ofrecen dos puntos de partida. En el primero, no cabe ningún procedimiento sin la cooperación de ambas partes. Aquí corresponde anotar medidas de extremo rigor para forzar la comparecencia a fin de que el Derecho no resulte letra muerta ni su ejecución quede sujeta a la voluntad del demandado. En la otra categoría, el procedimiento se lleva adelante, a pesar de la falta de comparecencia del demandado, resolviéndose en base a la petición unilateral del demandante. (120)

Ante la reclamación judicial del actor, el demandado puede adoptar diferentes conductas o posturas procesales, entre las cuales la no comparecencia y la no contestación constituyen posturas abstencionistas productoras de consecuencias preclusivas; la actitud de rebeldía se halla inmediatamente relacionada con la convocatoria, emplazamiento o citación correspondiente y, de modo mediato, con la demanda. Una vez presentada, admitida y notificada ésta y practicado el emplazamiento o citación correspondiente al demandado (o demandados), el actor tiene derecho a que, si aquella parte no comparece, se le declare en rebeldía. Para que haya

---

(120) Kohler, citado por Aragonés A., Pedro. "Inactividad...", p. 380.

proceso válido se requiere que el demandado tenga ocasión de comparecer y ser oído, es necesario que se respete el principio de contradicción; si no comparece, el proceso no deja de existir por ello: se sigue en rebeldía.

Así pues, en los juicios en que se admite la rebeldía también cabe reconocer la existencia de dos partes procesales y tal actitud no implica un proceso subjetivamente incompleto, ni constituye un proceso con una sola y auténtica parte, ni se trata de una relación procesal defectuosa.

Con el curso de los siglos y de la cultura jurídica se estimó que el principio de contradicción quedaba satisfecho con haber dado a cada una de las partes la oportunidad razonable de asistir a juicio y hacer valer sus derechos. (121)

Cabe destacar la relevancia y trascendencia del principio de contradicción, bilateralidad de la acción, audiatur et altera pars, oírgase a la otra parte, consistente en que nadie debe ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, es decir, sin haber tenido la oportunidad y posibilidad de defenderse procesalmente y que en el plano constitucional es reconocido en el segundo párrafo del artículo 14. Tal principio y regla se halla estrechamente ligados a la rebeldía y al denominado recurso de apelación extraordinaria.

Hoy, la ausencia del demandado no dificulta la pretensión del actor. El demandante no tiene ya que intentar a toda costa la comparecencia del sujeto pasivo del proceso para obtener una sentencia favorable contra él.

---

(121) Eisner, Isidoro. "Sobre 'Rebeldía...'", p. 1.

Cabe añadir, respecto de la situación procesal de la rebeldía, que el demandado no puede con ella hacer estéril o frustrar la impartición de la justicia en el caso planteado. La falta de personación no puede ni debe conducir al detrimento o menoscabo de los derechos, intereses y expectativas del demandante, y tampoco puede afirmarse que esta parte tenga razón y deba protegerse su pretensión procesal por el mero hecho de la inactividad, contumacia o ausencia del demandado.

De ahí la necesidad resuelta hace mucho por cierto, de arbitrar los modos y trámites que permiten llevar adelante el juicio, con la sola actividad de una sola de las partes, como si la otra hubiera estado presente. De allí nace el llamado procedimiento en rebeldía. (122) Ahora las consecuencias de la rebeldía no derivan de la voluntad judicial o de las partes, sino que provienen precisamente de la ley procesal que tiene, como es sabido, carácter público.

Intentando explicar la naturaleza jurídica de la inactividad total, en un principio se concibió el proceso como una sumisión voluntaria de los interesados, siguió una etapa en la que se trataba de obligar a las partes a comparecer, ya que, al constituir el proceso un medio de pacificación social, la presencia de las partes resultaba necesaria, y de ahí que se entendiera que la ausencia era un hecho ilícito, una verdadera resistencia al poder del juez. (123)

Este sentido de la incomparecencia como un acto ilícito, es el que

---

(122) Eisner, Isidoro. "Sobre 'rebeldía...'", p. 1.

(123) Aragonese A., Pedro. "Inactividad...". p. 324 a 332.

originó en el derecho histórico español, dos medios favorecedores de la pretensión del actor, cuales eran la vía de prueba y de asentamiento, para resolver la situación creada por las partes, especialmente el demandado rebelde.

La vía de prueba o pleito en los estrados, se basa en la ficción de que los estrados del Tribunal representaban la persona del litigante rebelde, y, en su consecuencia, las notificaciones hechas en estrados se consideraban como hechas en la persona del litigante, salvo los relativos a la demanda, a la prueba y a la sentencia.

La vía de asentamiento, era una segunda vía que podía escoger el demandante, y consistía principalmente en poner al demandante en posesión de la cosa pretendida o en la entrega de bienes suficientes para cubrir la obligación reclamada y las costas y gastos procesales.

Por la vía de prueba se autorizaba la continuación en un proceso ordinario hasta la sentencia inclusive, y por tanto, con la posible actividad probatoria, y por ello, la sentencia definitiva, producía los mismos efectos que una sentencia en contradictorio, mientras que el procedimiento por vía de asentamiento coacciona indirectamente al demandado para su personación y por tanto estaba sometido a la institución de la purga de la rebeldía, por lo que si el demandado comparecía, dentro de los plazos indicados en la ley, podía solicitar la devolución de dichos bienes, siguiendo el proceso por la vía ordinaria. Por la importancia que tienen estas dos concepciones para la ordenación del proceso, en caso de inactividad del demandado, en el sistema legislativo español (y de igual forma el nuestro, salvo que las notificaciones no se realizan en los



estrados del juzgado, sino por Boletín Judicial) en el que se mezclan y confunden ambas vías (ya que por una lado se sigue la ficción de estrados, si bien la sentencia produce efectos distintos que la seguida en contradictorio, y por otro, la mera situación de rebeldía produce la adopción de medidas cautelares semejantes al asentamiento del derecho histórico).

Abandonando el concepto de la obligación de la comparecencia y la defensa, surge históricamente como contraria a la teoría de la pena, la teoría de la renuncia, reconociendo el derecho de la parte para disponer libremente de los medios de defensa.

Seguidamente, se sostuvo que la rebeldía es el no ejercicio de la facultad de obrar, porque cada cual es libre de autodeterminarse; así, los actos positivos son ejercicio de los propios derechos. Los actos negativos no pueden considerarse violación de obligaciones; en consecuencia, como se tiene derecho a cooperar al proceso, así también se tiene la facultad de abstenerse. La inactividad que determina la rebeldía sería, pues, un acto negativo voluntario de parte: el efecto de la voluntad de no obrar.

Tal teoría acerca de la voluntariedad de la incomparecencia, como presupuesto de la rebeldía, es mantenida por Manuel de la Plaza, quien dice que para que la contumacia exista, para que esa ausencia procesal pueda tener propiamente ese lugar, se requieren condiciones especiales que la caracterizan, siendo las principales: la existencia de un juicio pendiente entre dos o más partes; la ausencia de una de éstas y la voluntariedad de esta ausencia.

Por el contrario, el Profesor Guasp dice que la rebeldía es un mero

hecho negativo, porque la ausencia, pura falta de presencia sin más, constituye una circunstancia estrictamente fáctica y objetiva, desligada de cualquier condicionamiento a supuestos distintos (verbigracia: la voluntad de su autor), que pueden permitir hablar en este caso de una subjetivización del concepto, al definirlo como un acto (por comisión o por omisión) del rebelde, y que, frente a la llamada concepción subjetiva de la rebeldía, fundada en la voluntariedad del agente, hay que afirmar la estricta tesis objetiva, según la cual es el hecho concreto de la falta de presencia en el proceso el que origina la rebeldía, y que una vez que tal ausencia se haya fijado debidamente, con las circunstancias precisas, la base necesaria para apreciar en cualquier caso la existencia de la rebeldía, queda suficientemente establecida. Otra cosa es que para algún efecto concreto, como el recurso de audiencia (apelación extraordinaria), se establezcan, dentro de una presunción general de voluntariedad, determinadas concesiones a la imputabilidad o inimputabilidad al rebelde de su situación, pues no hay que olvidar que mediante el recurso de audiencia desaparece el efecto vinculante de la sentencia firme, ganada al rebelde; pero éste no deja de haber sido tal en el proceso primitivo y tal condición la debe al hecho objetivo de la incomparecencia pura y simple. (124)

Por último, se ha explicado la naturaleza jurídica de la inactividad total del demandado, con la teoría de la carga procesal, misma a que también se hace referencia para calificar jurídicamente las distintas situaciones de inactividad de las partes en cualquier momento del proceso. La antítesis del derecho procesal es la carga, es decir, la necesidad de

---

(124) Guasp, Jaime., citado por Aragonese A. Pedro. "Inactividad...". pp.

prevenir un perjuicio procesal, y, en último término, una sentencia desfavorable mediante la realización de un acto procesal. A los litigantes como tales, no les incumbe en el proceso, en general, ningún deber, ninguna obligación. Hay una carga, no un deber de fundamentar la demanda, de probar, de comparecer, de contestar, etcétera.

El demandado no tiene obligación de comparecer y, por consiguiente, la incomparecencia no está sancionada jurídicamente; si no comparece, sobre dicha parte recaerá el posible perjuicio de tal inactividad y, en tal sentido, puede afirmarse que la personación no sólo es un derecho, sino también una carga procesal para el demandado.

Así como la ley pone a cargo del actor la relación de los hechos en que se funda y la presentación de los documentos en que funda su derecho, determinando la oportunidad en que debe hacerlo: al iniciar el juicio, correlativamente, el demandado tiene la facultad de contestar o de no contestar la demanda, o de contestarla en forma evasiva, sin confesar ni negar categóricamente los hechos o la autenticidad de los documentos privados a él atribuidos. Es libre de hacerlo. Su actividad o inactividad frente a esta carga, beneficiará o perjudicará su interés en el juicio.

Si pudiéramos hallar algún imperativo jurídico que en algún sentido le impele a la parte demandada a actuar conforme a su interés y sólo en beneficio de éste, el mismo se explica bajo el concepto de carga procesal. Este concepto, acuñado por Goldschmidt, nos muestra que las partes tienen durante el curso de la instancia y en espera de una sentencia favorable, distintas oportunidades de actuar o dejar de hacerlo y en ello se juegan sus posibilidades, expectativas y riesgos.

Dado el carácter preclusivo de los momentos procesales -cerrados por términos perentorios, que no permiten la posibilidad de realizar tal acto una vez transcurrido el momento procesal adecuado- cada litigante tiene sobre sí la carga de cumplir los actos útiles o convenientes a su interés, usando en tiempo oportuno las facultades que le concede el régimen ritual bajo riesgo de verse privado de hacerlo y de que la causa siga adelante sin su aporte y quizá sólo informada por el del adversario. Si cumple la actividad que el procedimiento permite, y lo hace del modo más puntual y eficiente, favorece su situación y se libera de la carga que en tal sentido -sólo en ése- pesaba sobre él. (125)

Como el accionado no habrá comparecido en el plazo de la citación, por ser los términos perentorios (artículo 133 CPCDF), no sólo habría perdido el derecho de contestar la demanda y oponer excepciones o, en su caso, ofrecer pruebas (artículo 646 CPCDF), sino que también, por imperio de lo dispuesto por los artículos 112 y 637 CPCDF se practicarán las notificaciones de los actos procesales por Boletín Judicial.

Conforme indicamos, la rebeldía no es en nuestro ordenamiento procesal el incumplimiento de un deber que esté jurídicamente sancionado, no es una actuación procesal ilícita, no es el hecho generador de una sanción penal o corrección disciplinaria, no es tampoco una abstención u omisión causante de daños que hayan de ser reparados con base al artículo 1910 CCDF. Por tanto, ya vimos que el no asistir al emplazamiento judicial o no ejercitar los actos del proceso no importa faltar a un deber, según dijimos, ni configura realmente una "rebeldía".

Hay pues, un consenso en el ámbito doctrinario, en que las partes no tienen el deber ni la obligación de concurrir a juicio o ejercitar los diversos actos que conforman su desarrollo. Se trata sólo de una facultad, reconocida ella en el interés particular de cada uno de los litigantes del juicio civil. Podemos entonces advertir que la voz rebeldía, no sería en la actualidad la más apropiada ni coherente con el estado científico de la ciencia procesal, pues no se puede sostener que la no comparecencia al llamado judicial importe una actitud irreverente y lesiva para la majestad del Estado herido en la autoridad del magistrado. No es una desobediencia ni un alzamiento. (126)

James Goldschmidt (127) propugna que el término rebeldía se aplique a todos los supuestos de inactividad, ya que, si bien el término de rebeldía generalmente sólo se usa para calificar la falta de comparecencia, es decir, la rebeldía total, se necesita una expresión para abarcar también cualquier otro caso de falta a una carga.

De rebeldía, llamada a veces contumacia, se puede hablar en sentido total o sólo en sentido parcial.

Por rebeldía total o contumacia la generalidad de la doctrina ha entendido y entiende la situación que se produce por declaración judicial, ante la inactividad procesal unilateral del demandado cuando debidamente citado, no comparecere durante el plazo del emplazamiento. Es su abstención

---

(126) Eisner, Isidoro. "Sobre 'Rebeldía...". p. 1.

(127) Goldschmidt, James, citado por Aragonese A., Pedro. "Inactividad...".

o actuación negativa y omisiva la productora no sólo de la consecuencia general de la falta, la preclusión, sino se añaden consecuencias especiales. (128)

La comparecencia en juicio del demandado es la condición de su conducta procesal inicial y así, por ejemplo, la sumisión tácita por parte del demandado consiste en hacer después de personado en juicio, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria. (129)

La rebeldía en este sentido es la incomparecencia primera y básica del demandado y sabemos que la comparecencia en juicio constituye el punto de arranque y la toma de contacto de dicha parte con el órgano jurisdiccional, que le ha convocado en forma, y con el proceso civil en función de la demanda y de la pretensión procesal deducidas judicialmente.

Por eso, no todas las incomparecencias o ausencias del demandado pueden ser calificadas como rebeldía, ya que no puede considerársele rebelde a quien habiendo comparecido oportunamente en el pleito e interviniendo activamente en él, deja de hacerlo posteriormente, seáale o no imputable tal incomparecencia.

Frente a esta rebeldía total o strictu sensu, tenemos las llamadas

(128) La locución rebeldía, aunque tiene importante raigambre en nuestro Derecho histórico, no es apropiada porque designa una actitud activa, mientras que en nuestro sistema vigente se produce en virtud de la inactividad de la parte demandada. Muñoz Rojas, Tomás. Ob. cit. p. 382.

(129) Ibidem. p. 381.

rebeldías parciales que son todas aquellas situaciones singulares que se producen cada vez que una de las partes deja de cumplir uno de los actos procesales y pierde la facultad dejada de usar.

Ahora, que los términos son perentorios, el decaimiento del plazo y de la facultad se produce ministerio legis, automáticamente, pero en el régimen antiguo de nuestro Código de Procedimientos capitalino, era menester acusar rebeldía para que se diera por perdido el derecho no ejercitado. Así se tenía por contestada la demanda (o perdido el derecho de hacerlo) en rebeldía; se conocía la rebeldía acusada por no ofrecer prueba en término o por no dar vista o por no expresar agravios, etcétera.

En estos supuestos, estas rebeldías, se limitaban a los actos particulares de que en cada caso se trataba. Pero no importaban la rebeldía total ni el juicio en rebeldía. Es decir, se tenía en cuenta la conducta omisiva del interesado con relación a un acto procesal determinado y no frente al proceso mismo, en su generalidad.

El legislador ha utilizado el término rebeldía en sentido amplio, abarcando las dos especies mencionadas, es decir, la rebeldía total (véase por ejemplo en el CPCDF el título noveno: De los juicios en rebeldía) y parcial (para el caso de diversas actuaciones judiciales en que podemos apreciar otras manifestaciones de inasistencia o ausencia del interesado, así verbigracia el artículo 221 CPCDF).

En la omisión total de actividad, que según mencionamos es regulada por el CPCDF en el título noveno: De los juicios en rebeldía, tendremos que precisar los supuestos de inactividad que pueden presentarse, y los

requisitos que han de darse para que el puro hecho de inactividad alcance trascendencia jurídica que para los supuestos abstractos establece el sistema normativo.

Para que existan los supuestos de rebeldía han de darse las siguientes condiciones:

Por lo que se refiere a los sujetos, conviene distinguir las circunstancias que hacen referencia al órgano jurisdiccional y aquellas que se relacionan con las partes.

En primer término, parece innegable que ha de existir la normal intervención de un órgano de la jurisdicción. El problema más importante, a tales efectos, se plantea cuando en un mismo proceso interviene más de un órgano jurisdiccional. En este caso, la rebeldía existirá frente al juez a quien no se acude, aunque no se dé frente a los otros, por ello, deberá considerarse rebelde a la parte que no comparezca después de emplazada para acudir ante el juez competente.

En este punto, se ha planteado el problema de la personación del demandado, cuando por una parte, comparece éste ante el juzgado que considera competente, proponiendo ante él dentro del plazo concedido para personarse la cuestión de incompetencia por inhibitoria (artículo 163 CPCDF), siendo que por otra parte, cuando el juzgado ante el que se presentó la demanda es requerido con el oficio de inhibición (artículo 166 CPCDF), y resulta que éste ya ha declarado rebelde al demandado, teniendo por contestada la demanda, siguiendo entonces dicho juicio su curso dado que las cuestiones de competencia no suspenden el procedimiento principal (artículos



169 y 262 CPCDF).

A este respecto debemos decir que son nulos todos los actos ejecutados por los jueces que carecen de competencia (artículos 154 y 168 CPCDF), y nulo habría de ser incluso la sentencia si a dictarla se hubiere llegado; el declarar que son válidas todas las actuaciones practicadas por el juez incompetente, que normalmente implicará la pérdida de la oportunidad de comparecer, con la subsiguiente declaración de rebeldía y aun de contestar, fase fundamental del litigio, se daría el contrasentido de que la ley protege al demandante que incluso abusivamente, en ocasiones, presenta la demanda ante juez incompetente, dándole plenitud de oportunidades para su defensa, mientras priva de la posibilidad de contradecir al demandado que ha acudido ante el órgano jurisdiccional competente.

Creemos por tanto, que sólo podrán tenerse por válidas estas actuaciones cuando las ratifiquen los interesados expresa o tácitamente. Deberá entenderse que existe la ratificación tácita cuando insten la continuación del procedimiento, sin pedir la nulidad de lo actuado con este vicio: pero si la pide alguna de las partes, lo procedente será decretarla, porque es nulo lo actuado ante juez incompetente (artículos 77, 154 fracción fracción II, y 168 CPCDF).

También se entiende hecha la sumisión tácita por el demandado cuando realice cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria (artículo 153 fracción II CPCDF); luego si el demandado no hace gestión alguna ante el juez que no estima competente, no hay sumisión tácita ni el juzgado deviene competente en razón de tal criterio.

En lo que se refiere a las partes, la inactividad total de éstas se manifiesta cuando, de hecho, no se personan o cuando, pese a una actuación externa encaminada a tal personación, no se cumplen en la misma los requisitos legales para su eficacia, por lo que, verbigracia, la falta de capacidad o legitimación, implicará una auténtica rebeldía.

Nuestro sistema procesal no conoce ni regula más rebeldía que la del demandado y se debe principalmente a que, a diferencia de otras legislaciones, la nuestra no conoce para el acto de demandar una citación de parte a parte, y que la presentación de la demanda al juez comprenda por necesidad la comparecencia o personación del actor en el juzgado. Ahora bien: la declaración de rebeldía es el efecto de la falta de personación, no de cualquiera otra inactividad -aunque sea total- ulterior. (130)

Lo que ocurre es que cuando, como sucede en nuestro derecho, la primera actuación que ha de realizar el demandante para que el proceso se inicie es la personación, la rebeldía del demandante con este carácter de inactividad total no puede darse, puesto que, para que exista rebeldía es necesario que exista un proceso, y para que exista proceso ha de darse una actividad de una parte que pida su iniciación, y al ser ésta una actividad del demandante, por regla general, en nuestro derecho, no es posible la situación de rebeldía con este carácter de inactuación total que venimos exponiendo. (131)

---

(130) Gómez Orbaneja, Emilio., citado por Aragonese Alonso, Pedro. "Inactividad...", p. 350.

(130) Loc. cit.

Aunque hemos afirmado que, en nuestro régimen jurídico procesal civil, solamente se admite la rebeldía del demandado, ha sido planteado el tema y la duda de si es admisible la rebeldía del actor en los supuestos en que esta parte, tras la presentación de la demanda en el juzgado, deja de comparecer o asistir a las sucesivas actuaciones previstas en los correspondientes juicios. (132) Que la mera presentación del escrito de demanda, en el juzgado pertinente, comporta la personación del demandante nos parece innegable. Si entendemos que la interposición de la demanda es la auténtica comparecencia del actor, sólo puede concebirse la inactividad o inasistencia de dicha parte a los actos del juicio con eficacia diversa a la rebeldía del demandado ya examinada.

La incomparecencia del demandante es un supuesto anómalo, como contrario a la posición natural que implica la actuación por él de la pretensión. Sin embargo, en diversas actuaciones judiciales podemos apreciar otras manifestaciones de la inasistencia o ausencia de dicho interesado; Encontramos así en nuestro CPCDF una serie de supuestos específicos en los que la inactividad de la parte actora produce unos efectos especiales que han de coincidir con los generales de la inactuación parcial, es decir, el

---

(132) Dice N.S. De Otto que en los casos en que sea el actor quien huya de la contienda judicial y por esta razón pueda llegar a ser declarado contumaz, las legislaciones en general parecen otorgar al demandado la elección entre pedir la absolución de la demanda en un doble sentido, o para conocer la absolución total, eficaz y definitiva de las pretensiones del actor, o bien se trata tan sólo de verse libre de las trabas, molestias, enojos del procedimiento entablado contra él por el actor. (Citado por Aragoneses A., Pedro. "Inactividad...". p. 352).

empeoramiento de su situación procesal, la perspectiva de un perjuicio procesal y sobre todo de una sentencia desfavorable por falta a una carga y desaprovechamiento de una posibilidad; efectos, desde luego distintos a los señalados para la rebeldía de la parte demandada. Entre otros, podemos citar los siguientes casos: En los artículos 17 y 19 del Título Especial: De la Justicia de Paz, tras señalar la carga de comparecer a la celebración de la audiencia, dispone que si al anunciarse el despacho del negocio no estuviere presente injustificadamente el actor, y sí el demandado, se impondrá a aquél una multa y si no estuvieren presentes el actor ni el demandado, se tendrá por no expedida la cita del emplazamiento y podrá expedirse de nuevo si el actor lo pidiere; también el artículo 272-A CPCDF señala que en el juicio ordinario si una de las partes o ambas, no concurren sin causa justificada, el juzgador las sancionará con multa y en ambos casos procederá a examinar las cuestiones relativas a la depuración del juicio; dentro de los actos prejudiciales, se indica en los numerales 205, 211 y 215 CPCDF que el que intente demandar o denunciar o querrellarse contra su cónyuge, puede solicitar su separación al juez de lo familiar, quien señalará el término de que dispondrá el solicitante para presentar la demanda o la acusación y si al vencimiento del plazo concedido no se acredita al juez que se ha presentado la demanda, la denuncia o la querrela, cesarán los efectos de la separación, quedando obligado el cónyuge a regresar al domicilio conyugal; de igual forma, en ese mismo título de los actos prejudiciales, se dice en los artículos 250 y 251 CPCDF que ejecutada la providencia precautoria antes de ser entablada la demanda, el que la pidió deberá entablarla en el término indicado y si el actor no cumple con ésto, la providencia precautoria se revocará, luego que lo pida el demandado; otro supuesto se da en los artículos 697, 701, 703 y 704 CPCDF conforme a los cuales se establece que la parte que haya apelado debe personarse ante el tribunal

superior y expresar los agravios; la falta de comparecencia no produce una sustanciación de la segunda instancia en rebeldía del recurrente. (133)

Por otra parte, si bien el artículo 271 CPCDF señala con exactitud y propiedad, al demandado como posible rebelde, hay otros preceptos, entre éstos los artículos 637 y 638 CPCDF, en los que el legislador alude de un modo indeterminado e impreciso al litigante o litigantes como sujetos de la rebeldía.

Todos los artículos contenidos en el repetido título noveno: De los

(133) A este respecto, nos indica Herce Quemada, que la inactuación total del actor, en los supuestos limitados que se dan en el derecho positivo español, por ejemplo la renuncia del procurador del demandante y el hecho de que éste no se provea de nueva representación para continuar el litigio, implica un desistimiento tácito -sujeto al mismo trato que el expreso- de los actos del proceso y por tanto se debe dar vista al demandado para que demuestre o no su conformidad, (Aragoneses A. Pedro. "Inactividad...". p. 315.); Aragoneses sostiene por el contrario que lo procedente es la declaración de rebeldía del actor, pues el desistimiento de la celebración del juicio, es un efecto de la incomparecencia o rebeldía del actor, como puede serlo, en otros sistemas, el continuar el juicio o resolver según el estado de las actuaciones, por lo que no puede contraponerse la rebeldía (conducta) con el desistimiento (posible efecto de esa conducta), al referirse a dos fenómenos distintos. (Ibidem. p. 317); en el derecho italiano la contumacia del actor produce de hecho una sentencia absolutoria respecto del fondo. (Redenti Enrico. citado en Ibidem. p. 376).

juicios en rebeldía, se refieren expresamente a la rebeldía del demandado o demandados, sin que se encuentre un solo precepto dentro del mismo que aluda a la posible rebeldía del actor. Por tanto, cuando el CPCDF, en dicho título, emplea las expresiones "el litigante rebelde" (artículos 645 y 646), o "el litigante será declarado rebelde" (artículo 638), se refiere, naturalmente, al demandado o demandados en situación de rebeldía, aunque omita entonces, por innecesario, el término demandado; se refieren pues, exclusivamente a la rebeldía del demandado, sin que encontremos en ella uno tan sólo referente a una posible rebeldía del actor, y que, en relación concreta con el artículo 637, que ha servido de base a la tesis que sostiene la posibilidad de la rebeldía del actor es de observar, que dice: "un litigante", el que no puede ser otro que el demandado (uno o varios), y no "los litigantes" (indistintamente actor o demandado); en efecto, solamente al demandado se le cita para que comparezca o se apersona, pues el actor con la presentación de la demanda, comparece y se apersona, y, en consecuencia, su posterior inactividad -aunque sea total- no es determinante de rebeldía.

Por otro lado, el litisconsorcio presenta particular interés e incidencia con relación a la ausencia de la parte actora, ya que ésta puede referirse a un solo actor o a varios sujetos que, según los casos, han de litigar necesariamente unidos y bajo una sola dirección, según dispone el artículo 53 CPCDF.

En lo que se refiere a la incomparecencia de varias partes demandantes, habrá que distinguir según el tipo de pluralidad de partes de que se trate.

a. Si se trata de un litisconsorcio voluntario podrá darse el efecto señalado para el incumplimiento de cualquier carga procesal.

b. En cambio, en el litisconsorcio propiamente necesario, como se exige no sólo una unidad de títulos, sino la indivisibilidad, la comparecencia del litisconsorte aprovechará formal (en cuanto al sistema de modificación en fases de instrucción y de ordenación no son aplicables a la incomparecencia del actor, por no estar previstas más que para el demandado) y materialmente al litisconsorte incomparecido.

Visto lo anterior, podemos afirmar que en nuestro proceso civil, la inactividad del actor o recurrente no equivale a rebeldía en ningún caso y, por tanto, se requiere la presencia, el impulso y la actividad de dicha parte procesal a fin de que pueda constituirse y desarrollarse la correspondiente instancia judicial o recurso jurisdiccional. (134)

Ahora bien, la rebeldía puede declararse en toda clase de juicios. El juicio en rebeldía no es un tipo específico de proceso, sino un conjunto de especialidades que se insertan en cualquier tipo de proceso, cuando el demandado haya sido declarado en rebeldía. Explicaremos a continuación este procedimiento.

La institución de la rebeldía está funcionalmente referida a la incomparecencia como manifestación de contumacia a las cargas del proceso, más que a la falta de contestación de la demanda o reconvencción. Incluso si el demandado después de personado, no contesta a la demanda no se constituye por eso en rebeldía. Por lo mismo, carecería de sentido hablar de rebeldía del actor en relación a la reconvencción. Así es como Podetti expresa que no es la falta de contestación a la demanda, lo que da pie a

---

(134) Muñoz Rojas, Tomás. Ob. cit. p. 387.

la rebeldía propia, sino la incomparecencia, que se exterioriza por la falta de constitución de un domicilio procesal. (135) Pero ocurre que con los artículos 271 y 637 CPCDF, establecen un equiparamiento -no de conceptos sino de resultados- entre la no contestación de la demanda y la incomparecencia en juicio después de citado en forma.

En todos estos supuestos se imprime al juicio un procedimiento especial llamado "en rebeldía" y que ofrece entre otras notas especiales las siguientes: a) bajo la ficción de presencia del rebelde, se le tienen por notificadas las resoluciones por el Boletín Judicial, salvo los casos en que otras cosa se prevenga por la ley; b) se autorizan medidas precautorias para asegurar el bien cuestionado o las costas del juicio, sin necesidad de justificar los extremos impuestos en los demás procesos; c) existe la posibilidad de que se haga menos fatigoso el rigor probatorio por admitirse que la incomparecencia importaría una presunción favorable a las afirmaciones del actor; d) la presentación del rebelde es posible en cualquier estado del juicio pero no se retrotrae su situación ni restituye a aquél términos o facultades no aprovechadas; e) se le imponen las costas originadas en su conducta. Pasemos a explicar lo anterior.

En lo que se refiere al objeto, hemos apuntado que la presencia o ausencia de una de las partes no modifica el ámbito objetivo del proceso, lo que no quiere decir que temporalmente tenga su misma duración, ya que

---

(135) Podetti, Ramiro J., citado por Croce, Roberto Horacio Della. "El plazo para contestar demanda o reconvenición y la declaración de rebeldía en el Código Procesal de La Rioja", La Ley. Buenos Aires Argentina, 5 de diciembre de 1963, año XXVI, no. 1789, p. 1.



perfectamente puede ocurrir que exista rebeldía hasta un cierto momento y comparecencia a partir de él.

El sujeto pasivo puede dejar de comparecer en el proceso de una forma involuntaria o voluntaria.

En el primer caso, es decir involuntaria, estamos en un supuesto de ficta contumax, en el que la parte no puede comparecer en juicio por causas ajenas a su voluntad. En principio, a tal inactividad se le da el tratamiento general que los ordenamientos jurídicos reservan para la rebeldía o la contumacia, si bien suele establecerse: o la posibilidad de que, demostrada la involuntariedad de su incomparecencia, se dejan sin efecto todas las actuaciones realizadas sin su presencia; o que, al menos, se le faculte para intervenir a partir del momento en que acredite la involuntariedad de su omisión.

En el segundo caso, esto es incomparecencia voluntaria, estamos en un supuesto de vere contumax, denominación que se aplica a quien voluntariamente y sin ninguna justa causa que lo impida, una vez conocida la citación, no comparece o hace por que a él no llegue la referida citación. (136)

Hemos señalado anteriormente que la ley no tiene en cuenta en la declaración de rebeldía el elemento subjetivo de la voluntariedad, sino tan sólo el elemento objetivo de la no comparecencia, sin embargo, veremos después que dicho elemento subjetivo sí ofrece modificaciones en el

---

(136) Aragonese A., Pedro. "Inactividad...". pp. 304 y 305.

procedimiento cuando el litigante rebelde comparezca y acredite la involuntariedad de su incomparecencia, supuestos previstos por los artículos 646 a 648 CPCDF.

La inactividad total puede purgarse mediante la comparecencia posterior del rebelde, y a ello se refiere el artículo 645 CPCDF al decir que cualquiera que sea el estado del pleito en que el litigante rebelde comparezca será admitido como parte y se entenderá con él la substanciación.

Cabe imaginar, teóricamente, dos sistemas respecto a la comparecencia del demandado.

Uno de ellos consistiría en no permitir para lo sucesivo la intervención de la parte que no ha comparecido en tiempo y forma. Tal criterio se basa en la consideración de la comparecencia como una obligación y, por ende, de la incomparecencia como una contravención que ha de ser castigada.

El otro sistema, más o menos elástico, es el que permite la comparecencia en cualquier momento del pleito, antes de la sentencia definitiva. (137) Este es el que, como hemos indicado, sigue el derecho mexicano.

La rebeldía implica una serie de actividades ligadas entre sí que permitan, en cada caso, obtener la declaración de rebeldía, la cual está sujeta a determinados requisitos, que esquemáticamente vamos a señalar:

---

(137) Aragonese A. Pedro. "Inactividad...". pp. 359 y 360.

1. Se exige un llamamiento previo a la parte que no comparece, mediante citación o emplazamiento (138), según los casos, sin cuya previa existencia válida la rebeldía se halla viciada a radice y no debe ser declarada.

Antes de emitir la declaración judicial de rebeldía, el juez debe examinar si el llamamiento efectuado ha sido hecho válido y correctamente (artículo 271 CPCDF).

Entendemos que no es posible confundir la falta de emplazamiento, con el emplazamiento defectuoso, incorrecto o nulo, puesto que lo inexistente,

---

(138) Ocurre que tradicionalmente "emplazamiento" era el requerimiento que se hacía a la parte para que se apersonara al juicio, a "estar a derecho" y ello era independiente -en sentido conceptual- de la citación por medio de la cual se le notificaba el traslado de la demanda y se le acordaba el plazo de ley para contestarla u oponer excepciones (Eisner, Isidoro. "Sobre 'Rebeldía...". p. 2). En nuestro régimen la citación y el emplazamiento se cumplen simultáneamente y se suponen recibidos en en mismos acto; el actual Código menciona únicamente el emplazamiento como comprensivo de ambos; véase a este respecto que el CPCDF emplea el término emplazamiento en los artículos 54, 77, 78, 102, 114 fracción I, 117, 119, 129, 134, 163, 259, 271, 453, 490, 604 fracción III, 606 fracciones IV y VI, 644, 646, 650, 657, 717 fracción III, 8º y 10 del título especial: De la Justicia de Paz; se utiliza el vocablo citación en los numerales 201, 246, 259 fracción II, 637; y correr traslado en los artículos 69, 97, 100, 122, 198, 256, 470, 658, 943, 947, 959.

lo que falta, no puede convalidarse ni ratificarse de ningún modo, mientras que lo relativamente nulo anulable es convalidable si el interesado o demandado se hubiera dado por enterado en el juicio. (139)

2. Debe seguir una omisión de comparecencia por parte del llamado, dejando pasar el tiempo señalado para la comparecencia.

En los juicios ordinarios, el término para contestar la demanda es de nueve días según el artículo 256 CPCDF, plazo que podrá ampliarse cuando se trate de personas inciertas o de aquellas cuyo domicilio se ignora, de quince a sesenta días según los artículos 122 fracción II y 134 CPCDF, sin embargo, el término para contestar la reconvenición es improrrogable, en virtud de que la parte actora, en su primer escrito, como deber de todo litigante, debió designar casa ubicada en el lugar del juicio, dato que por tanto constará en autos y por otra parte dicha notificación se llevará a cabo por boletín judicial (artículo 112 CPCDF).

En el caso de ignorarse en absoluto su domicilio, por ejemplo si se mudare luego, seguirán haciéndosele en la casa que para ello hubiere designado. En caso de no existir dicho domicilio o de negativa a recibirlos en el señalado, esto es, que desapareciere sin conocerse su nueva dirección, le surtirán efectos de igual forma por Boletín Judicial (artículo 113 CPCDF).

3. Dados estos supuestos, se produce la rebeldía ipso facto, sin necesidad de declaración judicial, o bien mediante una declaración judicial

que pronuncia la situación de rebeldía, bien a instancia de parte, o bien de oficio, por el órgano jurisdiccional. (140)

Así pues, para que la rebeldía produzca los efectos que le son propios y prescritos legalmente, es preciso que el órgano jurisdiccional competente declare tal situación y, por tanto, se constituya o cree dicho estado jurídico-procesal. Este status nuevo, de índole estrictamente procesal, puede perdurar durante todo el juicio y puede cesar mediante la comparecencia tardía del litigante rebelde producida antes de que finalice la instancia judicial. (141)

Como se ve de los párrafos anteriores, la declaración de rebeldía es el contenido de una resolución formal del órgano jurisdiccional, que recae, previa citación, a la falta de personación o incomparecencia del demandado, que formaliza la actitud de rebeldía para que se produzcan los efectos que para tal situación se establecen. La declaración judicial de rebeldía presupone el hecho de la incomparecencia, la falta real de personación válida y, además, haber sido convocada (in ius vocatio) la parte demandada según las disposiciones legales.

La declaración judicial de rebeldía, estimamos que no es una mera forma innecesaria, inútil y engorrosa, sino importante para marcar el inicio de los efectos procesales inherentes a aquella situación procesal. (142)

---

(140) Aragonese A., Pedro. "Inactividad...". p. 361.

(141) Muñoz Rojas, Tomás. Ob. cit. p. 385.

(142) Ibidem. p. 398.

A este respecto, es claro nuestro artículo 133 CPCDF al señalar que "Una vez concluidos los términos fijados a las partes, sin necesidad de que se acuse rebeldía, seguirá el juicio su curso y se tendrá por perdido el derecho que, dentro de ellos, debió ejercitarse."

Pese a que la perentoriedad de los términos ha hecho inaplicable el "acuse de rebeldía" para lograr que decaigan las facultades no utilizadas y opere la preclusión respectiva, sin embargo, por inercia y tradición no superada, se sigue acusando "rebeldía" con tales palabras o, al menos, se sigue pidiendo al tribunal que dé por perdido o decaído al adversario del derecho dejado de usar, con el fin práctico de impulsar al procedimiento, producir certeza en el estado de los autos e impedir su retroceso por inadvertencia frente a posibles presentaciones extemporáneas. (143)

No obstante lo dicho, de manera clara en el primer párrafo del artículo 271 CPCDF se establece la necesidad de declarar la rebeldía, indicándose que "Transcurrido el plazo fijado para el emplazamiento sin haber sido contestada la demanda se hará declaración de rebeldía, sin que medie petición de parte y se procederá de acuerdo con los artículos 272-A a 272-F, observándose las disposiciones del Título noveno.", lo cual hace dudar sobre la naturaleza de tal término, esto es, si el término para contestar la demanda, es o no perentorio.

Existe un texto similar al ya transcrito numeral 271 CPCDF, en el Código Procesal de La Rioja, Argentina, que dispone en su artículo 172: "Vencido el plazo para comparecer a contestar la demanda o reconvenición, se

declarará rebelde al incompareciente..."; Roberto Horacio Della Croce (144) llega a la conclusión de que dicho plazo para contestar la demanda o la reconvencción no es perentorio, exponiendo lo siguiente:

Comienza por indicar que plazo perentorio (preclusivo o fatal) es aquél que por su solo transcurso torna imposible la realización del acto para el que estaba previsto. Plazo no perentorio es aquél en que la pérdida del derecho no usado en debido tiempo no se produce ipso iure sino que requiere una declaración del juez dando por perdido ese derecho.

Es por esto que, nos continúa diciendo, -como enseña Podetti- mientras los plazos no sean preclusivos, perentorios o fatales, tanto los prorrogables como los improrrogables, se prolongan de hecho, mientras no se produzca la manifestación de la voluntad o el acto que les pone término. Es decir que el plazo puede ser improrrogable y no preclusivo, en cuyo caso el acto puede cumplirse mientras no se pida el decaimiento del derecho o se produzca el informe del actuario; puede ser improrrogable y preclusivo, en cuyo caso el acto no puede cumplirse válidamente una vez vencido, sin necesidad de acto alguno de la contraparte, del secretario o del juez. La regla es que los plazos legales son improrrogables y perentorios; la excepción, que no.

Así, los plazos perentorios y los no perentorios se diferencian en que en los primeros la pérdida del derecho dejado de usar en debido tiempo se produce ipso iure, de pleno derecho, automáticamente por ministerio de ley, sin necesidad que el juez haga declaración alguna; declaración esta que, en

cambio, es indispensable en los segundos para que opere la pérdida o caducidad del derecho no usado en tiempo. Después de vencidos, si el plazo es perentorio, ya no se puede realizar válidamente el acto para el cual estaba destinado; si el plazo no es perentorio, sí se puede realizar mientras el litigante adversario no pida el decaimiento del derecho o se dicte una resolución judicial declarándolo perdido.

El término perentorio es uno de los casos de impulso procesal por ministerio de ley; es por consiguiente, dice Alsina, uno de los modos de activar el procedimiento. La división de los términos en perentorios y no perentorios no tiene fundamento lógico, y, por el contrario, atenta contra la marcha regular del proceso. Como quedó dicho, afirma Croce, cuando, para extinguir un derecho, se requiere una declaración judicial sin la cual no se podría pasar a la etapa procesal subsiguiente, aunque se pueda dictar de oficio, el plazo dentro del cual debía ser ejercitado el aludido derecho, deja de ser perentorio; porque, mientras no se pronuncie tal declaración, el derecho puede ser válidamente ejercido.

Vale decir, nos agrega: Que la necesidad de declaración judicial (y no la necesidad de petición) es lo que caracteriza la no preclusividad de los plazos, esto es, representa el elemento que excluye la regla de la preclusividad o parentoriedad.

Cabe entonces indicar que en el citado artículo 172 se subordina la pérdida del derecho a contestar la demanda o la reconvencción a una declaración judicial que es la declaración de rebeldía. Declaración ésta que no podría pronunciar el juez, aunque vencido el plazo, si se hubiere presentado el incompareciente a contestar la demanda o la reconvencción



antes que se lo declarara rebelde.

Vemos ahora que en el Código procesal de La Rioja, la institución de la rebeldía cumple una doble finalidad a través de sus efectos: la de la rebeldía llamada total (presunción de verdad de las alegaciones de la parte contraria; embargo de bienes del rebelde; simplificación de las notificaciones, etc.); y la de la rebeldía llamada parcial, cuyo único efecto es el de producir el decaimiento del derecho no ejercitado. De ello resulta que, si la demanda o la reconvencción no están contestadas, no se podría continuar con el trámite del juicio prescindiendo de la declaración de rebeldía.

Notamos así que la necesidad de declarar la rebeldía por falta de contestación de demanda o reconvencción es lo que caracteriza la no preclusividad del plazo, porque, de no mediar esa necesidad, producido el vencimiento, el juez al proveer lo que corresponda al estado del proceso, debería pasar a la etapa procesal subsiguiente sin declaración alguna.

La diferencia entre no perentorio y perentorio no consiste tampoco en que en unos casos sea necesario dictar un pronunciamiento declarando la pérdida del derecho y en los otros no, sino en sí el mero transcurso del tiempo produce la pérdida del derecho con prescindencia de la formalidad de que sea necesaria una declaración judicial. Lo que caracteriza un plazo del otro, es la necesidad de declaración judicial tendiente a dar por decaído un derecho no usado. No es la formalidad del acto, sino la necesidad de su existencia material en el proceso para poder pasar a la etapa procesal que sigue a la omitida, su existencia es imprescindible a la marcha del proceso.

Interesa señalar, algo acerca de la diferenciación de los conceptos de perentoriedad y de oficiosidad judicial. La perentoriedad es un efecto, la oficiosidad una forma. La primera es efecto de derecho (de pleno o puro derecho) que funciona sin necesidad de actividad judicial o de parte. La oficiosidad, en cambio, es una forma de la actividad jurisdiccional que persigue el impulso del procedimiento, la que puede ejercitarse, a tiempo o a destiempo, sin transformarse en elemento caracterizante de la perentoriedad de los plazos. Conviene entonces distinguir que una cosa es que la perentoriedad opere de pleno derecho y otra que se declare de oficio o a petición de parte. Si opera de pleno derecho, significa que los efectos se producen por el solo vencimiento del plazo respectivo. De manera que si las partes no la alegan, ellas cargarán con las responsabilidades y con las consecuencias de continuar un proceso nulo, que en cualquier momento puede ser declarado caduco o desierto.

En síntesis, nos dice Croce, que el plazo para contestar la demanda o la reconvencción en el Código de La Rioja no es perentorio, porque para que se opere la pérdida del derecho es inevitable la declaración judicial prevista específicamente para ese caso particular, o sea la declaración de rebeldía que corresponde dictar -de oficio o a pedido de parte- necesariamente para poder pasar a la etapa procesal que de acuerdo al orden legal debe seguir al acto omitido.

Para finalizar dicha postura, termina Croce señalando que todo término importa de por sí una limitación a la actividad de las partes en el proceso, de tal modo que frente a normas ambiguas, equívocas o contradictorias, debe estarse por la solución que más favorezca el amplio ejercicio del derecho. Los preceptos relativos a la perentoriedad o fatalidad de los términos deben

interpretarse restrictivamente. En la duda, por consiguiente, ha de concluirse que no procede dar por perdido el derecho.

En nuestra legislación procesal, y creemos que de igual forma debe ser en el código antes mencionado, existe la regla general de que los términos legales son perentorios, y por tanto, se tendrá por decaído el derecho por el solo transcurso del tiempo, y sin necesidad de que se acuse rebeldía, el juicio seguirá su curso (artículo 133 CPCDF), y a esto no podemos oponer como excepción la necesidad de la declaración judicial de rebeldía prevista en el artículo 271 CPCDF.

Efectivamente, dicha declaración judicial no puede convertir en no perentorio el término otorgado para contestar la demanda, sino que es constitutiva y necesaria, toda vez que es productora de consecuencias procesales, llevando tan solo por fin marcar los efectos primarios de la rebeldía (ajustarse a lo que dispone el título noveno del CPCDF, medidas aseguratorias, presunción de verdad de las alegaciones de la parte contraria en materias patrimoniales, no se volverá a practicar diligencia alguna en su busca y las notificaciones se realizarán por boletín judicial, entre otros) y consecuentemente pasar a la etapa procesal subsiguiente, pero insistimos, tal "necesidad" de la declaración judicial, no lleva como función transformar la regla general de establece la perentoriedad de los términos, pues el mero transcurso del tiempo produce la pérdida del derecho con prescindencia de la formalidad de que sea necesaria una declaración judicial; la necesidad de la existencia material de tal declaración surge en el proceso para poder pasar a la etapa procesal que sigue a la omitida.

Como el demandado no habría comparecido, en el plazo de la citación,

por ser los términos perentorios, no sólo habría perdido el derecho de contestar la demanda y oponer excepciones o, en su caso, ofrecer prueba (artículo 647 CPCDF), sino que también por imperio del artículo 637 CPCDF todas las notificaciones que de ahí en adelante recaigan en el pleito, se notificarán por boletín judicial.

Continuemos indicando los efectos de la declaración judicial de rebeldía que señalan nuestras disposiciones procesales. Estas consecuencias se producen en diversos órdenes o sectores, que podemos sintetizar en los siguientes puntos y aspectos.

A la rebeldía debe atribuirse efectivamente el sentido de mera inactividad procesal, sin que de la misma obtenga el actor, en el proceso o a través de éste, un beneficio o provecho, a no ser que se considere como tal la mayor celeridad o agilitación del procedimiento en cuanto que se suprimen las actuaciones correspondientes al demandado rebelde.

Los diferentes sistemas históricos y comparados en torno al instituto procesal de la rebeldía o contumacia, han conducido básicamente a dos posturas de distinta graduación sobre los efectos de la contumacia declarada.

La más categórica y que hace resaltar el proceso en rebeldía sobre el común o regular, es aquella en cuya virtud la incomparecencia e incontestación de la demanda suponen el reconocimiento que hace el rebelde de la verdad de las afirmaciones de su adversario y de la razón que le asiste.

Recordemos que el contenido de la demanda y de los documentos en que el actor funda su derecho, importa para el demandado una interrogación sobre su existencia, alcance, significado, verdad y autenticidad, y el silencio del accionado debe estimarse como una manifestación de voluntad conforme a la interrogación. Todavía: los hechos deben ser negados uno a uno, pues no basta la negativa general. ¿De qué otra manera podría entenderse la conducta del rebelde, que no desafía ni da la cara a la litis, sino la de suponer un reconocimiento de cuanto la otra parte asevera y de los hechos de que se nutre su causa de pedir?. (145)

Se considera entonces que el que evade al debate o no se presenta a controvertir las pretensiones que se le oponen, o es porque no tiene que objetar o porque teme enfrentar al contrario asistido de todo derecho. Por aquello de que "el que calla otorga", se ha entendido que el silencio importa la admisión, tácita, pero de valiosos efectos en el proceso, en mérito a la cual se debe tener por cierto lo alegado, mientras de autos no resulte lo contrario. Se trata de una presunción juris tantum que releva de una prueba a quien la ley se la reconoce. (146)

En esta primera posición, la falta de contestación de la demanda, —que constituye presunción favorable a los derechos de la actora— importa descargar al proceso y a la parte interesada de todo el peso de la prueba,

---

(145) Morello, Augusto M. "El silencio en el proceso, la rebeldía y el principio de la investigación de la verdad. Pautas de política jurídica", Revista del Colegio de Abogados de La Plata. Buenos Aires Argentina, enero-junio de 1970, no. 24, año XI, p. 381.

(146) Eisner, Isidoro. "Sobre 'Rebeldía...". p. 2.

faculta al juez para dar por reconocidos los hechos establecidos en ella, facultad que es de pertinente ejercicio, salvo, claro está, existiere contradicción entre los hechos presumidos y otras constancias del juicio traídas por el propio actor.

La segunda postura, más generalizada en la doctrina, es aquella en virtud de la cual la rebeldía no puede tener por efectos acordar un derecho a quien no lo tiene. La justicia no puede estar al servicio de ficciones -al decir de esta posición- y, por tanto, es necesario en cada caso que el magistrado esté convencido de la verdad de los hechos en que se funda la demanda, independientemente del silencio o rebeldía del demandado.

Hay pues un consenso, en que la rebeldía no basta para satisfacer por sí sola la pretensión. La rebeldía no determina el vencimiento del demandado rebelde: ya no tiene aplicación aquel viejo principio: contra contumaces, omnia iura clamant, según el cual se entendía que los ausentes y rebeldes carecían siempre de razón, si bien casi siempre estuvo mitigado por aquel otro: litigatoris absentia, Dei presentia repleatur, expresivo de la idea de que la presencia de Dios era incompatible con la condena de una rebelde, ya que repugnaba a la justicia que nadie fuese condenado sin ser oído, y sin que para ello hubiera, por lo menos, un principio de prueba positiva. (147)

Por ello, esta postura se expresa en formulaciones de este tenor: en principio, el pleito tramitado en rebeldía del demandado, no obliga al juzgador a acoger favorablemente la acción promovida por el actor, es

---

(147) Aragonese A. Pedro. "Inactividad...". p. 379.

menester que existan en el proceso elementos de juicio que lo corroboren, pues por sí solo es insuficiente para fundar la condena del demandado.

De estas ideas vemos que si bien la incomparecencia del demandado, permite presumir la verdad de las afirmaciones del contrario, se trata de simples presunciones hominis que necesitan de verificación, ratificación o robustecimiento de la prueba apta para producir convicción suficiente.

Efectivamente, el silencio del litigante declarado rebelde de ninguna manera puede liberar al órgano de la jurisdicción y a la parte interesada, de todos los deberes y facultades-cargas indispensables para que la justicia no se ate a simulacros de juicio donde se renuncia a la auténtica administración de justicia que consiste en dar la razón al que realmente la tenga, al margen de toda ficción. Esta posición exige el desarrollo pleno del proceso y de la etapa probatoria y sólo admite que la rebeldía permita al litigante presente, gozar del beneficio del embargo preventivo y de la ventaja que consiste en no tener frente a sí, a las razones y las pruebas del adversario ni sus apelaciones y demás impugnaciones o recursos. (148)

Con referencia a nuestra ley, los artículos 266 y 271 CPCDF, establecen que al contestar la demanda, el demandado deberá referirse a cada uno de los hechos aducidos por el actor, confesándolos o negándolos y expresando los que ignore por no ser propios. El silencio y las evasivas harán que se tengan por confesados o admitidos los hechos sobre los que no se suscite controversia, salvo se trate de asuntos que afecten las relaciones familiares, el estado civil de las personas, cuestiones de arrendamiento de

fincas urbanas para habitación cuando el demandado sea el inquilino (149), y en los casos en que el emplazamiento se hubiere hecho por edictos.

De esta manera el demandado debe confesar o negar categóricamente los hechos sólo cuando se trata de hechos de su conocimiento forzoso o que está obligado a conocer. La presunción favorable a la verdad de los hechos aseverados en la demanda que emerge tanto la falta de contestación a la demanda, como la contestación presentada fuera del término legal, generan la presunción favorable a la verdad de los hechos expuestos por el actor en el escrito respectivo, lo cual, sabemos no tiene un alcance absoluto; debe entenderse limitada a los hechos del conocimiento forzoso de éste.

---

(149) Al efecto, debemos indicar que el área de la confesión ficta se ve reducida o ampliada en atención al tendencia publicista o dispositiva que predomine en cada sistema jurídico. Cronológicamente en materia de arrendamiento de fincas urbanas para habitación, en principio encontramos en nuestros ordenamientos, indudables manifestaciones del proceso dispositivo al establecerse como consecuencia de la falta de contestación de la demanda, la confesión ficta afirmativa; después, con un sentido tutelar y proteccionista nuestro CPCDF vigente, incluye los asuntos de esta naturaleza en una excepción a la confesión ficta afirmativa; y en atención a las últimas reformas, de vigencia suspendida, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fecha 21 de julio de 1993, surgen de nueva cuenta los principios dispositivos, de autonomía de la voluntad y de individualismo, estableciéndose la confesión ficta afirmativa para el caso de no contestación de la demanda en estos asuntos.



Observamos que en lo que respecta a los efectos de la declaración de rebeldía relacionados con la pretensión procesal del demandante, consisten fundamentalmente en la ficción de la litis contestatio afirmativa (último párrafo del artículo 271 CPCDF, con las excepciones que marca dicho numeral), es decir dar por contestada la demanda y, por tanto, en la preclusión o cierre de la posibilidad de realizar tal acto una vez transcurrido el momento procesal adecuado, imposibilitando en cada momento que transcurra, su defensa.

En tal sentido, la rebeldía constituye una actitud o conducta abstencionista y unilateral, que no elimina de un cierto proceso el mantenimiento de la pretensión o de la oposición a la pretensión, pero tampoco la satisface por sí sola, equivale por tanto a la ficta confessio que no supone ni implica la exoneración de la prueba respecto a la parte contraria.

En efecto, tal conducta omisiva determina una presunción de verdad respecto de los hechos invocados en la demanda y por ser una presunción juris tantum es susceptible de ser desvirtuada por la prueba en contrario a cargo de la parte rebelde a quien incumbe destruirla dando las pruebas pertinentes. De allí que el silencio del demandado o su actitud ambigua, produce una inversión de la carga de la prueba y colocado en situación de desventaja por su propia actitud, deberá aportar la prueba suficiente para destruir la presunción juris tantum de la verdad de los hechos articulados en la demanda y de la autenticidad de los documentos, a él atribuidos, acompañados a la misma.

En otras palabras, la funcionalidad de la presunción que se deriva del

indicio silencio (incontestación o rebeldía inicial) hace que se tenga por cumplida una parte de la carga y tarea probatoria, pero no resuelve ni liquida la totalidad del fenómeno procesal así perfilado, pues, todavía, resta la posibilidad de que el accionado pueda suministrar los elementos de juicio necesarios para destruirla. (150)

Por tanto, la rebeldía total, no releva a la parte interesada y activa, de su carga de justificar ampliamente la exactitud de sus afirmaciones de hecho (aunque no estén controvertidas) y la legitimidad de su pretensión.

Se trata, en suma, para las ideas en boga, en algunos casos, de invertir la carga de la prueba con disímil intensidad, tendiendo este criterio a permitir que el accionado suministre prueba de descargo, que le posibilite neutralizar la presunción relativa de la exactitud de los hechos afirmados en la demanda. (151)

Correlativamente, la presunción favorable a la verdad de los hechos aseverados en la demanda que genera la incontestación del demandado, es

---

(150) Morello, Augusto M. Ob. cit. p. 377 y 378.

(151) No es la primera vez que se observa una injustificada desconfianza por parte de los jueces en los casos de juicio en rebeldía, cuyo régimen legal no favorece en principio al rebelde sino a su contrario, quien muchas veces debe litigar en situación probatoria mucho más difícil que en presencia de su oponente. Pareciera que el demandado contumaz gozara de simpatía y, en cambio, de recelo judicial, el accionante, cuando en realidad -real y jurídicamente- la situación es a la inversa. (Ibidem. pp. 378, 386 y 387.)

extensiva también a la autenticidad de los documentos atribuidos a éste, acompañados a la demanda. (152)

Comentando esto, todo aquél contra quien se presenta en juicio un instrumento privado, firmado por él, está obligado a declarar si la firma es o no suya. Su silencio puede considerarse como un reconocimiento cuando está obligado a explicarse (sea o no el juicio en rebeldía), porque así se lo manda la ley (artículos 335, 340, 386, 390 CPCDF). El incumplimiento de esta carga aparece como consecuencia el reconocimiento de la rúbrica en el documento estampada y, por ende, el del contenido del instrumento.

La negativa del demandado de los hechos en que se funda el actor y de la autenticidad de los documentos a él atribuidos que se acompañan con la demanda, hace que el actor deba probar los hechos y la autenticidad de los documentos aducidos para obtener una sentencia favorable a sus pretensiones. El silencio o las respuestas evasivas del demandado, liberan al actor de la carga de esta prueba. Puede abstenerse de realizarla sin temor de que su inactividad le acarree prejuicios. Es entonces el demandado quien debe probar la falsedad de los hechos y de los documentos a él atribuidos. (153)

Este silencio es computado en el proceso en el sentido que determinará al juez en la sentencia; deberá éste manejarse sobre los hechos de la

---

(152) Gabioud, M. Rodolfo. "Falta de contestación de la demanda. Contestación evasiva. Art. 140, Inc. 2º del Código de Procedimiento Civil de Entre Ríos. Jurisprudencia", La Ley. Buenos Aires Argentina, 29 de noviembre de 1945, p. 614.

(153) Ibidem. p. 612.

demanda, como realmente admitidos por el demandado, pero las consecuencias que se derivan de tal reconocimiento no son absolutas ni definitivamente vinculatorias para el Órgano. Los hechos son aceptados como exactos, pero la pretensión procederá si en derecho corresponde. (154)

Ello pone en relieve que el juez está facultado para examinar la legitimidad de la pretensión dentro del orden jurídico o sea si lo que se pide -siendo cierto- es conforme a derecho o si bona causam habuit. Pero no se ponen en duda los hechos sino que se los subsume en la norma legal aplicable. Unicamente se rechaza la pretensión si fuera ilegítima. De ahí que los hechos, objeto del juicio y que se dan por verdaderos, no puedan ser "ilícitos" -como en los delitos cuyas consecuencias se reclaman- sino que ellos sólo pueden justificar pretensiones jurídicas "lícitas". (155) Con la contumacia, desaparecen las cuestiones de hecho para convertir el juicio en una cuestión de derecho.

En lo que se refiere a la instrucción, las alegaciones y las pruebas siguen el régimen general y poca será la diferencia con o sin la declaración de rebeldía. Sin ésta, de todos modos la incontestación del demandado permitirá el juego de los artículos 292, 309, 316, 322, 323, 325, 326 CPCDF y podrá estimarse como reconocida la verdad de los hechos y se tendrán por válidos los documentos traídos oportunamente al juicio por el actor (100, 101, 340, 386 y 390 CPCDF).

Por lo dicho, el régimen general aplicable a la rebeldía del demandado

---

(154) Morello, Augusto M. Ob. cit. p. 383.

(155) Eisner, Isidoro. "Sobre 'Rebeldía...". pp. 2 y 3.

no tiene, en el sistema del CPCDF, más modificación que la pérdida de posibilidades, siempre que haya precluido la posibilidad de alegar alguna excepción perentoria (artículo 646 CPCDF), y sobre todo, las excepciones en sentido propio, las cuales no pueden ser tenidas en cuenta por el órgano jurisdiccional de oficio, así como la falta de contradicción de los hechos constitutivos de la pretensión del actor y de sus pruebas.

Estas consideraciones sirven también para afirmar que el demandante puede utilizar al rebelde como medio de prueba, ya que en la confesión, el declarante no es sujeto, sino objeto de las actividades procesales, y, por ello, un criterio contrario produciría al actor un perjuicio totalmente injustificado.

Aunque la interpretación contraria parece absurda, es necesario señalarla, ya que, según pone de relieve Carlos Díaz, en este tema se ha llegado a pensar en negar la posibilidad de utilizar al demandado como objeto de prueba de confesión de la parte contraria en base, al parecer, a estos dos criterios: 1. Que si se citase al demandado rebelde y compareciese en esta situación a prestar confesión judicial realizaría un acto procesal de parte, sin estar personado en autos, lo cual acarrearía la nulidad de la confesión prestada en esta forma; y 2. Que si dicha confesión se celebra de ese modo resultaría también que el demandado declarado en rebeldía actuaría en el pleito efectuando un acto procesal tan importante como la confesión, sin perder por ello y continuando en su situación de rebeldía.

Como se ve, se confunde en los dos argumentos la actuación como sujeto de la parte y la actuación como objeto de la misma para la realización de un acto que tiene derecho a pedir la parte contraria. La conclusión es tan

absurda que no merece un análisis ulterior; basta con poner de manifiesto que, según el mismo criterio, al demandado rebelde no se le podría embargar, porque no se podría actuar sobre él, no siendo parte del proceso. Díaz añade, con razón, que una cosa es el concepto formal de parte, quien demanda o a quien se demanda, otra cosa es la personación de la parte y otra, por último, es el sujeto y el objeto de la prueba. (156)

Ahora bien, ¿producida la rebeldía del demandado, que no comparece ni contesta, debe concederse al juez la facultad de investigar oficiosamente la verdad de los hechos?

La contestación no es sencilla. Estamos frente a un actor que ha ofrecido prueba, o que la está produciendo, sin la intervención ni contralor de la contraria, que no ha comparecido. A primera vista parece duro e injusto ese desequilibrio que se produce frente al demandado ausente. De ahí que se piense en acordarle en ese supuesto mayores facultades de dirección e instrucción al juez de la causa.

En esta tendencia se hallan sin duda quienes conceden al juez amplias facultades oficiosas de investigación en todos los procesos civiles.

Por nuestra parte, consideramos que no debe acordarse al juez esa facultad.

En este sector los poderes del juzgador son amplios, mas no

---

(156) Díaz, Carlos citado por Aragonese A., Pedro. "Inactividad...". p.

discrecionales porque median rigurosos valladares a toda desviación: la efectividad de la defensa en juicio y la igualdad de trato (artículo 279 CPCDF); se advierte que las pruebas que podría introducir oficiosamente el juez en esas circunstancias son las que el demandado podría ofrecer para oponerse o destruir las afirmaciones del actor, y haciéndolo, no cabe duda que el juez se convierte en defensor oficioso de una de las partes.

Aquí no se trata de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, como dicen los artículos 278, 279, 291, 366 y 941 CPCDF, porque no los hay. El demandado no comparece ni contesta, y por ello se le declara rebelde. Hay más bien hechos admitidos con el silencio y la inactividad.

Si la ley dispone que la incomparecencia y el silencio del demandado rebelde se interpreten en su contra, como ocurre en los demás casos previstos por la ley en los que las partes tienen también la obligación o carga de actuar, ¿cómo facultar al mismo tiempo al juez para que investigue de oficio la verdad de las afirmaciones así admitidas o reconocidas?

No hay pues una razón de peso que justifique ese auxilio que se pretendiere dar al rebelde. Este, que fue citado debidamente, tiene la carga de comparecer y contestar y si no lo hace es porque no quiere hacerlo o porque no tiene defensa alguna que oponer. Para protegerlo basta con la obligación que tiene el juez de examinar las afirmaciones y las pruebas del actor, y de aplicar el derecho, para saber si la demanda es procedente o no.

Como enseña Chiovenda, la confesión expresa o ficta de la verdad de los hechos afirmados por el adversario, pone un límite al poder del juez, en el sentido de que regularmente debe basar su decisión en el hecho

confesado. Y si estos sucede, está claro que no se puede hablar en este supuesto de verdad real, pues lo que se acepta es la verdad formal establecida por voluntad de las partes. (157)

Por lo demás, no debemos olvidar que la carga de la prueba es de las partes, y no del juez. Son ellas, de acuerdo a los principios que son tradicionales en la materia, las que deben probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocaren como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, como dice el artículo 281 CPCDF, no debiendo producirse pruebas sino sobre los hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos.

En este tema, el principio dispositivo no es un criterio de mera conveniencia u oportunidad como muchos sostienen ahora, sino una exigencia estrictamente jurídica, una necesidad para el funcionamiento del proceso civil de cognición, de la que no podemos apartarnos, como ocurriría si le atribuimos al juez civil amplias facultades oficiosas de investigación. Del principio dispositivo pasaríamos sin duda, al principio opuesto, de oficialidad, trastocando o destruyendo todo nuestro procedimiento civil.

Se sostiene entonces que las facultades del juez para producir pruebas de oficio deben ser limitadas; se señalan como ejemplos generalmente aceptados las medidas para mejor proveer, el reconocimiento o inspección ocular, la expedición de informes, la exhibición de un documento, la nueva

---

(157) Chiovenda, Giuseppe., citado por Luco, Luis A. "La rebeldía del demandado frente al principio de la investigación de la verdad", Revista de Estudios Procesales. Rosario Argentina, junio de 1971, no. 8, p. 5.



declaración o careo de testigos ofrecidos por las partes, etc. De estas medidas a la introducción oficiosa de cualquier medio de prueba, media un abismo. Es exagerar la concepción publicística del proceso. Es irse a los extremos. Es destruir el principio dispositivo que es columna vertebral de nuestro procedimiento civil, cuando la solución tiene que se atemperarlo, para dar entrada a las nuevas ideas. (158)

Con relación al litisconsorcio pasivo, presenta particular interés e incidencia con relación a la rebeldía, ya que ésta puede referirse a un solo demandado o a varios sujetos que, según los casos, han de litigar o no unidos y bajo una sola dirección.

La constitución válida y eficaz de la relación jurídica procesal exige que la pretensión deducida judicialmente, o derecho afirmado como existente o inexistente en la demanda, se dirija precisamente frente al sujeto o sujetos legitimados. En cualquier caso, se podría distinguir entre el demandado personado carente de personalidad, por no tener el carácter o representación con que se le demanda, y el demandado rebelde que puede también adolecer de las referidas condiciones; el demandado rebelde puede ser incapaz y, al no personarse o al no poner de relieve esta deficiencia, el juez no puede apreciar de oficio esta circunstancia (artículo 271-A CPCDF). Sin embargo y, con independencia de las atribuciones jurisdiccionales para la apreciación de oficio acerca de la titularidad o legitimación pasiva, es incuestionable que los diferentes litisconsortes o demandados pueden o no encontrarse ligados entre sí y, a su vez, tal vínculo puede ser escindible y separable o inescindible e inseparable. (159)

---

(158) Luco, Luis A. Ob. cit. p. 6.

(159) Muñoz Rojas, Tomás. Ob. cit. pp. 380, 388 y ss.

En caso de litisconsorcio pasivo facultativo o voluntario, no exigido legalmente, cada litisconsorte o demandado es independiente y, por tanto, la postura procesal particular, la comparecencia o incomparecencia de cada sujeto, tiene consecuencias y eficacia propias privativas e intrasferibles a los demás litisconsortes. Por tanto, la comparecencia de algún litisconsorte no aprovecha formal ni materialmente al no comparecido.

El litisconsorcio pasivo necesario supone, por el contrario, vinculación, dependencia o ligamen intersubjetivo entre los demandados derivados de la cuestión de fondo y, por tanto, la comparecencia de unos litisconsortes implica la de todos y, según escribe Leonardo Prieto Castro, el procedimiento sigue su curso y no se produce la caducidad ni la preclusión si cualquiera de los litisconsortes está presente y actúa aunque los demás permanezcan en rebeldía. Aquí, la comparecencia de un litisconsorte no aprovecha formalmente, pero sí materialmente al litisconsorte ausente. (160)

Con relación a la tercera coadyuvante, el tercero interviniente puede realizar todos aquellos actos que favorezcan a la parte ayudada y que permita el estado del procedimiento; con relación al coadyuvante del demandado, se estima que queda facultado para esgrimir cuantas excepciones y medios de defensa tenga a su alcance, tanto si la parte coadyuvada actúa como si se encuentra en rebeldía.

El problema que puede presentarse consiste en que se trate de un coadyuvante del demandado rebelde, ya que la rebeldía de esta parte no

---

(160) Prieto Castro, Leonardo., citado por Muñoz Rojas, Tomás. Ob. cit. p.

implica la del interviniente adhesivo simple, a pesar del carácter secundario o accesorio del mismo. Es preciso tener en cuenta que este coadyuvante no es litisconsorte del demandado, no es parte principal en ningún caso y en la hipótesis de que ésta se encontrase en rebeldía, su actuación procesal no sólo corresponde a su propio interés, sino también al del demandado rebelde y, en tal sentido, actúa como si fuese representante de éste. (161)

Y también, con relación a la tercera, dispone el artículo 668 CPCDF que el que haya sido declarado en rebeldía en el juicio ejecutivo, seguirá con el mismo carácter en el de tercera; pero si fuere conocido su domicilio, se le notificará el traslado de la demanda.

Los casos de intervención forzosa plantean dificultades y vacilaciones derivadas del carácter y efectos de la litis denunciatio referida a la persona que hubiera podido o debido ser litisconsorte del demandado. Como es sabido, el actor puede llamar a quien hubiera podido ser litisconsorte activo y, en cambio, el demandado puede notificar la demanda no sólo a quien hubiera debido ser, junto a él, demandado o litisconsorte pasivo, sino también a quienes podrían haber sido demandantes.

La llamada a intervenir, aunque no es propiamente una demanda en sentido de que no principia el juicio, tiene una eficacia similar respecto a la persona notificada.

Así, el tercero llamado es parte y, si no comparece, el juicio puede

---

(161) Muñoz Rojas, Tomás. Op. cit. p. 389.

continuar sin su presencia y es considerado contumaz. En efecto, el tercero citado es parte procesal, no es un extraño cualquiera respecto del proceso y, por tanto, si no se constituye es a todos los efectos un contumaz con todas la consecuencias inherentes a esta situación. (162)

Hemos indicado que una de las notas especiales que se imprimen en el juicio en rebeldía, consiste en la adopción de medidas cautelares sobre los bienes del demandado, que consisten en la denominada retención de muebles y embargo de inmuebles del rebelde, en cuanto se estimen necesarios para garantizar lo que sea objeto del juicio, efecto que se rige por los artículos 640 a 643 y 648 CPCDF, como residuo de la concepción histórica de la vía de asentamiento que ya hemos mencionado.

Las medidas señaladas, no pueden ser concebidas como sanciones correspondientes al incumplimiento de un deber sino como las garantías destinadas al posible cumplimiento de la obligación reclamada y que, a pesar de no exigir los condicionamientos del fumus boni iuris, periculum in mora, contracautela, fianza u otra contraprestación o medio equilibrador, requieren la petición del demandante. (163)

Comentando esto, Ricardo Reimundín nos dice que pese a la influencia de nuestro Derecho histórico sobre la legislación argentina, el anteproyecto de Código procesal civil para Salta ha suprimido el embargo preventivo de los bienes del contumaz por el solo hecho de la declaración de rebeldía, en

---

(162) Muñoz Rojas, Tomás. Ob. cit. p. 390.

(163) Ibidem. p. 396.

razón de que si las partes son libres de actuar o no en el proceso para la protección de sus intereses particulares, la inactividad total no puede traer aparejada una inhibición o una restricción en la libertad de disponer en sus bienes, por lo que este autor señala como incompatible con la libertad del litigante y el carácter de carga procesal la comparecencia, se autorice el embargo preventivo como consecuencia de la declaración de rebeldía, ya que la procedencia de esta medida cautelar sólo puede justificarse dentro de aquellas legislaciones que expresamente establecen que la falta de contestación a la demanda y la declaración de rebeldía implica el reconocimiento o admisión de los hechos afirmados por el actor, ya que ha de ser presupuesto necesario de la acción cautelar la demostración prima facie del derecho invocado. (164)

Emilio Gómez Orbaneja explica que la retención y el embargo son una medida residual derivada de aquella possessio tedialis de los procesos antiguos, e incongruente con el régimen de la rebeldía del proceso moderno, pues las medidas destinadas a forzar al demandado a venir al juicio tenían únicamente sentido cuando, sin su presencia, no podía constituirse el juicio; mas ocurre que, a despecho de su origen histórico, la retención y el embargo en la ley más que un sistema para forzar a comparecer al demandado, constituyen medidas precautorias para asegurar la ejecución de la condena eventual del ausente; la ley, además de exigir la petición de la parte actora, los autoriza tan sólo en cuanto se estimen necesarios para asegurar lo que es objeto del juicio, pero siendo así hubiera debido bastar al legislador con los supuestos generales del embargo preventivo y demás

---

(164) Reimundín, Ricardo., citado por Aragonés A. Pedro. "Inactividad..."

medidas cautelares conservativas. (165)

Al ser de índole cautelar, las actuaciones citadas proseguirán hasta la finalización del juicio (artículo 643 CPCDF). Asimismo el artículo 648 CPCDF otorga la posibilidad de que se alce la retención o el embargo mediante la alegación y justificación de no haber podido comparecer el demandado por fuerza mayor insuperable, solicitud que se sustancia como incidente, sin que se suspenda el curso de la demanda principal.

Ello pone de relieve la diferencia del ficta contumax y el vere contumax. Sólo el primero puede conseguir que se alce la retención.

Por lo que se refiere a las actividades de decisión, la sentencia dictada en rebeldía no ofrece modificaciones con el régimen normal de la sentencia contradictoria.

Entre las clasificaciones más usuales, en la doctrina procesalista, encontramos que se distingue entre sentencia contradictoria y sentencia dictada en rebeldía. La primera es la que se dicta en el proceso declarativo, en el que figuran las partes comparecidas o personadas y la segunda, en cambio, es la que se pronuncia en el proceso en el que el demandado ha sido declarado en rebeldía. Una sentencia judicial no deja de tener carácter contradictorio por el solo hecho de que el demandado una vez comparecido, no haya posteriormente realizado ninguna actuación procesal, y tampoco deja de tenerlo si el actor desiste a los actos del juicio con la

---

(165) Gómez Orbaneja, Emilio., citado por Aragonese A., Pedro. "Inactividad...". p. 386.

oposición del demandado. (166)

La sentencia dictada en rebeldía no se distingue formalmente de la sentencia contradictoria y, por consiguiente, deberá ajustarse a la formulación especificada en los artículos 81 a 87 CPCDF, si bien en aquella ha de expresarse el significativo detalle de que el demandado fue declarado en rebeldía y que esta situación procesal ha perdurado durante todo el proceso. Al no haber comparecido judicialmente, el demandado no ha aportado con relevancia y validez ningún hecho que favorezca o perjudique las alegaciones del actor, y la rebeldía comporta el silencio del demandado, la ausencia de aportaciones, y ello no puede ni debe eliminar o aminorar las atribuciones judiciales en orden a la apreciación de vicios, defectos o errores procesales, respecto a los hechos apreciables de oficio, etcétera, que pueden beneficiar al demandado rebelde.

Pero, a pesar de ser la sentencia en rebeldía del demandado una sentencia normal, en relación con las sentencias contradictorias, el derecho positivo mexicano establece un régimen especial respecto a su notificación y a su eficacia, esto último por lo que se refiere a la impugnabilidad y ejecutibilidad, problemas que serán tratados en los epígrafes siguientes.

Presenta particular interés el tema de la ejecución de la sentencia firme de condena dictada en rebeldía, al que se refiere específicamente el artículo 644 CPCDF. Notamos que si bien en el derecho mexicano la sentencia recaída en rebeldía sigue, en general, el régimen de la sentencia dictada en proceso contradictorio, aparte del régimen especial de impugnación

mediante el recurso de apelación extraordinaria, se señala una especialidad restrictiva respecto a la ejecución, al establecerse en el citado numeral que "En caso de que el emplazamiento se hubiera hecho por edictos, la sentencia no se ejecutará sino pasados tres meses a partir de la última publicación en el Boletín Judicial o en el periódico del lugar, a no se que el actor dé la fianza prevenida para el juicio ejecutivo."

La expresada ejecución es un caso de ejecución limitada y condicionada de la sentencia firme de condena; se establece un tope, limitación o traba de que el demandante vencedor, el que haya obtenido la sentencia favorable, no podrá disponer de las cosas de que se le haya dado posesión, hasta que transcurran los plazos hábiles para el planteamiento del recurso de apelación extraordinaria. (167)

Es requisito para la limitación establecida en la ejecución el que el rebelde tenga el derecho a ejercitar el recurso de apelación extraordinaria, lo que no ocurre una vez que se ha notificado personalmente al litigante rebelde, el emplazamiento o la sentencia definitiva (artículo 650 CPCDF), o cuando ha transcurrido el plazo señalado por el artículo 717 CPCDF. En el primer supuesto, el rebelde puede ejercitar el recurso de apelación o el

---

(167) El artículo 606 fracción IV CPCDF, señala como una de las condiciones necesarias para la ejecución de sentencia dictada en el extranjero que "El demandado haya sido notificado o emplazado en forma personal a efecto de asegurarle la garantía de audiencia y el ejercicio de sus defensas."; de manera distinta el artículo 954-2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, exige que la sentencia "...no haya sido dictada en rebeldía."



amparo indirecto, en su caso, cuando le es notificada personalmente la sentencia, y, por ello, la sentencia firme recaída después de la utilización del último recurso permitido o de que transcurran los plazos para su utilización podrá ser ejecutada según los supuestos generales; el segundo, transcurrido el plazo para la utilización del recurso de apelación extraordinaria, es decir, dentro de los tres meses que sigan a la notificación de la sentencia, se alzarán la prohibición a la parte contraria, la que podrá disponer de la cosa litigiosa, o se mandará, en su caso, entregarle la cosa depositada o cancelar la fianza, si la hubiere constituido. Asimismo, aunque no haya sido realizada la notificación personal, queda excluido el recurso de apelación extraordinaria si el condenado ha utilizado el recurso de apelación.

Por lo dicho, la citada prohibición de disponer del artículo 644 CPCDF cesa cuando transcurren los plazos hábiles para entablar el recurso de apelación extraordinaria, según dispone dicho precepto. Si se desestima tal recurso, el actor queda liberado respecto a la disposición del objeto procesal y se cancelan las medidas conducentes a la efectividad de la expresada limitación.

Por otra parte, el derecho mexicano permite la impugnación de la sentencia recaída en rebeldía mediante el uso del recurso de apelación, si se interpone dentro del término legal (artículo 691 CPCDF). Y esto, tanto le haya sido notificada personalmente la sentencia (artículo 650 CPCDF), como cuando la publicación de la misma se haya producido solamente por Boletín Judicial.

Aparte de este medio de impugnación general, existe la posibilidad de

la impugnación de la sentencia dictada en rebeldía mediante un remedio específico: el denominado recurso de apelación extraordinaria, sujeto a requisitos, procedimiento y efectos específicos. Analizaremos el llamado recurso de apelación extraordinaria únicamente en lo que se relaciona con la rebeldía.

Este medio de impugnación se da para aquel demandado —o demandados— que efectivamente hayan resultado condenados en la sentencia, que hayan permanecido constantemente en rebeldía y que, no habiendo recibido notificación personal de la sentencia, tampoco recurran ésta en apelación. Por consiguiente, el demandado absuelto en el fondo o en la instancia judicial carece de legitimación y de interés. En tanto que la legitimación pasiva, la tiene el litigante que ha obtenido a su favor la sentencia en rebeldía.

Dicho recurso constituye un recurso excepcional que presupone una relación jurídica procesal absoluta y definitivamente cerrada y terminada por sentencia firme aunque, mientras no transcurran los plazos legales señalados para la interposición de aquél, la referida firmeza no está del todo consolidada.

El recurso de apelación extraordinaria no se entabla contra la resolución declarativa de la rebeldía, sino contra la sentencia firme dictada en juicio, en que el demandado ha permanecido constantemente en rebeldía. La sentencia no firme, aunque sea condenatoria del demandado rebelde, no es susceptible de impugnación mediante el recurso de apelación extraordinaria. El demandante, por otro lado, no puede recurrir en apelación extraordinaria, en ningún caso y, por tanto, no puede hacerlo contra la

sentencia firme absolutoria, aunque el demandado haya sido rebelde durante todo el proceso.

Se señala que el recurso de apelación extraordinaria está previsto solamente para un vicio, error o causa de índole procesal -error in procedendo-, consistente en la falta involuntaria de personación del demandado, involuntariedad derivada de varias hipótesis, como lo son la fuerza mayor no interrumpida e insuperable que duró desde el emplazamiento hasta citación para sentencia, o de no habersele entregado al demandado la cédula de emplazamiento por una causa no imputable a la parte demandada, o si el emplazamiento se ha llevado a cabo a través de edictos, encontrarse dicha parte ausente del lugar del juicio o del lugar de su última residencia. En todos los casos se pone de relieve que la falta de personación no ha sido querida por el demandado, y que no le ha sido posible la comparecencia. (168)

El fundamento o razón de ser del recurso de apelación extraordinaria estriba en que la cosa juzgada formal, firmeza o seguridad jurídica debe ceder, en ciertos y taxativos supuestos, a netas exigencias de justicia. En el recurso de apelación extraordinaria el demandado-recurrente estima que la sentencia le es perjudicial, nociva o gravosa, afirma que existe un hecho objetivo, real y constatable cual es el de haber sido parte rebelde y que no fue oída por causas independientes y ajenas a su voluntad, entiende que si el órgano jurisdiccional le hubiera oído, la sentencia tendría otro contenido y, por fin, considera que tiene a su favor argumentos y pruebas para que la decisión judicial sea absolutoria. (169)

---

(168) Muñoz Rojas, Tomás. Ob. cit. p. 408.

(169) Ibidem. p. 404.

Las peculiaridades de dicho recurso, además de las citadas, derivan del objeto impugnado (sentencia firme condenatoria y que goce de autoridad de cosa juzgada material), de la legitimación activa para interponerlo (demandado rebelde en quien concurran las circunstancias de no habersele notificado personalmente el emplazamiento o la sentencia y no haber utilizado el recurso de apelación), y de la propia finalidad perseguida (pretensión de impugnar la sentencia que ha puesto término a un pleito en rebeldía para obtener la anulación de esa sentencia y un nuevo fallo).

El nuevo juicio no es una segunda instancia, tampoco es una nueva primera instancia para el actor en cuanto que, la demanda que dio lugar al juicio que se tramitó en rebeldía persiste y, en cambio, su contenido se limita a estudiar la validez o formalidad del acto (y en su caso, la nulidad del procedimiento llevado a cabo) y de ahí el por qué no se considere un recurso, en el que, en cambio, se estudia la juridicidad del acto.

También el demandado contumaz que se constituye en parte, aun en grado de apelación, puede excepcionar la nulidad de la notificación, y tiene derecho a ser remitido ante el juez a quo. Si a causa de la nulidad de la citación o notificación de la misma, él no ha tenido conocimiento del proceso por lo que la sentencia en apelación ha sido pronunciada en su rebeldía la propia sentencia debe considerarse inexistente. (artículo 77 CPCDF) (170)

Cabe indicar que el mencionado recurso no sólo procede contra la sentencia condenatoria en estricto sentido, es decir aquella que impone una

sanción consistente en la realización de una prestación, sino también contra la sentencia meramente declarativa y contra la sentencia constitutiva, sentencias que no son ejecutables y no son títulos o documentos susceptibles de abrir la vía de ejecución procesal.

Estimamos que el repetido recurso de apelación extraordinaria reviste carácter vertical porque el conocimiento y decisión corresponden al Tribunal ad quem, con excepción de los casos en que el Tribunal Superior hubiera dictado la sentencia, pues corresponderá al mismo declarar si procede o no oír al litigante condenado en rebeldía, estimándose entonces horizontal.

El derecho del demandado rebelde a recurrir contra la sentencia condenatoria firme, mediante el recurso que analizamos, es un derecho potestativo y renunciable. En su caso, la referida renuncia, tácitamente manifestada, no es sólo la renuncia al eventual y contingente juicio de nulidad de juicio, sino implica una renuncia a ser oído efectiva y realmente. Una vez que, en el juicio de nulidad de juicio, se dicte sentencia declarando haber lugar a oír al demandado, es decir, estimado el recurso, se destruye el juicio hasta el momento del emplazamiento y puede dicha parte no ejercitar las actuaciones conducentes para la tramitación del nuevo juicio y, si así ocurre, la cosa juzgada y decidida queda como estaba y nada nuevo ha de ser enjuiciado. Por tanto, se ordena la repetición del proceso sin expresa condena en costas. (171)

Resulta innecesario advertir que si, en este juicio de nulidad de

juicio, se dictare sentencia desestimatoria, en la que se declarase que no ha lugar a oír al condenado en rebeldía, queda firme como ya lo era la sentencia recurrida y se procede a su ejecución del modo ordinario, cancelándose las prohibiciones o limitaciones adoptadas. Recuérdese que las sentencias firmes dictadas en rebeldía no se suspenden en cuanto a su ejecución, pero tienen las limitaciones ya mencionadas. Conforme al artículo 140 fracción VI CPCDF se le imponen las costas al recurrente.

Cabe destacar el problema relativo al valor de las alegaciones y pruebas del actor practicadas en el juicio tramitado en rebeldía. Entendemos que, en vista de la eliminación de la sentencia firme, quedan sin valor aquéllas y, además, en base a la exposición hecha por el demandado-recurrente, puede el demandante-recurrido formular alegaciones complementarias, pedir el recibimiento del pleito a prueba, proponer y practicar la que haya sido admitida, etc., ya que obviamente la conducta o postura de las partes en el nuevo juicio no es un duplicado ni una repetición del anterior, aunque, desde luego, no cabe alterar el objeto principal del pleito. (172)

Al efecto, la sentencia que declare haber o no lugar a oír al demandado rebelde tiene el concepto de definitiva y no admite más recurso que el de responsabilidad (artículo 720 CPCDF); para los efectos del juicio de amparo, la sentencia pronunciada no es definitiva, sino de nulidad de procedimiento y por tanto cabe interponer el juicio amparo indirecto en su contra.

Resta considerar las ventajas que ofrece el procedimiento en rebeldía

en relación con el procedimiento ordinario, pues por una parte, aquél no permite descargar el esfuerzo probatorio del litigante activo, puesto que debe éste convencer de su verdad pese a la presunción favorable de la ley, y por otra, como el accionado no habría comparecido en el término del emplazamiento, por ser los términos perentorios, habría perdido el derecho de contestar la demanda y oponer excepciones, permitiéndose de todos modos el juego de los artículos 266, 335 y 386 CPCDF y podrá estimarse como reconocida la verdad de los hechos pertinentes y las pretensiones deducidas se tendrán por auténticos los documentos exhibidos.

En realidad no son visibles las diferencias entre ambas situaciones procesales ni las ventajas del procedimiento en rebeldía. Sólo queda la notificación por Boletín Judicial de todas las resoluciones que recaigan en el pleito (cuya ventaja se aprecia en las pocas notificaciones personales de los actos procesales que correspondan) y el beneficio de las medidas aseguratorias que se conceden. Estas debilidades nos hacen ver que poco queda de provecho en esta legendaria institución.

En lo que se refiere a la inactividad parcial, hemos indicado que ésta se refiere a la omisión de un acto o de una etapa del proceso, que puede ser debida a todas o alguna de las partes en un momento posterior a la comparecencia. Todos y cada uno de los actos que constituyen un proceso, son susceptibles de una omisión, cuyas consecuencias pueden ser muy diversas.

Existen supuestos en los que además de la personación en juicio, se señala la necesidad de comparecencias posteriores, a las que se fijan efectos o la preclusión, o la caducidad o la cosa juzgada, de un lado, o la pérdida de una posibilidad, por el otro.

Aparte de estos efectos, en la omisión parcial cuando la ley considera indispensable la ejecución de un acto para la marcha del procedimiento, establece en ocasiones un sustituto del acto que falta, consistente en la ficción del acto procesal más desfavorable a la parte inactiva; por ello, en la etapa de conocimiento, la inactuación del demandante y del demandado en los escritos de contestación a la demanda o a la reconvencción, normalmente se considera como conformidad de los hechos de la parte contraria; en la fase de prueba, existe una inactividad con sanción específica en la confesión, tanto por no comparecer con un apercibimiento previo (artículos 292, 309, 322, 323, 326 CPCDF), como por no declarar, contestar con evasivas, o manifestar que ignora los hechos propios (artículos 316, 322, 326 CPCDF); igual sucede cuando alguna de las partes se oponga a la inspección del tribunal para conocer sus condiciones físicas o mentales, o no exhiba la cosa o documento que tenga en su poder, teniéndose entonces por ciertas las afirmaciones de la contraparte, salvo prueba en contrario (artículo 287 CPCDF); o en el caso de documentos, se considerarán no objetados o impugnados de falsedad los que no lo fueron en su oportunidad (artículos 340, 386 y 390 CPCDF). En otras ocasiones, es la pérdida de una facultad, como lo es el nombramiento de peritos (artículo 248 CPCDF).

En nuestro derecho no se permite la restitución de actos omitidos, por lo que, sea cual fuere la causa de la omisión, transcurrido el término señalado para la realización del acto, precluye la posibilidad de realizarlo, salvo algunos supuestos especiales (artículos 98, 273, 294 y 706 CPCDF).

A continuación estudiaremos la figura del desistimiento, efecto que se ha pretendido encontrar en la inactividad parcial de la partes.



## 1.4.2.2. Desistimiento.

El proceso, concebido como una serie de actos de procedimiento interdependientes, se resuelve y concluye normalmente mediante la sentencia. Sin embargo, como la actividad inicial del actor (demandante o reconviniente) -sobre todo en materia de derechos disponibles-, puede ser detenida por voluntad implícita o expresa de quien ha dado origen y vida al proceso, éste puede terminar en otras formas que, a diferencia de la sentencia y por no ocurrir como regla, se denominan medios o formas anormales de extinción del proceso. Entre esas formas expresas de manifestación de voluntad del actor (e incluso del demandado) de dar por concluido el proceso, figura el desistimiento.

En la práctica, suele confundirse el desistimiento, institución procesal, con la renuncia, institución civil.

El deslinde de la zona propia del simple desistimiento de la que corresponde a la renuncia, desde luego es de suma importancia, pues evidentemente, no puede darse un mismo trato, ni de igual forma puede compararse lo heterogéneo. De ahí los problemas, no siempre de fácil solución, que plantea la institución procesal de que nos ocupamos. Comencemos con la primera de dichas instituciones, para pasar después con la renuncia.

Desistimiento significa apartamiento. Desistir, etimológicamente, proviene del latín: desistire, que es lo mismo que pararse o cesar. Por eso, casi todos los autores al intentar una definición, se valen de las

palabras abandonar, abdicar, dejar lo hecho, no continuar... etc. (173)

Los tratadistas que han sido considerados creadores de la ciencia del derecho procesal hacen resaltar elementos esenciales del desistimiento, sin descuidar, la sustancia procedimental de la materia. Giuseppe Chioventa, por ejemplo, dice que es la declaración de la voluntad de poner fin a la relación procesal sin sentencia de fondo. James Goldschmidt, que es la declaración de voluntad de terminar la litispendencia. Ugo Rocco, el abandono voluntario de una parte o de las dos de la relación procesal pendiente, de una ventaja jurídica procesal, y Víctor Fairén Guillén afirma que es una declaración por la que el actor anuncia su voluntad de abandonar el ejercicio de la pretensión en el proceso que ya está incoado. Agrega seguidamente que se abandona la posición procesal creada por la presentación de la demanda, así como el derecho al examen judicial. Con estas afirmaciones se delimita acabadamente la institución, que no debe confundirse, como luego se verá, con otras propias del derecho sustancial. (174)

La figura jurídica del desistimiento guarda grandes semejanzas con la renuncia y de igual forma tiene sus diferencias, señalaremos algunas: Primera: La renuncia recae sobre un derecho perfecto, es decir, ya adquirido, que se encuentra dentro del patrimonio del titular; el desistimiento tiene por objeto un derecho litigioso o una mera expectativa;

(173) Cifuentes, Santos. "El desistimiento de la acción y la renuncia del derecho", Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires Argentina, 18 de febrero de 1963, Año XXV, No. 1486, p. 1.

(174) Loc. cit.

Segunda: La renuncia es un acto unilateral, realizado por el titular del derecho; el desistimiento puede implicar un acto procesal originado por el acuerdo de las partes, si ambas firman el respectivo memorial o es efecto de una transacción acordada previamente; Tercera: La renuncia de un derecho se hace generalmente a título gratuito, porque si tiene como causa alguna contraprestación, recibida por el renunciante o prometida al mismo, ya degenera en un contrato de transacción; en cambio, el desistimiento puede ser gratuito, si es abdicativo, u oneroso, al originarse una transacción. (175)

El derecho objetivo privado o civil, es irrenunciable. La renuncia como forma de extinción de las obligaciones, se refiere al derecho subjetivo. Desistimiento y renuncia -en el sentido de derecho subjetivo (cuestión de fondo)- no son términos antagónicos, pero tienen perspectivas distintas: el derecho procesal -rama del derecho público- y el derecho civil -rama del derecho privado-. Entonces, de los actos del juicio se desiste; al derecho se renuncia.

Sin embargo, Ugo Rocco (176) encuentra, a nuestro juicio con razón y más ajuste, junto a las renunciaciones referidas a derechos sustanciales o materiales, las renunciaciones procesales, refiriéndose con éstas al abandono

---

(175) Pardo, Antonio J. "Desistimiento", Estudios de Derecho. Medellín Colombia, Organó de la Facultad de Derecho y Ciencias Polítimas de la Universidad de Antioquia, agosto de 1952, Vol. XIII, No. 39, p. 313.

(176) Rocco, Ugo, citado por Loutayf Ranea, Roberto G., "Renunciaciones procesales", Revista de Estudios Procesales, Rosario Argentina, septiembre de 1974, Año VI, No. 21, p. 17.

voluntario, por parte de un sujeto o por parte de los dos sujetos (partes) de la relación procesal pendiente, de una ventaja jurídica procesal (derecho o facultad jurídica) que le compete.

Es decir, las renunciaciones procesales se refieren a la dejación de índole formal derivadas del proceso; de manera que las partes pueden hacer el abandono o prescindir de las ventajas que el ordenamiento jurídico les concede.

La renuncia procesal constituye, entonces, una especie del término genérico renuncia. Pero, a su vez, es la figura genérica de otras instituciones específicas como el desistimiento de la demanda, instancia o proceso; el desistimiento de recurso; el desistimiento de incidentes; la renuncia a la producción de una prueba; la renuncia al período de prueba, o sea, a que se reciba la causa a prueba, etc. (177).

Llámanse entonces con el término renunciaciones procesales a todas aquellas instituciones que afectan al proceso o a los derechos derivados del mismo; en cambio, si se trata de un acto dispositivo que afecta al derecho sustancial, estaríamos en presencia de la renuncia al derecho o desistimiento del derecho.

Cabe destacar también que nos referiremos a aquellas renunciaciones que se hacen estando ya pendiente un proceso y cuando la parte ante el desarrollo del procedimiento, ha adquirido la posibilidad de ejercitar el derecho procesal que renuncia, y no a aquellas otras renunciaciones que se hacen sin

---

(177) Loutayf Ranea, Roberto G. Ob. cit., p. 18.

existir un proceso pendiente y ante la sola posibilidad de su existencia y que comúnmente se denominan renunciaciones anticipadas. (178)

Evidentemente, nos dice Loutayf Ranea (179) existe una gran conexión entre la institución de las renunciaciones procesales con el principio dispositivo.

El principio dispositivo puede ser de índole material y de índole formal o procesal. El primero se refiere a la disponibilidad por parte de los interesados del derecho material deducido en juicio. En cambio el segundo, se refiere al manejo del proceso por parte de los interesados, en su calidad de instrumento técnico de protección de los derechos subjetivos.

Las renunciaciones procesales, en todos los casos en que proceden, son una manifestación o vigencia del principio dispositivo en sentido formal o procesal, dado que las partes pueden disponer de las ventajas procesales o de los derechos procesales en todos los casos en que el ordenamiento legal les acuerda esta posibilidad.

Pero debe tenerse en cuenta que hay muchos supuestos en los que el abandono de la ventaja procesal implica, en cierta manera, una disposición del derecho sustancial. En estos casos, aunque sea en forma mediata, la renunciación procesal significa también la realización o concreción del principio dispositivo material.

---

(178) Loutayf Ranea, Roberto G. Ob. cit., p. 19.

(179) Ibidem., pp. 18, 19 y 22.

Y nos continúa señalando que si las renunciaciones procesales son renunciaciones a derechos y facultades jurídicas procesales, es decir, renunciaciones a derechos y facultades jurídicas públicas, en los que corresponde una obligación jurídica pública del Estado, y por consiguiente, el abandono y pérdida del derecho produce la extinción del deber del Estado, esto es, de su órgano, se justifica entonces la intervención del órgano jurisdiccional en la realización de dichas renunciaciones, pues el Estado tiene interés en saber qué derechos públicos subjetivos están todavía vigentes y cuáles están extinguidos o actualmente ya no se ejercen.

Así, los derechos procesales pueden ser renunciados, después de adquiridos; la renuncia puede hacerse antes de usar el derecho; el desistimiento, después.

En nuestra doctrina y legislación, no nos parece se haya llegado al grado de precisión terminológica que fuera de desear. En efecto, se denomina indistintamente desistimiento al que es tal, o sea, a la institución de naturaleza puramente procesal como al que se refiere, a la abdicación del derecho que pertenece al campo del derecho sustancial.

Si el proceso lo entendemos como una serie de actos que se cumplen ordenada y sistemáticamente, para obtener la aplicación de la ley a un caso concreto, es inconcluso que, si la parte actora pretende que a través de ellos se dicte una sentencia que declare el derecho que reclama, la parte demandada los cumple con el fin de que no sea así, esto es, que se declare que no está obligada para con aquélla, lo que está implícito en la absolución; o sea, que los dos sujetos de la relación, uno voluntariamente y otro constreñido, acuden al tribunal, pidiendo sea tutelado el derecho que

ambas afirman les corresponde, y respecto al cual se controvierte. En consecuencia, los dos sujetos están interesados y tienen el derecho de que se decida la cuestión planteada al tribunal.

Sin embargo, en determinado estado del desarrollo de los actos procesales puede el actor pretender dejar sin efecto su curso y este derecho no sólo corresponde a éste, sino también al demandado, según nos explica Ugo Rocco (180) al señalar que la facultad de renunciar compete tanto al actor como al demandado, ya que tanto uno como otro tienen un propio y autónomo derecho de pretender la declaración judicial de certeza frente al Estado; si en la práctica no se presenta el caso de una renuncia del demandado al propio derecho de contradicción en juicio, ello depende de que el demandado pueda llegar al mismo resultado práctico sin una explícita declaración de voluntad, absteniéndose de hecho de toda participación en el juicio promovido a su cargo (contumacia).

En este caso, el demandado puede desistir de la oposición a la demanda y se dará por concluido el juicio. Si hubiere deducido reconvencción, y sólo se desiste de la oposición a la demanda, manteniendo la reconvencción, se dará por concluida aquélla y se seguirán los procedimientos de la reconvencción como juicio separado.

Notamos que el desistimiento es una declaración de voluntad, y, por lo tanto, un acto jurídico procesal, en virtud del cual se eliminan los efectos jurídicos de otro acto procesal ya realizado.

---

(180) Rocco, Ugo, citado por Sentís Melendo, Santiago. El proceso civil. Buenos Aires Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957, p. 310.

Como podemos apreciar en lo anterior, nos referimos al desistimiento como acto de disposición procesal; es decir, se trata solamente a la manifestación de voluntad de cada parte de abandonar la ventaja procesal.

El desistimiento puede incidir en todo o parte del procedimiento, o sólo sobre determinado acto y aun, en ciertos casos sobre el derecho.

Visto lo anterior, podemos decir que desistir es manifestar la parte su voluntad de no continuar la acción intentada o deducida, de la oposición a la demanda que ha formulado, del incidente que ha promovido, o del recurso interpuesto, pudiendo entonces realizarse la siguiente clasificación: desistimiento de la instancia, de la acción y de un acto del procedimiento.

Desistir de la instancia significa declarar por escrito judicialmente (a la contraparte y por ante el juez), que no se quiere continuar un proceso en marcha, pero reservándose la facultad de volver a entablar la acción sobre la misma pretensión jurídica y en un nuevo proceso. (181)

El desistimiento de la instancia y los actos de disposición que él implica se refieren a los derechos procesales derivados del proceso donde el desistimiento se realiza. Se trata de uno de los medios de terminación del proceso, que le pone fin, pero que de ninguna manera afecta al derecho de fondo.

Sólo en forma mediata puede decirse que el desistimiento afecta el derecho de fondo. Ello ocurrirá en algunos supuestos, como el de

---

(181) Cifuentes, Santos. Ob. cit., p. 1.



prescripción. Toda demanda interrumpe la prescripción del derecho material. Si se desiste de esa demanda, la interrupción se tiene como no ocurrida. En consecuencia, en algunos supuestos, el desistimiento de una demanda significa convertir al derecho de fondo, en un derecho prescripto. (182)

Del desistimiento del juicio o instancia, que en otros regímenes se suele llamar renuncia a los actos del juicio, Alsina nos dice que es el acto por el cual el actor manifiesta su propósito de no continuar el proceso; en Chioyenda el concepto aparece integrado con otros elementos: es la declaración de voluntad de poner fin a la relación procesal sin sentencia de fondo. En cambio, el desistimiento del derecho que nosotros consideramos renuncia del derecho, supone que el derecho no podrá ser reproducido en otro juicio. (183)

En el primer caso, llámese desistimiento de la instancia. En el segundo, se desiste de la acción. Los términos acción y derecho desde el punto de vista del desistimiento, son equivalentes.

Cabe, no obstante, hacer un distingo entre el desistimiento de la acción y desistimiento de un acto de procedimiento. Lo primero incluye la extinción de la relación jurídico procesal. Lo segundo sólo involucra la extinción del acto procesal que se desiste, que tanto puede desistirlo el actor como el demandado, como un recurso, un incidente, una o varias excepciones, etcétera.

---

(182) Loutayf Ranea, Roberto G. Ob. cit., p. 26.

(183) Alsina, Hugo., y Chioyenda, Giuseppe., citados por Sentís Melendo, Santiago. Ob. cit. p. 315.

Por tanto, según se deduce del artículo 34 del CPCDF el demandante puede desistir de la demanda, del juicio o instancia, o de la acción instaurada; el demandado, del libelo de reconvenición, oposición que hubiere formulado o de las excepciones que hubiere propuesto; cualquiera de las partes puede desistir de algún incidente que haya introducido al juicio y también de cualquier recurso que haya interpuesto.

Vemos así que nuestro Código mezcla en el desistimiento la renuncia a los actos del juicio o a éste, y la renuncia relativa o absoluta al derecho pretendido. Puede decirse que se consagra la regla general de que no es lícito desistir del juicio con derecho a reiniciarlo, salvo consentimiento del demandado.

De lo expuesto, surge, asimismo, que los tipos de desistimiento que hemos citado, se rigen por normas que pueden ser comunes, en parte; a continuación señalaremos las características comunes de las clases de desistimiento antes mencionadas.

1. Nuestro CPCDF no establece una forma especial, por lo que ha de entenderse que sólo se requiere que el desistimiento sea expreso y claro. Se considera expreso cuando por medio de escrito ambas partes o una sola de ellas declaran su intención inequívoca de apartarse de la instancia, acción, oposición, incidente o recurso.

Sentís Melendo (184) nos indica que el desistimiento también ha de ser explícito y contener la verdadera y real expresión de la intención de la

---

(184) Sentís Melendo, Santiago. Ob. cit., p. 328.

parte de desistir de su querrela. La voluntad de remitir debe ser claramente manifestada y no dejada al hábil juego de las inducciones.

Hasta ahora hablamos del desistimiento que podríamos llamar expreso, es decir, en el que existe una concreta manifestación de voluntad de las partes.

Por el contrario, el desistimiento se considera tácito cuando la ley lo establece como pena, para sancionar civilmente dentro del proceso, la inactividad del actor o del demandado, o el incumplimiento de ciertos mandatos judiciales. (185)

En el caso de las renunciaciones tácitas, según Ugo Rocco (186); esa manifestación expresa de la voluntad de la parte, en el sentido de renunciar a una ventaja procesal no existe, sino que es presumida por la ley y derivada de una circunstancia de hecho que ella misma contempla. Puede ocurrir que esa presunción de la ley coincida con la verdadera voluntad de la parte, como puede ocurrir lo contrario.

En este caso, el abandono del derecho o de la facultad jurídica procesal se verifica ope legis, independientemente de la voluntad del sujeto, y hasta contra su voluntad, una vez que se verifiquen aquellas circunstancias de hechos previstas por la ley, y de las cuales ella hace derivar la presunción de que existe esa voluntad de la parte en el abandono

---

(185) Pardo, Antonio J. Ob. cit., p. 312.

(186) Rocco, Ugo, citado por Loutayf Ranea, Roberto G. Ob. cit., p. 23.

de la ventaja procesal.

Por ello, nos continúa afirmando, no es exacto hablar de renunciaciones procesales -aunque sean tácitas- puesto que aquí no hay un negocio jurídico de renuncia en sentido técnico, esto es, una manifestación de voluntad dirigida al abandono de una ventaja procesal, sino solamente una circunstancia de hecho que la ley presume que responde a la intención del sujeto, y a la cual la ley procesal vincula directamente algunos efectos jurídicos procesales, sin indagar, no obstante, si corresponde efectivamente a la voluntad del sujeto y aun si no corresponde de modo alguno a su voluntad.

Dentro de las renunciaciones tácitas, pueden ocurrir dos supuestos. En ninguno hay una manifestación expresa de voluntad del sujeto en el sentido del abandono de la ventaja procesal. En un supuesto hay una actividad de la parte -que no es precisamente la manifestación de la voluntad sobre el abandono de la ventaja- de la cual cabe inferir en forma inequívoca esta intención de la parte. Sería el caso de una sentencia apelada: mientras se encuentra tramitando el recurso, el apelante cumple con la condena que contiene la citada sentencia. Evidentemente, si la parte cumple la sentencia, en forma espontánea, significa que no tiene interés en impugnarla; ello lleva a presumir la renuncia del recurso.

El otro supuesto ocurre cuando no hay una actividad de la parte de la que pueda inferirse en forma clara su voluntad de abandono de la ventaja procesal. Simplemente existen circunstancias de hecho de las que la ley hace presumir la voluntad de la parte; pero esta presunción puede coincidir

o no con la verdadera voluntad de la parte. Se trataría del caso, por ejemplo, de la inactividad de las partes que produce la caducidad del proceso; puede ser que la inactividad derive de la falta de interés en el proceso, y en este caso, la presunción de la renuncia coincidiría con la voluntad real del sujeto; pero puede ocurrir también que la inactividad derive de cualquier accidente que impida la prosecución del juicio y sin que la parte haya perdido interés en el proceso; en este caso la presunción de la ley se opone a la voluntad efectiva de la parte.

Aclarando la cuestión, entonces, habría renuncia tácita cuando la dejación del derecho deriva de un acto de la parte que indica su voluntad de renunciar; no se trata de una manifestación de voluntad expresa que indique la intención de abandonar el derecho, sino de una manifestación de voluntad tácita, en cuanto se la infiere del acto que realiza.

En cambio, cuando la pérdida del derecho deriva ope legis estaríamos más bien en un supuesto que podríamos llamar caducidad legal o de la instancia, porque es la voluntad de la ley la que determina la pérdida del derecho.

En este mismo sentido se pronuncia Sentís Melendo (187) al sostener en torno a la perención de la instancia, que ésta podrá producir consecuencias análogas a las del desistimiento, pero no es lo mismo terminar un proceso por acción que terminarlo por omisión.

De igual forma, Norberto Gowland nos señala que el desistimiento ha de

---

(187) Sentís Melendo, Santiago. Ob. cit., p. 328.

ser expreso. En efecto, el desistimiento tácito que consistiría en la inactividad de la parte a cuyo cargo se halla el impulso procesal, durante el término necesario para que se consume la caducidad de la instancia, si bien puede implicar la voluntad de desistir (también podrá deberse a un olvido o descuido del representante), en determinados casos puede no llevar aparejado tal propósito. La prueba de tal afirmación hállese en la defensa que suele hacer la parte que ha permanecido inactiva, cuando la contraria sostiene que se ha producido la caducidad de la instancia.

Aparte de esa circunstancia que ya, de por sí, sería suficiente para no considerar a la perención de la instancia como una forma de desistimiento tácito, ha de tenerse presente que la última institución mencionada (perención de la instancia) tiene individualidad jurídica propia, y para que quede configurada, es suficiente que se produzca la inactividad temporal determinada por la ley, sin que a ello se agregue, como he dicho, la voluntad de desistir. (188)

2. El desistimiento debe ser puro y simple, y lo mismo la aceptación, que no puede condicionarse, porque la terminación del proceso no puede quedar sujeta a ninguna condición.

Siempre que el desistimiento esté sujeto a condiciones, es bilateral y tiene el carácter de una transacción entre los litigantes.

---

(188) Cowland, Norberto. "El desistimiento del proceso civil", Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires Argentina, mayo-junio de 1949, año IV, no. 14, p. 486.

Tiene el carácter de condicional en el caso de que el litigante exprese la voluntad de apartarse de la acción, oposición, incidente o recurso, siempre que se cumpla determinado hecho que señala como condición.

El desistimiento tiene alguna similitud con el contrato de transacción (189) y también varias diferencias.

Nos dice Antonio J. Pardo (190) que se asemejan en que ambos actos, el primero procesal, y el segundo jurídico, ponen término al litigio existente

---

(189) Determinar la naturaleza jurídica de la transacción, esto es, si se trata de un negocio declarativo o un negocio dispositivo cuando recae en bienes litigiosos o en bienes acerca de los cuales hay incertidumbre, ha llevado a grandes discusiones (véase: Peyrano Facio, Jorge. Curso de contratos. Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1974-1978, pp. 174 a 180). Conforme a los artículos 2959 y 2961 de nuestro CCDF, podemos afirmar se reconoce el efecto declarativo de la transacción, si las recíprocas concesiones se refieren a objetos de la disputa; en cambio si en éstas se disponen de objetos que están fuera de la discusión, entonces se da un efecto transmisivo o constitutivo, aplicándose el régimen de las obligaciones de dar (es decir, se responde por la evicción, saneamiento y el enajenante garantice los derechos transmitidos) respecto a las cosas no comprendidas en la cuestión sobre la cual transigió, pero no en cuanto a los derechos litigiosos o dudosos que una de las partes reconoció en favor de la otra.

(190) Pardo, Antonio J. Ob. cit., p. 313.

y tienen el valor de una sentencia, pasada en autoridad de cosa juzgada, aunque no siempre el desistimiento produce este último efecto; pero tienen características diferenciales que pasamos a indicar.

a. El desistimiento, generalmente, implica un acto unilateral; la transacción como contrato es un acto jurídico bilateral.

b. La transacción que se equipara a la sentencia judicial dictada por las partes, de común acuerdo, genera siempre cosa juzgada (artículo 2953 del CCDF) (191); el desistimiento no produce esa consecuencia, en todos los casos.

c. El desistimiento que implica siempre un acto procesal se cumple dentro del juicio; en cambio, la transacción puede celebrarse antes de iniciarse la controversia, precisamente, con el fin de prevenir un litigio eventual (artículo 2944 CCDF).

d. La transacción implica un contrato oneroso, porque es elemento

---

(191) Sin embargo, en el artículo 2953 CCDF se ve precisado el legislador a declarar que la transacción, aun teniendo el valor de la cosa juzgada, está sujeta a la nulidad o la rescisión en los casos previstos por la ley, justamente para mantener el carácter contractual de esta institución jurídica, independientemente de su aspecto procesal o sus características equivalentes a la cosa juzgada. La cosa juzgada es inatacable, en tanto que la transacción judicial puede impugnarse si existen causas de nulidad, o puede obtenerse su rescisión por incumplimiento, funcionando aquí la condición resolutoria tácita que existe en los contratos bilaterales (Abaunza Marengo, Alejandro. "Lo que es la Transacción", Universidad. Panamá, Organó de la Universidad de Panamá, diciembre de 1946, número 25, p. 17).



esencial de dicha convención que haya renuncia recíproca de las prestaciones de las partes y cabe aclarar que si una de las partes concede todo lo que la otra exige en un litigio, o podría exigir en una controversia futura, no hay transacción, sino un reconocimiento expreso de derechos, aun cuando se dé el nombre de transacción y se celebre como convenio judicial para concluir un pleito. Esta característica puede separarse de la acción, sin recibir ninguna contraprestación es decir, cuando aquél acto sea simplemente abdicativo o equivalga a una renuncia del derecho litigioso o de la mera expectativa del pleito.

3. El desistimiento puede ser total, cuando el demandante expresa su voluntad de separarse de todas las pretensiones deducidas en el libelo, en cuyo caso le pone fin al juicio, o parcial para un incidente, recurso, o reconvencción o a parte de la demanda y entonces el juicio continúa.

En este punto, nos comenta Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (192) que si la pretensión deducida es cuantitativamente fraccionable o si una demanda acumula diversas pretensiones escindibles, habrá que prever la perspectiva del desistimiento parcial, en contraposición con el total, único que el legislador da la impresión de haberse imaginado.

En efecto, nos continúa explicando, la perspectiva del fraccionamiento de la pretensión la ha tenido en cuenta el legislador a propósito de la confesión de deuda durante la secuela de un juicio ordinario: en tal caso,

---

(192) Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. "Unilateralidad o bilateralidad del desistimiento en el derecho mejicano", Revista de Derecho Procesal Iberoamericana. Madrid España, 1970, no. 3, pp. 505 y 506.

a petición del actor, proseguirá éste respecto de la parte no confesada y se iniciará un juicio ejecutivo en cuanto a la que haya sido reconocida (Por supuesto, si la confesión es total, entonces habrá reemplazo pleno del ordinario por el ejecutivo: cfr. artículo 455 del código de procedimientos civiles distrital). La solución en el supuesto de la confesión parcial, no es satisfactoria, ya que en lugar de un solo juicio se van a desenvolver dos con quebranto de la economía procesal y riesgo de sentencias contradictorias.

Es interesante observar aquí, el comentario que nos hace Antonio J. Pardo (193) al mencionar que de acuerdo con la doctrina de la Corte de Colombia, el desistimiento parcial resulta inadmisibles, cuando por medio de él se trata de empeorar o agravar la situación del demandado, como podría ocurrir, en el caso de que el demandante hubiere promovido, en forma concurrente, dos acciones contrarias e incompatibles entre sí, y desistiera de una de ellas, con el fin de eliminar los defectos de que adolece el libelo y el fundamento de la excepción perentoria de carácter temporal, denominada ineptitud sustantiva de la demanda, que ha opuesto el reo.

4. En ambas especies de desistimiento, quien lo formula debe cargar con las costas, pues él y no otro, ha de resarcir los gastos causados a la contraparte mediante una demanda que luego reconoce improcedente (artículo 34 último párrafo CPCDF). Como expresa Chioyenda, el fundamento de esta obligación no está en el vencimiento que únicamente podrá verse en el caso de desistimiento de la acción, sino en el hecho culpable de haber molestado a otro con la amenaza de un pleito al que no se da curso. (194)

---

(193) Pardo, Antonio J. Ob. cit., p. 312.

(194) Chioyenda, Giuseppe, citado por Gowland, Norberto. Ob. cit., p. 488.

De las tres figuras de desistimiento a que hicimos alusión en el inicio de este apartado, comenzaremos por estudiar el llamado desistimiento de la instancia o proceso, para después analizar las otras dos clases de desistimiento.

El desistimiento de la instancia estriba en la declaración que hace el actor en el sentido de que renuncia a los actos del juicio iniciado y, por lo tanto, a que se dicte sentencia en el mismo. (195)

El desistimiento es la declaración de voluntad del demandante, que, unida a la conformidad del demandado, tiene por objeto dar por terminada la relación procesal, sin sentencia, y como no significa la absolución de la acción, el demandado queda expuesto al inicio de un nuevo proceso, con base en la misma pretensión. Si el demandado tiene o puede tener interés en que la cuestión se resuelva dentro del proceso, mediante una sentencia en la que se examinen sus defensas y que dicha cuestión no se suscite nuevamente, ello basta para estimar que la cesación de la relación procesal no debe depender de la voluntad unilateral del actor, sino que, para que surta efectos el desistimiento de la demanda, debe someterse a la consideración de la parte demandada, a fin de que exponga sus puntos de vista y consienta o se oponga a él. (196)

---

(195) Cortés Figueroa, Carlos. "El Desistimiento y el Consentimiento Frente al Mismo", J.U.S. México, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, mayo de 1950, tomo XXIV, no. 142, p. 307.

(196) García Barna F., Fernando. "Desistimiento de la Acción; sus Efectos", Revista Jurídica Veracruzana. Xalapa Enríquez Veracruz, México, abril a junio de 1978, tomo XXX, no. 2. p. 12.

Ahora bien, de esta clase de desistimiento, de la instancia, bien cabe hacer una distinción con el llamado desistimiento de la demanda, diferencia determinada por el momento en que se realice el desistimiento, sea que se haya o no perfeccionado la relación jurídica procesal.

En el desistimiento de la demanda, tenemos, en realidad, una actitud del actor por cuyo medio retira el escrito de demanda, antes de que ésta haya sido notificada al demandado. En este caso, la relación procesal aún no ha surgido. El desistimiento de la instancia implica, por el contrario, que el demandado ya ha sido llamado a juicio y entonces, se requerirá su consentimiento expreso para que surta efectos el desistimiento del actor. (197)

El desistimiento de la demanda -que normalmente obedecerá a dos causas: no tener preparadas las pruebas para hacer prosperar la pretensión, o temor de que el juzgador se vaya a declarar a la postre incompetente- puede responder también a otros móviles, como el deseo del actor de poner término al proceso, si confía en una solución amistosa del litigio, o en la perspectiva de reemplazar el juicio ante juzgador oficial por el arbitraje o por una transacción, o en que opere a corto plazo la confusión de derechos; o bien el propósito de eliminar, por consideraciones familiares o de otra índole, la tirantez inherente a la prosecución del juicio; o asimismo a la falta de medios económicos para continuar el pleito, que lleva al actor a una cauta actitud de espera, confiado en lograr entretanto un arreglo satisfactorio o por lo menos aceptable para sus intereses.

---

(197) Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del proceso. 8a edición, México, Harla, 1990, p. 27.

etc. (198)

Lo anterior, nos permite sentar una serie de premisas que nos explica Cortés Figueroa (199) :

a. El desistimiento es un acto unilateral de voluntad del actor, y lo es a pesar de exigirse el consentimiento del adversario.

Sin embargo, por nuestra parte estimamos que se trata de un acto bilateral, toda vez que si bien se exige en principio que el actor en exprese su voluntad, posteriormente se requiere del consentimiento del demandado.

b. Implica un acto de disposición de la ventajas obtenidas en el proceso recién iniciado, por cuyo motivo nada más puede hacerse por persona capaz o por representante con cláusula especial o con poder amplísimo.

c. Es un modo anormal de extinguirse la relación procesal constituida, ya que la única manera normal es la sentencia.

d. Deja intocado lo substancial de la controversia, la que no puede decirse que haya sido zanjada por la circunstancia del desistimiento. Lo anterior presta mérito a apuntar que este desistimiento que ahora estudiamos, no significa esa especie de autocomposición que implica la

---

(198) Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. Ob. cit., p. 483.

(199) Cortés Figueroa, Carlos. Ob. cit., pp. 306 y 307.

renuncia a la pretensión litigiosa, o sea lo que nuestros códigos regulan como el desistimiento de la acción, puesto que esta renuncia extingue el litigio mismo y con él la posibilidad de intentar otro distinto e independiente.

Tanto el desistimiento de la demanda como de la instancia, no son en rigor autocompositivas, porque tratándose del desistimiento de la demanda, cuando el demandado aún no ha sido llamado al juicio, resulta que el actor está en plena libertad para volver a plantear en un ulterior proceso, nuevamente, la demanda que ha retirado, sin que el derecho de fondo se perjudique. Es obvio, pues, que en este caso, no puede hablarse de una composición del litigio. Tampoco en el segundo caso de desistimiento, de la instancia, que además, no sería precisamente unilateral, puesto que requiere el consentimiento de la contraparte para operar y para ser efectivo. Pero, independientemente de lo anterior, es necesario hacer notar que, de forma similar a como sucede con el desistimiento de la demanda, también en este caso de desistimiento de la instancia, no llega a resolverse ni a solucionarse el litigio, ya que lo único que sucede es que las partes, de común acuerdo, admiten que el proceso se termine sin que esa finalización del proceso pueda afectar a sus derechos, los cuales quedan incólumes, intocados, es decir, sin haberse perjudicado, y listos para replantearse en un posterior proceso, de todo lo cual resulta evidente que tampoco en el desistimiento de la instancia se tiene una genuina forma autocompositiva. Sólo puede considerarse autocompositiva la figura del desistimiento llamado de la acción, pues ésta da solución al litigio. (200)

e. El desistimiento de la instancia hace desaparecer todos los actos jurídico procesales llevados a cabo en ella -ya sean del juez o de las partes-, pero quedan ex iudice todos los restantes elementos traídos al proceso.

De lo dicho, nos surgen dos preguntas: ¿qué carácter tiene el desistimiento, unilateral o bilateral y en su caso porqué? y ¿cuáles son los momentos procesales en que válidamente puede presentarse el desistimiento? Enseguida daremos solución a la primera de las interrogantes.

Entramos aquí en el aspecto más importante de este apartado: ¿se trata de un acto unilateral o bilateral? Parece existir una conformidad absoluta al considerar que el desistimiento de la instancia debe ser bilateral, cuando la demanda ya ha sido notificada; las diferencias se encuentran al tratar de explicar las razones o motivos de la bilateralidad.

Los autores suelen hablar de la bilateralidad del desistimiento, noción que implica la necesidad de la concurrencia de las dos partes para desistir de la instancia, con derecho a volverla a presentar.

Los autores clásicos o anteriores a la nueva escuela procesal, asientan el estudio del proceso en la vieja teoría del cuasicontrato de la litis contestatio, de la cual derivan, como consecuencia racional, la bilateralidad del desistimiento. De la Colina, por ejemplo, dice que una vez que el actor ha accionado y se ha trabado el litigio, no le es permitida esta renuncia, por la razón fundamental de que la instancia no es solamente suya, sino también de su contrario, por el cuasicontrato judicial que obliga a las partes a terminar y definir el pleito -efecto

consuntivo de la acción-. (201)

La consecuencia para estos procesalistas que remozan y se sirven de la vieja doctrina romana, con su efecto principal de la consunción de la acción, es obvia: es imprescindible la aceptación del desistimiento por parte del demandado -bilateralidad y distracto- a partir de la constestación de la demanda -trabada la litis-. Ese es el momento en que en el proceso, se ha formalizado dicho cuasicontrato. (202)

Para los procesalistas modernos, en cambio, combaten la teoría de la litis contestatio, señalando que el fundamento del desistimiento está en la relación procesal y, de una manera especial, en la vinculación del actor al proceso.

Las consecuencias prácticas, en muchos casos y frente a determinados problemas, no son las mismas según se acepten una u otra construcción jurídica: el cuasicontrato o la relación jurídica.

Comencemos por explicar la figura de la litis contestatio en el proceso romano; aquí el proceso civil se fundamenta en la idea cuasicontractual de la litis contestatio. Con la demanda y contestación ha quedado pactado entre las dos partes un cuasicontrato que obliga a las partes a continuar un proceso hasta que queden definidos sus derechos y obligaciones por sentencia firme.

---

(201) Cifuentes, Santos. Ob. cit., p. 2.

(202) Loc. cit.



Esta etapa nos la explica Víctor Fairén Guillén (203) al señalar que la necesidad de sujetar a los litigantes a la decisión de los jueces privados en los tiempos del proceso formulario romano, fue la base de un contrato procesal (Wlassak); de la litis contestatio. Se concertaba por las partes y se refrendaba -si se llegaba a su conclusión, por ser procedente- por el Magistrado, que con el dare actionem concedía la garantía de jurisdicción.

El contenido del contrato que así se completaba consistía en la sumisión por las partes de un programa de puntos litigiosos que en la fórmula se concebía y elaboraba, a un judex, para su resolución (Sohm, Wenger). La litis contestatio emanaba, pues, de la inexistencia de una función jurisdiccional en el sentido en que hoy la concebimos (Wenger).

Por la litis contestatio el litigio pasaba al dominio judicial (res in iudicio deducta), y así se producía el efecto consuntivo, el más importante de aquella, o sea, la imposibilidad de promover nueva demanda sobre el mismo derecho (bis de eadem re ne sit actio, Quintiliano, VII, 6, 4). La litis contestatio consumía la acción (in legitimo iudicio ipso iure actio consumitur, Gayo III, 106) al novar el dare oportere del actor con referencia a la obligación, en un derecho a la condena por medio del proceso (Gayo, III, 180); una vez concedida la acción que protegía a cada derecho no podía ser retirada, aunque el primer proceso no terminase con

---

(203) Fairén Guillén, Víctor. "El fundamento de la bilateralidad del desistimiento en la primera instancia de nuestro proceso civil", Anuario de Derecho Civil. Madrid España, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, julio-septiembre de 1949, tomo II, fascículo III, pp. 903 y 904.

sentencia (por caducidad de la instancia, Wenger). Tales eran, brevemente descritas, la litis contestatio y su efecto novatorio, consuntivo.

Ahora bien, si las partes están ligadas por este vínculo de naturaleza cuasicontractual, es lógico que queriendo desligarse de sus efectos (uno de los cuales —el esencial de la litis contestatio— habría de ser la consunción de la acción), lo hayan de llevar a cabo por medio de un nuevo contrato. Por ello, si el actor quiere desistir, lo que quiere decir retirarse del proceso por él promovido, pero conservando su acción a pesar de haberse comprometido a través de la litis contestatio, que novándola, la extinguió; y esto supone una vulneración del referido efecto consuntivo. Por lo cual es evidente que la superación de tal efecto sólo podrá tener lugar concertando con la otra parte comprometida a través de la litis contestatio un contrato por el que acepte el que el actor retire su demanda sin que se le consuma la acción; es decir: hace falta que el demandado absuelva contractualmente al actor de la necesidad de respetar el efecto consuntivo derivado de aquél cuasicontrato de litis contestatio.

Y éste es el pensamiento de Mattiolo cuando dice: "De ser la renuncia a los actos del juicio un verdadero contrato se deducen algunas consecuencias: interpretación de la intención de las partes; impugnación por vicios del consentimiento; transmisión de sus efectos a herederos y causahabientes." (204)

Esta doctrina estaría bien como exponente de una corriente de ideas

---

(204) Mattiolo, Mortara., citado por Cifuentes, Santos. Ob. cit. p. 2.

privatísticas del proceso, que hay que considerar completamente superadas; en ellas se sujetan y ellas se absuelven de sus obligaciones procesales. El proceso es, según tales ideas, de base cuasicontractual (o contractual); luego sus efectos (por ejemplo, la consunción de las acciones) sólo pueden ser evitados de modo contractual.

Nadie discute hoy la inconsistencia de la teoría de la litis contestatio para explicar el proceso moderno y por eso, se debe buscar el fundamento de la bilateralidad de la instancia en otra construcción, acorde con los principios publicísticos que gobiernan el derecho procesal.

Loutayf Ranea (205) al tratar el tema de la unilateralidad o bilateralidad de las renunciaciones procesales, nos dice que cuando una de las partes renuncia a una ventaja procesal, puede ocurrir que esta renuncia afecte o no a la contraria, en cuanto de ella derivaría para esta última la pérdida de otra ventaja procesal o no.

En tal sentido, la renuncia procesal es unilateral cuando una de las partes, actor o demandado, es quien abandona la ventaja procesal; la contraria no interviene en el acto porque no la afecta el abandono que hace la otra parte.

La renuncia procesal es bilateral cuando en el acto intervienen las dos partes, es decir, actor y demandado; y ello debido a que el abandono de la ventaja procesal que hace una de ellas afecta a la contraria, en cuanto implica una pérdida para ésta de otra ventaja procesal; ello lógicamente,

---

(205) Loutayf Ranea, Roberto G. Ob. cit., p. 20.

no puede ocurrir sin su consentimiento, y por eso se requiere una manifestación de voluntad en tal sentido que, generalmente, se concreta en la aceptación de la renuncia de la contraria, donde va implícita su voluntad de renunciar a su ventaja.

En los supuestos de bilateralidad, el fundamento de la misma es el principio de igualdad. En efecto: si la renuncia que hace una de las partes, implica hacerle perder a la otra parte otra ventaja procesal, lógicamente -y en base al principio de igualdad de las partes- ello no puede admitirse si no existe una manifestación de voluntad de esta última en el sentido de renunciar a esta ventaja.

Esta teoría de la bilateralidad se ve en Chioyenda (206), cuando afirma que no debe depender de la voluntad unilateral del actor la cesación de la relación procesal, en la que, el demandado, tiene derechos iguales a los suyos, especialmente el derecho de pedir una sentencia de fondo; que nace con la demanda judicial. Desde el momento que es notificada la parte contraria existe la relación procesal y los efectos de la existencia de la relación procesal (litispendencia) se retrotraen al momento de la demanda judicial. Sólo a partir de la notificación puede nacer un derecho procesal del contrario.

Hemos de recordar que quien pretende la tutela de sus derechos por parte de los órganos del Estado, la invoca a tal fin por virtud de su demanda, y este acto propiciador significa soportar una carga de impulso inicial del proceso. Pero no basta tal: es menester, en un ámbito

---

(206) Chioyenda, citado por Cifuentes, Santos. Ob. cit., p. 2.

dispositivo como el nuestro, hacer avanzar los procedimientos de acto en acto y al procurar cada uno de éstos se cumplen cargas de impulso sucesivo. Empero, el proceso iniciado se convierte a la vez en fuente generadora de derechos procesales; éstos lo son porque nacen del proceso, se dan para el proceso y sirven por el proceso. (207)

Y he aquí a lo que necesitábamos llegar: la parte que deduce una acción cumple con la carga inicial antes apuntada y obligadamente, su contrincante tiene la carga de contestación, defensiva o excepcionante; pero tan pronto y como queda constituida la relación jurídica procesal, el actor y el juez tienen deberes procesales: el actor queda sometido a la competencia del juez, pesando sobre él la carga de proseguir el procedimiento hasta la sentencia, pues de no hacerlo se produciría la caducidad de la instancia; a su vez el juez debe pronunciarse sobre su competencia y, en caso afirmativo, debe sustanciar el proceso; por la notificación de la demanda, el demandado tiene la carga de impulsar el procedimiento, para evitar la caducidad.

Pero también surge una serie de derechos. El que aquí nos interesa corresponde al que asiste al demandado para que se continúe el proceso y para que se dicte en él la sentencia del juez; es decir, constituida la relación jurídica procesal, el reo adquiere derecho, al igual que el actor, de obtener sentencia de mérito sobre la relación jurídica del litigio; no puede, por eso, ser privado de ese derecho por simple acto del demandante: es necesario que dé su anuencia. Efectivamente: con base en dos buenos principios no puede reconocerse al actor el derecho de disponer de la

---

(207) Cortés Figueroa, Carlos. Ob. cit., p. 306.

relación jurídica procesal como de cosa suya. El actor tiene la facultad de proponer o dejar de proponer la causa; mas si la propone y el reo es citado para ella, como al lado de la relación jurídica de acción se forma la relación jurídica de contradicción o de defensa es, en consecuencia de este segundo vínculo, que el demandado adquiere el derecho de hacer proferir la sentencia sobre el fondo de la controversia, sobre la relación jurídica substancial, y no es lícito que el actor, por simples actos de voluntad, extinga únicamente la instancia. (208)

En tal estado de cosas, el demandante va a quedar sujeto a la instancia que han provocado sus pretensiones; no va a poder retirarse, ni en los supuestos que más le urjan, sin el asentimiento de su adversario, a no ser que renuncie a la acción misma, o sea que renuncie a su poder de incondicionar la voluntad de la ley que habría de actuar en su favor. Pero, si simplemente quiere renunciar al conjunto de actos procesales que significan la instancia, es indispensable el consentimiento del demandado. (209)

De la vocatio in ius surgen no sólo deberes y derechos del juez al que se ha acudido, sino deberes y derechos también a cargo y a favor de la contraparte. Ahora bien, se puede renunciar unilateralmente a los derechos; no se puede renunciar a los deberes. (210)

Visto lo anterior, se dice que a esta altura de las investigaciones

---

(208) Cortés Figueroa, Carlos. Ob. cit., p. 309.

(209) Ibidem., p. 306.

(210) Raggi, citado por Sentís Melendo, Santiago. Ob. cit., p. 320.

jurídicas, no es posible que podamos entender que el proceso judicial constituya un cuasicontrato, en virtud del cual, una vez invocada por el demandado una excepción perentoria, adquiere el derecho procesal a nos ser privado de las defensas que opuso. La concepción cuasicontractualista de la litis-contestatio perdió su razón de ser el día en que en Roma el ordo iudiciorum privatorum cedió el puesto al ordo iudiciorum publicorum, momento en que los procesalistas abandonaron completamente aquella antigua concepción, tomando entonces las modernas doctrinas publicistas, que no se asientan ya en aquélla, sino en la litispendencia. Hoy, la comparecencia en juicio nada tiene en común con la litis contestatio, los sujetos procesales se obligan no por su voluntad expresada contractualmente, sino que encuentran otra fuente de sus obligaciones, que lo es la ley.

Se sostiene que la explicación se encuentra en la existencia de la litispendencia, ya que, de acuerdo con esta concepción, el juicio comenzaba con la presentación o con la admisión de la demanda, siendo momento esencial aquel en que el demandado recibía la citación, sin que tuviera existencia alguna el cuasicontrato de la litis contestatio. Notemos que la litispendencia no nace en el momento en que se oponen excepciones, sino en el instante de la interposición de la demanda y de su notificación al demandado.

Con una u otra explicación, lo que está fuera de toda duda es el interés del demandado en el desistimiento, por las consecuencias que para él puede acarrear. El demandado no puede quedar a merced del actor, convertirse en un juguete procesal de él; y eso, no porque al comparecer en el proceso se haya producido cuasicontrato alguno, sino por la razón de que si el demandante tiene interés en obtener la sentencia, en que el proceso termine

por sentencia, igual interés corresponde al demandado, y no se le puede desconocer; y lo mismo para uno que para otro de los litigantes, se producen expectativas que aparecen con el nacimiento del proceso: De aquí, nos dice Fairén Guillén, la bilateralidad del proceso. (211)

En el artículo 34 CPCDF se señalan dos modalidades, según que el desistimiento se formule antes o después de la notificación de la demanda. Y la fijación de ese momento procesal es una clara demostración de que el criterio que se ha seguido es el de la vinculación procesal y no el del cuasicontrato de la litis-contestatio, porque, de haberse pensado en éste, se habría llevado el momento inicial al de la contestación de la demanda.

El código de procedimientos civiles de 1872 para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, prescribía en su artículo 39 que "...el que tiene una acción o derecho, puede renunciarlos; salvas las limitaciones puestas en los artículos 624, 1426, 2160, 3941, 3955, 3956 y 3961 del código civil." coetáneo. En la reforma de 1880 (en rigor, nuevo código), el artículo 37 (sucesor del 39 de 1872) condensa la norma en los siguientes términos: "El que tiene una acción o derecho puede renunciarlos, salvas las limitaciones establecidas por la ley.". A su vez, el artículo 50 de 1872 se contentaba con afirmar que "...intentada una acción, no podrá abandonarse para intentar otra...", mientras que su reemplazante el 42 de 1880 introduce en él los cambios que destacamos en cursiva: "Intentada una acción *y contestada la demanda*, no puede abandonarse para intentar otra *en el mismo juicio*. *En todo caso, el que desista, pagará las costas.*" (212). En

---

(211) Fairén Guillén, Víctor, citado por Sentís Melendo, Santiago. Ob. cit., p. 321.

(212) Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. Ob. cit., p. 492.



torno a la primera de dichas modificaciones, es fácil percatarse de cómo la comisión redactora trajo a colación la tesis cuasicontractualista de la litis contestatio.

Podemos ver, la doctrina y legislación, haciendo abandono de la tesis contractualista del proceso, ya no establecen como punto de partida de la bilateralidad del desistimiento, la contestación que a la misma hace el demandado, sino el momento en que se produce la litispendencia.

Más aun, Fairén Guillén (213) encuentra el fundamento de la bilateralidad del desistimiento de la instancia en la vinculación del actor al proceso incoado. Es ésta una figura germánica, que al principio también tiene base contractual, que supone la obligación del actor de seguir hasta el final el proceso que promovió, porque se encuentra vinculado, constituyendo el desistimiento una excepción al principio, que precisa reunir el requisito de la aceptación del demandado. Construye en esta forma, aprehendiendo otro viejo principio, la vinculación, una teoría actual.

Así, nos dice que la razón de ser de la vinculación del actor al proceso hay que buscarla, principalmente, en el interés jurídico que la interposición de la demanda haya podido lesionar al demandado.

El demandado ha podido ser molestado, perturbado y puesto en peligro por la demanda en su hacienda y prestigio comercial, profesional, personal; pues aquélla es una actuación escrita que puede tener carácter de

---

(213) Fairén Guillén, Víctor. Ob. cit., p. 912.

publicidad. Por el simple hecho de haber sido incoado el proceso puede tener repercusión económica y social en contra del demandado, lesionando así su interés. Y por causa de esta posible difamación judicial (Ulrich) aparece la misma posibilidad de un interés del demandado en que el proceso termine por una sentencia de fondo que, absolviéndole, deje limpia su reputación, evite cualquier futuro ataque sobre el mismo asunto, y le indemnice de los daños patrimoniales que se hubieran podido producir. He aquí la base de la vinculación del actor; está subordinada a la existencia de este interés jurídico del demandado en que el proceso continúe y termine por sentencia definitiva. Es lógico que tal vinculación exista desde el momento en que el proceso se dirige contra del demandado (o sea, desde su iniciación); pues es el acto mismo por el cual se inicia el que ya puede constituir difamación para el demandado; en tal caso, el interés de éste en que el proceso continúe habrá aparecido en aquel momento.

Por ello, agrega Fairén Guillén, y teniendo en cuenta que con el fin de oponerse a difamaciones extrajudiciales (a la jactancia sobre hechos o derechos) los ordenamientos jurídicos conceden remedios tan enérgicos como lo son las acciones declarativas negativas (pretensiones) o de jactancia (Müller), es evidente que aún deben proteger más a quien puede haber sido objeto de una difamación judicial. Esta protección se debe reconocer, en el caso del desistimiento, dando al demandado posibilidad de demostrar que, habiendo existido difamación judicial, ha sido lesionado un interés jurídico suyo, y que el medio de reponerlo estriba en que una sentencia definitiva aclare su situación y lo satisfaga, impidiendo además al actor la oportunidad de volver a difamarle sobre aquel asunto concreto. Aquí, nos repite, radica el fundamento de la bilateralidad del desistimiento; una vez

expresada por el actor su voluntad de llevarlo a cabo (de desvincularse del proceso incoado), el Tribunal debe conceder una oportunidad al demandado -que puede tener interés en que el actor continúe vinculado al proceso referido-, para que alegue y pruebe la existencia de tal interés y su juridicidad. A la vista de esta alegación y prueba, el Tribunal podrá resolver, por último, si en vista de que el interés del demandado es más protegible que el del actor en desistir, no debe accederse al desistimiento; y por el contrario, si el demandado no logra alegar o probar interés jurídico alguno en favor de la continuación del proceso, o el que alegue sea menos protegible que el del actor en desistir, el Tribunal deberá acceder al desistimiento.

Cabe hacer una observación al anterior criterio y consiste ésta en señalar que antes de ser notificada la demanda, el desistimiento no está subordinado a la conformidad de la contraria, pues ésta aún no es considerada parte de dicha relación. Por eso, estimamos que se tiene razón al afirmar que el proceso se extingue por renuncia a los actos del juicio cuando ésta es aceptada por las partes constituidas, que podrían tener interés en la prosecución. Así pues, antes de constituirse como parte, no hay lugar a la aceptación.

En cambio, Goldschmidt y Kisch, concuerdan en que antes de la personancia (audiencia donde se discute el fondo, según parágrafo 271, código alemán), el actor puede desistir sin necesidad de aceptación por su contraparte. Kisch, por ejemplo, dice que el actor está ligado a su demanda, no puede desistir a capricho, pero su sujeción no comienza, como la del adversario, con la notificación del escrito de demanda, sino sólo a partir de la personación del demandado; mientras éste no haya comenzado a

actuar sobre el fondo del asunto en la vista, el actor puede retirar unilateralmente su demanda. (214)

Rosenberg (215) , por su parte, afirma que es necesario el consentimiento del demandado al desistimiento de la demanda, tan pronto como haya intervenido en el fondo de la causa. El fondo de la causa es la pretensión puesta a consideración, no el procedimiento sobre ella. Consecuentemente, expresa que no es necesario el consentimiento del demandado mientras haga valer la improcedencia de la demanda por falta de presupuestos procesales, etc., aun cuando junto a éstos intervenga en el fondo; porque el demandado no puede mantener al actor sujeto a una demanda cuya improcedencia él mismo afirma (de otro modo, no convincente); pero sí cuando alega la falta de un presupuesto procesal después de haber intervenido en el fondo de la causa, o cuando ha presentado contra el actor contumaz la petición de que se rechace la demanda por infundada.

Nos adherimos a la postura que sostiene que el desistimiento de instancia es bilateral, pero a partir de la notificación de la demanda. Esta solución está consagrada, entre nosotros, por el citado artículo 34 CPCDF; Por lo que hace a los comentarios de Goldschmidt, Kisch y Rosenberg, a continuación explicaremos algo de éstos, al señalar el procedimiento del desistimiento.

Admitida la demanda, cabe que el demandado se persone en autos o que permanezca en rebeldía.

---

(214) Cifuentes, Santos. Ob. cit., p. 2.

(215) Rosenberg, citado por Loutayf Ranea, Roberto G. Ob. cit., p. 28.

Personado en autos, la actitudes que puede adoptar el demandado, son diversas: allanarse a la demanda, y de esa manera, mediante tal allanamiento, el proceso terminará (art. 274 CPCDF); guardar silencio, dejando que la preclusión se produzca sin contestar la demanda; contestar la demanda, oponiendo excepciones dilatorias; y contestarla oponiéndose en cuanto al fondo. Las situaciones creadas por cada una de estas actitudes serán diversas en orden al posible desistimiento del actor, como veremos en seguida.

Comencemos por el juicio en rebeldía, el cual presupone la litig-pendencia, aun no habiéndose formulado excepciones ni contestado siquiera la demanda. En este caso, el desistimiento de la instancia sólo procederá con el consentimiento de la parte demandada.

Ahora bien, contestada la demanda y exteriorizada la voluntad del actor de desistir de su demanda, el demandado puede adoptar una serie de conductas.

Puede declarar, a su vez, que está conforme con la voluntad del actor de desistir (y acceder al mismo), es decir, renuncia a la ventaja que le significa el proceso pendiente con la posibilidad de la sentencia que dirima o resuelva la cuestión de fondo. En este caso, la actuación del órgano jurisdiccional debe limitarse a homologar ese desistimiento sin ningún otro tipo de valoración al respecto, considerando al actor como desvinculado del proceso. En este caso, ningún interés público exige que el Estado continúe el proceso de oficio a fin de esclarecer inútilmente (contra la voluntad de los particularmente interesados) los puntos de la litis.

Pero el demandado, ante la voluntad de desistimiento del actor, puede exteriorizar su disconformidad con la misma y declarar, al contrario, que desea que el proceso continúe hasta ser terminado por sentencia definitiva.

En nuestro CPCDF, al igual que en el Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica, no se hace constar qué ocurre si el demandado se opone. Esa oposición, pregunta Fairén Guillén (216) en lo que hace a este último ordenamiento, ¿dará lugar a una resolución más o menos inmediata sobre este incidente, o bien se unirá al fondo del asunto para resolverlo con él? O bien, según el momento procesal en que ese desistimiento de la instancia por el actor se hubiese producido, ¿podría resolverse en la audiencia preliminar? Ya que dilatar la resolución concentrándola sobre la del fondo del asunto es arriesgado. Y tampoco dice el citado texto nada sobre la conducta del Juez llegado el momento de resolver.

Cuando el demandado se opone al desistimiento, es decir que quiere la continuación del proceso, la actuación del Tribunal debe fincar en la valoración de los intereses encontrados: el del actor en el sentido de que termine el proceso y el del demandado que quiere que éste continúe hasta la sentencia definitiva.

Al demandante no se le puede exigir que justifique su interés en el

---

(216) Fairén Guillén, Víctor. "Comentario y propuesta sobre el artículo 199 del Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica (El desistimiento del proceso)", Justicia. Barcelona España, 1989, vol. 89, no. 4, p.796.

desistimiento; el demandante desiste porque así le parece conveniente (217) y no tiene por qué justificar, ni siquiera alegar, la existencia de un interés jurídico; su desistimiento valdrá siempre que a él no se oponga la parte contraria; podría decirse lo propio, de una manera general y absoluta, respecto del demandado al cual se le da traslado del desistimiento producido (218): ¿tiene derecho a oponerse lisa y llanamente?

Cuando el demandado se opone es de presumir que tiene interés en que el proceso continúe para obtener la cosa juzgada de la cuestión que se ventila; tiene derecho a oponerse lisa y llanamente. Ante ello, el órgano jurisdiccional no debe hacer lugar al desistimiento. Pero en aquellos otros supuestos en que este interés del demandado se ve contradicho por una actuación contraria de esta parte, es decir que desvirtúe su interés en obtener la sentencia de fondo, el órgano jurisdiccional debe valorar los distintos intereses protegiendo al que tenga valor superior.

Fairén Guillén (219) nos dice que será digno de protección (y así habrá

---

(217) Zanzucchi (citado por Sentís Melendo, Santiago. Ob. cit., p. 329) nos dice que el desistimiento no implica ninguna valoración sobre el fundamento o no de la demanda propuesta, con lo cual se pone de manifiesto el carácter objetivo del desistimiento, que no tiene por qué relacionarse con el reconocimiento ni admisión de haberse equivocado; sólo tiene un valor procesal y significa que el actor no quiere continuar con el proceso comenzado.

(218) Omitir ese traslado significa caminar derecho a la nulidad del posible desistimiento que se hubiese aprobado.

(219) Fairén Guillén, Víctor. "El fundamento...", p. 915..

de declararlo el Tribunal resolviendo, de conformidad con el demandado, que no ha lugar al desistimiento) cuando sea, sencillamente, el de quien se ha visto perturbado, inquietado y perjudicado, difamado en definitiva, por una demanda, la cual pone en duda la existencia o inexistencia de un hecho o derecho que a él afectan. Y dicho interés es el de que se formule una declaración judicial vinculante para el actor de modo que aclare el asunto e impida su nuevo planteamiento judicial, a través de la fuerza excluyente de la cosa juzgada material (Muller, Hellwig, Calderón). Con ello, además, se favorece la economía procesal, pues denegando el desistimiento del actor se evitará que el demandado se vea obligado más tarde a interponer acción con una pretensión de carácter declarativo negativo.

Puede resultar también que el interés del demandado en que el proceso continúe sea extrajurídico, ilegítimo, y por ello, no digno de ser tutelado por el Tribunal; tal es el caso de que su base sea un doloso espíritu de litigiosidad; el de forzar al actor a continuar un proceso que el demandado conoce ser inútil, cuando habiendo alegado él mismo la falta de un presupuesto procesal (incompetencia, falta de legitimación), desea el actor desistir. Si el demandado se opone al desistimiento, lo que pretende es que se lleve adelante una demanda cuya inadmisibilidad ha afirmado (Rosenberg, Micheli); al oponer este defecto procesal, el demandado ha solicitado una sentencia, una sentencia de absolución en la instancia; por ello, posteriormente no puede admitírsele que pida una sentencia de fondo, como sucedería si prosperase su oposición al desistimiento. A su favor está la economía procesal; en contra sólo un interés antieconómico e ilegítimo. Por ello, en tal caso, el Tribunal, a pesar de la oposición del demandado, debe acceder al desistimiento del actor.



Pero si el demandado opone la falta de un presupuesto procesal, y a la vez entra en el fondo del asunto (Hellwig, Schönke), muestra con ello que también tiene un interés en la sentencia de fondo; para tales casos, la doctrina acepta que pueda prosperar su oposición al desistimiento. Esta posición es discutible, y sobre todo, difícil de adaptar a ordenamientos jurídicos concretos en que la construcción de la figura ha de tener lugar fuera del estricto marco legal.

Además de la conformidad de la parte demandada a que antes hemos aludido, nos dice Gowland (220), se requerirá que los terceros a quienes el desistimiento pueda afectar en sus derechos o intereses, no se opongan.

a) El acreedor que ha obtenido la traba de un embargo sobre los fondos a que pueda tener derecho el actor si progresa su demanda, debe ser oído, cuando el actor desiste (el acreedor tiene a su favor la acción pauliana del artículo 2163 CCDF, mediante la cual puede pedir la revocación de los actos celebrados por el deudor, en perjuicio o fraude de sus derechos).

b) Como los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones a su deudor, con excepción de los que sean inherentes a su persona, el acreedor subrogado en los derechos del actor puede oponerse al desistimiento efectuado por éste.

Cabe también la posibilidad de que el demandado adopte como postura nada decir ni nada exponer, durante el plazo de vista que se le dió. Este es uno de los muchos problemas del silencio en derecho procesal; empero, la opinión casi unánime de la doctrina se ha producido en el sentido de

considerar que la aceptación al desistimiento debe ser expresa -y en este sentido nos sostenemos-, es decir, que el silencio del demandado debe conceptuarse como oposición a que el proceso se extinga por virtud del acto de desistir, y esto significa exactamente, que el proceso continuará vivo y aletargado, hasta en tanto promueva el demandado o retire el actor su desistimiento, salvo en el supuesto de que no sea admisible esta revocación. (221)

En cuanto al momento procesal límite hasta el cual puede tener lugar el desistimiento de la instancia, son varias las posturas que sostienen una solución.

Por una parte, se dice que dicho momento tiene lugar hasta que la sentencia definitiva queda firme. Por lo tanto, el desistimiento es procedente aun luego de haber recaído la sentencia, si ésta no quedó firme, sea por estar pendiente el término para recurrir, o mientras es materia de recurso y agravios, es decir, siempre que no haya pasado la sentencia definitiva en autoridad de cosa juzgada. En tal sentido, se dice que el desistimiento de la instancia es admisible temporalmente, en tanto y cuanto esté realmente pendiente un procedimiento de demanda, pero no después de producida la cosa juzgada; por eso puede realizarse todavía en la instancia de apelación o revisión, antes de la notificación de la sentencia, en tanto el recurso sea en sí procedente, aun cuando no haya sido interpuesto o fundado en forma regular, pero todavía no ha sido rechazado. (222)

---

(221) Cortés Figueroa, Carlos. Ob. cit., p. 311.

(222) Fassi, Santiago C., citado por Barrionuevo, Heriberto N. "Desistimiento del Proceso y del Derecho. Revocación.", Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires Argentina, 27 de junio de 1975, no. 4783, p. 9.

Fairén Guillén (223) señala que el momento inicial se fija en el de la producción de la litispendencia; el final, en el de la citación para sentencia, por precluir en él toda alegación, quedando las partes sin oportunidad procesal prevista para actuar. A partir de tal momento, no habría en realidad un desistimiento de la demanda, sino una renuncia a la sentencia.

En efecto, consideramos que el desistimiento de la instancia no tiene efecto jurídico alguno si ya ha recaído sentencia firme de primera instancia, pues dicho fallo queda firme; en el fondo, se trataría aquí de renuncia del derecho de apelar o de la apelación en trámite.

Por tanto, el desistimiento cabe hasta la citación para sentencia, pues será inadmisibile con posterioridad a esa citación, y si se admite hasta ese momento es únicamente por economía procesal del acto procesal más laborioso cual es el fallo definitivo, puesto que en realidad el litigio puede haber agotado las fases de controversia, de pruebas y alegatos. (224)

Por lo general, frente al desistimiento se dan al demandado tres días para que manifieste lo que a su derecho convenga; pues bien, el consentimiento lo puede otorgar el reo dentro de ese plazo, pero también fuera de él, siempre y cuando transcurridos dichos tres días el actor no haya efectuado actos de tal manera formales que signifiquen el retiro, la

---

(223) Fairén Guillén, Víctor. "El fundamento...", p. 913.

(224) Cortés Figueroa, Carlos. Ob. cit., p. 312.

revocación de su desistimiento; y de igual manera, el desistimiento puede ser retractado por su autor, mientras no haya sido aceptado por el demandado, sin perjuicio de su obligación de resarcir los gastos que hubiere ocasionado.

Digamos que la oportunidad que goza el demandado para oponerse al desistimiento, y que éste no opere sin su consentimiento, es la notificación de la demanda, y no la contestación como comparecencia o algún otro acto diferente. La posibilidad de oposición existe, pues, incluso en un proceso en rebeldía.

Ahora bien, son varios los efectos que produce el desistimiento de la instancia:

a. La terminación de la litispendencia, con todas sus consecuencias legales, reponiéndose las cosas al estado que tenían antes de la demanda, lo que indica que el desistimiento produce consecuencias retroactivas, es decir, la extinción o finalización de las medidas precautelativas practicadas, tales como el embargo y secuestro de bienes, inscripción de la demanda, administración de bienes por interventor, o interdicción para celebrar ciertos actos o contratos jurídicos.

Dicho efecto únicamente se presenta cuando se desiste de demandas ordinarias, distintas al libelo ejecutivo, pues en éste el desistimiento produce el efecto del levantamiento de embargo y secuestro de los bienes perseguidos en la ejecución, pero en ningún caso puede invalidar las ventas forzadas que se han hecho a terceros dentro del procedimientos compulsivo, cuando ya los remates se encuentran aprobados por medio de providencias que

aparecen ejecutoriadas.

b. La interrupción de la prescripción, operada por la demanda, se tiene por no sucedida.

c. Quedan sin efecto todos los actos del procedimiento. Quedan sin efecto en el juicio, pero conservan en plenitud su valor y eficacia procesal para el caso de que se inicie otro juicio.

d. El autor del desistimiento tiene expedita la vía para abrir nuevo proceso por la misma causa y objeto, siempre, claro está, que la acción no hubiere prescrito.

Si la acción sustantiva de la cual se desiste, tiene señalada por la ley otra secuela procedimental que permite intentarla de nuevo, el desistimiento solamente tiene un carácter formal, es decir, que implica simplemente un apartamiento del proceso que se ha seguido, sin que ello tenga repercusión sobre el derecho sustantivo del demandante en el sentido de que queda extinguido, así pues, si quien ha promovido demanda ejecutiva, desiste de ésta, porque el deudor le ha alegado con sólidos fundamentos la excepción de prescripción de la acción ejecutiva, no por ello queda incapacitado el ejecutante para presentar libelo ordinario, tendiente a que se declare en el fallo judicial el mismo derecho personal de crédito, sin que le pueda oponer el demandado la excepción de cosa juzgada.

e. No puede hablarse de intereses moratorios, desde que no ha terminado el proceso por condena.

Pasemos ahora al desistimiento de la acción, el cual se rige por normas que son comunes, en gran parte, con el desistimiento de la instancia; sin embargo, se distinguen toda vez que el desistimiento de la acción no requiere la conformidad de la otra parte (225), porque con ese desistimiento

---

(225) Origina dudas acerca de su índole unilateral o bilateral el divorcio judicial por mutuo consentimiento, y ofrece tres desembocaduras: a) desistimiento bilateral expreso; b) desistimiento también bilateral, pero ficto, cuando ambos cónyuges dejaren pasar más de tres meses sin continuar el procedimiento (artículo 679 CPCDF); y c) desistimiento unilateral expreso, de uno cualquiera de los cónyuges, que hace cesar el mutuo consentimiento, sin perjuicio de que pueda suscitarse después un divorcio por justa causa o, previo nuevo acuerdo, una segunda disolución consensual del matrimonio. De esos tres desenlaces, el primero representa el reverso de la institución: el mutuo consentimiento para divorciarse queda contrarrestado por el mutuo consentimiento para dejar de divorciarse; el segundo, se reduce a una manifestación de caducidad, y el tercero, el más interesante, aparece, prima facie, como una solución anómala, ya que formulada la pretensión por los dos cónyuges, resulta extraño que uno solo pueda disponer de ella. Pero la sorpresa se disipa tan pronto como se medita que el divorcio consensual no origina un verdadero proceso contencioso, sino un expediente de jurisdicción voluntaria, en el que no hay litigio ni auténticas partes y sí únicamente un concierto pre y extra procesal de voluntades, necesitando, por exigencia del legislador, de homologación judicial, que reviste la estructura de sentencia, pero sí un genuino procedimiento jurisdiccional. (Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. Ob. cit., p. 521.)

no sólo queda terminado el proceso sino que también se produce la cosa juzgada, sin que pueda promoverse en los sucesivo algún otro por el mismo objeto y causa. Al desistente se le imponen las costas.

Es frecuente incurrirse en la impropiedad de hablar de desistimiento del derecho, cuando se ha querido referir al de la acción, alegándose que renunciar definitivamente a una acción importa como renunciar al derecho al cual la acción se refiere, pues no se concibe la existencia de un derecho sin la acción que pueda hacerlo valer en cada caso.

En nuestra opinión, el desistimiento de la acción no implica que el derecho de fondo quede eliminado, sino únicamente que no podrá promoverse en lo sucesivo, juicio por el mismo objeto y causa; este desistimiento no toca el derecho de fondo, el que subsiste en calidad de natural, o sea, como derecho que no está amparado por una acción, o que judicialmente no se puede ejercer.

No cabe duda que el desistimiento de la acción es unilateral, pues no pudiéndose renovar la cuestión litigiosa, no se concibe el interés del demandado en negar su conformidad.

Lo que pasa con el desistimiento de la acción es que no hay posibilidad de lesionar antijurídicamente al demandado. Es casi absolutamente imposible la difamación judicial y si la hubo, el desistimiento implica la reparación, ya que es una forma de terminación del proceso que hace las veces de sentencia definitiva, pues produce los efectos de la cosa juzgada -ello, desde el punto de vista de la acción y no del derecho-. Y si a pesar de esto, se produjera perjuicio, nada ganaría el

demandado con la continuación del proceso, pues se llegaría prácticamente al mismo resultado: costas a cargo del contrario y cosa juzgada a su favor. Claro que siempre le quedan a salvo las acciones pertinentes por daños y perjuicios, para cuyo resarcimiento deberá acudir en pleito aparte. (226)

Cifuentes (227) nos da un ejemplo que resulta ilustrativo y que nos permitiremos transcribir para cerrar todo este razonamiento: supóngase una obligación de devolver una suma determinada de dinero; un mutuo o préstamo de consumo. El acreedor acciona por vía ejecutiva (dejemos de lado si el título trae o no aparejada ejecución; si se ha producido retardo en el cumplimiento y es obligación vencida; si existe mora, o pacto comisorio expreso... etc.), y una vez notificada la demanda, desiste de la acción. A pesar de ello, el deudor, hombre escrupuloso y que sólo ha atravesado un mal momento, se presenta en su domicilio y paga la deuda (tampoco indago los motivos del acreedor para desistir. Puede ser que crea totalmente insolvente a su deudor, y, hombre rico y con mucho de generoso, también, haya obrado por conveniencia y altruismo). Decía que el deudor a pesar del desistimiento, paga ¿podrá luego, ante una insolvencia sobrevenida, accionar por repetición invocando el desistimiento? Creo que no, pues el derecho y la obligación quedó subsistente en calidad de natural y no puede reclamarse cuando ha sido cumplida voluntariamente. En cambio, es posible esgrimir una renuncia del derecho para repetir lo pagado sin causa (si al cumplir la obligación no se tuvo la intención de efectuar una donación, sino que se pagó porque se creía deber, cuando en realidad, el acreedor había renunciado al crédito). La solución es notoriamente diferente, y la

---

(226) Cifuentes, Santos. Ob. cit., p. 3.

(227) Loc. cit.



diferencia arranca de los distintos efectos de los actos: en uno se destruye la acción, en el otro, el derecho.

Alcalá-Zamora y Castillo (228) nos dice que el desistimiento de la acción (lo llama él, de la pretensión) y el desistimiento de la instancia presentan como más importante nota en común la de ser expresiones del principio dispositivo; pero a partir de ahí comienzan las divergencias, enumerando las fundamentales:

a. Mientras el desistimiento de la acción tiene el carácter de definitivo, el de la instancia tan sólo indefinido, ya que puede emprenderse el nuevo proceso en cualquier momento antes de que opere la prescripción extintiva (e incluso después, siempre que el redemandado la oponga como excepción perentoria y que el juzgador la acoja como tal.

b. El desistimiento de la acción no es gemelo del de la instancia, sino del allanamiento, como expresiones ambos de autocomposición unilateral, junto a la bilateral, o sea la transacción: las tres ponen término al proceso mediante extinción del litigio, a diferencia del de la instancia, que deja éste en pie, de manera latente.

c. Como en cualquier otra forma autocompositiva, el desistimiento de la acción supone el reemplazo del pronunciamiento imparcial y supra partes del juzgador sobre el fondo del litigio, por el pronunciamiento parcial e inter partes de uno (en él o en el allanamiento) o de ambos litigantes (en la transacción), mientras que el de la instancia deja sin decidir el pleito.

d. En tanto el desistimiento de la acción y el allanamiento se manifiestan no sólo en el campo del proceso civil, sino también, aunque con menores horizontes, en la esfera del enjuiciamiento criminal, es harto dudoso que haya margen en éste para que en él funcione el desistimiento de la instancia.

e. La instancia pertenece a los dos litigantes, y de ahí que para la validez del desistimiento acerca de ella se exija el consentimiento del demandado, merced al cual reviste la forma de una transacción procesal, en la que la pretensión sustantiva o de fondo, objeto del otro desistimiento, se ve sustituida por una procesal referente al abandono del procedimiento seguido; en cambio, la acción incumbe exclusivamente al actor, sea el inicial o el reconventionante, y el desistimiento de la misma no requiere, por tanto, aquiescencia del demandado, salvo su derecho de denunciar los vicios que lo invaliden.

f. El desistimiento de la instancia, que no es sino la rinuncia agli atti del giudizio del derecho italiano, hay que alinearlos junto con la caducidad y al sobreseimiento provisional en materia penal, mientras que el desistimiento de la acción ha de colocarse al lado de las otras dos formas autocompositivas (allanamiento y transacción) y de las excepciones paralelas de litispendencia y cosa juzgada, determinadas por el mismo cuadro de identidades. (Adviértase de paso que la caducidad se llama de la instancia y no de la demanda).

g. El desistimiento de la instancia supone paralización de la actividad procesal, con dies a quo cierto (el momento en que se extienda la constancia judicial de haber recaído la conformidad del demandado) y el

die ad quem incierto (en caso de promoverse nueva demanda dentro de los límites de la prescripción extintiva); el desistimiento de la acción implica, por el contrario, conclusión del proceso, con decisión sobre el litigio, y una vez producido, elimina en absoluto la incertidumbre que el otro abre desde el instante mismo de producirse. Esa incertidumbre es la que explica que el de la acción sea unilateral y que el de la instancia tenga que ser bilateral.

Hemos tratado el desistimiento de la demanda, de la instancia, de la acción, estudiaremos a continuación el desistimiento de los recursos.

El desistimiento del recurso es la declaración hecha por el recurrente ante el juez o tribunal a quo o ante el tribunal ad quem de no querer continuar un recurso. (229)

El efecto que produce el desistimiento de un recurso, es dejar en firme la providencia, materia del mismo, cuando la parte contraria no lo ha interpuesto a su vez.

Como el resultado que genera dicho acto consiste en reponer las cosas al estado que tenían antes del recurso intentado, es claro que el apartamiento que hace la parte de él tiene que producir el efecto de dejar en firme la providencia, objeto del mismo, que vendría a ser la situación que se hubiera presentado en el proceso, si no se interpone contra la resolución judicial el respectivo recurso.

---

(229) Prieto Castro, Leonardo, citado por Loutayf Ranea, Roberto G. Ob. cit.

Con este desistimiento sólo se desiste de la instancia abierta con la interposición del recurso, pero no implica desistimiento de la instancia; la demanda no se abandona e, inclusive, queda firme la sentencia que decide las pretensiones del actor y demandado y que fuera recurrida.

Para desistir de un recurso, debe hacerse la petición ante el juez de primer grado, si aún conserva jurisdicción en el negocio, o ante el respectivo superior, en caso de que el juicio haya pasado a él para la resolución de alzada; para desistir de un incidente, debe presentarse la petición al juez que esté tramitándolo.

El desistimiento de cualquier recurso tiene que hacerse por la parte que lo interpuso, antes de que sea resuelto, por el juez de primera o segunda instancia, porque si ya está dictada la respectiva providencia que lo decide, indudablemente ha pasado la oportunidad para realizar dicho acto procesal, fuera de que si se ha revocado el auto o resolución, desde luego existe imposibilidad de hecho para que quede en firme la decisión, objeto del recurso. (230)

De manera que si una parte ha pedido revocación de un auto interlocutorio o de sustanciación en la primera o en la segunda instancia, y luego desiste del recurso, queda en firme la providencia materia del mismo, a menos que el litigante contrario lo haya interpuesto a su vez.

En este evento, se debe estudiar por el juez a quo o el juez ad quem el recurso de revocación de la parte que no ha desistido, en cuanto a la

parte desfavorable de la providencia, pues el pronunciamiento favorable quedó en firme.

En caso de que ambas partes establezcan el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, y una de ellas desista de la alzada, queda ejecutoriada parcialmente la sentencia en lo perjudicial al recurrente que desistió y por lo tanto, debe tramitarse el recurso ante el superior, para decidir la apelación sólo en lo desfavorable para la parte que perseveró en ella.

Ahora, los efectos del desistimiento del recurso son distintos a los del desistimiento de la instancia. En el primer caso, tras el desistimiento aparece lógicamente la situación procesal y material anterior (la constituida por la sentencia dictada en primera instancia), con su correspondiente efecto de cosa juzgada material, lo que impide ir nuevamente al mismo proceso. En cambio el desistimiento de la demanda sí permite reiterar el proceso.

Unilateralidad del desistimiento del recurso. El desistimiento del recurso contra la sentencia de primera instancia constituye una manifestación o concreción del principio dispositivo en sentido formal, es decir, como una renuncia a un derecho puramente formal o procesal, en el supuesto en que rechazada la demanda por sentencia de primera instancia o acogida ésta, la contraria apela sin ningún mérito o derecho para obtener la revocatoria; evidentemente, el desistimiento del recurso en este caso no afecta al derecho de fondo. (231)

---

(231) Loutayf Ranea, Roberto G. Ob. cit., p. 37.

Pero a poco que se ande, puede advertirse que con el desistimiento de recurso contra la sentencia definitiva de primera instancia, también puede renunciarse al derecho sustancial que se debate en el proceso. Baste imaginarnos un ejemplo: rechazada la demanda en primera instancia, el actor encuentra alguna prueba o documento decisivo para la solución del pleito a su favor que no pudo ser presentado ante el a quo. Si luego desiste del recurso que interpusiera contra esta sentencia, lógicamente está renunciando al derecho de fondo que puede ser acogido por la sentencia del tribunal de alzada.

Si nos colocamos en el supuesto que se trate de un desistimiento de recurso que implique disposición del derecho sustancial, la unilateralidad se justifica por tratarse, justamente de renuncia al derecho de fondo; tratándose de un desistimiento que no afecte el derecho de fondo, la unilateralidad también se justifica, porque no existe ninguna ventaja procesal que perdería la contraria derivada de la renuncia del primero. Al contrario, ella se vería beneficiada con la cosa juzgada en que pasa la sentencia definitiva que acoge sus pretensiones. (232)

A quiénes afecta el desistimiento. El desistimiento solamente perjudica al demandante y a sus causahabientes a título universal, es decir, a los herederos, pero no a los cesionarios del derecho litigioso; asimismo, el desistimiento presentado por el actor, solamente aprovecha al demandado y a sus causahabientes a título universal, o sea a los herederos de este último.

Por consiguiente, si el demandante, después de ceder el derecho

---

(232) Loutayf Ranea, Roberto G. Ob. cit., p. 37.

litigioso a un tercero, quien no ha comparecido al juicio, desiste de éste, la desistencia de la demanda no puede afectar o perjudicar al cesionario, quien puede intentar de nuevo la acción, sin que sea dable alegarle la cosa juzgada.

Se trata en este caso de una sustitución procesal del cesionario por el cedente, y sabido es que el sustituto no puede realizar actos dispositivos a nombre del verdadero titular del derecho, como son los de transigir, desistir.

Cuándo se perfecciona el desistimiento. Desde el momento mismo en que la respectiva parte presenta el escrito conteniendo su voluntad de apartarse de la acción, oposición, incidente o recurso, produce efectos legales el acto unilateral de desistimiento, sin que sea necesario que el juez haya dictado auto admisorio de él; y si en cambio, la desistencia es producto de un acuerdo de las partes, ella se perfecciona desde que los litigantes expresen el consentimiento por medio de escrito llevado al juicio.

En el primer caso, el desistimiento se asimila a una renuncia del derecho, de la cual no puede arrepentirse la parte que lo hizo; en el segundo evento, el consentimiento de uno de los litigantes, no puede romper dentro del juicio, el acto procesal de desistimiento, que tiene todas las características de un negocio jurídico procesal, dado que los intereses opuestos de las partes quedan conciliados con la declaración de la voluntad del actor de dejar sin efecto el juicio y la aceptación del demandado.

Visto lo anterior, a continuación pasaremos a estudiar los efectos jurídicos que operan ante la falta de impulso procesal manifestada en la inactividad procesal.

## CAPITULO II

### CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA INACTIVIDAD PROCESAL

Sumario: 2.1. Preclusión; 2.2. Cosa juzgada; 2.3. Caducidad de la instancia.

Hemos analizado en el capítulo anterior, la actividad procesal y las instituciones que regulan su desenvolvimiento en la secuela procesal; asimismo, vimos posteriormente la hipótesis opuesta, es decir, la inactividad procesal que, según señalamos se manifiesta, por una parte, de manera genérica, paralizándose el proceso, o por otro lado, de forma específica, en conductas omisivas de las partes.

En este último tipo, suelen señalarse por la doctrina como efectos generales de la omisión, la preclusión, la cosa juzgada y la caducidad de la instancia, temas que en seguida explicaremos intentando relacionar sus principales características con nuestro tema central, esto es, el impulso procesal.

#### 2.1. Preclusión.

El proceso, en su estructuración formal, no es un conjunto amorfo, e indefinido de actos o episodios, sin motivo ni orientación; es un método de



debate que se halla regulado por normas cuyos efectos tienden a estabilizar las decisiones que se pretenden con la actuación de la ley, asegurando un orden del desarrollo de la relación procesal que metodiza y racionaliza las actividades procesales en la más pronta y eficaz obtención de su resultado en la sentencia definitiva.

Se observa entonces en los diversos sistemas procesales la aspiración de lograr la debida celeridad del proceso y transformarlo, consecuentemente, en un instrumento eficaz que concluya en un término razonable y mesurado, de modo de evitar los posibles perjuicios que puede provocar un juicio excesivamente prolongado que reconozca un derecho en forma demasiado tardía. (234)

Para suprimir la lentitud desesperante de algunos procesos, las distintas legislaciones recurren a medidas o principios que rigen la estructura y desenvolvimiento de la relación jurídico procesal actuando a manera de pautas directrices o inspiradoras del sistema, explicando o modelando su lineamiento y sus distintas soluciones, todos ellos tendientes a sancionar las dilaciones que se observan en su tramitación provocadas por negligencia o mala fe de las partes litigantes.

El ordenamiento jurídico no se limita a regular cada una de las diferentes actuaciones procesales, su forma y su conjunto, sino que regula su sucesión en la relación procesal; de aquí nace un orden legal en los

---

(234) Pecchi Croce, Carlos. "Algunas consideraciones sobre la preclusión", Revista de Derecho. Concepción Chile, septiembre-diciembre de 1973, año XL, no. 160, p. 16.

actos procesales.

Se trata de que los actos sucesivos que componen su curso, avancen y se incorporen en el orden previsto y sin retrocesos, de modo que sus efectos queden fijados de un modo irrevocable y puedan valer de sustento a las futuras actuaciones y es precisamente porque durante toda la secuela del proceso el juzgador dicta resoluciones que tienden a encauzar en debida forma la actividad procesal; algunas tienen importancia para el desarrollo del proceso, para el esclarecimiento de la verdad o para la fundamentación de las sentencias, en tanto que otras tienen una influencia menor en el proceso.

Una de las armas que más presta ayuda para el logro de estos anhelos o fines de regularidad, de precisión, de economía y de certeza judicial, es la incorporación de la institución de la preclusión, que se alza contra toda reiteración ulterior, fuera de tiempo y de lugar.

La preclusión -del vocablo latino praeclusio- pertenece a la más antigua tradición del proceso; es un instituto que en sus diversas aplicaciones, da al proceso no sólo firmeza y precisión, sino también un orden lógico; es una regla procesal y, como tal, una especie de metodología fijada por la ley para servir de guía a quien quiera pedir justicia: casi podría decirse, el manual del litigante que le enseña cómo se debe comportar ante el juez para ser escuchado por éste (235), y justamente concurre para

---

(235) Calamandrei, Piero., citado por García Rosas, Rodolfo. "La Preclusión en el Proceso Civil mexicano", Anales de Jurisprudencia. México, Comisión especial de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, noviembre-diciembre de 1947, segunda época, año XV, tomo LV, p. 216.

afianzar dicho resultado haciendo que el impulso procesal adquiriera sentido y eficacia.

Para comprender el concepto de la moderna o actual preclusión conviene referirse primero a los diversos sistemas de proceso.

Nos recuerda Robert Wyness Miller (236) que un sistema procesal, puede, a su discreción, establecer o no la división vertical de la causa en fases, en cada una de las cuales corresponde adoptar determinadas medidas procesales. Cuando con arreglo a la ley, el procedimiento está articulado en tal forma, dícese que impera en él el principio de orden consecutivo legal. En cuanto no prescriben las leyes dicha articulación, rige el principio de orden consecutivo discrecional.

En el derecho antiguo, los procesos no tenían, primitivamente una mayor organización porque obedecían en su desarrollo y desenvolvimiento al principio de la libertad procesal o de la unidad de la causa, que expresa que las partes en juicio pueden presentar sus alegaciones y pruebas, siendo posible volver o retroceder a etapas ya cumplidas, según surja la necesidad, hasta el momento de la sentencia.

A este respecto, nos dice W. Kisch que el procedimiento no estaba sujeto a amarres rígidos, sino que se dejaba adaptar a las necesidades del

---

(236) Wyness Millar, Robert., citado por Eisner, Isidoro. Voz "Preclusión", Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires Argentina, Driskill, 1991, tomo XXII, p. 781; asimismo en "Preclusión", La Ley. Buenos Aires Argentina, 3 de junio de 1965, p. 2.

caso concreto, es decir, que la actividad procesal se ejercitaba en cualquier período, sin determinación de tiempo ni de lugar. Las partes litigantes de un juicio están facultadas para realizar una determinada actividad procesal en cualquiera de los distintos períodos o fases de un proceso. Por ello el proceso no estaba, ni podía estar, dividido en secciones diferentes; no consistía en una articulación de diferentes períodos, con un destino o un fin para cada sección o cada período, sino que era una sola entidad, un solo cuerpo, una relación simple, y por eso los autores alemanes le llamaban estado de la unidad o de la indivisión. La unidad de la substanciación del proceso, tenía sin embargo un límite que era la declaración del tribunal de que la causa estaba suficientemente instruida y llamaba a los autos para dictar sentencia. (237) Evidentemente este principio resulta inaplicable en la práctica, ya que su incorporación en un código procesal traería consigo una manifiesto desorden y un natural trastorno en el desenvolvimiento de toda controversia jurídica.

La división del proceso en dos grandes fracciones se hizo, después, permanente y general, resultado de las prescripciones de la ley germánica acogida más tarde por la ley canónica que la primera parte comprendía todas las alegaciones de los interesados hasta que se dictaba la sentencia probatoria, y la segunda parte, las pruebas y contrapruebas hasta la sentencia definitiva. Desaparecía con esa fijación previa de la línea divisoria, un motivo de preocupación ante la inseguridad del momento,

---

(237) Kisch, W., citado por Grave, Desiderio. "La Preclusión", Revista Jurídica Veracruzana. Xalapa Veracruz, México, Órgano del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz, enero-febrero de 1960, tomo XI, no. 1, p.12.

incierto y desconcido, en que se dictaría la indicada sentencia probatoria. Pero aparecía otro. Los litigantes no podían producir en la segunda sección nuevas pruebas sino que refutar las alegaciones que habían sido hechas por el adversario en el primer período; y, naturalmente, ignorando cómo eran dichas alegaciones, se lanzaban a ofrecer todas las pruebas posibles, inútiles algunas, contradictorias otras, en amplísima previsión, por lo que pudiera ocurrir, in omnen eventum. A este sistema se le denominó de la eventualidad. (238)

Los principios fundamentales del derecho romano pasaron, al través de la obscuridad del medioevo, hasta el moderno en lo que se refiere a la construcción de procesos; pero fue sobre todo la influencia de la ley germánica con su meticuloso y solemne formalismo la que dominó sensiblemente para que se dividiera y clasificara el proceso en términos distintos, cada uno de ellos predestinado ya a un acto o actividad, dentro de un orden riguroso e inflexible y si la parte dejaba de actuar en el tiempo prescripto, quedaba impedida de hacerlo después. Es el sistema que regía en el derecho italo-canónico y que está generalizado en la actualidad: el sistema de la preclusión.

Se puede decir que desde la época de las acciones de la ley y del período formulario, en el derecho romano aparece la institución de la preclusión, aunque claro está, no con los efectos tan amplios y definidos que tiene en el proceso moderno. En efecto, en el proceso romano, existían

---

(238) Carnelli, Lorenzo. "La Preclusión", Anales de Jurisprudencia. México, Comisión especial de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, julio-septiembre de 1937, segunda época, año V, tomo XVIII, p. 154.

dos períodos que marcaban la separación entre ius y iudicium; a la primera fase (in iure), terminaba con la litis contestatio, y después de ella no podía ser cambiado ninguno de los elementos reales o personales del proceso. No era admitida, en efecto, ante el juez (in iudicio) ninguna modificación ni en la pretensión del actor, ni en las excepciones del demandado; con ello quedaba establecido: que la acción elegida por el demandante era la acertada, que el demandado había negado el derecho del actor y que, la controversia debía desenvolverse dentro de ciertos límites, es decir, las facultades de las partes quedaban por decirlo así, precluidas una vez que tenía lugar la litis contestatio.

Más tarde las acciones de la ley fueron reemplazadas por el procedimiento formulario, llamado así porque el magistrado redactaba y entregaba a las partes una fórmula, es decir una especie de instrucción escrita que indicaba al juez la cuestión que se tenía que resolver. Al entregar el pretor la fórmula a las partes quedaba determinado definitivamente el ámbito de la controversia, ni los elementos del reclamo formulado ni la base de la defensa eran susceptibles de ser modificados. (239) Pero con el advenimiento del sistema del libelo y la desaparición de la distinción entre ius y iudicium el procedimiento llegó a ser unitario.

Una primera aplicación de lo que más tarde se concretó en el principio llamado de la preclusión estaría representada, en la antigua ley germánica, que, como ya señalamos, con su solemne formalismo en lo en lo que se refiere a la formación de los procesos, contribuyó para que el

---

(239) García Rosas, Rodolfo. Ob. cit. p. 218.

proceso se dividiera y clasificara en períodos distintos, en términos distintos, cada uno de ellos predestinados, ya a un cierto y determinado acto o momento procesal y todos dentro de un orden riguroso e inflexible. Cuando existen tales fases, puede regir o no la regla de que una medida particular ha de realizarse dentro del término que le corresponde, o no puede ejecutarse en lo absoluto. Si gobierna este principio, se habla de la existencia de preclusión por fases.

Este sistema es el actual. Nuestro proceso y el de la mayor parte de los países latinos, tienen reglamentado el procedimiento judicial de modo tal que el desarrollo de la relación procesal se halla como dividido en fases o etapas que indican que los actos procesales deben ejecutarse en un orden determinado, porque cerrado cada uno de ellos, por su transcurso o por la consumación de los actos correspondientes, se pasa al período siguiente sin poder volver atrás y por tanto su ejecución resultaría ineficaz. (240)

Así, el paso de un período al siguiente supone la clausura del anterior de tal manera que los actos procesales ya cumplidos queden firmes y no pueda volverse sobre ellos. Esa es precisamente la consecuencia del sistema de la preclusión. El efecto que tiene un principio procesal de clausurar el anterior y de que dicho período anterior quede firme, es decir que permite que el proceso avance, pero no le permite retroceder. Si la preclusión no cerrara, no clausurara el período, no se conseguiría toda la fuerza de la estabilidad necesaria para llegar a la sentencia definitiva. Es decir, la normalidad del proceso con sus características de precisión y

llegar a la sentencia definitiva y para que esta sentencia conquistara su indispensable eficacia. Es decir, la normalidad del proceso con sus características de precisión y eficacia se realiza precisamente con la firmeza de las decisiones y con la clausura de cada uno de los períodos procesales.

La preclusión por tanto, está impuesta por la necesidad de la organización jurídica en cuanto procura el perfeccionamiento de las fases del proceso y precisamente tiende al desarrollo de la relación procesal. De esta manera el proceso avanza hacia su culminación en la sentencia donde se produce la clausura definitiva de toda discusión y de toda actividad referente al asunto controvertido.

Ahora bien, no obstante que el principio o la idea de la preclusión tuvo aplicación tanto en el proceso germánico como en el romano, la elaboración doctrinal de la institución y el empleo del término preclusión son relativamente modernos y se debe fundamentalmente a la doctrina alemana, en especial a Oskar Bülow y posteriormente se desarrolla con más amplitud por los autores italianos, y es en verdad Giuseppe Chiovenda quien estudió más a fondo esta institución y quien tiene el mérito indiscutible de haber aclarado, precisado y difundido el concepto de preclusión. (241)

Todo proceso, cual más, cual menos, y también, por consiguiente, el nuestro, para asegurar la precisión y rapidez en el desenvolvimiento de los actos judiciales, establece límites al ejercicio de determinadas facultades procesales, con la consecuencia siguiente: fuera de esos límites, esas

---

(241) Carnelli, Lorenzo. "La preclusión...". 155.



facultades ya no pueden ejercitarse. Chiovenda ha dado a esas consecuencias el nombre de preclusión, empleando un bello término de las fuentes, que se encuentra usado, propiamente con el significado en que lo tomé, en la poena preclusi del Derecho común, salvo que en la preclusión moderna se prescinde naturalmente de la idea de la pena. (242)

Esto último nos lleva a recordar que las partes tienen derechos y cargas frente al juez y entre sí, y que el principal derecho es el de instar el proceso realizando todos los actos del impulso procesal, o sea, los dirigidos a conducir adelante el proceso, derecho que corresponde por igual a ambas partes.

Lo cual quiere significar que los conceptos de preclusión e impulso procesal explican en gran medida el mecanismo del proceso; éste es un organismo sin vida propia, que avanza justamente en virtud de los actos del procedimiento. La fuerza externa que los hace avanzar, que lo mueve, hemos dicho, se llama impulso procesal. Este impulso procesal vinculado con la institución de los términos, los cuales establecen un límite en el tiempo a los actos procesales, y además con el principio a que nos referimos de la preclusión, el cual establece un orden sucesivo entre los diversos términos, hacen posible el desenvolvimiento progresivo del proceso.

Podemos entonces comprender que el impulso procesal carecería de objeto si no existiese el principio de la preclusión, pues de lo contrario los actos procesales podrían repetirse inútilmente y el proceso no avanzaría; pero tampoco la preclusión por sí misma puede ser considerada

---

(242) Chiovenda, Giuseppe. ob. cit. Tomo III, p. 300.

suficiente, ya que no se pasa de un período del proceso a otro período mecánicamente, sino por efecto y como consecuencia del impulso procesal.

En la tramitación de los juicios, en los procesos en general, no sólo están interesadas las partes correspondientes, sino que la comunidad, el Estado tiene interés en la justa eficaz y rápida solución de los litigios. El Estado tiende a la definición de la litis por la vía más rápida y con el mínimo posible de actividad procesal. El Estado tiene prisa en liberar a sus propios órganos del peso y de la responsabilidad del proceso. Por ello, los ordenamientos procesales contemplan la posibilidad que las partes puedan aportar todo el material de conocimiento que haga a sus derechos, es decir, puedan levantar las cargas procesales. Pero, aparte de ello, y teniendo en cuenta criterios de orden, regularidad, seguridad, economía procesal y rapidez en los procesos, se los ha reglamentado a éstos de tal manera que, sin impedir a las partes el ejercicio de su derecho, se ha puesto un límite para la realización de los actos de las partes. (243)

Esto quiere decir que la preclusión también está en estrecha relación con el concepto de carga procesal, determinando ese momento culminante, pues se encuentra al final de la carga procesal, para impedir que después de los límites fijados por la ley, sea posible, jurídicamente hablando, que se libere o cumpla con la carga procesal, es decir, ya no se puede realizar el acto procesal y, por consiguiente, ya sea el actor o el demandado, no pueden evitar las consecuencias perjudiciales a que se expusieron por no haberse

---

(243) Loutayf Ranea, Roberto G. "Preclusión del período probatorio y negligencia en la producción de la prueba", Revista procesal. México, 1974, año 3, no. 1, p. 41.

exonerado de las cargas procesales. (244)

Bien se puede afirmar que la consecuencia común a todos los supuestos de inactividad, que coincide siempre con el hecho de no desembarazarse de una carga es sin dudarlo: la preclusión, que lleva consigo que el desaprovechamiento de una posibilidad no pueda repararse, desde que la situación procesal (entendida ésta como el estado de un asunto definido por el conjunto de expectativas procesales, de las posibilidades de las cargas y de liberaciones de cargas de cada una de las partes) a que el acto omitido o revocable, ya no existe, sino lo que hay es una nueva situación procesal.

Completando el panorama que hemos mostrado de la institución jurídica que nos ocupa, podemos mencionar también que ésta no sólo se manifiesta en la división del proceso en períodos, en cada uno de los cuales deben realizarse actos procesales que no pueden practicarse en otros, o bien fuera de los términos señalados por la ley, sino que además tiene lugar cuando los actos procesales deben ejecutarse en un orden determinado porque de lo contrario resultarían ineficaces; y aún la preclusión se verifica cuando se ha efectuado ya algún acto procesal que impide -según la ley- el cumplimiento de otros actos determinados.

Por ello, la preclusión, como principio ordenador del desarrollo de la relación procesal, resulta de gran utilidad práctica en el proceso en que se da, en cuanto es necesario establecer un límite a la posibilidad de discusión, operando así, aun en contra de la voluntad o del consentimiento

---

(244) García Rosas, Rodolfo. Ob. cit. p. 264.

de las partes (245).

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por preclusión?. Examinaremos a continuación cuál es el alcance del vocablo que nos interesa, pues importa grandemente a los fines de determinar, no sólo la estructura de la institución, sino su desenvolvimiento funcional.

La palabra preclusión que ha sido tomada del idioma italiano, viene del latín praecludo que significa cerrar delante de uno, cerrar, cortar, impedir, estorbar la entrada o paso. Así praeclusio significa en latín la acción de cerrar, encerrar, impedir o cortar el paso y de ella derivan otras como praeclusor que significa el que cierra la entrada o paso; praeclusus, que es cerrado, impedido, cortado, estorbado. Es decir, la etimología contiene dos voces: Prae que quiere decir antes y claudo que significa cerrar. La voz latina preclusión ha sido incorporada al idioma italiano y al través de toda la literatura jurídica, sin embargo, la

(245) En el proceso o juicio arbitral las partes pueden fijar la preclusión de sus actos procesales, para el caso, verbigracia, de que éstas no los realicen dentro del término señalado para tal efecto. Esta conclusión se desprende de los términos del artículo 619 CPCDF que establece que: "Las partes y los árbitros seguirán en el procedimiento los plazos y las formas establecidos para los tribunales, si las partes no hubieren convenido otra cosa..."; de igual forma, en el juicio convencional, las partes pueden establecer la preclusión, dado los términos de los artículos 1051, 1052 y 1053 fracción III del Código de Comercio vigente. (García Rosas, Rodolfo. Ob. cit. pp. 224 y 225).

denominación que nació calificando los efectos de dicha voz, se extendió hasta abarcar también las causas y, por ello, el término tiene un doble sentido, el conceptual y el etimológico propiamente dicho. (246)

Etimológicamente, para Couture (247), se trata de un modernismo jurídico del siglo XX, tomado del inglés preclusión, que, conjuntamente con el verbo to preclude, fue tomado sobre el latín praecludio -ere y su nomen actionis praeclusio, -nis.

La palabra preclusión se usa poco en el lenguaje forense y dado que la vigésima edición del Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española seguía sin reconocer dicho término, algunos procesalistas estimaban no se consideraba justificada técnica ni gramaticalmente, arguyéndose ser palabra ajena al elenco gramatical de la lengua española.

Ahora, la vigésima primer edición del citado diccionario define la palabra preclusión de la siguiente forma:

"Preclusión: (Del lat. praeclusio, -onis,) f. Der. Carácter del proceso, según el cual el juicio se divide en etapas, cada una de las cuales clausura la anterior, sin posibilidad de replantear lo ya decidido en ella." (248)

---

(246) Grave, Desiderio. Ob. cit. p. 5.

(247) Couture, Eduardo J., citado por Lozano-Higuero Pinto, Manuel. "Apuntes sobre la preclusión y su función saneadora de las nulidades procesales". Justicia. España, 1986, no. 4, p. 846.

(248) Real Academia Española. Voz "Preclusión" Ob. cit. p. 1173.

En la doctrina jurídica varios autores han definido a la preclusión en distintas formas y es notorio que no existe un concepto único, ya que ésta manifiesta sus efectos en distintas circunstancias y bajo diversas modalidades, pese a lo cual su fisonomía no carece de individualidad por razón de las notas propias que valen para advertir su vigencia.

Desde Chioventa (249) se ha venido considerando un concepto de preclusión que halla su esencia en la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal por el solo hecho de haberse alcanzado los límites señalados por la ley para el ejercicio de esa facultad en el juicio o en una fase del juicio.

Por su parte, Piero Calamandrei (250) manifiesta que la preclusión es la pérdida del poder de realizar un determinado acto procesal cuando no haya sido realizado en el término o en el orden prescrito.

Cuando por la ley, nos dice Ricardo Reimundín (251), la falta de ejercicio o el indebido ejercicio del acto procesal dentro del orden señalado, trae aparejada la extinción de la etapa respectiva, rige en este caso el principio de preclusión; el proceso, según este sistema debe desarrollarse en forma sucesiva, por etapas, impidiendo la ley el retroceso de los actos procesales que se han ejecutado o que debían ejecutarse en la oportunidad fijada por la ley.

---

(249) Chioventa, Giuseppe. Ob. cit. Tomo I, p. 436 y tomo III, p. 300.

(250) Calamandrei, Piero, citado por García Rosas, Rodolfo. Ob. cit. p. 212.

(251) Reimundín, Ricardo., citado por Loutayf Ranea, Roberto G.  
"Preclusión...". p. 40.

La idea de la preclusión corresponde a un efecto, a una consecuencia, producida, siguiendo a Chiovenda (252), por el hecho de: 1. No haberse observado el orden señalado por la ley para el ejercicio de una facultad procesal, como los términos perentorios, la sucesión legal de actuaciones o de las excepciones; 2. Haberse realizado un acto incompatible con el ejercicio de la facultad, como la proposición de una excepción incompatible con otra, o se lleva a cabo un acto que está en pugna con algún recurso que pueda interponerse; y 3. Haberse ejercitado ya válidamente una vez la facultad procesal, porque en este caso se aplica el principio de la consumación procesal, según el cual una facultad no puede ejercitarse dos veces.

Esto es, con el propósito de obtener que el proceso se desarrolle en forma ordenada, rápida y precisa, a toda facultad procesal se le señala un límite para su ejercicio, límite que es determinado o por el transcurso de un plazo o por la realización o no de un determinado acto. Una vez alcanzado ese límite preestablecido por la ley para el ejercicio de esa actividad, el acto está interrumpido o extinguido, es decir, está precluso y, consecuentemente esa actuación no puede ya cumplirse.

El concepto de preclusión comprende dos caracteres llamados, uno negativo y el otro positivo, consistente el primero como la condición de una determinada actividad no realizada en su oportunidad (ni antes, ni después), que no puede desenvolverse por un obstáculo jurídico que se opone a su libre expansión; el carácter positivo de la preclusión consiste en que no permitir se repitan conductas ya realizadas.

---

(252) Chiovenda, Giuseppe. Ob. cit. Tomo III, pp. 300 y 301.

Después de examinar la preclusión que se produce con la sentencia definitiva, que cierra toda discusión en el proceso (cosa juzgada formal) como fuera de él (cosa juzgada material), el maestro Chioventa nos advierte que la preclusión de cuestiones no se presenta sólo en el momento final, como medio para garantizar la intangibilidad del resultado del proceso, sino que aparece también durante el proceso, a medida que en su transcurso, las diferentes cuestiones son decididas y eliminadas.

Chioventa (253) nos dice que la preclusión obra en dos momentos:

a. Antes de la sentencia del juez, mediante la fijación de un punto hasta el que es posible, y más allá del cual no lo es, introducir nuevos elementos de conocimiento, proponer nuevas alegaciones, nuevas peticiones y excepciones. El punto hasta donde cabe esta posibilidad, es aquel en que el juez declara cerrada la discusión del juicio con la fórmula 'concluso para sentencia', (nuestra jerga judicial dice 'citación para sentencia').

Aplicada sucesivamente dentro del proceso, la institución que analizamos forma una serie de pequeñas conclusiones formales, o verdaderos puntos de apoyo de la relación procesal en los cuales se asienta la anterior situación para comenzar una nueva, levantando una barrera hacia el futuro (no substancialmente, como la cosa juzgada, en la que está la suma preclusión).

b. Después de la sentencia mediante la fijación de un término para las impugnaciones admitidas contra ella y, de igual manera, sucesivamente en el



juicio posterior de impugnación y después de recaída sentencia en éste. Aquí opera la preclusión, la máxima preclusión, cuyo efecto es impedir la renovación de las cuestiones planteadas, y, por tanto, de modificar el contenido de la sentencia: es lo que se llama cosa juzgada formal.

En el CPCDF encontramos la preclusión, aunque no de una manera expresa; implícitamente se refiere a ésta cuando expresa en su artículo 133 que "Una vez concluidos los términos fijados a las partes, sin necesidad de que se acuse rebeldía, seguirá el juicio su curso y se tendrá por perdido el derecho que, dentro de ellos, debió ejercitarse." (En ese mismo sentido véanse los artículos 1078 del Código de Comercio y 288 del Código Federal de Procedimientos Civiles).

Como se aprecia, el citado numeral no agota la materia de la preclusión, dado que aquélla no opera tan sólo a virtud del transcurso del tiempo, sino también en función de oportunidad, acción y omisión. Allí se trata de preclusión temporal y nada dice de las otras manifestaciones de la misma.

En otros apartados del citado ordenamiento también encontramos la preclusión, al exponerse en algunos de sus artículos, que para interponer el recurso de apelación de sentencia definitiva se fijan cinco y tres días para recurrir autos, celebración de juntas, exhibición de documentos; optado uno de los medios para promover una competencia no se podrá abandonarlo y recurrir al otro q, emplearlos sucesivamente; que deben interponerse las recusaciones desde que se fije la controversia hasta diez días antes de dar principio a la audiencia de ley; que la contestación de la demanda deberá hacerse dentro de los nueve días que sigan al emplazamiento; las pruebas se

deberán ofrecerse dentro de los diez días que sigan al auto que manda abrir el juicio a prueba, etcétera (Encontramos excepciones a tal principio en los artículos 98, 248, 251, 260, 294, 638, 647, 705 CPCDF, entre otros).

En términos de Chioyenda, hemos mostrado en líneas antes las causas por las que opera la preclusión, resultando fácil observar que si bien es cierto que la hipótesis que con mayor frecuencia se presenta en la práctica como causa de la preclusión es el transcurso de un término, sin haber cumplido dentro de él un determinado acto procesal, no es menos cierto que ésta constituye sólo una de las diversas especies de la preclusión. Analizaremos a continuación las principales manifestaciones que puede asumir o adoptar la preclusión.

a. La primera posibilidad de preclusión guarda íntima relación con el tiempo. El tiempo tiene una influencia decisiva en el proceso. Los actos procesales se llevan a cabo dentro de determinados límites temporales que se denominan términos.

En efecto, ya sabemos que toda contienda judicial se desenvuelve a través de una serie de actos que deben producirse, siguiendo un orden lógico preestablecido, en el término que la ley señala para cada uno de ellos. Es decir, toda facultad procesal debe ejercitarse en un determinado lapso.

Es de la mayor importancia en el proceso, la distinción entre los términos destinados a asegurar la posibilidad de realizar ciertos actos y aquellos destinados a acelerar el proceso, o sea a evitar que se entorpezca o se paralice, por lo cual su vencimiento encamina necesariamente a la resolución final. A los primeros se les llama términos dilatorios porque

impiden que se haga algo mientras estén pendientes, o sea, impiden que algo se realice o que se pase a una nueva fase procesal mientras no se extingan. A los segundos se les llama perentorios debido a que por lo general impiden que algo se realice después de vencidos. Es decir, que puede decirse que unos son de efectos suspensivos o dilatorios y los otros de efectos acelerativos o perentorios según el momento que se considere del desarrollo procesal. Predomina el carácter dilatorio en los términos destinados a realizar actos indispensables para la seguridad del proceso, tales como el señalado para el ofrecimiento de prueba (artículo 298 CPCDF). El carácter perentorio se destaca en aquellos destinados a la aceleración de la actividad procesal, y a veces es tan marcado dicho carácter que sólo se conceden minutos (como se hace en el artículo 579 CPCDF). Precisamente a esto términos perentorios se da también el nombre de términos preclusivos, aunque esta institución, no sea un calificativo propio de los términos. (254)

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 (pues los diversos estadios del proceso suponen cada una la terminación del anterior). Por lo que podemos decir ahora, que la preclusión tiene una vinculación muy estrecha con el tiempo como factor determinante de la oportunidad de los actos procesales.

De igual forma, podemos decir que de la misma manera que el impulso procesal no se identifica con la preclusión pero de ésta sí se revela o descubre su acción, de la misma manera el término no es la preclusión sino

---

(254) Grave, Desiderio. Ob. cit. p. 19.

el medio para que ésta se exteriorice; de ahí la íntima relación que existe entre estas figuras del derecho.

Ahora bien, el transcurso de un término sin haberlo aprovechado para cumplir una determinada actividad, precluye la oportunidad para llevar a cabo ese acto en perjuicio de la parte que debía realizarlo. Ninguna actividad procesal puede producirse más allá del plazo fijado por la ley para su ejercicio, por haberse cerrado la etapa destinada a ello según la estructura articulada del proceso que consagra la ley. (255)

Por tanto, los términos señalados para el ejercicio de los actos procesales constituyen una garantía dentro del proceso para evitar que tanto las partes como los tribunales ejecuten los actos procesales a su arbitrio. Su observancia beneficia a las partes pues el proceso se desarrolla conforme a su secuela legal.

b. Otra manifestación de la preclusión en la vida del proceso consiste en regular el orden en que ha de desarrollarse el juicio y en precisar la oportunidad en que deben promoverse las cuestiones procesales, sean éstas de forma o de fondo.

En un proceso preclusivo las actuaciones deben seguir un orden lógico, derivado, como es de suponer, del mismo orden que impone la relación procesal, como que las reglas procesales son en sustancia una especie de metodología fijada por la ley, para servir de guía a quien quiere pedir justicia; por lo tanto, a la demanda, debe suceder la contestación, o entre

ambas actuaciones, un término para hacer valer las excepciones dilatorias; a la contestación de la demanda debe seguir el período de prueba; cuando se ha pasado a la etapa de los alegatos ha quedado cerrada automáticamente la probatoria. Después de haber alegado es imposible, en virtud del principio preclusivo volver hacia atrás y hacer prueba sobre algo omitido anteriormente, dado que, importaría realmente, el retroceso del juicio. Y éste -como dice Couture- es una relación continuativa y en marcha desde la demanda hasta la sentencia. (256)

Para lograr este objetivo de que las actuaciones se vayan desarrollando en un orden lógico establecido, todo proceso preclusivo debe adoptar en forma indispensable el principio de la eventualidad, según el cual es menester introducir de una sola vez, por un acto único y en su debido orden de prioridad, todos los medios de ataque o de defensa que sean propios del período procesal que se está desarrollando; todo ello en previsión, in eventum, de que los primeros propuestos fueren desestimados.

En otros términos, el interesado debe deducir en forma simultánea, no sucesiva, diversas pretensiones o defensas, aun cuando sean incompatibles entre sí, para que en el evento de que no sea acogida alguna o algunas de ellas, puedan lograr éxito la o las restantes. Si estos medios de ataque o de defensa de que dispone el actor o el demandado no se deducen conjuntamente en la correspondiente actuación, precluye el derecho de

---

(256) Couture, Eduardo J., citado por Wáshington, Abdalá. "Tachas y preclusión en el juicio de alimentos", Revista de Derecho, Jurisprudencia y Legislación. Montevideo Uruguay, noviembre de 1948, año XLVI, no. 11, p. 164.

postular otros nuevos con posterioridad. (257) (Artículo 275 CPCDF).

Es evidente que en muchos casos se justifica razonablemente la acumulación de acciones o de defensas, cuando ya no se trata de afirmar hechos contradictorios entre sí, sino sólo distintos enfoques de derecho para sustentar diversas posturas jurídicas, susceptibles cualquiera de ellas de lograr favorable acogimiento. (258)

Todo esto significa que el acto procesal debe realizarse en un modo, en una forma determinada -sin retrocesos ni contradicciones- y de manera integral o sea sin la posibilidad de volver a ellos para mejorarlos o precisarlos y su inobservancia traerá consigo la ineficacia del acto (nulidad o inexistencia) o la imposibilidad de cumplir un acto en el futuro, es decir, la nulidad del acto o el decaimiento del derecho. (259)

Se podrá decir, que la necesidad de que el procedimiento se desenvuelva con sujeción a reglas preestablecidas, a formas determinadas, tiene como inconveniente la de que trae como consecuencia una demora en la tramitación de los procesos, porque en esta forma el derecho substancial resultaría sacrificado a las exigencias de la forma.

Con el propósito de superar los inconvenientes anteriormente señalados, el código procesal italiano adoptó el sistema de la preclusión de las deducciones en forma atenuada, no en forma rigurosa. Así, implantó en su

---

(257) Pecchi Croce, Carlos. Ob. cit. p. 19.

(258) Eisner, Isidoro. "Preclusión...", p. 782.

(259) García Rosas, Rodolfo. Ob. cit. p. 255.

articulado un sistema de preclusiones elásticas otorgando al juez las atribuciones para que no actúen las preclusiones en forma severa y drástica, ya que lo faculta para acoger las deducciones tardías en todas aquellas ocasiones en que adquiriera la certeza que razones superiores de la justicia así lo hacen aconsejable, y siempre que no pueda imputar una negligencia culpable a las partes litigantes. (260) Un legislador que aspire a que los jueces descubran y valoren la verdad material por cima de la verdad formal necesita, por modo imprescindible, pautar un plan de preclusión elástica. (261)

De la causa de preclusión que acabamos de explicar, es decir, el orden en que ha de desarrollarse el proceso, podemos decir que la preclusión se verifica, independientemente de todo término, cuando se efectúa, por ejemplo, si el actor en su demanda no fija todas las prestaciones que con motivo de la acción intentada reclama, pues entonces precluye su facultad para deducirlas más adelante, y lo mismo puede afirmarse del demandado que no se defiende o excepciona en su escrito de contestación a una demanda, en donde la confesión ficta es sólo uno de los efectos de la preclusión de orden.

c. Una tercera manifestación de preclusión en la vida del proceso es

---

(260) Pecchi Croce, Carlos. Ob.cit. p. 20.

(261) Medina, Ignacio. "Noticia acerca de la preclusión en el anteproyecto de Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales", Anales de Jurisprudencia. México, Comisión Especial de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, julio-septiembre de 1949, segunda época, año XVI, tomo LXII, p. 164.

que se relaciona con aquellas situaciones en que el legislador ha establecido una incompatibilidad entre dos actos procesales. Tiene lugar esta hipótesis en todos aquellos casos en que una disposición legal brinda a un litigante dos o más medios o vías para la consecución de un determinado objetivo, pero con la condición de que sólo puede emplear uno de ellos, es decir, la utilización de uno descarta automáticamente al o a los otros.

Esta nueva condicionante de la preclusión determina por consiguiente, la pérdida o extinción de una facultad procesal, por el ejercicio de otra actividad incorporada con la no escogida. (262)

La preclusión en este caso, o sea, cuando se ha realizado una actividad incompatible con el ejercicio de otra, se observa por ejemplo, aunque no se mencione la palabra preclusión, en el artículo 31 CPCDF que indica: "Cuando haya varias acciones contra una misma persona, respecto de una misma cosa y provengan de una misma causa, deben intentarse en una sola demanda; por el ejercicio de una o más, quedan extinguidas las otras." Otro ejemplo lo encontramos en lo dispuesto por el artículo 167 CPCDF que indica: "El litigante que hubiere optado por uno de los dos medios de promover una competencia, no podrá abandonarlo y recurrir al otro; tampoco podrá utilizarlo sucesivamente."

El ejercicio de una facultad incompatible con otra, lógicamente anterior, supone el no ejercicio de aquella, provocándose la preclusión al respecto.



d. Otra perspectiva de preclusión se relaciona con el principio de la consumación procesal por uso de la facultad procesal.

En efecto, una facultad procesal se extingue con su práctica, se consume con su ejercicio y no es posible pretender cumplir por segunda vez una actividad procesal ya ejercitada válidamente con anterioridad, aun sea con el pretexto de mejorarlo o integrarlo con elementos omitidos en la primera oportunidad.

Así por ejemplo, una vez contestada la demanda no se puede volver a formular o ampliar las defensas de fondo, aún en el caso de que no haya fenecido el término fijado por la ley para contestar. Lo mismo una vez presentado los alegatos o la expresión de agravios o su contestación, no es admitido volver sobre dichos actos por haber quedado precluida la facultad a la vez que el estadio en que ello podía efectuarse. Advertimos sin embargo supuestos de excepción para este último significado del instituto.

Con todas estas explicaciones a que hemos hecho referencia, podemos notar, desde luego que la institución jurídica de la preclusión tiene efectos en los actos de los sujetos de la relación procesal: sobre las partes con un alcance bivalente: desfavorable para una parte -pérdida de una facultad procesal para la parte que da origen a la misma, y favorable para la otra -adquisición o ganancia de un plus jurídico procesal con carácter inmediato para una de las partes, y mediato, además de objetivo, para la finalidad social del proceso. (263)

Asimismo, podemos afirmar que la preclusión tiene además efectos en los actos procesales del juez. Veamos cómo se realiza: En un juicio sucesorio en el que el juez dicta un auto de reconocimiento de herederos omitiendo uno de ellos no obstante de que en los autos, en el expediente, existen pruebas suficientes para no hacer dicha omisión. En este caso el juez ya no puede volver sobre sus propios pasos e indudablemente por el principio de preclusión que ha operado; es decir, la facultad del juez ya precluyó.

O bien, en un procedimiento, de cualquier género, supóngase que el juez resuelve un punto o una cuestión de fondo y pronuncia una interlocutoria que lo resuelva; si la misma no es atacada en tiempo por quien resulte perjudicado, queda firme, y tal facultad de recurrirla, indudablemente se encuentra precluida, puesto que el juez ya no puede volver a tratar el punto o la cuestión resuelta y con esto pueden ocasionarse serios perjuicios, porque esas resoluciones, en ocasiones influyen directamente en la sentencia que se dicte (recuérdese aquí que las sentencias interlocutorias producen la preclusión y no la cosa juzgada de las cuestiones a resolver en definitiva). Es indispensable, por lo mismo, que aquella parte a quien perjudique la interlocutoria, no deje transcurrir el término que concede la ley, para interponer el recurso que en su caso proceda. De esto nos habla elocuentemente el artículo 77 CPCDF. (264)

Advertimos sobre este punto que las cuestiones prejudiciales decididas en un litigio pueden ser siempre libremente discutidas en un litigio

---

(264) Rincón Cano, Joaquín. "La preclusión", Anales de Jurisprudencia. México, Comisión Especial de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, enero-marzo de 1941, segunda época, año IX, tomo XXXII, p. 467.

posterior, salvo disposición especial de la ley o voluntad de las partes.

Las resoluciones sobre cuestiones procesales, que no garantizan ningún bien de la vida fuera del proceso, sino que se refieren a una relación que se extingue en el mismo proceso, limitan su efecto a la relación procesal para que han sido dictadas, y no vinculan al juez en los procesos futuros.

A lo anterior puede hacer excepción solamente una disposición expresa de ley por razones de oportunidad práctica. Tenemos un ejemplo de ello en el artículo 137 Bis fracción III CPCDF, donde se dispone que, caducada la primera instancia, permanecen eficaces "...las resoluciones firmes sobre competencia, litispendencia, conexidad, personalidad y capacidad de los litigantes, que regirán en el juicio ulterior si se promoviere. Las pruebas rendidas en el proceso extinguido por caducidad podrán ser invocadas en el nuevo si se promoviere siempre que se ofrezcan y precisen en la forma legal." La ley ha querido aquí, por la economía de los procesos, que los materiales de la instancia caducada puedan ser utilizados en el nuevo proceso y, por consiguiente, distinto juicio que se constituya. (265)

Por todo lo expuesto, podemos afirmar que la institución que estudiamos es una de las connotadas características del proceso moderno, pues mediante ella se obtienen tres resultados procesales importantísimos: 1. Que el proceso se desarrolle en un orden determinado, lo que sólo se consigue impidiendo mediante la preclusión que las partes ejerciten sus facultades procesales cuando les venga en gana, sin sujeción a principio temporal alguno; 2. Que el proceso esté constituido por diversas fases,

secciones o períodos, cada uno de ellos dedicado al desenvolvimiento de determinadas actividades (en nuestro Derecho procesal, la formación de la litis, el ofrecimiento de pruebas, la rendición de ellas, los alegatos, la sentencia y después de ésta, la vía de apremio); 3. Que las partes ejerciten en forma legal sus derechos y cargas procesales con las debidas formalidades y requisitos, y no sólo dentro del término que para ello fija la ley. (266)

Con todas estas consideraciones va quedando delineada una idea del concepto que estamos estudiando y que, en casos se altera por causas que obedecen a otras razones valiosas, lo cual hace que no siempre sea tan riguroso y hermético como pudiera creerse.

En efecto, en cierta forma puede hablarse en nuestra legislación procesal de algunos casos de excepción a este principio. Así después de presentada la demanda y la contestación no se admitirán al actor ni al demandado respectivamente documentos, salvo en los casos en que éstos sean de fecha posterior a sus escritos o no hayan tenido antes conocimiento de su existencia o no los hayan podido adquirir con anterioridad por causas que no sean imputables a ellas (artículos 98 y 294 CPCDF). Correlativamente lo mismo puede afirmarse de las excepciones supervenientes (artículos 260, 273, 706 CPCDF).

También ya hemos visto que la parte que ha incurrido en rebeldía, si se presenta fuera del término probatorio, tendrá derecho a que se le reciban las pruebas que tiendan a favorecer su defensa (artículo 647 CPCDF).

De igual forma, sabemos que la nulidad de una actuación, debe reclamarse en la actuación subsecuente, pues de lo contrario aquélla queda revalidada de pleno derecho; esta disposición contenida en el artículo 77 CPCDF, hace excepción expresa de la nulidad por defecto en el emplazamiento, ya que si no le había corrido aún el término del emplazamiento al demandado, menos pudo correrle el de todas las resoluciones posteriores que se dictaron y por tanto no pudieron precluirse.

Resulta, pues, indudable la pertinencia de subrayar aquí la función relevante de la preclusión de nulidades en el seno del saneamiento procesal; pues por el paso de la oportunidad establecida para la impugnación de la nulidad, surge el efecto bilateral y contrapuesto de dicha institución: una parte hace dejación de un derecho impugnativo -pérdida-, en general de un medio de oposición, pero correlativamente la otra parte consolida o hace inatacable, válido, en fin, un acto viciado y sujeto, por tanto, a impugnación; por consiguiente, adquiere o accede a una situación mejor de su esfera procesal precedente -ganancia-. (267)

Hay pues un principio general de derecho que acepta la convalidación de las nulidades procesales, fundado en los postulados antes mencionados -certeza, seguridad, preclusión-. También se basa en que dichas nulidades deben ser opuestas por las partes y no de oficio por el juez, por lo cual se presume que al no hacerlo en tiempo, renuncian a invocarlas (268), y quedarán subsanadas éstas, a menos que sean legalmente insubsanables o que puedan perjudicar a terceros (artículo 272-G CPCDF).

---

(267) Lozano-Higuero Pinto, Manuel. Ob. cit. p. 850.

(268) Véscovi, Enrique, citado en Ibidem. p. 857.

Ahora bien, se ha cuestionado ¿qué efectos se producen cuando las partes, a pesar de haber ofrecido en sus escritos respectivos, las pruebas, que a su derecho competen, las cuales han sido admitidas por el juez, no se preocupan por desahogarlas en el plazo que concede la ley? Sabemos que el que ninguna prueba rinde para demostrar los fundamentos de su afirmación, tiene pocas posibilidades de que el juzgador, si se trata de la parte actora, dé por probada su acción, o si se trata del demandado, sentencie en el sentido de que éste ha demostrado las excepciones que en su caso haya hecho valer. Es pues indispensable que ninguna de las partes deje transcurrir este período probatorio, porque de lo contrario la preclusión producirá sus efectos, y no podrán desahogar sus pruebas.

Sin embargo sucede en ocasiones que por causas no imputables a alguno de los contendientes, las pruebas no pueden rendirse en el plazo concedido para ese efecto; tratándose por ejemplo de una prueba instrumental, en la cual la autoridad encargada de expedir determinado documento, no lo hace; o bien de una prueba pericial, que requiere una minuciosidad excesiva, en estos casos el juez, tiene expedito su derecho para mandar concluir las mencionadas pruebas, aún fuera del plazo concedido, señalando como efecto un término prudente por una sola vez y con conocimiento de las partes. (268)

Refiriéndose a esto último, Loutayf Ranea (269) nos explica que puede ocurrir que vencido el término probatorio, aún no haya avanzado a la etapa subsiguiente el proceso y agregar una prueba ofrecida y ordenada en término de manera que la otra parte del proceso pueda controlar y contradecir la

---

(268) Rincón Cano, Joaquín. Ob. cit. pp. 445 y 446.

(269) Loutayf Ranea, Roberto G. "Preclusión...". p. 48.

prueba de la contraria (artículo 101 CPCDF), y respecto de la cual se cumplieron los trámites fijados por la ley, en nada perjudica el desarrollo del trámite de la causa, porque no requiere ello la realización de nuevas diligencias; por una parte, si bien existe una demora, por otra, al no haber avanzado el proceso, el trámite del proceso no se ve afectado.

La fijación de un período probatorio y la preclusión consiguiente del mismo una vez vencido, tiene como fundamento la regularidad, seguridad, orden, economía y celeridad en el trámite de los juicios. Pero para aquellos supuestos en que aún vencido el término probatorio y precluido el mismo, no se vieran afectados estos valores con la producción de una prueba, debe estarse a favor de la producción de la misma, siempre que reúna todos los requisitos de validez -contradicción, publicidad- y no perjudique el trámite de la causa.

Corolario de todo lo expuesto es que la preclusión del término probatorio, no tiene efecto absoluto. En consecuencia, el diligenciamiento de la prueba, siempre que no hubiera habido negligencia de la parte interesada en su producción, es decir que no exista una demora injustificada en la producción de la prueba, debida a la inacción imputable a la parte interesada en la medida, que perjudique -su producción- el trámite regular del proceso. Si declaramos negligente a la parte en la producción de la prueba, aún sin causar perjuicio al trámite del proceso y tan sólo porque ha precluido el término probatorio, estaríamos haciendo perder a esa parte una prueba sin beneficio para nadie. En realidad beneficiaríamos a la contraria al negársele a la primera una prueba que, quizás, definiría su derecho.

Notamos que los efectos de la inactividad procesal pueden evitarse, cuando se trate de la omisión de un acto, realizando éste posteriormente, para subsanar la preclusión ya operada, pero en estos casos la ley exige determinados requisitos, es decir la prueba de que dicha inactividad no fue voluntaria, sino que se produjo a causa de fuerza mayor, justa causa, principalmente. Nuestro CPCDF nos da ejemplo respecto de estos casos en los ya citados artículos 98, 273, 294, 322, 647 CPCDF.

El agregar pruebas una vez fenecido el término para ello, es un tema que va a otro íntimamente vinculado: las diligencias para mejor proveer. En efecto, si para mejor proveer puede el juez decretar la recepción fuera de término de cualquier diligencia probatoria, parece ser que el principio de la preclusión puede sufrir una grave mengua que le quite por completo su fuerza y de ahí que se puede formular esta pregunta: ¿El artículo 279 CPCDF, infringe el principio de las preclusiones que estatuye el artículo 133 CPCDF?

La contestación es categórica: no; es tan sólo aparente la contradicción existente entre ambos preceptos puesto que la facultad concedida al juez para las diligencias de mejor proveer es muy restringida, muy limitada a aquellas situaciones jurídicas que se han presentado en el procedimiento con anterioridad y que no pueden ser desconocidas por el juzgador, el que en todo caso debe admitir la práctica de las nuevas diligencias probatorias sin lesionar el derecho de las partes, oyéndolas y procurando en todo su igualdad, es decir, que el juez debe respetar el principio de preclusión y la facultad judicial que le confiere el artículo 279 tiene por objeto el que todo tribunal pueda conocer de la verdad que le es posible, de acuerdo con el estado del proceso, esto es, sin menospreciar



aquellos derechos adquiridos por causa de la preclusión, es decir, sin lesionar el derecho de las partes a quienes el principio general de la preclusión y su aplicación al proceso concreto hubiere beneficiado, y si no lo hiciera así estaría violando precisamente el texto expreso de la última parte del mencionado artículo 279 que dice "...sin lesionar el derecho de las partes, oyéndolas y procurando en todo su igualdad." (270)

## 2.2. Cosa juzgada.

Desde la época clásica del Derecho romano hasta nuestros días, acontece con la cosa juzgada un fenómeno llamativo. Ha merecido particular atención por parte de tan competentes procesalistas en las distintas naciones que es tema obligado de toda obra general de Derecho procesal en razón de la especial significación del instituto que culmina con la vida del proceso y asegura el goce de su resultado en homenaje a la certeza del derecho y a la paz social, aunque por cierto, sus conclusiones no traducen una unidad de criterio y pensamiento, que según los más recientes estudios anotan una disparidad tal en la proposición de soluciones tan numerosas y elaboradas, que el replanteo del problema aparece como imprescindible, sin descartar la posibilidad futura de nuevos enfoques jurídicos.

La cosa juzgada es la cuestión que ha constituido el objeto de un juicio, en el cual el juez ha aplicado la norma general al caso concreto por medio de una sentencia en la que definitivamente se ha resuelto la cuestión litigiosa y contra la cual no cabe otro recurso que el extraordinario, con el que se otorga aquella defensa en los casos en que

---

(270) García Rosas, Rodolfo. Ob. cit. p. 276.

la sentencia no puede ser ya reformada por vía de apelación.

Por eso expresa con acierto Jaime Guasp (271), que la cosa juzgada es una creación del ordenamiento jurídico que, como tal, tiene sólo validez y vigencia dentro del ámbito público de éste y son precisamente los actos jurisdiccionales los únicos, entre las diversas formas de expresión de la autoridad pública, que llevan aparejada la eficacia de cosa juzgada.

Está claro, escribe David Lascano (272), que el contenido eminentemente procesal de la cosa juzgada se forma en ocasión del proceso, del que aquélla no es sino una de sus más importantes consecuencias; aunque sin desconocer que sus efectos trascienden del campo estrictamente procesal al dar certeza o estabilidad al derecho sustancial que ha sido materia de la litis. La relación jurídica declarada por la sentencia, ya no puede ser cuestionada en adelante, ni recaer sobre la misma un nuevo pronunciamiento judicial, dada la obligatoriedad tanto para el juez como para las partes, y la inmutabilidad, es decir que no se puede modificar la decisión, es lo que caracteriza la cosa juzgada.

A la formación de la cosa juzgada concurre, pues, la preclusión. Tanto una como otra están impuestas por la necesidad de la organización jurídica

(271) Guasp, Jaime, citado por Gómez Calero, Juan. "La cosa juzgada" Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid España, noviembre de 1969, año CXVIII, no. 5, p. 420.

(272) Lascano, David, citado por Ponz, Manuel Alberto. Voz "Cosa Juzgada" en Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires Argentina, Driskill, 1984, tomo 4, p. 972.

en cuanto ambas procuran el perfeccionamiento del proceso.

Si la preclusión no cerrara el paso, en cada tramo, a las nuevas deducciones que intentaran reproducirse, si lo que no adquiere autoridad de cosa juzgada en la resolución de las cuestiones que se plantean dentro del pleito pudiera discutirse indefinidamente, no se conseguiría toda la fuerza de estabilidad necesaria para llegar a la sentencia definitiva y para que esta sentencia conquistara su indispensable eficacia. La cosa juzgada no alcanza a ciertos períodos del procedimiento en cada uno de los cuales, sin embargo, queda fijado un punto de terminación; y la normalidad del proceso, con sus características de precisión y eficacia, se realiza precisamente con la firmeza de las decisiones que pasan en calidad de cosa juzgada y con la clausura de cada uno de esos períodos procesales. (273)

Así, la firmeza y estabilidad de las relaciones jurídicas sustanciales es el efecto normal y característico que se produce en el campo de las relaciones jurídicas procesales. Llega un momento en el que ya no se duda de la justicia de la decisión y por eso, en principio toda sentencia adquiere la autoridad de cosa juzgada si no ha sido atacada en la forma y los plazos de ley; en consecuencia, una vez que esos plazos han expirado, si contra ella no se han entablado las defensas que concede la ley, no se puede declarar nula, aun cuando se haya incurrido en irregularidades.

Es una regla generalmente aceptada la de que, la cosa juzgada impide obtener una nueva declaración entre las partes sobre el tema de la relación jurídica juzgada, pues fija definitivamente esta relación jurídica juzgada,

dando su fuerza (jurídica) al acto de declaración prestada por los órganos jurisdiccionales.

En lo que atañe al origen de la institución de la cosa juzgada, ésta tuvo lugar en el derecho romano anterior a Justiniano, en el que una vez formalizado el proceso, no era dado a las partes reiterar su demanda respecto de la misma cuestión resuelta, conforme al viejo principio bis de eadem re ne sit actio o más breve non bis in idem y así los romanos fueron los primeros que encontraron la forma de impedir que la sentencia pudiera revisarse.

Ese efecto principal de las sentencias firmes, de impedir su revisión y hacerlas inmutables, es lo que se designa con el nombre de cosa juzgada, que significa juicio dado sobre la litis.

Pero es necesario añadir que para el derecho primitivo y clásico, también la deductio in iudicium impedía repetir la acción primitiva cualquiera que fuese la suerte del proceso y ello con carácter de definitivo debido a la llamada consunción procesal que producía el cuasi contrato de la litis contestatio que se consideraba convenían las partes al acudir al juez y fijar la litis, que las obligaba a estar y pasar por la decisión que tomara, aceptando previamente que la sentencia era la verdad legal.

Es cierto que ya con el procedimiento formulario la consunción procesal no se producía ipso iure sino en supuestos determinados, pero en los demás ocurría ope exceptionis, pues el pretor extendió el principio otorgado contra la reiteración de una causa substanciada la exceptio rei in iudicium deductae. A ella se agregó más tarde, para los supuestos en que la primera

acción había terminado por sentencia sobre fondo, la excepción de cosa juzgada, dando lugar a la exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae. Esta fusión parece justificada por el amplio campo que fue común a ambas defensas, sin perjuicio del mayor alcance que conserva en el derecho clásico, la excepción rei in iudicium deductae. (274)

Los romanos no explicaron la razón por la cual atribuían a la sentencia los caracteres que se resumen en el concepto de cosa juzgada, sino que la admitieron como una exigencia práctica con fines casi iguales a los que persigue el derecho moderno, esto es, asegurar la certidumbre en el goce de los bienes.

Colocado el juez entre la ley y el pueblo, la finalidad del proceso era la actuación de la ley con relación a un determinado bien (res in iudicium deducta), lo que se realizaba mediante la sentencia; la res iudicata implicaba una ficción de verdad plasmada en el famoso texto de Ulpiano res iudicatae pro veritate habetur (debía tenerse por verdadero lo que el juez expresaba en la sentencia). Así, Tancredi, canonista y lógico profundo, comenta resueltamente: quia res iudicatae praeiudicat veritati. Por

---

(274) El derecho romano primitivo era sólo una rama de la religión. Resultaba de esta confusión que el poder de hacer las leyes y decidir los litigios pertenecía a la divinidad. En todos los casos estaba prohibido renovar el procedimiento. ¿Quién hubiere osado ofender a los dioses, formulando dos veces la misma cuestión?. De ahí el origen místico de la institución. Dumitresco, Jean., citado por Imaz, Esteban. "La esencia de la cosa juzgada", La Ley. Buenos Aires Argentina, 15 de mayo de 1953, p. 1.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO  
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO DE LA  
FACULTAD DE DERECHO

00781

25

2c

Vol 2

EL IMPULSO PROCESAL

TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE  
DOCTOR EN DERECHO  
PRESENTA  
CARLOS OCAÑAS BENAVIDES

México Distrito Federal a junio de 1995.

V. 2

tanto, la cosa juzgada hace desaparecer la verdad verdadera, y da vida a una verdad postiza, una verdad formal, una verdad jurídica. (275)

Diversamente, Biondo Biondi (276), afirma que para los romanos, más que para todos, hubiera sido falso hablar, a propósito de la cosa juzgada, de una ficción o presunción de verdad, ya que la misma era lo más concreto y real que se puede dar, en cuanto la sentencia no declaraba la existencia de derecho, sino que más bien creaba un derecho nuevo.

Esta misma idea de la ficción se encuentra posteriormente a las Partidas. Sin embargo, a lo largo de la Edad Media y por influencia del derecho germánico, la doctrina romanista de la ficción va siendo abandonada y la cosa juzgada comienza a ser concebida como una presunción iuris et de iure de verdad, que otorgaba a la decisión la característica de la inmutabilidad, descartándose toda posibilidad de entrar a efectuar un nuevo examen o modificación de la cuestión resuelta y ejecutoriada, por motivo, autoridad o tribunal alguno; se hablaba entonces de la santidad de la cosa juzgada; la inspiración divina de la sentencia determinaba que el juez no pudiera equivocarse. (277)

---

(275) Tancredi, citado por Chiovenda, Giuseppe. "Acerca de la cosa juzgada", Anales de Jurisprudencia. México, Comisión especial de los Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, Abril de 1945, segunda época, año XIII, tomo XLIX, p. 216.

(276) Biondi, Biondo., citado por Hoyos Henrechson, Francisco. "La cosa juzgada", Revista de Derecho Procesal. Santiago de Chile, Chile, 1976, año VI, no. 11, p. 4.

(277) Ponz, Manuel Alberto. Ob. cit. p. 971.

Esta nueva orientación -elevada luego por Pothier a la categoría de principio científico- fue aceptada por la doctrina y se incorporó al Código Napoleón. Tuvo en sus principios una enorme acogida, pero con el transcurso del tiempo fue decayendo en forma notoria y hoy se encuentra prácticamente abandonada.

Uno de los problemas más controvertidos de la ciencia del Derecho procesal es el que se refiere a la delimitación del concepto de la cosa juzgada, que ha dado lugar a multiplicidad de opiniones y a gran disparidad de criterios. Esto es fácilmente explicable porque se trata de un problema al cual aparecen concatenados los conceptos fundamentales de la ciencia del Derecho procesal, lo que hace que la cosa juzgada represente el resultado de todo el proceso, el punto culminante de todo edificio procesal. (278)

El fin del proceso, se ha dicho, es la cosa juzgada. Efectivamente, el objetivo que se persigue es la estabilidad de los derechos adquiridos por la emisión de una sentencia que determine la posición de los sujetos, la condición de los objetos o las prestaciones y pretensiones a cargo y a favor de los litigantes y en consecuencia, vinculante para todo juicio futuro.

Literalmente la mención de cosa juzgada alude, en términos comunes y corrientes, a cualquier opinión definitiva. Se piensa forzosamente en algo

---

(278) Silva Melero, Valentín. "La cosa juzgada en el proceso civil", Anales de Jurisprudencia. México, Comisión especial de los Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, julio-septiembre de 1936, segunda época, año IV, tomo XIV, p. 97.



resuelto definitivamente. Así, suele decirse que únicamente cuando la sentencia concluya el proceso y decide el fondo del negocio, hay cosa juzgada, y que, por consiguiente, no lo hay en los demás casos. Pero a medida que se avanza en la doctrina y la jurisprudencia, una vez que se le conecta a otras cuestiones jurídicas y se conocen problemas prácticos, se llega a una consideración distinta.

Pensamos que bajo una misma denominación -cosa juzgada- se alude a no menos de tres realidades diferentes.

a. Etimológicamente, la cosa juzgada es lo juzgado (iudicatum), lo que el juez inmediatamente ha juzgado, lo que es producto de la actividad mental de juzgar (iudicium); es decir, la sentencia (iudicatio).

b. En segundo término, y siempre dentro del plano etimológico, la cosa juzgada es el objeto del proceso y, consiguientemente, de la sentencia.

El sustantivo res en la locución res iudicata, significa genéricamente, cosa y objeto; pero, específicamente, alude al objeto del juzgamiento. Así compárese en las expresiones ad res iudicandas, de re iudicare.

c. En tercer término, cosa juzgada es la fuerza o trascendencia especial de la sentencia (Rechtskraft). Originalmente debió acompañar, sin más, al iudicium; término que significó no sólo sentencia sino también, por metonimia, dicha fuerza o trascendencia, una forma de autoridad. Luego, cuando la idea de los recursos se desarrolló, quedó sometida a su exclusión o a su existencia, fijadora de los plazos, cuya transcurso inútil o aprovechando para deducir aquéllos, difirió la formación de un estado

trascendente, el de cosa juzgada. (279) Hoy ya no se habla de cosa juzgada, sino de autoridad de la cosa juzgada, considerando a ésta no como un efecto de la sentencia, sino como una cualidad y un modo de ser y manifestarse de sus efectos, esto es, su inmutabilidad.

Dicho de otro modo, la cosa juzgada no es un efecto ni el efecto de la sentencia, sino una cualidad, una calificación particular, y un modo de ser y manifestarse de sus efectos, cualesquiera que sean, varios y diversos, según las distintas categorías de sentencias (declarativas, constitutivas, de condena, ejecutivas, cautelares).

Obvio parece agregar que tal cualidad de inmutabilidad, definitividad, indiscutibilidad, no puede existir por sí sola: indica por la inversa, la fuerza o modo con que operan ciertos efectos de las sentencias; son adjetivos que se atribuyen a ciertos sustantivos empleados para aludir a algunos efectos de determinadas sentencias.

Independiente de la cosa juzgada, la sentencia tiene su eficacia natural operativa, que deriva simplemente de su naturaleza de acto de autoridad de acto de Estado, pero que está destinada a desaparecer cuando se demuestra que la sentencia es injusta. La cosa juzgada refuerza esa eficacia porque hace imposible e inoperante la demostración de la injusticia de la sentencia. La cosa juzgada es una cosa más que se añade

---

(279) Pereira Anabalón, Hugo. "Fundamento constitucional de la cosa juzgada" Revista de Derecho. Concepción, Chile, enero-junio de 1984, año LII, no. 175, p. 9.

para aumentar su estabilidad. (280)

Con una unanimidad en que sólo varían los fundamentos, el concepto de cosa juzgada para las distintas escuelas jurídicas, es el mismo, reducible en último análisis a la inmutabilidad de las sentencias judiciales. Más aun, la cosa juzgada no es la inmutabilidad de la sentencia misma, sino del hecho sentenciado.

De ahí que Chiovenda, sobre este punto se exprese en los siguientes términos: El bien de la vida que el actor ha deducido en el juicio (res in iudicium deducta) con la afirmación de que una voluntad concreta de ley lo garantice en su favor o lo niegue al demandado, después que ha sido reconocido o desconocido por el juez con la sentencia estimatoria o desestimatoria de la demanda, se convierte en cosa juzgada (res iudicata). La res iudicata consiste en la indiscutibilidad de la esencia de la voluntad concreta de la ley afirmada en la sentencia. Se infiere que esto se trata de la aplicación de la ley al caso concreto y que hace que la sentencia sea incontrovertible, y, en consecuencia, vinculante para todo juicio futuro.

Podemos igualmente decir que la cosa juzgada no es otra cosa que el bien juzgado, el bien reconocido o desconocido por el juez; y únicamente sustituimos a la alternativa del texto romano (sentencia de condena o de absolución) la alternativa más amplia (porque comprende también las sentencias de pura declaración) de sentencia estimatoria o desestimatoria. (281)

---

(280) Liebman, Enrico Tullio, citado por Hoyos Henrechson, Francisco. Ob. cit. p. 43.

(281) Chiovenda, Giuseppe. Instituciones..., tomo I, p. 432.

En el plano legislativo, el Código Civil del Distrito y Territorios Federales de 1884 definió la cosa juzgada en los siguientes términos: Es la verdad legal y contra ella no se admite prueba ni recurso alguno en contrario.

En nuestro CPCDF vigente se habla de la cosa juzgada en los siguientes términos: Artículo 426: "Hay cosa juzgada cuando la sentencia causa ejecutoria." De este artículo como del 427, se deduce que una sentencia causa ejecutoria por ministerio de ley o por declaración judicial.

Casi unánimemente los procesalistas de hoy están de acuerdo en que la cosa juzgada produce una preclusión máxima que puede ser de dos categorías:

- a. En sentido formal, y
- b. En sentido material.

La cosa juzgada formal significa la imposibilidad de impugnar la sentencia que adquiere firmeza, esto es su eficacia obligatoria en relación al proceso en que se dictó, y de ahí que esta fase de la cosa juzgada se identifique con la preclusión. Se trata de lo que se ha llamado preclusión de las impugnaciones y como preclusión, ésta sólo afecta al proceso en que se produce. Todas las resoluciones judiciales son susceptibles de producir este efecto.

La cosa juzgada formal implica que la vía procesal se agota en un determinado momento impidiendo su prosecución, en virtud de que la sentencia ha llegado a ser definitiva y firme, al dar fin a la relación jurídica procesal adquiriendo el carácter de inalterable e inimpugnable, lo que

quiere decir que en el juicio ya concluido por sentencia ejecutoria no será posible tratar más cuestiones resueltas implícita o explícitamente por la ejecutoria

Es importante anotar que la cosa juzgada tiene un presupuesto necesario e indispensable, y que no es otro que la conversión de la decisión en firme. ¿Cuándo se convierte en firme una sentencia? Ella se convierte en tal (firme), a partir del momento en el precluye la posibilidad de reabrir el debate en el mismo proceso en que la sentencia hubiera sido dictada, es decir, cuando ya no es posible impugnar la decisión y continuar la prosecución del juicio.

Para que la decisión se convierta en firme (es decir, que adquiera la categoría de cosa juzgada formal), que es lo que llamamos ejecutoriada, es necesario que se presente uno de estos eventos:

a. No haberse empleado los diversos recursos establecidos en la ley para impugnar una sentencia (Véanse otros casos en el artículo 427 CPCDF).

b. Que la decisión pronunciada por el juez no sea impugnada por su origen, tal como acontece con sentencias dictadas en apelación por los tribunales de segunda instancia o en los juicios con una sola instancia esto es, porque no exista contra ella recurso (Véanse otros supuestos en el artículo 426 CPCDF). Aquí la cosa juzgada formal se produce inmeditamente se dicta la resolución.

La cosa juzgada formal en absoluto impide la apertura de un nuevo proceso sobre los mismos hechos, supone, por consiguiente, que la revisión

es posible en otro proceso posterior, como ocurre en las sentencias dictadas en los procesos de alimentos, interdictos, cuando cabe reabrir el debate en juicio ordinario, respecto de las cuestiones contempladas en la primera acción. Aquí la intangibilidad del fallo es una mera posibilidad. Ello es así porque no siempre quien perdió el juicio en que se produce la cosa juzgada formal inicia un nuevo pleito.

Cuando la cosa juzgada únicamente vincula a las partes que sostuvieron la controversia y dentro del juicio en el cual fue pronunciada la decisión, es porque sólo hay cosa juzgada en sentido formal o sea inmutable en el proceso en el cual se alcanzó, pero no en otros posteriores. La cosa juzgada material en cambio, se presenta, cuando además de ser inimpugnabile dentro del proceso en el cual ella se produjo, se hace también inmutable en cualquier otro proceso posterior. Esta es la razón por la cual Couture manifiesta que la cosa juzgada formal es un presupuesto de la cosa juzgada sustancial, que constituye un antecedente necesario sin el cual no es posible llegar a ésta. (282)

La cosa juzgada en sentido material o substancial (o autoridad de cosa juzgada) significa la indiscutibilidad en un proceso de la esencia de la voluntad concreta de la ley afirmada en la sentencia. En este sentido la cosa juzgada tiene una eficacia que se extiende como la preclusión para los

---

(282) Couture, Eduardo J., citado por Ochoa Franco, Jairo. "La cosa juzgada", Estudios de Derecho. Medellín Colombia, marzo de 1975, segunda época, año XXXVI, vol. XXXIV, no. 87, p. 164. También publicado en Foro hondureño. Tegucigalpa Honduras, enero de 1979, año XLII, no. 19 y en mayo-octubre de 1977, año XLII, nos. 17 y 18 de esta revista.

procesos futuros, de todas las cuestiones concernientes al derecho que haya sido objeto del pronunciamiento de la sentencia, ya para reconocerlo, ya para negarlo.

La idea de cosa juzgada material se produce cuando a la irrecurribilidad de las sentencias se agrega la inmutabilidad de la decisión, y por tanto se le puede caracterizar como la inmutabilidad de las sentencias definitivas de fondo.

Esta concepción aparece indisolublemente ligada a la idea de irrevocabilidad perpetua, en el mismo proceso en que se dictó la sentencia o en otro posterior, intangibilidad absoluta o inmutabilidad para siempre de lo resuelto que garantiza el derecho sustancial o de fondo. La cosa juzgada formal por el contrario no lo garantiza.

No falta, sin embargo, algún autor que se pronuncia en contra de la distinción de la cosa juzgada formal y material, señalando que es mejor referirse a los efectos procesales y materiales de la cosa juzgada o a su eficacia formal y material.

Aun cuando no se diga, se advierte que la autoridad de la cosa juzgada reside en el contenido del acto decisorio, que agota el poder jurisdicente del Estado frente a la relación decidida, e impide que ésta sea objeto de nuevo juzgamiento.

El juez sentenciador del caso y todo otro eventual juzgador quedan en su virtud definitiva e irrevocablemente vinculados a lo fallado para el caso de que se inicie cualquier procedimiento posterior, y con esto ningún juez

puede acoger demandas tendientes, de cualquier modo que sea, a quitar o disminuir a otros un bien de la vida conseguido en virtud de un anterior acto de tutela jurídica respecto a la misma persona, sin perjuicio de cuanto se dirá respecto del fraude o de la simulación, en su caso, y sin menoscabo, además, de la acción o recursos tendientes a destruir lo fallado. (283)

Es decir, no puede volverse o al menos no puede contradecirse lo ya resuelto, idea recogida en la máxima citada non bis in idem.

De ello se sigue, como dice Prieto-Castro (284), que la cosa juzgada opera en potencia desde que se origina, pero su eficacia práctica se despliega cuando se intenta poner en tela de juicio lo ya estimado en sentencia firme o pretender lo desestimado en ella incoando un nuevo proceso.

Se llega así a precisar que la cosa juzgada material tiene, como es sabido, una doble función, positiva y negativa.

La función negativa que en cierto modo podría interpretarse con la fórmula de no dos procesos con un mismo objeto, se imposibilita el que se abra un nuevo proceso sobre la cuestión decidida o que se decida la pretensión ya resuelta con anterioridad; por tanto veda una nueva discusión y decisión de fondo en un ulterior proceso de lo ya resuelto por sentencia firme y postulante de una absolución del demandado.

---

(283) Chiovenda, Giuseppe. "Acerca...", p. 221.

(284) Prieto-Castro, Leonardo, citado por Ferreres Comella, Víctor. "El tratamiento procesal de la cosa juzgada en la reciente jurisprudencia española", Justicia. Madrid España, 1990, no. 4, p. 933.



La función positiva, por el contrario, no veda una nueva discusión y decisión sobre el fondo, sino vincula a los demás tribunales en el sentido de impedir que en algún nuevo proceso se decida una pretensión de modo contrario a como antes fue fallada; de ahí que impide sólo sentencias contradictorias con el pronunciamiento judicial anterior. ¿Qué pretende evitar la cosa juzgada? ¿una sentencia de fondo (función negativa) o simplemente una sentencia contradictoria (función positiva)?

Para esto, es necesario recordar que las funciones de la cosa juzgada pueden hacerse valer en forma de acción o en forma de excepción.

La cosa juzgada en nuestro derecho positivo, no puede impedir la apertura de un nuevo proceso, aun en el supuesto de que se alegue como única excepción; la formulación de la nueva demanda constituye precisamente el presupuesto de hecho del artículo 272-A CPCDF.

La cosa juzgada tampoco excluye la posibilidad de un segundo tratamiento procesal de la cuestión; aun cuando sea especialmente sustanciada y decidida en un procedimiento incidental, su examen y resolución exigen comparar el pleito actual con la ejecutoria, es decir, realizar la confrontación entre lo resuelto en el primer litigio y lo pedido en el segundo, y es evidente que tal confrontación implica un nuevo examen procesal de la cuestión ya resuelta por sentencia firme. (285)

En Roma operaba la función negativa de la cosa juzgada, dado el efecto

---

(285) Gómez Calero, Juan. Ob. cit. p. 430.

consuntivo de la litis contestatio, que extinguió la relación jurídica preexistente.

De manera coincidente, ahora con la objeción de la cosa juzgada, intenta hacerse valer, como es sabido, la función negativa de la cosa juzgada, y ésta no puede obtenerse sin una afirmación concreta por parte del demandado alegando la imposibilidad en que se halla el juzgador para resolver sobre la pretensión fallada anteriormente.

No ocurre lo mismo con la función positiva de la misma cosa juzgada, que puede ser alegada lo mismo por el actor como medio de ataque que por el demandado como medio de defensa, de modo que la norma que establece la vinculación del tribunal que conoce del segundo proceso puede ser invocada indistintamente por cualquiera de las partes.

La función positiva o prejudicial determina que la cosa juzgada deba servir de base a la segunda sentencia. (286)

Más aun, digamos todavía que los procesos terminados por una sentencia de condena no pueden nunca considerarse como productores de la función negativa de cosa juzgada en lo que tienen de tal condena; en efecto, si la sentencia condenatoria debiera vincular al juez posterior a dictar una resolución con el mismo contenido, se infringiría el principio ne bis in idem, que en el proceso penal ha recibido plena formulación, pero que debe permanecer vigente incluso en el proceso civil. Si se solicita una nueva

---

(286) Gómez Orbaneja, Emilio., y Herce Quemada, Vicente., citados por Gómez Calero, Juan. Ob. cit. p. 429.

condena del mismo demandado, la única función de la cosa juzgada que puede operar es la negativa, y el tribunal posterior no deberá siquiera examinar si procede o no tal condena, sino que absolverá al demandado.

Cuando se trata de un proceso terminado por sentencia meramente declarativa, ya sea por haber sido solicitada ésta en la pretensión del actor, ya por tratarse de una declaración negativa, la función de la cosa juzgada puede operar en las dos direcciones, positiva y negativa, y casi diremos que la más propia es entonces la positiva, siempre que no se reproduzca una pretensión idéntica a la anterior.

Distinguiremos, para aclarar esta afirmación, los siguientes extremos: puede ocurrir que, solicitada la declaración de dominio de un fundo en favor de Ticio frente a Cayo, recaiga sentencia declarativa de dominio; no es probable, ya que Ticio vuelva a formular una demanda contra Cayo pidiendo que su dominio se declare de nuevo, pero si así ocurriese entrarían en colusión la función positiva y la función negativa de la cosa juzgada, ya que por la positiva el juez debería declarar de nuevo que Ticio es titular del dominio y por la negativa debería absolver a Cayo, y aunque no hay duda de que debería en tal caso prevalecer la primera de estas funciones, o sea la positiva, el resultado sería sensiblemente inútil en ambas hipótesis, ya que la sentencia conteniendo la declaración no produciría ningún efecto que no hubiese producido la anterior, y la absolutoria no produciría un efecto de cosa juzgada contrario a aquélla, pues no podría ser equiparada a una declarativa negativa de dominio.

En cambio, si fuese Cayo quien promoviese un nuevo proceso pretendiendo la declaración de dominio en su favor sobre el mismo fundo, podría Ticio

oponer la cosa juzgada como excepción, en cuyo caso sería absuelto sin que el juez entrara sobre el fondo, o podría solicitar una declaración negativa sobre el fondo, fundada en que el dominio no corresponde al actor, sino al demandado en virtud de la función positiva de la cosa juzgada. Aparentemente, en esta hipótesis, la función positiva y la negativa de la cosa juzgada conducirían al mismo resultado; pero si se profundiza en la cuestión, se observa que no es así, ya que el demandado podría alegar la existencia de cosa juzgada en su función negativa como medio de defensa, cuya estimación conduciría a la absolución sin entrar en el fondo, mientras que la función positiva podría alegarla tan sólo como fundamento de una reconvencción, convirtiéndose a su vez en atacante, para obtener no una absolución, sino una nueva declaración de dominio en su favor que, lógicamente, postularía una declaración negativa del dominio pretendido por el actor.

Pero la función positiva de la cosa juzgada tiene su verdadero valor y trascendencia cuando se ha obtenido una declaración que luego será esgrimida como medio de ataque o de defensa en otro proceso, en la que la primera resolución deberá ser tenida en cuenta como prejudicial. Imaginemos que Ticio ejercita en un segundo proceso la acción reivindicatoria, y alega que por sentencia declarativa anterior se reconoció su dominio sobre el fundo que reivindica; en tal caso, sólo deberá acreditar que dicho fundo se halla en la posesión de Cayo, y de los elementos o datos cuya prueba incumbe al actor quedará excluido el del título en que se funda la reivindicación; el juez podrá absolver al demandado alegando que no es poseedor del fundo, pero no por considerar que Ticio no es dueño o no ha acreditado el dominio.

b. En el supuesto de que el objeto del primer proceso sea prejudicial o condicionante del objeto del segundo proceso, la cosa juzgada no excluye una resolución de fondo de éste. La cosa juzgada puede invocarse tanto por el actor como por el demandado para pedir que sirva de base a la segunda sentencia, la cual deberá respetar el pronunciamiento anterior. Aquí la cosa juzgada se manifiesta en la función positiva o prejudicial.

Pero ambas funciones consisten en lo mismo: el fallo firme anterior vincula al juez del segundo proceso, de modo que éste no puede decidir sobre lo ya juzgado. En el supuesto b., sólo se discute y decide la relación condicionada, no la prejudicial o condicionante (ya resuelta) (288)

Desechando esta tesis, Jaime Guasp (289) escribe: la antigua y mera función negativa de la cosa juzgada -la exclusión no ya de un fallo diverso de firme contradictorio, sino de toda otra discusión y nuevo fallo, imposibilidad de abrir nuevos procesos: non bis in idem- ha sido sustituida en los procesos modernos por la llamada función positiva de la cosa juzgada, que lo que impide es que, en ningún nuevo proceso, se decida de modo contrario a como antes fue fallado.

Con esto, entendemos que el único efecto procesal de la cosa juzgada en nuestro ordenamiento jurídico, es el que obedece a la función positiva que a aquélla ha sido señalada y que consiste en evitar un pronunciamiento contradictorio del anterior, esto es, en evitar dos sentencias hasta tal

---

(288) Gómez Orbaneja, Emilio., citado por Ferreres Comella, Víctor. Ob. cit. pp. 930 a 932.

(289) Guasp, Jaime., citado por Gómez Calero, Juan. Ob. cit. p. 429.

punto contrarias, que resulten incompatibles. (290)

En relación al Derecho procesal mexicano el artículo 272-A CPCDF parece considerar el efecto negativo (se opone la excepción perentoria de cosa juzgada para evitar un nuevo pronunciamiento de fondo).

El fundamento de la excepción de cosa juzgada llamada material no es únicamente evitar dos declaraciones judiciales sobre el mismo derecho o la misma situación jurídica, que pudieran ser contradictorias y si no lo fueran resultaría inútil la repetición, sino también que se hagan efectivos en procedimientos diversos los mismos derechos anteriormente declarados, es decir, que con un nuevo litigio se sustraiga a los medios propios de cumplimiento y ejecución del proceso en que se declaró el derecho su modo de hacerlos efectivos. (291)

Sobre tal base y para esclarecer el tema, debemos señalar que la doctrina ha usado términos para explicar el instituto de la cosa juzgada -tales como autoridad, eficacia, inimpugnabilidad, imperatividad, definitividad, inmutabilidad-, los que expresan una cualidad o atributo de un objeto al cual se refieren.

La autoridad de la sentencia y de la cosa juzgada alude a la legitimidad de la decisión, a su fuente competencial; emerge de la investidura del juez. La sentencia tiene autoridad porque emana de un órgano del poder público.

---

(290) Gómez Calero, Juan. Ob. cit., p. 431.

(291) Ferreres Comella, Víctor. Ob. cit. 932.

La fuerza de cosa juzgada atiende a la trascendencia metaprocesal del fallo. (292)

La terminología francesa -muy procedimentalista todavía- distingue dos términos diferentes: la autoridad de cosa juzgada, cuando la sentencia ha sido dictada, y la fuerza de la cosa juzgada, cuando los plazos para recurrir han sido utilizados. La noción de autoridad de cosa juzgada es, por consiguiente, más amplia que la de fuerza de cosa juzgada. (293)

La eficacia, en cambio, es una medida de poder; una cantidad mayor o menor de posibilidades jurídicas en razón de lo decidido. Esta distinción entre auctoritas y effectu sententiarum es la más antigua de todas.

Cuando se trata de indagar más a fondo esa medida de eficacia, se percibe que ella depende de su contenido y la determina la ley en cada derecho positivo.

Independientemente de la cosa juzgada, la sentencia tiene su eficacia natural, obligatoria e imperativa, la que deriva de su propia naturaleza, o

(292) Briseño Sierra, Humberto. "Análisis de la cosa juzgada", Revista de la Facultad de Derecho de México. México D.F. México, julio-septiembre de 1956, tomo VI, no. 23, p. 166. También publicado en El Foro. México D. F. México, Organo de la Barra mexicana del Colegio de Abogados, enero-junio de 1957, cuarta época, nos. 15, 16 y 17.

(293) Miguel y Alonso, Carlos De. "La cosa juzgada civil en el Derecho comparado", Revista de Derecho Procesal. Santiago de Chile, Chile, septiembre de 1973, año III, no. 6. p. 27.

sea la de ser acto de autoridad del Estado.

Aun así, se llega a confundir los efectos de la ejecutoria de la sentencia con los de la cosa juzgada: es decir, su obligatoriedad y ejecutabilidad, con la inmutabilidad y definitividad de la decisión.

Está claro que en toda sentencia ejecutoria se contiene un mandato singular y concreto, que tiene su eficacia y es imperativo no por emanar de la voluntad del juez, sino por la voluntad de la ley que le otorga la función de declarar en qué forma deben surtirse sus efectos en el caso concreto. Ese mandato es obligatorio e imperativo, existe siempre que esté ejecutoriada la sentencia (aun cuando sea revisable en juicio posterior), haga o no tránsito a cosa juzgada; y por tal razón no es un efecto de ésta, sino de toda sentencia.

Jaime Guasp (294) distingue certeramente esa eficacia de la cosa juzgada de los efectos de la simple ejecutoria o sentencia definitiva o firme, cuya decisión considera perfecta aun cuando esté sujeta a la eventualidad de la impugnación en proceso posterior. Advierte que la ejecutabilidad de la sentencia es un efecto normal de la simple ejecutoria.

En ese orden y directamente ligada con la imperatividad o coercibilidad de la sentencia, se halla el concepto de ejecutoriedad. Cuando el mandato requiere realización manifiesta de actos que respondan a la prestación

---

(294) Guasp, Jaime., citado por Devis Echandía, Hernando. "De la cosa juzgada en el Derecho procesal civil", Revista de Derecho Procesal. Madrid España, Instituto Español de Derecho Procesal, 1963, no. 2, p. 221.



obligada, la ejecutoriedad que ello implica, no se conecta con la cosa juzgada, sino con el fallo. La ejecutoria nace con el fallo cuyos puntos resolutivos delimitan la responsabilidad; antes del pronunciamiento no tenia existencia, porque nadie puede considerarse con derecho a ejecutar lo que aún no existe. (295)

La mera existencia de las sentencias que causan ejecutoria demuestra que la imperatividad del fallo no es atributo que integra la cosa juzgada, máxime, de otra parte, que existen sentencias firmes con autoridad de cosa juzgada que no son susceptibles de coercibilidad: tales son las de mera declaración de certeza. (296)

Ahora bien, los efectos de la ejecutoria pueden ser provisionales, cuando revisable en juicio posterior e inclusive si antes de quedar en firme o ejecutoriada se permite el cumplimiento provisional de la sentencia (como sucede en los casos de apelación en el efecto devolutivo), pero esto nada tiene que ver con la cosa juzgada.

La cosa juzgada agrega a los efectos de obligatoriedad e imperatividad, la calidad especial de definitivos e inmutables, que son los efectos propios de ella.

Ambos son efectos jurídicos de la cosa juzgada: directo y procesal, la inmutabilidad de la decisión; indirecto y material, la definitividad de la

---

(295) Lascano, David. "Cosa juzgada y prescripción", Revista Jurídica de Córdoba. Córdoba Argentina, enero-marzo de 1949, año 3, no. 9, p. 13.

(296) Pereira Anabalón, Hugo. Ob. cit., p. 37.

certeza jurídica del derecho material declarado o de su rechazo o negación y es esa calidad y no aquéllos efectos los que constituyen la eficacia y el valor propio de la cosa juzgada. Para Ugo Rocco (297) la causa de la inmutabilidad de lo resuelto es directamente la cosa juzgada; al paso que la causa directa de la fijeza del derecho material declarado es esa inmutabilidad y sólo indirectamente la cosa juzgada.

Por consiguiente, la imperatividad del fallo no quita la posibilidad de que la sentencia llegue a ser modificada en un juicio posterior. Lo que se acaba de expresar se debe a que la imperatividad de la cosa juzgada depende de la inmutabilidad, en el sentido de que sea necesaria la exclusión de cierta posibilidad de mutación para que el litigio adquiera valor imperativo. Esto aunque la sentencia pueda llegar a ser imperativa antes de que llegue a ser inmutable, tal como ocurre cuando es apelada en el efecto devolutivo.

De ahí que la inmutabilidad no puede en ningún caso constituir presupuesto de la imperatividad de la decisión, es decir, la imperatividad puede existir antes de la inmutabilidad e inclusive sin ésta. (298)

Parece seguirse de la eficacia de la autoridad de la cosa juzgada que ésta precluye la posibilidad de que su decisión sea revisada y reformada en otro juicio por cualquier juez, sea o no el que la dictó; dicha eficacia se

---

(297) Rocco, Ugo., citado por Devis Echandía, Hernando. "De la cosa juzgada...", pp. 211 y 229.

(298) Carnelutti, Francesco., citado por Ochoa Franco, Jairo. Ob. cit. p. 211

produce al mismo tiempo que su ejecutoria, cuando la ley le da esa especial calidad (porque no toda sentencia ejecutoriada produce la cosa juzgada).

Cabe ahora admitir que el efecto principal de la cosa juzgada formal es abrir normalmente la posibilidad de la cosa juzgada material, es decir, la inatacabilidad de la decisión, no ya por vía de recurso, sino en cualquier otro proceso distinto y posterior, y por otra parte, la cosa juzgada formal da base requisito normal, aunque no siempre necesario, a la ejecución forzada. (299)

Sin embargo, la sentencia que es ejecutiva, está en todo tiempo abierta a discusión acerca de su exactitud, unas veces, otras no. Sus efectos pueden desaparecer una vez que se demuestre que tal sentencia es injusta.

Por ello cuando la sentencia es injusta, está destinada a morir por un pronunciamiento revocatorio o aniquilante, demostrándose así que la cosa juzgada no tenía el carácter de definitividad y menos esa calidad que la hacía invulnerable. (300)

Cabe ahora preguntarse acerca de la naturaleza jurídica de la institución, con la finalidad de establecer un aspecto que nos sirva de base para tratar la cuestión de los límites objetivos y subjetivos de la cosa

---

(299) Devis Echandfa, Hernando. "De la cosa juzgada...", pp. 228 y 229.

(300) Amaya, Enrique. "Medios de impugnación de la cosa juzgada", Cuadernos de los Institutos. Córdoba Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 1972, no. 112, p. 65.

juzgada. Aquí nos limitamos a señalar que, en síntesis, existen la teoría de la presunción de verdad, la teoría jurídico-material y la teoría procesalista. (301)

La teoría de la presunción (o ficción) de verdad considera que la eficacia de la cosa juzgada depende de la verdad que se presume encierra la declaración judicial.

Es ineludible observar que no se ve por parte alguna la necesidad de presumir que toda decisión contiene la verdad, ya que lo que la sentencia y de manera general el proceso persiguen como fin, no es otro diferente al de

---

(301) Una modalidad distinta se anota, por el contrario, en la teoría normativa, valiéndose de la idea actualizada por la teoría pura de Hans Kelsen, de que las sentencias son normas, describe la cosa juzgada como la inmutabilidad de una norma por otra posterior o sea la vigencia perdurable de la norma primera; sin embargo, siendo las normas jurídicas por esencia derogables, es decir, mutables, su transmutación en inmutables por obra de una prescripción normativa es inconcebible. De ahí que, en una cuestión de palabras, la escuela egológica de Argentina conceptualiza rigurosamente la cosa juzgada como la duración de la vigencia de las sentencias judiciales -en verdad de cualquier norma jurídica- originada en la prohibición impuesta normativamente a los órganos de la colectividad de derogarlas por medio de otras normas jurídicas posteriores. Por ello el concepto de inmutabilidad con que la doctrina tradicional reconoce a la cosa juzgada como efecto de la sentencia, debe ser substituido por el de prohibición de derogación. (Imaz, Esteban. Ob. cit. p. 5)

lograr la estabilidad y la certeza en las relaciones jurídicas, corresponda o no a la verdad.

La idea es que cosa juzgada no siempre tiene que ver con la verdad. Las sentencias no se dividen en verdaderas o en no verdaderas, sino en eficaces e ineficaces. Puede una sentencia ser verdadera e ineficaz, como la dictada en primera instancia pendiente de apelación. Puede, también, ser eficaz y no verdadera, como la que se ha dictado por error pero que ha pasado en autoridad de la cosa juzgada. (302)

A nuestro modo de ver, esta teoría parte del error de origen medieval, de predicar verdad de una conclusión jurídica, cuando la verdad o falsedad es sólo predicable de los hechos en que se basa.

Ugo Rocco (303) también la critica de una manera justificada, ya que según él no se le puede asignar al proceso como tarea la investigación de la verdad y a un mismo tiempo aceptar que con la ficción se crea una verdad postiza.

Despejando este error, las teorías sobre la cosa juzgada se dividen en dos bandos: la teoría jurídico-material y la procesalista.

---

(302) Couture, Eduardo J. "La cosa juzgada como presunción legal: Nota crítica a los artículos 1349 y 1350 del Código Civil Francés", Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración. Montevideo Uruguay, septiembre de 1955, año 53, no. 9, p. 204.

(303) Rocco, Ugo., citado por Ochoa Franco, Jairo. Ob. cit. p. 191.

a. La teoría jurídico-material (teoría tradicional) sostiene que la cosa juzgada pretende que la sentencia firme establezca una situación jurídica sustantiva en base al derecho material controvertido en el proceso, y que en la existencia de esta nueva realidad jurídica consiste precisamente la eficacia vinculante de la cosa juzgada. De esta manera la sentencia provoca una modificación en los derechos preexistentes entre las partes: res iudicata ius inter partes. En efecto, la sentencia es un negocio jurídico del que emana el derecho subjetivo de las partes. La sentencia tiene un efecto directo en la relación jurídico-material sobre la que se pronuncia, pues la crea, modifica o extingue. Por eso, como reflejo indirecto, el juez posterior queda vinculado por la sentencia. Se sigue, pues, una concepción privatista de la cosa juzgada. (304)

b. Por contra, la teoría procesalista (305) o teoría moderna, uno de cuyos fundadores fue Hellwig, sostiene que la cosa juzgada pertenece a la esfera pública (procesal), no a la privada (civil), y con esto, si las partes deben mantenerse atadas al proceso y soportar los resultados que de él se deduzcan, débese al poder del Estado y al que se concede a la jurisdicción, imponiéndose entonces a los destinatarios mediante la utilización del poder, si fuere necesario. Es pues, un principio de Derecho público el que impone el respeto de las sentencias; el tribunal resuelve en

---

(304) Ferreres Comella, Víctor. Ob. cit. p. 934.

(305) El término utilizado por sus propulsores es inadecuado ya que toda teoría que se apoye en el Derecho procesal es procesalista, pero efectúan tal denominación en razón de que seguramente le reconocen a la cosa juzgada únicamente efectos de índole procesal. (Ochoa Franco, Jairo. Ob. cit. p. 203)

nombre del Estado; las decisiones de los jueces deben ser obedecidas como provenientes de uno de los poderes públicos.

Se cuenta aquí con un argumento en el que la cosa juzgada no hace referencia a la afirmación de verdad de los hechos, sino a la existencia de la ley en un caso concreto. Se afirma que la voluntad de la ley en el caso concreto es lo que el fallador afirma ser la voluntad de la norma. Con la decisión se llega únicamente a la certeza de la existencia de tal voluntad. (306)

Sin embargo, nos dice Enrico Redenti (307), en este punto no es correcto decir que el objeto de la cosa juzgada sea llevar la certeza de la existencia de la voluntad de la ley para el caso controvertido, porque es éste el fin de toda sentencia, haga o no tránsito a cosa juzgada. Pero esto no significa que la sentencia sea exactamente la voz de la ley, porque puede adoptar una decisión que no esté conforme a ella, por error o ignorancia o dolo. Debe entenderse más bien que la decisión contenida en toda sentencia es la voluntad del Estado, mediante su órgano jurisdiccional, sobre el contenido de la ley en relación al caso concreto. Con todo, agrega, éste no es tampoco el efecto propio de la cosa juzgada, porque toda sentencia ejecutoria o en firme, es decir, sin recursos dentro del mismo proceso, produce certeza jurídica. La diferencia está en la inmutabilidad y definitividad de tal declaración de certeza.

---

(306) Chioyenda, Giuseppe. Instituciones... Tomo I, p. 435.

(307) Redenti, Enrico, citado por Devis Echandía, Hernando. "De la cosa juzgada..." p. 34.

De esto se deduce que la cosa juzgada es la fuerza vinculante de la declaración de certeza, que impone al órgano jurisdiccional la observancia de lo resuelto y que se trata de un efecto puramente procesal. En otros términos, la autoridad de la cosa juzgada crea un derecho procesal de las partes para pretender de los órganos jurisdiccionales el respeto a lo juzgado y una correspondiente obligación procesal de los tribunales de no juzgar cuando la función jurisdiccional se ha desenvuelto plenamente.

Esta vinculación del juez es el aspecto primordial, siendo la obligatoriedad e indiscutibilidad de la sentencia por las partes en un nuevo proceso un mero reflejo indirecto de ello. (308)

Pero, entonces ¿cuál es la necesidad que satisface la cosa juzgada? La de poner límite a la indefinida búsqueda de la verdad y de la justicia, la de dar fin a los conflictos jurídicos, la de poner seguridad a las relaciones de derecho, en una palabra, la de mantener el orden jurídico. De ahí que la cosa juzgada tiene su fundamento en una razón de índole axiológica, las que hacen que el Estado sostenga la prohibición de volver a juzgar las cuestiones ya resueltas: la seguridad de la vida social y no una razón jurídica como se pretende.

De ahí que la institución de la apelación sea el reconocimiento que el legislador hace de la falibilidad de los jueces, ya que si los creyera ministros de la ley suprimiría tal recurso. Por ello la ley consiente hasta un determinado momento que la decisión cambie; pero después, se ha dicho que una segunda, o una tercera o enésima sentencia, son siempre vulnerables a la



luz de una nueva discusión y a fin de satisfacer la necesidad de la certeza, cierra la posibilidad de cambio. (309)

Sin tal fuerza, ninguna sentencia significaría el fin de las controversias, y la inseguridad constituiría una perpetua amenaza; los jueces serían constantemente importunados con negocios resueltos mucho tiempo antes; nadie que venciera en el procesos podría estar seguro de no ser arrastrado a un nuevo procedimiento por una misma cosa, a capricho de su contrario por no quedar convencido de su derrota. Pero lo más peligroso sería la posibilidad de fallos contradictorios sobre la misma cosa: un gran peligro se iría tanto en contra de los intereses de las partes como de la reputación de los tribunales. (310)

Por lo demás, la cosa juzgada no tiene influencia en el mundo de las relaciones y derechos materiales, pues ha podido verse que consiste en el mandato especial de naturaleza pública que la sentencia firme dirige al juez posterior, vinculándole y obligándolo a la observancia de lo que fue declarado, con absoluta independencia de la eventual transformación que tal sentencia haya podido producir en el derecho material sometido en litigio.

Frente a lo anterior, no debe olvidarse que la cosa juzgada produce efectos notables en las relaciones y derechos de naturaleza sustancial, porque a pesar de que no los crea, ni sustituye, sí los reviste de la certidumbre y certeza necesaria, en razón del carácter definitivo que

---

(309) Carnelutti, Francesco., citado por Ochoa Franco, Jairo. Ob. cit. p. 171.

(310) Kisch, W., citado por Lascano, David. Ob. cit., pp. 9 y 10.

ostenta la decisión pronunciada por el juez, decisión ésta que vincula a las partes en forma permanente. (311)

Ciertamente, en vista de nuestro ordenamiento positivo, no es posible rechazar la idea de la presunción de certeza de la decisión. Son demasiado terminantes las palabras del artículo 422 CPCDF, para que sea posible negar, válidamente, que en nuestro Derecho la eficacia vinculante de la cosa juzgada descanza en la presunción de su certeza, positivamente consagrada. (312) Lo que sucede es que, si bien esta presunción de certeza constituye el fundamento inmediato de la cosa juzgada, no hay inconveniente en admitir que su último fundamento, el origen de la presunción, radica en

---

(311) Devis Echandía, Hernando. "De la cosa juzgada...", p. 202.

(312) En este punto, Eduardo J. Couture (Ob. cit., p. 205), reflexiona sobre el Código Civil francés, y cuyos comentarios son válidos también para nuestro CPCDF en su artículo 422 que indica: "Para que la presunción de la cosa juzgada surta efecto en otro juicio..." , y precisa que la cosa juzgada no lleva consigo ninguna presunción. No se puede decir que la presunción legal de certeza permita ir de lo conocido a lo desconocido. ¿Qué hecho desconocido hace presumir la autoridad del fallo? ¿sobre qué puede recaer el precepto que dice que la cosa juzgada se tiene por verdad? ¿sobre la autoridad de la sentencia, su eficacia, los hechos litigados, el derecho decidido, o sobre la documentación del fallo? Nada de esto. Teniendo la presunción por cometido propio, suplir las deficiencias de la prueba, nada hace suponer que ella pueda tener intervención cuando se trata de determinar lo que ha sido determinado por sentencia pasada en cosa juzgada.

esas razones de seguridad social que la doctrina viene señalando.

Pero el verdadero problema de la naturaleza de la cosa juzgada no consiste en elucidar los conceptos enunciados precedentemente según Couture (313), dado que con ellos no se procura explicar la verdadera esencia de la cosa juzgada, sino únicamente dar su justificación. Así, afirma que cuando se dice que el fundamento de la cosa juzgada está en la presunción de verdad, se da una razón de carácter social, político, o en todo caso técnico que explica de qué argumento ha debido valerse el sistema del Derecho para hacer indiscutibles las sentencias ejecutoriadas, pero no explica su verdadera naturaleza, qué es o en qué consiste el fenómeno jurídico en cuestión, y agrega que lo que es menester explicar esencialmente, es si la cosa juzgada es el mismo derecho substancial que existía antes del proceso, transformado en indiscutible y en susceptible de ser ejecutado coercitivamente; o si, por el contrario, es otro derecho, independiente del anterior, nacido en función del proceso y de la sentencia declarativa, de condena o constitutiva. Dicho procesalista se inclina por la segunda tesis, al afirmar que la cosa juzgada, es una forma jurídica nueva que no existía antes de su expedición.

Ahora bien, para que la cosa juzgada opere su eficacia en un ulterior proceso, han de concurrir determinadas condiciones. De éstas, nos explica Gómez Calero (314), unas hacen referencia al medio procesal en que la cosa juzgada se suscita: es decir, al continente formal de la institución. Otras condiciones, en cambio, atañen a la cosa juzgada en sí, o sea al contenido

---

(313) Couture, Eduardo J., citado por Ponz, Manuel Alberto. Ob. cit. p. 974.

(314) Gómez Calero, Juan. Ob. cit. pp. 436 y 437.

sustantivo de la decisión judicial que la produce.

De ahí que en las presentes líneas, se utiliza el término presupuestos para designar las condiciones de eficacia primeramente aludidas. Tales presupuestos son tres: la jurisdicción en cuya esfera competencial ha de pronunciarse la resolución susceptible de producir cosa juzgada, el proceso que conduce a dicha resolución y, finalmente, la resolución misma.

A las condiciones de eficacia referidas al segundo lugar se les designa requisitos. Estos requisitos -necesarios para que la cosa juzgada pueda operar su eficacia- se concretan, en definitiva, en la exigencia de una absoluta identidad entre la pretensión satisfecha en el primer proceso y la que es sometida en el segundo.

Nuestro Derecho positivo, en cuanto a las condiciones de eficacia de la cosa juzgada, no establece los presupuestos, limitándose a señalar los requisitos. Así, dice el primer párrafo del artículo 422 CPCDF: "Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquél en que ésta sea invocada, concurre identidad en las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad en que lo fueren.". Determinados así los requisitos, como anteriormente se enunciaron los presupuestos, las líneas que siguen se dedican a examinar éstos y aquéllos por separado.

#### 1. Presupuestos.

Por lo que hace a la jurisdicción, la cuestión estriba en determinar la posible eficacia de la cosa juzgada atribuida a una resolución, respecto

de procesos que se sustancien ante jurisdicción diferente, esto es, discernir cuál es la repercusión que, en procesos incoados ante la jurisdicción civil, puede tener la cosa juzgada resultante de sentencias proferidas por órganos jurisdiccionales de otras jurisdicciones, y concretamente el problema más importante es el de la jurisdicción penal.

En la doctrina, se explica pues, que -con excepción de las declaraciones fácticas no probadas contenidas en sentencias penales condenatorias, y de las sentencias penales absolutorias que declaren la inexistencia del hecho punible- la jurisdicción civil es plenamente soberana e independiente en relación con la jurisdicción penal; y, en consecuencia, cabe establecer como norma general que la sentencia dictada en el proceso penal no produce excepción de cosa juzgada respecto de un posterior proceso civil.

En la cuestión del proceso, como segundo presupuesto de la cosa juzgada, conviene recordar que, como es bien sabido, no todos los procesos son susceptibles de desembocar en una solución que tenga autoridad de cosa juzgada. No lo son -al decir de Sáenz Jiménez y López F. de Gamboa (315)- aquellos juicios para los que, después de terminados, autoriza la ley procesal la promoción de otro más amplio, con la misma finalidad.

La norma general, sin embargo, es que todo proceso reviste, en principio, aptitud para producir cosa juzgada; de modo que los procesos inhábiles constituyen la excepción.

---

(315) Sáenz Jiménez y López F. de Gamboa., citados por Gómez Calero, Juan.

Así, los autores suelen hablar de excepciones a la inmutabilidad de la cosa juzgada, cuando la ley permite revisar la sentencia en juicio posterior, o plantear la extinción de los efectos de la sentencia por virtud de hechos nuevos posteriores a su pronunciamiento (la llamada cláusula rebus sic stantibus, según la cual las cosas deben permanecer inmutables, mientras no varían las causas que la originan, dicho de otro modo, las situaciones jurídicas deben permanecer como están mientras subsistan los hechos que se tuvieron originalmente en cuenta por el juez), o examinar su nulidad en juicio posterior o en incidente de ejecución o cumplimiento de la sentencia.

Sin embargo, ninguna excepción existe al principio o a los efectos de la cosa juzgada, porque en todos esos casos se trata de una de estas dos hipótesis: o la cosa juzgada no se produce con la ejecutoria de la sentencia, lo que ocurre siempre que exista revisión en juicio posterior y cuando es nula, o los hechos posteriores que quieren hacerse valer en el nuevo proceso constituyen un distinto litigio y una pretensión diferente que no fueron examinados ni resueltos en aquella (rebus sic stantibus). En ambos casos la realidad es que no hay cosa juzgada. (316)

¿Cuáles son, en nuestro Derecho positivo, los procesos excluidos de la posibilidad de originar cosa juzgada? La exclusión viene directamente dispuesta por la ley, de modo expreso en el artículo 94 CPCDF que indica:

"Las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria, o en la definitiva.

Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afecten el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente."

La relatividad de la inmutabilidad de las resoluciones en estos casos obedece a las circunstancias cambiantes de las relaciones sociales en sus más diversos aspectos por lo que se refiere a alimentos, a la patria potestad y a la interdicción, en virtud de que las posibilidades económicas de las personas que prestan los alimentos y a la necesidad de los que los reciben son mutables, como puede cambiar la conducta de las personas que ejercen la patria potestad y la salud de las personas privadas de la razón o del juicio, y de ahí que el juez pueda variar sus resoluciones de acuerdo con las circunstancias cambiantes.

En lo que hace a los alimentos, consideramos que poseen todas las características de las medidas cautelares: son esencialmente provisorios por tener su vida limitada al período de tiempo que deberá transcurrir hasta el dictado de la providencia definitiva. Se justifican no sólo por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal, sino además por la existencia de un peligro de daño jurídico derivado del retardo con que podría llegar la sentencia de mérito del juicio de conocimiento pleno.

Concebido el proceso de alimentos provisorios como cautelar, acordemos que la resolución que los otorgue, debe ser considerada sujeta a la

cláusula rebus sic stantibus, ya que no se dirige a una relación extinguida en el pasado y estáticamente fijada para siempre, sino que crea una nueva (relación cautelar) que se proyecta en el futuro y, por tanto, admitirá las transformaciones que la dinámica vida le imponga. (317)

Consecuentemente con lo expuesto, ¿cuál sería la eficacia de la sentencia de alimentos, en nuestro derecho?

a. Según la posición tradicional, que fuera sostenida por Couture y recogida por Vescovi, esta sentencia sólo pasa en autoridad de cosa juzgada formal pero no sustancial, o sea hay irrecurribilidad pero no inmutabilidad porque en este juicio la sentencia no es más revisable, pero a través de otro juicio puede revisarse su contenido.

b. Según Arias y Tarigo, que siguen la posición de Carnelutti, esa sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada material, ya que es imperativa y por ende susceptible de ejecución. Pero no tiene autoridad de cosa juzgada formal, hasta que la sentencia dictada en el juicio ordinario no admita recurso alguno.

c. Celsi Bidart, por su parte, sostiene que puede aquí hablarse de cosa juzgada limitada o relativa, que consiste en cierta eficacia de cosa

---

(317) Bourimborde, Ana M., Cozaini, Osvaldo A., y Oteiza, Eduardo. "La cosa juzgada en los procesos sumarios propiamente dichos (con particular referencia a alimentos, interdictos y ejecutivos)." Revista del Colegio de Abogados de La Plata. Buenos Aires Argentina, septiembrediciembre de 1981, año XXIII, no. 41, pp. 139 y 140.



juzgada sustancial que tienen las sentencias que la doctrina califica como aquellas que sólo pueden ser objeto de cosa juzgada formal. A la nueva demanda idéntica se le opondrá la cosa juzgada sustancial, no formal, pues se trata de otro proceso. (318)

A nuestro modo de ver, en el CPCDF en este tipo de resoluciones nos encontramos ante la cosa juzgada formal, pero no sustancial. Y en la medida en que no son inmutables no generan la excepción de la cosa juzgada, serán exclusivamente imperativas, pero nunca inmutables.

Igual tratándose de la jurisdicción voluntaria, que se refiere a los casos donde es necesaria la intervención del juez, sin que esté promovida, ni se promueva cuestión alguna entre las partes. En estos juicios no hay empobrecimiento ni enriquecimiento de las partes pues no existe definición del derecho ajeno sino mera comprobación judicial del derecho propio. (319)

Según el artículo 897 CPCDF, el juez podrá variar o modificar sus providencias cuando cambian las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción. Tal es el caso de nombramiento de tutores y curadores, enajenación de bienes de menores, incapacitados y transacción acerca de sus

---

(318) Greif, Jaime. "Alcances de la cosa juzgada en los denominados procesos sumarios propiamente dichos: con particular referencia a alimentos, in terdictos y ejecución." Revista Uruguaya de Derecho Procesal. Montevideo Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1981, no. 4, p. 345.

(319) Martínez Sarmiento, Rafael. "Exceptio Rei Judicatae" Estudios de Derecho. Medellín Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, 1959, vol. XVII, no. 54, p. 611.

derechos, adopción, información ad perpetuum, apeo y deslinde, donde las sentencias no son absolutas sino relativas. (320)

Dentro de estos supuestos en que no se produce la cosa juzgada, se ha intentado incluir los interdictos de retener y recobrar la posesión a que hacen referencia los artículos 16 a 18 CPCDF; en éstos, el legislador ha estatuido un medio de protección a quien se ve perturbado de hecho en el ejercicio de sus facultades de poseedor o tenedor.

Al detenernos en su estudio, observamos que indudablemente en éstos sólo se discute el hecho material de la posesión o de la tenencia, sin entrar en el juzgamiento del derecho a la posesión o la tenencia. Existe entonces la posibilidad de un juzgamiento posterior, comprensivo de las cuestiones que quedaron excluidas. El juicio posesorio que puede subseguir, tiene por objeto amparar la posesión, y si en él se admite el mejor derecho del desponjante, la primera sentencia se ve modificada.

Pero hay más, como señala Arlas, como el triunfador en el juicio reivindicatorio puede no ser el poseedor, la sentencia que lo resuelva, podrá modificar la del juicio posesorio. (321)

En estos casos, la sentencia dictada en cada uno de los juicios, pasa

---

(320) Lozano Ramírez, Raúl. "La relatividad de la cosa juzgada" Anales de Jurisprudencia. México. Comisión especial de los Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, julio-septiembre de 1981, año 48, tomo 180, p. 227.

(321) Greif, Jaime. Ob. cit. p. 341.

en autoridad de cosa juzgada formal y material y por tanto, ésta no podrá hacerse valer como excepción en el juicio subsiguiente, aunque la sentencia sea imperativa, porque aquí hay una graduación de distintos tipos de juicios, falta uno de los elementos integrantes de la famosa triple identidad: el objeto sobre el que se litiga, que en el primer caso es la simple tenencia, en el segundo el mejor derecho a la posesión y en el tercero el dominio.

En estos supuestos es imprudente afirmar que lo decidido en el interdicto, no trasciende al proceso mismo; corresponde, por el contrario, puntualizar que el juez del proceso deberá tener en cuenta las conclusiones surgidas de la contienda interdictal, en orden a su obligación de evitar el doble juzgamiento de idénticas cuestiones. Lo decidido en este proceso, en cuanto a los hechos y situaciones jurídicas de su incumbencia, debe considerarse válido y firme en el petitorio posterior. (322)

Ahora bien, ¿cuáles son las notas distintivas que han de caracterizar una resolución para que ésta sea susceptible de constituir cosa juzgada? Estimamos que tales notas son tres: que se trate de una sentencia, que ésta sea firme y que haya resuelto el fondo del asunto. (323)

En efecto, la excepción de cosa juzgada ha de apoyarse en sentencia y nunca en auto, conforme al texto claro del artículo 422 CPCDF que señala: "Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquél en que ésta sea invocada,..."

---

(322) Bourimborde, Ana M., y Otros. Ob. cit. p. 144.

(323) Gómez Calero, Juan. Ob. cit. p. 442.

Sin embargo, observa Chioventa (324), que la cosa juzgada puede darse en las sentencias y en otras providencias semejantes, que al hacerse definitivas afirman de manera indiscutible una voluntad de la ley que garantice un bien a una parte frente a la otra; como sucede con los autos definitivos que aprueban transacciones o aceptan desistimientos definitivos. (Así, véase el artículo 79 fracción III CPCDF)

Ahora que vemos los distintos tipos de resoluciones procesales que prevee el citado numeral 79 CPCDF, recordamos que uno de los aspectos más prácticos, más significativos de la teoría de la cosa juzgada consiste en determinar si los acuerdos de trámite y las sentencias interlocutorias, adquieren autoridad de cosa juzgada del mismo modo que las sentencias definitivas.

En lo que hace a las determinaciones de trámite, los principios generales que rigen el proceso, tal como está establecido en artículos 84 y 683 CPCDF, no permiten dejar a la discreción del juez el modificar y revocar sus providencias cuando el término para el recurso de las partes ha transcurrido.

El juez, en general puede hacer o no hacer lo que le piden las partes; y sus poderes quedan sometidos a la iniciativa de las partes, en general. Y en particular, en lo que se refiere a la modificación o la revocación de un acto, de una determinación ya dictada, el juez no puede hacer de oficio sino lo que expresamente la ley le permite; y en principio no puede hacer algo

---

(324) Chioventa, Giuseppe., citado por Devis Echandía, Hernando. "De la cosa juzgada..." p. 205.

que la parte no le haya pedido en forma expresa.

Aquí, se puede afirmar que el concepto de preclusión, permite comprender cómo y por qué la determinación de trámite, como todas las resoluciones judiciales, llegan en un momento determinado a no ser más revocables y a quedar como punto firme en el camino del proceso.

Respecto de las interlocutorias, esas sentencias no adquieren la autoridad de cosa juzgada en el sentido material. ¿Y por qué? Sencillamente porque lo que las sentencias interlocutorias deciden no tiene interés y no tiene valor fuera del proceso. De igual forma se obtiene lo que decíamos anteriormente: la preclusión de una de las tantas cuestiones que se presentan en el curso del proceso, pero que no tiene ninguna importancia una vez que el proceso ha acabado, produciendo entonces sólo cosa juzgada formal. (325) A este principio puede hacer excepción solamente una disposición expresa de ley por razones de oportunidad práctica. Tenemos un ejemplo de esto en el artículo 137 bis fracción III CPCPDF.

A lo dicho, se debe agregar que la sentencia con la eficacia de la cosa juzgada, ha de ser firme, es decir, ha de constituir cosa juzgada formal.

Y también que, es presupuesto necesario para la cosa juzgada material, que la sentencia concluya el proceso y haya resuelto el fondo del asunto

---

(325) Liebman, Enrico Tullio. "La cosa juzgada de las mere-interlocutorias y de las interlocutorias" Anales de Jurisprudencia. México, Comisión Especial de los Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, octubre-diciembre de 1948, segunda época, año XV, tomo LIX, pp. 503 a 505.

planteado; esto es, que examine la pretensión en todos sus fundamentos, actuando sobre la relación procesal válidamente constituida, sin que quepa referirla a resoluciones que, por cualquier motivo, no juzgaron, esto es, no decidieron sobre el punto controvertido o cuestión de fondo; de ahí la posibilidad de que estas últimas permitan el planteo en un nuevo juicio, de la materia substancial no decidida en el primero.

Sabemos que en Roma, la cosa juzgada se entendió referida únicamente a la sentencia que se pronunciaba sobre el fondo, mas no a la de contenido puramente procesal.

Parece seguirse esta idea y ahora solamente las sentencias de fondo son aptas para adquirir la autoridad de la cosa juzgada; ya que ésta mira a proteger los resultados del proceso fuera del proceso, mientras que las sentencias sobre cuestiones de procedimiento se refieren a una relación que se consuma en el proceso mismo. Se afirma que las sentencias procesales absolutorias en las que no han sido examinadas las pretensiones de las partes, no producen aquel efecto, que se reserva a las sentencias materiales que contienen resoluciones sobre el fondo. Estas sentencias pasan sólo a cosa juzgada en sentido formal. (326)

Otra observación debe hacerse con referencia a la decisión sobre cuestiones prejudiciales. Las cuestiones prejudiciales decididas en un litigio pueden ser libremente discutidas en un litigio posterior; a no ser que, por disposición especial de la ley o por voluntad de las partes, la discusión surgida en el proceso precedente sobre una cuestión prejudicial

---

(326) Fenech Navarro, Miguel., citado por Carreras Llansana, Jorge. Ob. cit.

se haya elevado a la categoría de una acción de declaración (declaración incidental); en dicho caso nos encontramos ante una demanda autónoma, que se refiere a un bien de la vida distinto, a la certeza de la relación prejudicial, con la consecuencia de que la sentencia, en cuanto estime o desestime la demanda de declaración incidental, tendrá efecto de cosa juzgada. (327)

Es conocida la controversia acerca de si la cosa juzgada se limita a la parte resolutive de la sentencia o si debe extenderse también a su motivación o considerandos, asunto sobre el cual, los romanos nunca pensaron en el razonamiento del juez: se remontaron en verdad, al razonamiento del juez cuando se trató de identificar la nueva acción respecto de la primera acción decidida, al investigar la causa petendi, pero sólo para eso. (328)

Chiovenda (329) sostiene a este respecto que la autoridad de la cosa juzgada sólo recae en la parte dispositiva de la sentencia, pues los motivos o razones que ha formulado el juez para llegar a tal conclusión no tienen valor. La sentencia vale como expresión de la voluntad del Estado y no por sus premisas lógicas: éstas deben desenvolverse por el juez en los motivos del fallo y como una garantía para los ciudadanos, pero no adquieren valor de cosa juzgada.

Para Couture esta cuestión se responde con una postura restrictiva pues el Estado tiene, por medio de sus órganos, un querer jurídico, pero no un

---

(327) Chiovenda, Giuseppe. Instituciones... tomo I, p. 440.

(328) Chiovenda, Giuseppe. "Acerca de la cosa juzgada..." p. 214.

(329) Ibidem. p. 219.

modo oficial de razonar y la cosa juzgada es una forma de autoridad que adquiere la sentencia como acto de autoridad. (330)

Sin embargo, nos aclara, las cuestiones decididas implícitamente como antecedente lógico necesario del fallo, que han sido objeto de debate expreso, pasan en cosa juzgada. Por tanto, debe afirmarse como principio que los considerandos o motivos del fallo no hacen cosa juzgada. Por excepción adquieren esa autoridad cuando el dispositivo se remite a ellos en forma expresa o cuando constituyen un antecedente lógico absolutamente inseparable (cuestión prejudicial) del dispositivo. (331)

El criterio de nuestros tribunales se mantiene con firmeza en el sentido de que únicamente los puntos resolutivos pueden perjudicar a los litigantes, en tanto que la motivación sólo se debe tomar en cuenta para interpretar la sentencia. (332)

Ha podido en consecuencia concluirse que el contenido de las sentencias que reviste de fuerza de cosa juzgada es el que integra la norma

---

(330) Esta afirmación es discutible, digamos que en principio sí existe tal modo oficial de razonar (que se manifiesta en la ley y en la jurisprudencia), pues de lo contrario no existiría seguridad jurídica.

(331) Couture, Eduardo J., citado por Imaz, Esteban. "Límites procesales de la cosa juzgada" La Ley. Buenos Aires Argentina, 23 de julio de 1954, p. 2.

(332) Medina, Ignacio. "Límites subjetivos y objetivos de la cosa juzgada". Revista de la Facultad de Derecho de México. México D.F., octubre-diciembre de 1968, tomo XVIII, no. 72, p. 792.



jurídica individual y ésta puede aparecer enunciada en cualquier parte de la sentencia. Además, parece claro que las decisiones sobre puntos de hecho carecerán de valor de cosa juzgada si no se trata de los que integran los aspectos fácticos de la norma individual del caso y sólo en la medida en que se la constituye legítimamente para la solución del pleito, adquieren fuerza de cosa juzgada. (333)

Por eso, en una acción de condena simple, las consideraciones sobre los hechos referentes a la existencia no debatida de la obligación -validez del título, verbigracia- no hacen cosa juzgada. Y lo mismo vale para las consideraciones y enunciaciones sobre puntos de derecho.

## 2. Requisitos.

En cuanto a los requisitos, la doctrina tradicional exige la mediación de las tres identidades clásicas: a. identidad de sujetos (eadem personae); b. de objeto (eadem quaestio); y c. de causa (eadem causa petendi), con respecto del proceso anterior, ya resuelto por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; la concurrencia de dichas identidades, constituye un límite de eficacia de la cosa juzgada, porque su fuerza vinculativa se limita a quienes fueron partes iniciales e intervinientes en el proceso en que se dictó, a sus causahabientes y codeudores o coacreedores solidarios o de obligación indivisible. Este es el efecto relativo de la cosa juzgada, que todas las legislaciones aceptan como norma general y que sólo tiene

---

(333) Imaz, Esteban. "Límites procesales..." p. 4 y "Límites objetivos de la cosa juzgada" La Ley. Buenos Aires Argentina, 7 de diciembre de 1954, p. 1.

limitadas excepciones en su extensión hacia terceros extraños a la controversia decidida, para los casos en que expresamente la ley le otorga valor erga omnes.

El primer requisito, de la identidad subjetiva, viene establecido como se ha dicho, en el CPCDF, cuyo artículo 422 exige la concurrencia de la identidad entre las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron; con esta locución, la ley realiza un desdoblamiento del elemento subjetivo, es decir, que en todo caso será necesario descubrir al sujeto jurídico y no al físico.

Por consiguiente, en esta concepción es necesario aclarar que no se trata de identidad de personas sino de partes. Ello es debido a que no todas las personas concurrentes a un juicio lo hacen como partes; además las partes no obran en la mayoría de los casos por sí mismas, sino atendidas por medio de un representante o apoderado. Si fuera la identidad de personas el requisito que se estudia, bastaría cambiar de abogado para que nos fuera posible adelantar de nuevo un proceso que ya fue decidido en una oportunidad anterior.

¿De quiénes se puede decir que han sido partes en el juicio? Pues de todas aquellas personas cuyo litigio propio haya sido objeto de la sentencia. Se requiere también que hayan concurrido al juicio personalmente o representados legalmente. Se presta sin embargo un caso de excepción y es el que tiene relación al sustituto procesal, el cual obra en un litigio que no es el suyo y su actuación se explica debido a que tiene interés en dicho proceso (artículos 29, 32 fracción III y 92 CPCDF). La noción no comprende únicamente al demandante y al demandado, sino que abarca a todos aquellos

que ostentan el carácter de terceros concurrentes, bien en su carácter de principiantes, con autonomía o litisconsorciales, o bien como secundarios y simples coadyuvantes de cualquiera de los anteriormente enumerados. (334)

Cosa diferente ocurre cuando se cita legalmente a una persona -a fin de que la sentencia la vincule- y ésta se abstiene de concurrir al juicio. Por el solo hecho de la citación, la persona que no quiso concurrir queda convertida en parte, así el demandado se convierte en tal, por el solo hecho de la notificación de la demanda hecha a él o a su representante legal.

En cambio cuando se ha emplazado a terceros indeterminados, como acreedores o interesados posibles, con el objeto de que hagan valer sus posibles derechos en juicio, en todos aquellos casos de concurso de acreedores, o en los casos de quiebra de los comerciantes, si tales terceros indeterminados no concurren al juicio, no adquieren por el solo hecho del emplazamiento su carácter de partes, sino que es requisito necesario para que se conviertan en tales, el de la intervención en el juicio. Contra estos terceros que no intervinieron no se produce la cosa juzgada, pero no podrán tampoco en un juicio posterior impugnar los pagos que ya fueron hechos a las personas que intervinieron; sufren en consecuencia un perjuicio grave o irreparable por el hecho de no haber concurrido a hacer valer sus derechos en el juicio. (335)

Por cierto, con el término calidad, el código no alude a la condición

---

(334) Ochoa Franco, Jairo. Ob. cit. pp. 236 y 237.

(335) Ibidem. p. 239.

procesal -de demandante o demandado- que asuman los litigantes. La calidad en que las partes litiguen -afirma Manresa (336) no puede confundirse con la respectiva situación procesal de actor o reo, porque entonces el demandado en el primer pleito, con sólo demandar él luego, podría renovar la cuestión fallada. Y es lo cierto que el cambio de posición procesal no afecta a la identidad subjetiva.

Diversamente, lo que el CPCDF quiere significar es la condición jurídica sustantiva y que hace referencia a la legitimación directa. Por tal razón no es la misma la calidad de los sujetos -y, por tanto, no hay cosa juzgada- cuando la persona a quien en el primer litigio no se le quiso reconocer el carácter de arrendatario, litiga en el segundo proceso en virtud de serlo; ni tampoco cuando el hijo litiga, no como causahabiente de su padre, litigante anterior, sino por haber adquirido de un tercero la cosa litigiosa. (337)

Paralelamente a este tema, se encuentra el de los límites subjetivos de la cosa juzgada, que trata de las personas afectadas por ella, es decir, del alcance de la norma individual permanente que es la sentencia firme, en cuanto puede cuestionarse si ella obliga solamente a los individuos súbditos que han intervenido en el proceso, o también a quienes no han sido parte en ese proceso. (338)

---

(336) Manresa, citado por Gómez Calero, Juan. Ob. cit. p. 451.

(337) Gómez Calero, Juan. Ob. cit. p. 451.

(338) Imaz, Esteban. "Límites subjetivos de la cosa juzgada" La Ley. Buenos Aires Argentina, 15 de abril de 1955, p. 1.

Una extensa cantidad de autores recientes desenvuelven ideas que se ligan más o menos conscientemente a la renovación del concepto fundamental de los límites subjetivos de la cosa juzgada.

La doctrina decía: la cosa juzgada sólo tiene valor entre las partes; este principio de autoridad de la sentencia inter partes resulta de la esencia dialéctica del proceso, como cuestión entre dos sujetos, por cuanto a una cosa tradicionalmente llamada res in iudicium deducta. Así pues, esquemáticamente, la sentencia debe recaer entre las partes, que lógicamente no pueden ser menos de dos, y dentro del terreno procesal no pueden ser más de dos.

Esta regla se justifica fácilmente. El juez no decide mas que el litigio que le está sometido y no tiene ni la intención ni el poder de decidir sobre terceros con una sentencia equivalente a una disposición general y reglamentaria, facultad que le está vedada al poder judicial.

La doctrina moderna dice lo contrario: la cosa juzgada como acto de autoridad, tiene vigor no sólo entre las partes sino que, por ser un hecho real debe ser respetada por todos, incluso vincula a los demás tribunales.

Esta idea es desarrollada admirablemente por Chiovenda (339), para quien la regla de los límites subjetivos no significa que la sentencia sólo tiene eficacia entre partes; por el contrario, todos están obligados a

---

(339) Chiovenda, Giuseppe., citado por Pietri, Alejandro. "Los efectos de la cosa juzgada" Revista de Derecho y Legislación. Caracas Venezuela, diciembre de 1951, año XL, no. 487, p. 273.

reconocer la cosa juzgada establecida entre partes, pero no puede perjudicar jurídicamente a los extraños a la litis, legitimándolos entonces para atacarla.

Sería soberanamente injusto que una decisión tuviera autoridad de cosa juzgada contra una persona que, no habiendo sido parte en un proceso, no haya podido defenderse y que, sin embargo, tiene quizás argumentos para someter al tribunal, capaces de cambiar completamente su opinión sobre las pretensiones del adversario.

El tercer y último párrafo del invocado artículo 422 del CPCDF dice así: "Se entiende que hay identidad de personas siempre que los litigantes del segundo pleito, sean causahabientes de los que contendieron en el pleito anterior o estén unidos a ellos por solidaridad o indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigir las u obligación de satisfacerlas." Respecto de los causahabientes a cualquier título (universal o singular), es indudable -anota Mucius Scaevola (340)- que el sucesor y el causante, en los derechos de éste que se transmiten al primero, son para todo efecto judicial, los mismos, considerándose una sola persona y por tanto, quedan frente a la sentencia pronunciada, obligados en la misma manera que las partes.

No es tampoco lógico hacer diferencias entre los sucesores a título singular, que lo son al momento del juicio, y aquellos que llegan a serlo con posterioridad, o sea después de ejecutoriada la sentencia, pues tanto a los unos como a los otros se les tendrá como partes y consecuentemente como

---

(340) Scaevola, Mucius., citado por Gómez Calero, Juan. Ob. cit. p. 452.

beneficiados o perjudicados con la decisión; como a todos ellos los cubija el fallo, entonces necesariamente a todos ellos los vincula la fuerza de la cosa juzgada.

Cuestión muy debatida en la doctrina de muchos países, el nuestro inclusive, es la que concierne a la determinación de si la autoridad de la cosa juzgada alcanza a los condueños, copartícipes, deudores o acreedores solidarios o a personas ligadas entre sí por la indivisibilidad de las prestaciones, aun cuando no hayan intervenido en el juicio seguido por o en contra de alguno de ellos.

En todo caso ha de admitirse que la solidaridad y la indivisibilidad, si no confunden en una sola las dos personalidades, establecen la unidad de procedimiento en tal forma que lo hecho por uno o contra uno obliga a todos los demás; se entiende ha estado representado por el codeudor o coacreedor que actuó durante el juicio y cuyos resultados y actuaciones le favorecen o perjudican, según el caso. Aunque por otra parte, se dice que si se obligara a los terceros que no fueron parte en el juicio a quedar ligados con la sentencia, se les estaría condenando sin haberlos oído y vencido en juicio, atento a los imperativos de los artículos 14 y 16 constitucionales.

Por cuanto a los terceros coadyuvantes, a los que Alcalá Zamora y Castillo llama subpartes al criticar el artículo 656 CPCDF, a éstos en principio no les obliga la autoridad de la sentencia en medida igual que al coadyuvando, ya que su posición no rebasa la de éste ni se identifica con ella. Suponer lo contrario equivaldría a reconocer que básicamente en el proceso puede haber más de dos partes, cosa que antes hemos negado. Dicho artículo sostiene, contra la ortodoxia procesal, que el tercero coadyuvante

podrá "III. Continuar su acción y defensa aun cuando el principal desistiere;" Tal cosa desnaturalizaría el fenómeno de coadyuvación totalmente. (341)

Es necesario recordar que en ocasiones los límites subjetivos de la cosa juzgada se extienden a personas que no han intervenido en el litigio, como sucede en las cuestiones relativas al estado civil de las personas, a la validez o nulidad de las disposiciones testamentarias (artículos 92 y 422 CPCDF).

Se llega así al segundo de los requisitos, de la identidad objetiva, que también viene establecido en el ya invocado artículo 422 CPCDF, y que exige la identidad en las cosas de uno y otro proceso.

Hay que advertir que desde el momento en que se tiende a delimitar el objeto, hay discrepancias en tanto se cree que sea la cosa física, o bien la cosa jurídica.

La cosa, la res in iudicium deducta en su viejo sentido tradicional, debía entenderse el bien corpóreo, la cosa litigiosa después del juzgamiento. Era el bien en su individualidad objetiva que después de haberse hallado presente en el proceso, lo estaba bajo la decisión atributiva, permanente y obligatoria del juzgador. Todo lo que de esa cosa material -o el todo material en su caso- había sido llevado al juicio y sobre la cual había recaído el juzgamiento, quedaba libre de cualquiera ulterior sumisión a esos efectos, entre las mismas partes.



Pero ese concepto de cosa no ha resistido a las aplicaciones constitutivas. En las acciones constitutivas, la res in iudicium deducta en aquel primigenio sentido, no aparece por ningún lado, respecto de ella no cabe hablar de porciones o parcialidades. Sencillamente, porque la cosa no existe; antes por el contrario se trata de crearla, de darle nacimiento mediante el proceso. Ya no se puede hablar entonces de cosa litigiosa, que no la hay, sino de objeto del proceso; de ahí que con la expresión quaestio propuesta por Juliano, sustituye la palabra latina res y se hacen caer dentro de aquel concepto todas las posibilidades de contenido de la cosa juzgada: la declaración, la condena, el efecto constitutivo, el cautelar, etcétera. (342) El objeto de la decisión es, según Chiovenda (343) un bien de la vida, que puede consistir en una cosa, en un hecho, en una abstención o en una declaración. En ese orden, no cabe confundir la cosa litigiosa con el objeto del proceso, pues mientras que este último está constituido por el bien jurídico cuya protección se solicita al juzgador, aquélla no es más que uno de los elementos que configuran dicha pretensión.

Pero en cuanto se borra la idea de la materialidad de un bien y se pasa al terreno del objeto del litigio en general, su articulación con los demás objetos de interés jurídico se revela de inmediato ligada, conectada con una razón, un por qué de la sumisión de ese objeto jurídico al proceso y al juzgamiento. Ese por qué, es el tercero y último de los requisitos: la causa, llamada también causa petendi. (344)

---

(342) Medina, Ignacio. "Límites subjetivos...". p. 798.

(343) Chiovenda, Giuseppe., citado por Ponz, Manuel Alberto. Ob. cit. p. 976

(344) Medina, Ignacio. "Límites subjetivos...". p. 798.

Esto da el inseparable eslabonamiento entre la cosa en el sentido de objeto del proceso y la causa de pedir; ésta es, en suma, el por qué de lo pedido, los fundamentos de hecho que legitiman las pretensiones, las circunstancias determinantes del derecho reclamado y no se encuentra más que en la demanda y en su contestación.

Conforme a nuestro CPCDF, pareciera que la causa petendi tiene un componente o elemento fáctico, integrado por los hechos, y otro componente o elemento jurídico representado por los fundamentos de derecho atento a lo dispuesto por los artículos 255 fracciones V y VI y 260, que obligan al actor (y al demandado) a consignar en su demanda los hechos y fundamentos de derecho; sin embargo, entendemos que la causa petendi queda configurada con la mera alegación del componente fáctico, sin necesidad de aducir el componente jurídico, dada la plena vigencia de los aforismos iura novit curia y da mihi factum, dabo tibi ius. La formal alegación de los fundamentos de derecho a que se refiere el citado artículo 255 fracción VI constituye una exigencia meramente procesal, que deviene irrelevante en orden a la determinación de la causa petendi y subsiguiente configuración de la pretensión procesal.

Mucho se ha discutido sobre los límites de la cosa juzgada en cuanto a la unidad o parcialidad de los objetos del juzgamiento. Así, las fórmulas: totum in pars non est, pars in toto est; pero su aplicación no siempre conduce a conclusiones inequívocas, como lo demuestra el hecho de que los tratadistas recurran constantemente a ejemplos comprobatorios. Hay quien afirma, verbi gratia, que cuando alguien reclamó un millón de pesos, con base en cierto título de crédito y no obtuvo sentencia favorable, no podrá después de la cosa juzgada emprender nuevo juicio por cantidad menor contra

el mismo demandado, porque obsta la primera sentencia; en tanto que según Eduardo Pallares, si el demandante no demostró su crédito por un millón, en el primer juicio, tal vez podrá demostrar la existencia del mismo por la menor cantidad que pretende en el segundo, sin que para la prosecución del segundo juicio sea obstáculo la cosa juzgada en el primero. (345)

Parece lógico y acertado pensar que si la parte se encuentra contenida en el todo y si ya fue rechazada por la sentencia una demanda relativa al total, implícitamente se rechazaron todas y cada una de las partes que conforman la cosa, y en consecuencia sería congruente manifestar la procedencia de la excepción de la cosa juzgada en este caso, pues ella es oportuna; sin embargo, debe apreciarse y considerarse la cosa que constituye el juicio más del lado jurídico, que del lado material.

Tomemos otro ejemplo: Juan reclama la propiedad de una finca que sostiene haber adquirido por prescripción. El demandante apoya su petición en los actos posesorios que ejecutó continuamente por más de veinte años en el predio respectivo. El juez rechaza la demanda basado en el hecho de que los actos exhibidos como prueba, no tienen, con relación a la totalidad del fundo, el valor jurídico necesario para servir de base a la prescripción. Si con posterioridad, y apoyándose en los hechos posesorios por él ejecutados, Juan no demanda la totalidad del predio, sino la parte sobre la cual se refieren de una manera más directa los actos de posesión, se observará que el asunto puede ser diferente al primero, debido a que los actos que se consideraron insuficientes con respecto a la totalidad del predio, pueden

---

(345) Pallares, Eduardo., citado por Medina, Ignacio. "Límites subjetivos...". p. 801.

bastar para lograr la adquisición de una parte de él, mediante una sentencia favorable que decreta la prescripción. Lo que ocurre en este caso es que la cuestión debatida es diferente y no prosperaría por lo tanto la excepción de cosa juzgada. (346)

¿Cuál será el criterio más seguro para juzgar en la práctica si existe o no la identidad material? Se deduce del análisis que se efectúe acerca de las respuestas formuladas por los actores, los fundamentos invocados por las partes y la sentencia anterior tomada en su totalidad; examinando además si al rechazar la demanda con respecto al total, se aludió o no, aun implícitamente -a la parte-, a fin de proceder a rechazarla también. Si el juez en la sentencia aludió a la parte en forma desfavorable, la excepción de cosa juzgada prosperará, de lo contrario ésta no procede. (347)

Problema semejante ocurre si se rechaza la demanda relativa a una parte. Aquí se puede en derecho oponer la excepción de cosa juzgada, en el caso de que se propusiere una demanda por el todo, cuestión ésta que se puede deducir a priori.

Si se establece como cosa juzgada el hecho de que no se tiene derecho a una parte, esta misma decisión que produjo la cosa juzgada está afirmando y determinando que no se puede tener derecho al todo. Como conclusión se puede afirmar el hecho de que, de la demanda concerniente a una parte que haya sido rechazada por el juez, deriva lógicamente la excepción de cosa juzgada oponible a una demanda relativa al todo.

---

(346) Ochoa Franco, Jairo. Ob. cit. p. 227.

(347) Ibidem. p. 228.

Sin embargo debemos estudiar cuidadosamente todos aquellos casos en los cuales con la cosa juzgada se asigne una suma menor, pero dejando la posibilidad de que ésta pueda llegar a ser superior. Así, si no se excluyó la posibilidad de que una suma mayor pudiera ser debida, nada impide que ella pueda ser reclamada con posterioridad. Esta reclamación significa una contienda nueva, una contienda no decidida en el anterior juicio y consecencialmente sin ostentar autoridad de cosa juzgada. (348)

También puede inquirirse si cuando el objeto ha sufrido cambios esenciales después de la sentencia, podrá oponer en juicio posterior entre las mismas partes la cosa juzgada. Esto puede ocurrir cuando una materia prima se ha transformado en producto manufacturado. La individualidad objetiva habrá desaparecido. La incorporación del trabajo y de otros elementos complementarios sobre aquella materia romperán con el requisito de identidad del bien que fue objeto de la decisión, y por tanto será posible el planteo de un nuevo juicio, sin que obste para ello la cosa juzgada en el primero. (349)

Aun así ciertas cuestiones pueden presentarse dudosas como la reivindicación parcial luego de desechada la del todo. Aquí la excepción se acuerda por aplicación de la regla: Pars in toto est. Puede darse el caso inverso, donde la regla reza: Toto in pars est.

Se admite, sin embargo, la reivindicación de los materiales demolidos aun cuando se hubiera perdido la del edificio. También es posible demandar

---

(348) Ochoa Franco, Jairo. Ob. cit. p. 228.

(349) Medina, Ignacio. "Límites subjetivos..." pp. 801 y 802.

una segunda servidumbre, luego de desechada la primera. El actus -pasaje a caballo o en litera- después de rechazado el iter -pasaje a pie- y ello aun cuando la victoria en el segundo pleito otorgue la posibilidad de transitar a pie por el fundo sirviente. (350)

Otro examen todavía distinto deberá realizarse y es el de la congruencia externa de la sentencia misma, conforme al principio ne eat iudex ultra petita partium, pues resulta indudable que la cosa juzgada no podrá extenderse más allá del objeto litigioso, aunque se incluyan en ella otros más propuestos oficiosamente por el juez en materia civil, hecha excepción de la condena en costas para la cual está expresamente facultado (artículo 140 CPCDF).

Dentro de la misma sentencia habrá que estudiar si todas o solamente algunas de las cuestiones conflictivas existentes entre las partes, han sido sometidas a la jurisdicción del sentenciador. En este sentido los artículos 31 y 260, párrafo segundo, CPCDF consagran el principio de acumulación eventual, tanto de las pretensiones del actor como de las defensas del demandado, sancionadas por el decaimiento de las que no se hayan ejercitado. Esto conduce al resultado de limitar considerablemente las hipótesis de conexidad de litigios.

Ahora bien, si el juez ha incurrido en incongruencia por omisión, al no decidir sobre puntos que fueron materia del litigio. ¿Podrá decirse que hay cosa juzgada sobre todas las materias comprendidas en el mismo? La respuesta negativa no es dudosa. (351)

---

(350) Imaz, Esteban. "Límites objetivos..." p. 2.

(351) Medina, Ignacio. "Límites subjetivos..." p. 800.

Hemos fijado los límites subjetivos y objetivos de la cosa juzgada, ahora, con términos de Barrios de Angelis (352), mostraremos el lazo de unión de ambos temas.

Los límites subjetivos, aunque no absolutamente determinables por el objeto procesal, dependen de él, directa o indirectamente. Así, por ejemplo, es la naturaleza de la obligación solidaria la que extiende el campo de vigencia de la cosa juzgada a la esfera jurídica del codeudor o coacreedor que no participó en el proceso seguido por su deuda.

Como hemos destacado antes, la teoría histórica de la cosa juzgada tiene un enunciado riguroso que corporiza el principio de restricción, limitando su eficacia al ámbito subjetivo original; pero, simultáneamente, desde que la institución de la cosa juzgada adquirió vigencia, la realidad ha obligado a ampliar el campo de eficacia de la sentencia, abarcando a sujetos que resultan ser terceros, creándose e integrándose en la doctrina de las tres identidades, cierta medida del principio opuesto: el de la extensión subjetiva de la cosa juzgada. A primera vista, esa expansión se ha logrado principalmente a través de las ideas de sucesión, dependencia y representación o, como vamos a sostener a continuación, por las relaciones sustanciales de dos órdenes, de coordinación y de subordinación con respecto a las que han sido deducidas y resueltas en el proceso. Estos modos de ampliación aparecen como especies excepcionales, frente a la regla inicial.

---

(352) Barrios de Angelis, Dante. "Límites subjetivos de la cosa juzgada e intervención de terceros" Revista de Estudios Procesales. Rosario Argentina, Centro de Estudios Procesales, marzo de 1970, no. 3, pp. 16 a 23

Las comunidades o clases que vincula una relación de coordinación, es decir, de aquéllas cuyos vínculos jurídicos, a diferencia de las que llamamos de subordinación, no derivan unos de otros y pueden determinarse teniendo en cuenta, principalmente, la mayor o menor homogeneidad entre sus miembros.

Las relaciones de subordinación de las relaciones sustanciales, constituyen la característica dominante del segundo grupo de clases o comunidades de terceros que vamos a examinar. La situación estructural de los miembros presenta el carácter definitorio: su vinculación al proceso ocurre en virtud de que en éste se juzga —como parte del objeto— una relación dependiente o una relación de que depende la situación jurídica del tercero. El área de participación común de sus miembros, se constituye, por la subsistencia de un derecho real o personal que es el supuesto de otro derecho real o personal. (353)

---

(353) Barrios de Angelis ("Límites subjetivos..." pp. 17 y 20.) en el análisis del artículo 479 del Código de Procedimientos Civiles Argentino, distingue seis clases o comunidades de coordinación: 1. deudores solidarios; 2. heredero testamentario y legatarios (por el mismo testamento); 3. propietario, usufructuario, usuario y titular del derecho de habitación (respecto del mismo inmueble); 4. legatarios y acreedores hereditarios; 5. acreedores del causante (beneficio de separación); 6. interesados en los bienes del ausente (herederos; legatarios, acreedores condicionales, etc.). En tanto que las clases o comunidades procesales que corresponden a las relaciones de subordinación, se integran con los siguientes titulares: 1. vendedores y compradores de los mismos bienes; 2. deudores y acreedores, hipotecarios y prendarios; 3. deudores principales y fiadores.



En principio, uno tiende a pensar que, en una comunidad o clase cuya característica es la subordinación, la extensión de la cosa juzgada sólo puede tener sentido unilateral: el fallo sobre la relación principal o independiente tiene eficacia sobre la relación dependiente. Pero el legislador nos sorprenderá resolviendo lo contrario.

En efecto, para posibilitar la extensión de la cosa juzgada a las relaciones de subordinación, es necesario el conocimiento del tercero; junto con la tercera, la comunicación judicial del pleito al tercero, cumple una idéntica finalidad, su mínima posibilidad de intervención y consecuentemente, la de ligarlo a la cosa juzgada. La falta de conocimiento de tercero, importa la negación lisa y llana de la extensión automática, la que se concede, por el contrario, en las relaciones de coordinación.

Ejemplo de lo dicho, está en la afectación del vendedor por la cosa juzgada contraria al comprador, respecto de la propiedad vendida; aquí, la comunicación al tercero -vendedor- adopta una forma de mayor solemnidad, y más rigurosamente institucionalizada, la citación de evicción (artículos 2124, 2823 CCDF, así como 22 y 657 CPCDF).

La situación funcional, en el sentido de rol o papel individual de cada sujeto, dentro del complejo de actividad procesal considerado, puede, hipotéticamente, ser fungible o no fungible, toda vez que cada miembro de la comunidad o clase pueda sustituir a otro cualquiera en la formación y la extensión de la cosa juzgada o que, por el contrario, la extensión de la cosa juzgada juegue en un solo sentido, con miembros sólo activos -formadores de la cosa juzgada- y miembros sólo pasivos -sujetos de la extensión. En nuestro derecho, y en principio, tanto las relaciones de coordinación como las de subordinación son fungibles.

La indivisibilidad en la extensión de la cosa juzgada (354) es también (354) Nos comenta Enrique Véscovi de una interesante sentencia del Tribunal de Apelaciones Penal de Montevideo, que en ausencia de disposición legal expresa, extendió los efectos del recurso al coacusado que no apeló, para beneficiarlo. En el ordenamiento del proceso civil uruguayo tampoco existe norma semejante, sin embargo Ada Pellegrini Grinover ("Condena paralela y efecto extensivo de los Recursos" Revista Uruquaya de Derecho Procesal. Montevideo Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1984, no. 2, pp. 252 a 257) estima que en los casos en que los litisconsortes han litigado con identidad de objeto y causa de pedir, también es aplicable el fenómeno de extensión del resultado del recurso interpuesto por cualquiera de ellos (salvo cuando los motivos de modificación de la decisión sean exclusivamente personales). Aquí, el principio de la personalidad de los recursos (según el cual los efectos surten solamente en relación a quien lo pidió) debe ceder frente a principios más importantes, como el de la acumulación de procesos ante una conexión tan intensa, que aconseja, en lo posible, el fallo conjunto, no sólo por razón de conveniencia de una decisión igual para todos los litisconsortes, sino por los principios generales del régimen de litisconsorcio. En suma, se impide la formación de cosa juzgada en relación a quien no recurrió, o sea que la sentencia no queda ejecutoriada para quienes litigan en un mismo polo, activo o pasivo, mientras no se decida el recurso interpuesto por cualquiera de ellos, siendo éste un fenómeno diferente a la extensión a los terceros de los límites subjetivos de la cosa juzgada, que consiste en la aplicación posterior a lo fallado, a quien no hubiere participado en la relación jurídica procesal. En nuestro derecho no tiene cabida el efecto extensivo de los recursos, ya que el artículo 53 CPCDF exige a los litisconsortes la representación común.

la regla tanto de las relaciones de coordinación como las de subordinación, por ejemplo, cuando varios acreedores demandan la anulación del negocio fraudulento, o uno o varios socios impetran la anulación de la deliberación de la asamblea social. Dicha regla no deja de tener excepciones expresas, en efecto, en la hipótesis de que uno de los dos sujetos a que aluden los artículos 1037 y 1053 CCDF, ventilara judicialmente un litigio, de vencer, la sentencia sería cosa juzgada que el otro podría hacer valer a su favor. Aquí, no hay identidad de sujetos y, sin embargo, hay extensión de la cosa juzgada. Pero basta que la sentencia fuera perjudicial para que no se produzca la mencionada extensión a terceros, esto es, el propietario, usufructuario, usuario y al titular del derecho de habitación; se dice entonces que tal extensión funciona sólo in bona parte (véase además los artículos 2826 y 2953 CCDF).

Este ángulo de observación nos muestra los límites subjetivos de la cosa juzgada como algo más que un marco de objeto, sirviendo de base a la admisibilidad de tercerías. A través de esos límites predecibles, el objeto -aún no juzgado- es una amenaza de perjuicio o una promesa de satisfacción para el tercero.

La intervención de tercero abarca la situación jurídica de sujetos que, no siendo partes iniciales de un proceso, están legitimados para producir actos de parte.

Es Couture (355), quien ha dicho, refiriéndose al tercero coadyuvante, que basta examinar su figura para comprender que a su respecto se plantea,

---

(355) Couture, Eduardo J., citado por Barrios de Angelis, Dante. "Límites subjetivos..." p. 5.

sustancialmente, un problema de cosa juzgada. Si el precepto res iudicata tertio non nocet fuera absoluto, agrega, el tercero nada tendría que temer, por cuanto el día que fuera a ejecutar la sentencia, él podría defender su interés al amparo del principio invocado y aduciendo la existencia de una res inter alios iudicata. Pero la experiencia jurídica, más que el textos de la ley, enseña que la máxima no es absoluta y que, en numerosas circunstancias de hecho, los terceros resultan alcanzados por la sentencia. Respecto de los terceros excluyentes, podría decirse muy bien que la imprecisión del alcance de los límites de la cosa juzgada también los ponen en riesgo, y que el proceso entre sus dos adversarios le interesa, además por razones de economía y de oportunidad.

Podríamos agregar que a diferencia de las comunidades con relación de coordinación, que ocasionalmente pueden dar lugar a la tercera excluyente (intervención principal), las clases con relaciones de subordinación constituyen el campo de elección para la tercera coadyuvante (intervención adhesiva).

Conviene ahora distinguir dos categorías: eficacia refleja de la sentencia y extensión a terceros de la cosa juzgada, toda vez que los distintos criterios que las rigen pueden darse simultáneamente en el mismo fenómeno; el primero tiende a sustituir al segundo, sin que se adviertan suficientemente sus respectivas individualidades.

La diferenciación de ambos conceptos obedece a la idea y al supuesto peculiares de cada uno. En primer lugar, la eficacia refleja no es más que una clase convencional de los efectos indirectos de toda sentencia, atiende a la proyección de una sentencia, fuera del proceso en que se dicta, sobre

un objeto distinto del decidido; la extensión, se refiere a la manera en que la sentencia afecte a un sujeto distinto de las partes, a un tercero. Así, es una eficacia refleja, la pérdida de la patria potestad en virtud de la condena penal del padre, la suspensión del ejercicio de los derechos civiles del procesado, como consecuencia del pronunciamiento de un auto de formal prisión.

Por cierto, para lograr la eficacia de la cosa juzgada ¿ha de ser necesariamente alegada por los litigantes? o lo que es lo mismo, sólo puede ser estimada, cuando es alegada por las partes en la causa, o, por el contrario, puede ser estimada de oficio por el juez.

Esta cuestión, es decir, si la cosa juzgada produce efecto ex officio, se planteó también en el Derecho romano. ¿Podía el magistrado denegar motu proprio la admisión de una acción sobre la que anteriormente había recaído sentencia firme? ¿Era precisa la alegación de la excepción? La facultad de denegación del juez romano llevaba implícita la afirmación de que se trataba de algo que chocaba contra los intereses públicos. La cuestión, bastante discutida, suele resolverse en el sentido de que es necesaria la alegación de la excepción sin que el juez pudiera estimarla de oficio a pesar de que no se consideraba la sentencia cosa que afectara a las partes exclusivamente. (356)

Hoy la doctrina está dividida sobre este punto y la solución al problema depende de la naturaleza que estimemos tiene la institución. Se admite por una parte que la cosa juzgada es de mero interés privado y por

---

(356) Wenger, citado por Silva Melero, Valentín. Ob. cit. p. 101.

otro lado se dice que es de orden público. En el primer sector, se señala que la cosa juzgada en el proceso civil da lugar a un derecho a favor de sus titulares que se ejercita por medio de una excepción; tiene necesariamente que alegarse para que surta su efecto de impedir un nuevo fallo sobre lo ya juzgado, puesto que, libre la parte para renunciar al beneficio que pudiera reportarle su alegación, la falta de ésta no puede ser suplida de oficio por el juzgador. (357)

Esta postura acoge la teoría jurídico-material (privada) de la cosa juzgada, que por ser un derecho material, perteneciente a la esfera privada, su ejercicio incumbe a su titular, por lo que sólo éste puede darle entrada en el proceso, utilizándolo como defensa.

Otros procesalistas, al tratar de la cosa juzgada, ponen de relieve el carácter vinculante de las resoluciones judiciales en cualquier proceso civil futuro. Se declara terminantemente que la cosa juzgada ha de ser considerada como un principio de orden público, lo que implica la obligatoriedad de su acatamiento incluso por órganos jurisdiccionales, por lo que el juez debe hacerla valer de oficio.

Ocurre en efecto, que en ningún caso pueden las partes disponer de la cosa juzgada en cuanto a tal, como vinculación del juez posterior al fallo anterior. Resuelta una cuestión por sentencia de fondo no está en manos de las partes la posibilidad de volver a discutirla nuevamente incoando un nuevo proceso.

Si como en esta postura, se entiende la cosa juzgada como institución netamente procesal, el juez podría aplicarla de oficio, pues no consistiría acervo patrimonial dispositivo de las partes, sino en la vinculación de carácter público del juez posterior al fallo anterior. (358)

A nuestro modo de ver, esta dirección jurídica, patrocinadora de la posibilidad de que la cosa juzgada sea apreciada de oficio, ha de conceptuarse acertada y corresponde a la verdadera naturaleza procesal de la institución. Ciertamente, si falta aquella alegación de parte, la cosa juzgada no podrá ser estimada como excepción. Pero, si existe constancia procesal de la primera sentencia en el segundo litigio, el órgano jurisdiccional que haya de decidir éste, deberá tener en cuenta en su resolución el contenido dispositivo de aquel primer pronunciamiento; y ello no en mérito de la excepción de cosa juzgada (que no fue aducida), sino en virtud de esa eficacia vinculante que la sentencia reviste conforme a lo dicho. El problema consiste en insertar esta orientación doctrinal en el estricto marco de nuestra ordenación positiva. (359)

---

(358) Lo que sucede es que, en tanto la cosa juzgada es irrenunciable como acto del poder público, el derecho que ella reconoce corresponde a los medios de disposición del derecho privado y por tanto puede ser renunciado. El vencedor en el litigio puede no llevar adelante el proceso de ejecución, con lo cual renuncia a su crédito. El llamado principio dispositivo, prevalece aquí sobre el principio de autoridad. La cosa juzgada regula el proceso pero no el derecho. (Couture, Eduardo J. Ob. cit. p. 203).

(359) Gómez Calero, Juan. Ob. cit. pp. 434 y 435.

La tesis que configura la cosa juzgada como una excepción tiene su sede legal en los artículos 42, 260, 272-A y 960 CPCDF que se refieren nominativamente a la excepción de cosa juzgada (360), lo cual lleva consigo el que el juez no pueda estimarla y absolver fundado en ella, si el demandado no la opondrá expresamente a la demanda, aun cuando resultara la existencia de una sentencia anterior por actividad del actor en el proceso o por cualquier otro medio lícito de adquisición.

La generalidad de las defensas procesales (excepción hecha, por

---

(360) Si la afirmación del demandado es incompatible con la del actor, la oposición recibe el nombre de contradicción, que puede referirse a los hechos o a las razones jurídicas y normas invocadas por éste. Si existe compatibilidad entre ambas afirmaciones, la opuesta por el demandado recibe el nombre de objeción, que normalmente exige la aportación de nuevos hechos que, sin ser incompatibles con los aportados por el actor, justifican la aplicación de una norma distinta a la invocada por éste y que enerva su eficacia; es perfectamente plausible la hipótesis de que el demandado admita la certeza de todos los hechos alegados por el actor, y a pesar de ello intente enervar las afirmaciones de éste por medio de la afirmación de que existe ya cosa juzgada, lo que nos sitúa ante una objeción. (Carreras Llansana, Jorge. Ob. cit. pp. 520, 521 y 531) Aquí, el demandado tiene normalmente la carga de la alegación y de la prueba de los hechos en que ha de fundarse la cosa juzgada y decimos normalmente ya que el demandado puede beneficiarse de las alegaciones y pruebas adoptadas por el actor, que ingresan en el proceso como patrimonio de ambas partes (en virtud del principio de adquisición procesal).



ejemplo, de la falta de legitimación procesal de las partes, según dispone el artículo 47 CPCDF), constituyen verdaderas excepciones en cuanto a que su no alegación formal impide que el juzgador pueda tenerlas en cuenta. (361)

En principio, alegados y probados unos hechos, el juzgador debe aplicar la norma no a causa de la solicitud de las partes, sino en virtud del principio iura novit curia; pero este principio tiene sus limitaciones, toda vez que los tribunales sólo pueden tener en cuenta los problemas jurídicos planteados por las partes, y si bien para darles solución pueden utilizar cualquier norma jurídica que se refiera a ellos, aun cuando no haya sido alegada expresamente por las partes, no cabe ni es admisible, dentro del principio de congruencia, la aplicación de normas destinadas a resolver problemas jurídicos planteados de oficio por el juzgador, aunque pudiera referirse a hechos introducidos por las partes en el proceso. En todo caso, la sentencia absolutoria es incongruente cuando la absolución se funda en una excepción (de cosa juzgada) no alegada oportunamente por el demandado. (362)

Como consecuencia de todo lo dicho, es claro que la cosa juzgada no podrá jugar jamás en procesos en los que el demandado sea declarado rebelde, pues es claro que no ha opuesto tal excepción, ni podrá ya hacerlo, a tenor de lo prevenido en el artículo 260 CPCDF (véase además el numeral 646 CPCDF).

---

(361) Para Guasp, la nota definidora de la excepción procesal, frente a la simple y mera negación, consiste en una actividad positiva, la introducción por el demandado en el proceso de datos nuevos que el juez ha de tener en cuenta. (Carreras Llansana, Jorge. Ob. cit. p. 521)

(362) Ibidem. pp. 523 y 524.

Pasemos ahora a determinar si la objeción o excepción de cosa juzgada, pertenece a los medios de defensa que llamamos procesales o a los materiales y de fondo. Para ello debemos tener presente que si la excepción de cosa juzgada es estimada por el juez, debe éste absolver al demandado sin fallar sobre las pretensiones. (363)

Lo que determina la naturaleza procesal o material de los medios de defensa no es que produzcan o no el efecto de cosa juzgada las sentencias estimatorias de dichos medios, sino el que supongan o no una absolución en la instancia; la sentencia que estima la excepción de cosa juzgada no puede producir nuevo efecto de cosa juzgada material sobre la pretensión del actor, ya que no decide sobre ella, pero produce dicho efecto respecto de que, entre el primer proceso y el en que la excepción se alegó, existen las identidades procesales necesarias para que la objeción deba ser estimada. De modo que si en un proceso ulterior -en hipótesis imaginable sólo a efecto de completar el argumento- el actor formulara nuevamente la misma pretensión, no sólo podría alegar al demandado la excepción de cosa juzgada en su función negativa derivada del primer proceso en que dicha pretensión se resolvió, sino que además podría alegar la cosa juzgada producida por el segundo proceso en función positiva, que vincularía al tercer juez a volver a estimar la excepción y absolver al demandado sin entrar en el fondo. (364)

No puede, pues, la sentencia que decide sobre la excepción de cosa juzgada y la admite, absolviendo al demandado, producir directamente efecto

---

(363) Fenech, citado por Carreras Llansana, Jorge. Ob. cit. p. 182.

(364) Ibidem. p. 539.

de cosa juzgada sobre la pretensión del actor, que no ha llegado siquiera a resolverse, sino sobre la existencia de la misma objeción. Estamos, pues, ante una hipótesis de absolución en la instancia, y la excepción de cosa juzgada constituye indiscutiblemente una defensa procesal.

Pero esto no quiere decir que deba negarse a la excepción de cosa juzgada el carácter de perentoria, pues sabemos que los términos procesal y dilatoria no son sinónimos. El mismo ejemplo que expusimos antes nos demuestra que la sentencia que acoge la excepción de cosa juzgada impide un nuevo ataque del actor formulando la misma pretensión que a causa de la excepción alegada no ha podido siquiera ser objeto de examen, ni podría serlo en un proceso posterior. No puede, pues, ser calificada de temporal, sino peretua. (365)

Veamos ahora los casos en que nacida la cosa juzgada, tiene lugar su extinción.

Para Chiovenda la casi totalidad de los motivos de nulidad (y

---

(365) Defensas perentorias son aquellas que, de ser estimadas, impiden que el ataque se reproduzca en otro proceso, mientras que por defensas dilatorias deben entenderse las que no impiden una reproducción de ataque del actor en otro proceso una vez que hayan variado las circunstancias. Las defensas procesales pueden ser dilatorias -como las de falta de personalidad-, o perentorias -como la litispendencia-; las defensas de fondo pueden ser también dilatorias -como la exceptio patti de non petendo intra certum tempus- o perentorias -como la prescripción-. (Gómez Orbaneja, Emilio., citado por Carreras Llansana, Jorge. Ob. cit. p. 529.)

anulabilidad) de una relación procesal y también las nulidades ocurridas en la tramitación del juicio, desaparecen al devenir definitivo el resultado del proceso por medio de la sentencia. La cosa juzgada equipara nulidad y anulabilidad en sanatoria general. (366)

Pero la presunción de justicia que cubre la decisión pasada en autoridad de cosa juzgada, ¿alcanza a todas las decisiones o tan sólo aquellas que se presentan, además, cubiertas de otros elementos? Dicho de otra manera, ¿basta que exista una sentencia, cualquiera que sea su contenido y presupuestos, para que operen los efectos de la res judicata?, ¿o será necesario que la decisión contenga algo más, que la sentencia sea válida, o lo que es lo mismo, que no haya sido dictada mediante vicios?

Desde un punto de mira estrictamente lógico y apuntando a los vicios de actividad más que a los sustanciales, se ha sostenido por Carnelutti que el presupuesto de la cosa juzgada es la mera existencia jurídica de la decisión y no su validez. Sólo, escribe, en la decisión recaída en el proceso aparente, en la resolución verbal o con contenido imposible, se dan casos de inexistencia que excluyen la cosa juzgada. (367)

(366) Chioevnda, Giuseppe., citado por Berizonce, Roberto O. "Medios de impugnación de la cosa juzgada" Revista del Colegio de Abogados de La Plata. Buenos Aires Argentina, enero-junio de 1971, año XII, no. 26, pp. 259 y 260.

(367) Carnelutti, Francesco., citado en Ibidem. p. 260. En el Derecho procesal el concepto de inexistencia se suele ligar a la idea de nulidad que sobrevive a la formación de la cosa juzgada; si el vicio es de tal entidad, se discute si pueda formarse o no cosa juzgada (Garnica Martín, Juan F. "Nulidad de actuaciones después de sentencia firme" Justicia. Madrid España, 1990, p. 903).

Desde otra óptica se ha considerado que la cosa juzgada desaparece en los casos de sentencias mediante fraude, en sentido genérico, y por aplicación de la máxima fraus omnia corrumpit. No toda sentencia, pues, tendrá eficacia de cosa juzgada, sino tan sólo aquellas que coronan un proceso válido en todos sus aspectos. (368)

A nuestro modo de ver, toda sentencia definitiva hay que respetarla y sólo se puede impugnar mediante los recursos que establezca la ley. Ella surte todos sus efectos cualesquiera que sean los vicios en que se haya incurrido en el procedimiento (369); tiene la autoridad de cosa juzgada

---

(368) Safontás S. P., citado por Berizonce, Roberto O. Ob. cit. p. 260.

(369) Serra Domínguez estima que la cosa juzgada constituye la causa extrema de subsanación de las nulidades procesales y niega, por tanto, la admisibilidad del incidente de nulidad de actuaciones con posterioridad a la sentencia, toda vez que el juez o tribunal pierden jurisdicción para realizar cualquier actuación procesal que no sea la admisión de recursos contra la sentencia y, en su caso, para su ejecución. Dictada la sentencia firme, ha precluido, al no formularse recurso contra la misma, toda posibilidad de denunciar las nulidades producidas dentro del proceso. Únicamente en los excepcionales supuestos de inexistencia, pero nunca en los de nulidad podría mantenerse dicha conclusión. Por tanto, teóricamente debería existir un procedimiento para poner de manifiesto la nulidad de los actos procesales, aun cuando el proceso hubiera terminado por sentencia firme, de admitirse lo contrario, las nulidades cometidas dejarían de ser absolutas en cuanto el simple consentimiento de las partes a una sentencia incorrecta bastaría para subsanar cualquier defecto por enorme que fuera (Garnica Martín, Juan F. Ob. cit. pp. 900 a 902).

hasta que no sea anulada. (370)

Por consiguiente, el paso en aparente autoridad de cosa juzgada de una sentencia no sana los vicios de existencia y validez de un proceso, derivados de su incorrecta constitución. Así, si hubieran mediado defectos de presupuestos procesales (falta de jurisdicción o de competencia absoluta, o incapacidad, también absoluta, de las partes, por ejemplo) o si el demandado no hubiese sido emplazado, podrá pedirse posteriormente la declaración de inexistencia o la nulidad de todo lo obrado, según los casos, por los medios que franquea la ley. (371)

De ahí que, determinar la extensión de la cosa juzgada según los vicios e informalidades en que se haya incurrido en el juicio, es quitar a una sentencia judicial la fuerza que la ley le atribuye mientras no sea impugnada con éxito mediante la vía correspondiente.

En las legislaciones modernas se reconocen diversas vías impugnativas para cancelar la cosa juzgada. En nuestro derecho positivo vigente, puede tener lugar, fundamentalmente, a través de dos medios o cauces: la impugnación en recurso de apelación extraordinaria, que pueden ejercitar

---

(370) La opinión mayoritaria en la doctrina descarta la posibilidad de que el propio órgano jurisdiccional declare la nulidad de su propia resolución. Sólo hay una posibilidad en sentido contrario, la obligación de carácter público para el juzgador, antes y después de sentencia, de la declaración ex officio de nulidad del acto viciado con nulidad absoluta (Garnica Martín, Juan F. Ob. cit. p. 913).

(371) Hoyos Henrechson, Francisco. Ob. cit. p. 52.

quienes hayan sido partes en el proceso (372); y la impugnación con la acción de nulidad de proceso, para resguardar, en principio, los derechos de las personas ajenas al proceso.

En lo atinente a la primera vía, el artículo 717 CPCDF ha introducido, con el nombre de apelación extraordinaria, no un recurso ordinario, sino una acción autónoma que origina un proceso; se trata de un juicio de nulidad de juicio, es pues, un remedio especial que se concede para atacar la fuerza de cosa juzgada precisamente porque ésta se basa en un procedimiento viciado de nulidad que la ley considera insubsanable. (373)

(372) Respecto de los que no hayan sido representados legítimamente, es obvio que son tan extraños como si de ningún modo hubieran intervenido (artículo 717 fracción II CPCDF).

(373) Con relación a la actividad de un juez incompetente (fracción IV del artículo 717 CPCDF), la apelación extraordinaria procede si no hubo, durante el proceso, declaración de nulidad. Giuseppe Chioventa ("Cosa Juzgada y Competencia" Anales de Jurisprudencia. México D.F., Comisión Especial de los Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, enero de 1946, segunda época, año XIV, tomo LII, pp. 140 y 141), nos enseña que en las sentencias interlocutorias o definitivas que resuelven acerca de la competencia, existe simple preclusión y no cosa juzgada, pues expresan un juicio sobre la actividad propia del juez, es decir, sobre el acto de juzgar, lo cual no tiene valor ni importancia fuera del proceso. La sentencia que dirime un conflicto de competencia, puede dejar insubsistentes sentencias que han adquirido la autoridad de cosa juzgada, lo cual no se concilia con los principios de cosa juzgada substancial. En cuanto a las determinaciones de autoridad que dirimen el conflicto o regulan la competencia, obligan como acto de autoridad superior, no como cosa juzgada.

En efecto, se sacrifica la intangibilidad normal de la cosa juzgada destruyendo la presunción de justicia que es inherente a la misma (salvo el caso dudoso de la impugnación de sentencias dictadas en juicios de rebeldía en que se hubiere emplazado al demandado por edictos, pues dichas sentencias pueden considerarse pendientes ya que no se convierten en ejecutoria y, por tanto, en sentencia firme con autoridad de cosa juzgada, sino hasta que hayan pasado los tres meses, plazo durante el cual puede hacerse valer la apelación extraordinaria, según el artículo 717 CPCDF). Desde luego, la anulación de la sentencia firme no puede ser tan radical que cancele las situaciones jurídicas adquiridas por terceros extraños al juicio.

Debemos tomar esta expresión en términos amplios, pues no estamos refiriéndonos sólo a sentencias definitivas que produzcan efectos futuros de cosa juzgada, sino a las sentencias irrevocables que han causado ejecutoria por lo cual comprendemos también aquellas resoluciones que no causan efectos de cosa juzgada, por estar sujetas a los cambios de las circunstancias que las originaron (véase el artículo 94 segundo párrafo, CPCDF). (374)

Puede entonces afirmarse, que el principio es que la inmutabilidad de los efectos de la sentencia sólo alcanza a las partes que han intervenido en el litigio, por lo que los terceros, en realidad no necesitan una defensa frente a la cosa juzgada. Requieren, eso sí, medios que los pongan a salvo de los efectos naturales de la sentencia por cuanto éstos sí pueden afectarlos, ya que se extienden a todo el mundo. (375)

---

(374) Becerra Bautista, José. Ob. cit. pp. 614 y 615.

(375) Rodríguez Urraca, José. "Los terceros y la cosa juzgada en el ordenamiento jurídico venezolano" Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Madrid, España, Instituto Español de Derecho Procesal, 1968, pp. 473.



Gómez Calero (376) nos indica que en función de los sucesivos estadios de la vida del proceso, la intervención de los terceros puede revestir diferentes modalidades, como seguidamente se indica:

a. En primer lugar, al inicio del proceso, cada demandante debe cuidar de dirigir su acción contra todas las personas que puedan resultar afectadas por la cosa juzgada. La posibilidad de que los efectos de la cosa juzgada trasciendan a terceros, exige la presencia en el proceso de todos aquellos a quienes puedan alcanzar tales efectos, obligando al actor a formalizar un litisconsorcio pasivo necesario, cuya ausencia puede ser considerada, incluso de oficio, como defectuosa constitución de la relación jurídica procesal.

b. En segundo término, pendiente ya el proceso, los terceros a quienes eventualmente puedan alcanzar los efectos de la sentencia pueden intervenir promoviendo la tercería que corresponda, de acuerdo a los numerales 23, 652, 655 y 659 CPCDF.

c. En tercer lugar, una vez resuelto el proceso por la sentencia definitiva, ésta, antes de ganar firmeza, puede ser impugnada por los terceros a través del pertinente recurso de apelación, según dispone el artículo 689 CPCDF, siempre que la sentencia objeto de la impugnación perjudique intereses del tercero apelante.

d. En cuarto lugar, una vez que sea firme la sentencia dictada en el proceso, los terceros que no han intervenido en el mismo y a quienes afecte

la sentencia, pueden pretender que ésta sea revocada, con la consiguiente extinción de la cosa juzgada contenida en la misma.

e. En quinto y último término, al procederse a la ejecución de la sentencia firme, los terceros afectados gozan de legitimación activa para oponerse a la ejecución; facultad ésta que, en nuestra legislación positiva les está reconocida de modo expreso a través de las tercerías excluyentes (artículo 664 CPCDF).

Dada la categórica disposición del artículo 531 CPCDF, que limitativamente fija las excepciones que pueden hacerse valer contra la ejecución de una sentencia, en los plazos que indica dicho precepto, las causas de nulidad por motivos similares, sólo pueden hacerse valer por vía de acción mediante la tramitación del juicio de nulidad y nunca por vía de excepción (incluyéndose también las causas de nulidad previstas en el artículo 717 que pueden alegarse en apelación extraordinaria).

De los cinco apartados precedentes, el que corresponde al problema que ahora se examina es el cuarto, atinente a la posibilidad de que la sentencia firme sea impugnada -y la cosa juzgada, extinguida- por quien no fue parte en el proceso.

Según esto, la sentencia firme sólo es eficaz en contra de los que litigaron y de los terceros llamados legalmente al juicio, pero se agrega en el artículo 93 CPCDF que el tercero puede excepcionarse contra la sentencia firme, pero no contra la que recayó en juicio de estado civil, a menos que alegue colusión de los litigantes para perjudicarlo.

De las formas existentes en el Derecho comparado y recogidas por el nuestro, en que el tercero interesado puede precaverse contra los efectos de una sentencia inter alios que lesiona sus intereses, podemos citar dos: la primera se reduce a promover el oportuno proceso como si la sentencia no existiera, para que se declare a favor del tercero interesado la relación que en juicio anterior se reconociera a favor de una de las partes. Así, anota Gimeno Gamarra (377), los terceros, en el proceso que promuevan, no podrán impugnar la sentencia, sino que habrán de limitarse a reclamar su derecho como si la misma no existiera, es decir, acudir a la demanda ordinaria contra las dos partes entre las cuales se dictó la sentencia que perjudica (artículo 23 CPCDF).

El otro camino consiste en impugnar la sentencia en el caso de que se haya utilizado el dolo, la violencia, el fraude o la simulación en el proceso para llevar a cabo, el perjuicio de las mismas partes, ya de éstas contra los terceros, con o sin participación del juez; su alegación debe reservarse a quien es perjudicado con tal vicio al que no haya dado lugar.

Es preciso indicar, sin embargo, que ninguna de estas dos vías constituye un verdadero recurso; en realidad se trata de nuevos procesos en los que el tercero accionante intenta hacer prevalecer su pretensión sobre los efectos, para él lesivos, de la sentencia firme.

Podemos decir, en lo que hace a la acción de nulidad, que desde que se propone volver a abrir una relación procesal cerrada definitivamente por sentencia firme, no se trata de un simple medio extraordinario de

---

(377) Gamarra, Gimeno., citado por Gómez Calero, Juan. Ob. cit. p. 473.

impugnación, sino que tiene el carácter de una verdadera acción autónoma que permite al tercero lograr la destrucción total o parcial de los efectos de la sentencia obtenida mediante dolo o colusión de litigantes. Acción autónoma, en el sentido de demanda principal introductiva de la instancia. La materia de la acción de nulidad es la cosa juzgada dictada por el influjo del fraude, sea de las partes, el juez o de tercero, sea que incida en la resolución misma o en procedimiento que a ella conduce, aunque se diesen todos lo otros presupuestos que debieran desplegar la autoridad de la cosa juzgada (378). En esta forma y dentro de esta tesitura, Devis Echandfa (379) sostiene que cuando la acción es ejercitada por los terceros, no hay en realidad excepción a la cosa juzgada, porque, repetimos, frente a ellos no se configura.

Hemos dicho que esta acción tiende a destruir o revogar la cosa juzgada, pero conforme se profundiza, aparece un problema de verdadera significación. Se trata de saber si la nueva acción tiende a destruir totalmente la acción anterior, o si su función consistiría tan sólo en destruirla en cuanto apareja perjuicio al tercero.

Couture partiendo de los principios generales de la acción pauliana, la cual agota sus fines en la medida del interés del impugnante (indemizado éste, el acto subsiste en cuanto al resto), estima que la nueva acción sería revocatoria tan sólo en cuanto la revocación fuera necesaria para satisfacer

(378) Berizonce, Roberto O. "Medios..." p. 265.

(379) Devis Echandfa, Hernando, citado por Lucio Vallejo, Eduardo. "Medios de impugnación de la cosa juzgada" Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires Argentina, 23 de diciembre de 1971, no. 3940. p. 9.

el interés del tercero lesionado. En cuanto al resto debería subsistir y surtiría sus efectos aun entre las partes litigantes. Más allá de la satisfacción del interés lesionado, el remedio legal carecería de sentido, pues funcionaría sin una base jurídica que lo justificara. (380)

Pero hay más problemas de especial interés, nos comenta Couture, la circunstancia de que ningún texto expreso de ley autorice en el derecho vigente la acción revocatoria, ¿constituye un impedimento de su admisibilidad?

En rigor, contemplada en su fondo mismo, la doctrina de la acción revocatoria no es otra cosa que la extensión al campo del derecho procesal civil, de ciertos principios simplísimos y muy antiguos en materia de fraude a terceros.

En ese orden, cabe ahora preguntarse ¿qué es el proceso fraudulento? un negocio fraudulento realizado con instrumentos procesales, preparado casi siempre con la finalidad de asegurar la eficacia del fraude

Sobre tal idea, es factible concluir que una legislación que no tiene normas expresas, debe acudir a los principios generales de represión de

---

(380) Couture, Eduardo J. "La acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta" Anales de Jurisprudencia. México, D.F. Comisión Especial de los Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, enero-marzo de 1943, segunda época, año XI, tomo XL, pp. 337 y 350; aparece nuevamente en esta publicación con los datos: diciembre de 1945, segunda época, año XIII, tomo 51.

fraude civil, para evitar que las formas procesales sean para él un manto de impunidad.

El fundamento de la acción revocatoria dirigida contra la cosa juzgada obtenida fraudulentamente no puede ser otro que el principio general de repulsa al fraude que existe en la base misma de todo ordenamiento jurídico. (381)

Con este análisis, está claro que la acción revocatoria no es, pues, otra cosa que la extensión al campo del derecho procesal de los principios de la acción pauliana, con las salvedades y aclaraciones que se harán a continuación.

Una primera distinción surge del contenido mismo de la acción. La pauliana es una acción esencialmente patrimonial y la revocatoria de la cosa juzgada no tiene por qué limitar su alcance a ese solo fin; en segundo lugar y por cuanto a los sujetos, se encuentra que la pauliana se limita a los acreedores y ningún otro sujeto puede ejercitarla, en cambio la revocatoria puede ejercitarse por otros, esto es, no queda limitada a los acreedores y al caso de disminución del patrimonio del deudor. Además, en tanto la primera tiende a nulificar los actos jurídicos extraprocesales, la segunda, a dejar insubsistente actos verificados en juicio.

En resumen, esta vía revisiva queda como consagración de la posibilidad de anulación de los actos y procesos realizados mediante dolo, fraude o

---

(381) Rodríguez Urraca, José. "Los terceros..." p. 479.

colusión, reconociéndose legitimación para promoverla a quienes los vicios hubieren causado perjuicio, sean partes o terceros. (382) Y hasta tanto no existan reglas particulares que legislen su trámite, debe suponerse que tal acción se ventila en la vía ordinaria. Hay más temas implicados con esto último que nada nos cuesta mostrar.

Ha de recordarse que los causahabientes de una parte litigante, están representados en la instancia por el litigante al cual les une un lazo de derecho. Ellos, deben en principio sufrir los efectos del juicio, no pueden rechazar la autoridad de la cosa juzgada dictada a favor o contra del causante.

Así, uniformemente se reconoce que el acreedor quirografario no puede objetar las sentencias dictadas con intervención de su deudor, aun cuando disminuyan el patrimonio con que pueden pagarse sus créditos. Pero en caso de fraude o de colusión de su autor (aun cuando es considerado para los efectos de la extensión de la eficacia de la cosa juzgada como parte en el juicio por ser causahabiente a título particular) estos acreedores se

---

(382) El proyecto Couture en su artículo 577 dice así: "Podrá pedirse, aún después de terminado el proceso, la anulación de los actos realizados mediante dolo, fraude o colusión. Esta anulación podrá pedirse por aquellos a quienes el dolo, fraude o colusión han causado perjuicios y de acuerdo a los principios mencionados en los artículos anteriores. Los terceros también pueden pedir esta anulación. Si los actos fueron simulados se repondrán las cosas al estado anterior a las mismas. Pero en ningún caso la anulación podrá perjudicar a terceros de buena fe, ni anular los actos y contratos celebrados con el dueño aparente de los bienes." (Lucio Vallejo, Eduardo. Ob. cit. p. 6).

convierten en terceros y pueden atacar los juicios que el deudor ha permitido que se pronuncien en contra de él en fraude de sus derechos; tienen pues, la facultad de impugnar las sentencias dictadas en fraude de sus derechos por medio de la acción revocatoria y las personas en beneficio de las cuales se han dictado estos juicios no podrán objetar que los acreedores quirografarios son causahabientes de su deudor. (383)

Observamos ahora que el acreedor, aun cuando normalmente se le sujetó a la autoridad de la sentencia dictada en juicio seguido contra su deudor, se le tiene por desligado de ese vínculo cuando la sentencia ha sido pronunciada como consecuencia de dolo o fraude de las partes en el juicio. Es decir, el acreedor en el caso previsto se convierte propiamente en tercero, por el conflicto de intereses que surte entre su deudor y los derechos que le pertenecen, y como tercero tiene la facultad de excepcionarse contra el fallo dictado, de interponer la apelación, o de intentar un juicio de nulidad. (384)

Es evidente que el fraude y la colusión no siempre aparecerán nítidamente. Puede decirse que la doctrina está edificada sobre situaciones claras; en los casos confusos, en las situaciones en las cuales los límites de la licitud y la ilicitud sean dudosos, el juez se abstendrá de anular la

---

(383) Lacosta, P., citado por Vázquez del Mercado, Alberto. "La cosa juzgada y la defensa de los acreedores quirografarios" Anales de Jurisprudencia. México D.F., Comisión Especial de los Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, abril a junio de 1941, segunda época, año IX, tomo XXXIII, p. 273.

(384) Ibidem. p. 276.



cosa juzgada.

Por otra parte, es obvio señalar que si el tercero se han hecho presente en el juicio, y se ha dictado sentencia en su contra, no podrá iniciar acción revocatoria. Si no apeló del fallo, por virtud de su propio consentimiento; si apeló y la sentencia fue confirmada, por imperio de una cosa juzgada legítima.

Aparte existe otra debatida cuestión respecto al momento en que el tercero que toma conocimiento del fraude o colusión en su perjuicio debe plantear su oposición, sobre todo en el caso de que exista aún pendiente la instancia. O sea si está obligado a presentarse en el mismo o puede esperar y hacerlo con posterioridad a la sentencia, y si en tal caso le sería admisible la acción revocatoria.

Couture (385) se decidió por la tesis afirmativa, que compartimos por sus razones; o sea que la oposición es voluntaria y no necesaria, ya que se trata de un derecho y no de deber. Ningún principio haría presumir la renuncia de ese derecho, por la circunstancia de no hacerlo valer en la vía incidental y reservarlo para una vía ordinaria ulterior. Deben respetarse las razones que tenga el tercero, para no ejercer la vía simple (la incidental) reservándose la más costosa y prolongada (la ordinaria).

---

(385) Couture, Eduardo J. "La acción revocatoria..." p. 339. En ese mismo sentido Rivas Errazu, Rodolfo V. "Reflexiones sobre la impugnabilidad de la cosa juzgada" Revista de Estudios Procesales. Rosario Argentina, Centro de Estudios Procesales, junio de 1975, año VI, no. 24, p. 30.

Y habrá, en esta misma dirección, un argumento decisivo: la irrupción del tercero en el juicio podría ser un inútil apresuramiento, ya que la sentencia bien podría rechazar el fraude o la colusión y no llegar a consumar nunca los perjuicios temidos.

Vamos pues a continuar con la cuestión de la inmutabilidad de la cosa juzgada. Puede ocurrir que a pesar de las garantías o medios preventivos (excepción de litispendencia, acumulación de autos, excepción de cosa juzgada, por ejemplo), se lleguen a producir dos decisiones igualmente válidas, igualmente firmes sobre un mismo litigio. Cabe preguntarse ¿dispone nuestro derecho procesal mecanismos eficaces que ofrezcan algún remedio para corregir esos fallos contradictorios? Estimamos que no.

Si esto acontece, se deroga el principio de intangibilidad de la cosa juzgada; las legislaciones tienen previstas la siguiente hipótesis: cuando sobre un litigio se han dictado varias sentencias, se concede la característica de firme a la primera decisión que sobre el asunto se pronunció; lo cual no acontece así con la otra u otras que fueron pronunciadas posteriormente.

Todo el problema anterior se podría y debía resolver en los mismos estatutos de Derecho procesal, consignando en ellos una norma que ordenara que toda nueva decisión pronunciada en un litigio ya resuelto, y contraria a la primera sentencia, puede impugnarse, con el objeto de sólo concederle valor y brindarle el carácter de inmutable a la decisión primeramente pronunciada. (386)

Para lograr este fin se debería permitir que la revocación de tales sentencias se pudiera intentar en cualquier tiempo, a fin de impedir el que ellas alcanzaran la firmeza necesaria para imponerse. (387)

De igual forma, se piensa que el artículo 531 CPCDF establece otras excepciones a la inmutabilidad de la cosa juzgada, sin embargo, examinando bien dicho numeral, observamos se regulan las excepciones procedentes contra la ejecución de sentencia, que se reducen a la extinción de la obligación derivada de la sentencia mediante pago o a convenios que afectan exclusivamente el pago. (388)

Hemos afirmado que la sentencia, y también la cosa juzgada, como actos de autoridad no pueden modificarse, suprimirse o sustituirse, sino por otro

---

(387) Gemma Botana García ("La contradicción de sentencias firmes sobre un mismo litigio" Justicia. España, 1990, no. 4, p. 868) nos dice que otro camino sería invocar ante el tribunal de garantías constitucionales, que la contradicción de sentencias supone una vulneración de la garantía de la igualdad en la aplicación de la ley por los juzgados y tribunales, considerada como una manifestación concreta del principio más amplio de igualdad ante la ley.

(388) Incluso, se pretende incluir los casos en que el propio Estado deja sin efecto lícitamente sus propias sentencias, dictadas por los órganos jurisdiccionales, cuando ordena una amnistía o dispone un indulto, en el orden penal por ejemplo (Amaya, N. Enrique. "Medios de impugnación de la cosa juzgada" Cuadernos de los Institutos. Córdoba Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 1972, no. 112, p. 72).

acto de autoridad judicial; ese estado de permanente inalterabilidad que la ley le atribuye por razones de orden público, no puede desaparecer en su carácter de tal porque a las partes no les está dado introducir modificaciones a la cosa juzgada.

Asimismo, ¿ese atributo que al derecho o relación jurídica cuestionada adjudica la sentencia firme, perdura indefinidamente o está sujeta a las limitaciones a que en lo referente al tiempo se encuentran sometidos los derechos subjetivos en general? o en otros términos ¿en qué relación están la cosa juzgada y la prescripción?

Conviene decir que ni la sentencia ni la cosa juzgada se extinguen o pierden eficacia con el tiempo; es la acción que emerge de una categoría de sentencia, la condenatoria, la que puede prescribirse si así lo dispone la ley (artículo 529 CPCDF), y sólo para solicitar su ejecución judicial, pues, en lo que al derecho se refiere, ya existe declaración de sentencia firme.

La ejecución de la sentencia condenatoria no se lleva a cabo de oficio, sino a impulso de parte. Dicha acción es una acción independiente de la deducida en el juicio de conocimiento; ambas tienen un objeto distinto; ésta persigue una declaración y una condena; aquélla el poder jurídico de requerir la actividad jurisdiccional para que se cumpla el hecho u omisión a que se ha condenado al vencido. De lo expuesto surge, entonces, que la cosa juzgada es imprescriptible porque la inmutabilidad que ella consagra no está supeditada en su duración a la actividad que las partes pueden ejercitar al respecto. (389)

La última de las consecuencias procesales que la doctrina suele señalar como efecto general de la inactividad procesal es la caducidad o perención de la instancia, tema que a continuación explicaremos.

### 2.3. Caducidad de la instancia.

En el proceso tiene importancia capital la categoría de la extinción, en la que debe distinguirse las diferentes maneras de concluirlo. Por una parte tendríamos el modo normal, previsto o programado; la finalización una vez verificado el desarrollo que le corresponde, en el que se realiza integralmente y alcanza todos sus efectos naturales o propios; verbigracia, concluye el proceso con la sentencia definitiva.

La segunda especie sería la de los casos en que la terminación se verifica por el sobrevenir de causas extrínsecas que impiden la realización total, sea en el tiempo (limitación de la posible duración) o en el contenido de su propio desenvolvimiento (por ejemplo la caducidad o perención de la instancia impide que ésta progrese hasta la sentencia definitiva) o en ambos. (390)

Esta diferencia resulta de la propia denominación de la figura. La caducidad, es acción y efecto de caducar, en el sentido de perder su fuerza o extinguirse una ley, un derecho, una facultad, una instancia o recurso. De la instancia. Presunción legal de que los litigantes han abandonado sus pretensiones cuando, por determinado plazo, se abstienen de

---

(390) Gelsi Bídart, Adolfo. "Para la noción de caducidad" Revista de Derecho procesal Iberoamericana. Madrid España, 1977, nos. 2 y 3, p. 403.

gestionar en autos. (391)

La palabra perención (del verbo latino peremptio, -onis; de perimere, destruir) se define así: prescripción que anulaba el procedimiento, cuando transcurría cierto número de años sin haber hecho gestiones las partes. (392)

La caducidad o perención parece referida a cortar, suprimir algo que se encontraba en desenvolvimiento, que aún no había alcanzado su perfección, que de no sobrevenir el factor caducante podría haber continuado pues se encontraba en vigor, con posibilidad de seguir su desarrollo.

No ha dejado de contribuir a crear confusión la terminología empleada: caducidad o perención. Sentís Melendo (393) ha sostenido que la palabra caducidad podía ser más castiza, pero la palabra perención es más enérgica; caducar es irse extinguiendo; caduco es lo décrepito o muy anciano; perimido es lo que ya se ha extinguido. Pese a tal confusionismo, consideramos conveniente utilizar la terminología de nuestro CPCDF que nos presenta el concepto de caducidad.

Ahora bien, se produce la caducidad porque durante cierto tiempo, ha permanecido inactivo quien debía activar el proceso; porque no ha realizado

---

(391) Real Academia Española. Voz "Caducidad" Ob. cit. t. I, p. 235.

(392) Ibidem. Voz "Perención" Ob. cit. t. II, p. 1043.

(393) Sentís Melendo, Santiago. "Caducidad o perención de la instancia" Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires Argentina, 25 de septiembre de 1961, año XXIII, no. 991, p. 2.

acto de impulso quien debfa impulsar. Esto es: el factor pasividad combinado con el factor tiempo, dentro del proceso. La figura abarca tanto al resultado -extinción-, como a aquello que lo produce -inactividad en el transcurso del tiempo-.

Por tanto, parece claro que el requisito o presupuesto de la caducidad de la instancia es: un cierto lapso de inactividad. No debe olvidarse que se trata de inactividad conjunta de las partes; no sólo de una de ellas.

De esta suerte, se dice que la caducidad es la ineficacia de los actos constitutivos de la instancia por la inactividad procesal de las partes durante el tiempo que fija la ley; o sea que la instancia se extingue no por actos, sino por omisiones de las partes.

Como hemos observado anteriormente, básicamente el proceso puede moverse por el impulso de parte o por el impulso de oficio (del juez). Téngase en cuenta que el proceso no tiene a las partes por exclusivos sujetos, el juez también es sujeto procesal, y bien importante, pues puede, a su vez, activar, esto es, impulsar el proceso.

La extinción de la instancia civil es connatural únicamente a los tipos de procesos basados en el impulso de parte, en los cuales recae sobre las partes la carga de impulso procesal. El principio de impulsión de parte se halla, en estos casos, coordinado con el principio dispositivo.

Interesa recordar que la característica más señalada del principio dispositivo, ha dicho Aragonese, consiste en que las partes poseen dominio completo tanto sobre su derecho sustantivo como sobre los derechos

procesales implícitos en el juicio, en el sentido de que son libres de ejercitarlos o no; el proceso no sólo se promueve, sino además avanza y se desenvuelve, en sus distintas etapas a expensas de la voluntad particular. (394) Como consecuencia de ello quien promueve el proceso (o una de sus etapas o instancias incidentales) contrae, por un lado, la carga de impulsarlo dentro de ciertos plazos predefinidos normativamente, y asume, por otro lado, el riesgo consistente en que si descuida el cumplimiento de aquella carga, el órgano jurisdiccional puede considerarse liberado del deber de continuar prestando su actividad, declarando la caducidad de la instancia. (395)

En cambio, cuando el juez tiene el deber de impulsar el proceso, de hacer que éste no se detenga, es difícil que la caducidad llegue a producirse.

En efecto, en una visible incongruencia o contradicción se incurre al incluirse la caducidad de la instancia entre las formas de terminación del proceso cuando en éste los jueces impulsaran de oficio los procesos, pues parece indudable que si el impulso no es carga de las partes sino deber del tribunal no puede existir caducidad de la instancia, puesto que resulta incomprensible el sancionar a alguien por el no ejercicio de una posibilidad

---

(394) Aragonese Alonso, Pedro., citado por Passi Lanza, Miguel Angel. "El impulso procesal y la caducidad de la instancia" La Ley. Buenos Aires Argentina, 30 de mayo de 1966, p. 5.

(395) Palacio, Lino Enrique. "La caducidad de la instancia y la prueba pericial" Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires Argentina, 12 de julio de 1960, año XXII, no. 559, p. 2.



(no carga) de instar su prosecución. No hay una carga de impulsar, puesto que hay un deber del juez. (396) Así, en el Derecho alemán, donde el proceso lo ha de impulsar el juez, la caducidad no existe, ni es necesaria. (397)

Es indudable que en un proceso dominado fuertemente, como el mexicano distrital, por el impulso de parte y el principio dispositivo, mientras las partes impulsan el proceso, éste continúa la trayectoria establecida para arribar a su fin; pero si ellas se abstienen voluntariamente, el proceso se paraliza y transcurrido cierto lapso en este estado de inactividad, se produce lo que se llama caducidad de la instancia, con los efectos que luego veremos.

Bajo estos conceptos, se ha dicho que existe un verdadero paralelismo entre la prescripción, que afecta al objeto del proceso y, en consecuencia, se refiere a la pretensión y está regulada por el Derecho material, y la caducidad de la instancia, que alude a los derechos procesales y se halla sancionada por normas procesales.

La primera se interrumpe civilmente con la notificación de la demanda al demandado (artículo 1168 CCDF), y lo propio ocurre con la caducidad que queda también interrumpida con alguna gestión hecha por el demandante en la primera instancia o el actor en la segunda.

Pero se diferencia la prescripción de la caducidad en que la primera se suspende en favor de los incapacitados y demás personas que enumera el artículo 1167 CCDF, en tanto que la segunda implica una sanción que produce

---

(396) Passi Lanza, Miguel Angel. "El impulso procesal y la caducidad de la instancia", La Ley. Buenos Aires Argentina, 30 de mayo de 1966.

(397) Sentís Melendo, Santiago. "Caducidad..." p. 1.

efectos erga omnes, es decir, contra todas las personas. (398)

Asimismo, la caducidad de la instancia ha sido considerada como un desistimiento tácito; en efecto, dichas figuras tienen muchos puntos comunes, ya que la pretensión hecha valer queda imprejuizada, sin sentencia de fondo y se produce una absolución de la instancia y, por tanto, no se consigue el efecto de cosa juzgada material; sin embargo entre ellas existen diferencias: 1. El desistimiento de la instancia consiste en un hacer, mientras que la caducidad se produce por un no hacer, que es la inactividad de las partes; 2. El desistimiento es una manifestación expresa de voluntad unilateral (es un acto de voluntad del actor) que exige el consentimiento del demandado. La caducidad supone la inactividad bilateral de las dos partes; 3. La caducidad no es acto ni actividad, sino la sanción que la ley establece al incumplimiento de la carga de impulsar el desarrollo de la actividad procesal. (399)

Y después de comparar la institución que nos ocupa, notamos que la propia terminología con que se le designa, en nuestro sistema, denota cuál es el objeto sobre el que recae la caducidad; ella afecta exclusivamente a la instancia y, por consiguiente, ello presupone un interés por considerar

---

(398) Pardo, Antonio J. "Caducidad de la instancia" Estudios de Derecho. Medellín Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, noviembre de 1947, vol. IX, no. 27, p. 401.

(399) Pallares Portilla, Eduardo. "La caducidad y el sobreseimiento en el amparo" Revista de la Facultad de Derecho de México. México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, octubre-diciembre de 1957, tomo VII, no. 28, pp. 7 y 8.

qué se entiende, en este supuesto, por el vocablo instancia.

Denominamos instancia en esta materia, al conjunto de actos procesales, e incluso procedimientos accesorios o secundarios respecto al proceso principal, que tienden en su conjunto a la obtención de la sentencia que acoge o deniega lo solicitado y que motivó lo solicitado. (400) Esto es, cada una de las etapas o grados del proceso que comprende desde la admisión de la demanda (no basta su simple presentación) o incidente, hasta llegar a la primera sentencia definitiva o interlocutoria, o desde la admisión del recurso de apelación hasta la sentencia que sobre él se dicte.

Sin embargo, es importante anotar que conforme al artículo 137 bis CPCDF, si la relación procesal civil no se ha perfeccionado, mediante la presentación, admisión y notificación de la demanda al demandado (y no después de la contestación, que responde a una concepción privatística del proceso, asentada en el cuasicontrato de la litis contestatio), no existe litispendencia y, por tanto, cualquier paralización que se produzca en el proceso, antes de constituirse la indicada relación, no afectará al demandado, puesto que éste se encuentra al margen del proceso. Antes de dicho momento, por tanto, consideramos que no es posible la caducidad de la instancia. A veces, en los eventos de litisconsorcio necesario pasivo, esto es, cuando son varios los demandados, debe trabarse la relación jurídica procesal en su totalidad y mientras ello no ocurra, no se ha constituido el lazo jurídico de la instancia (artículo 130 CPCDF), porque en tal evento, se está en frente de una relación jurídica simple pero con sujeto

---

(400) Muñoz Rojas, Tomás. La caducidad de la instancia judicial. Madrid España, Rialp, 1963, p. 57.

múltiple. (401)

Si el proceso se ha clausurado, por alguno de los modos establecidos en las normas procesales, tampoco puede darse, lógicamente, la indicada paralización. En consecuencia, la paralización del procedimiento y la caducidad de la instancia, que es un efecto de aquélla, exigen necesariamente que exista litispendencia. Los trámites posteriores a la sentencia firme persiguen el cumplimiento de la ejecutoria y para la institución que nos ocupa no constituyen instancia.

En cuanto a los antecedentes históricos de esta institución, no existe en la doctrina un parecer unitario acerca del origen o modelo histórico en que se inspiró la caducidad de la instancia.

Hay un grupo de autores, italianos en su mayor parte, que quieren ver el origen de la caducidad de la instancia en el Derecho romano clásico, concretamente el sistema formulario; otros en cambio, estiman que dicha figura jurídica proviene de la época justiniana y, por último, existen partidarios de señalar el origen francés de la indicada institución. (402) Por el contrario, Podetti (403) nos dice que estos antecedentes carecen de significación, pues se trata de una institución moderna.

---

(401) Estupiñán Vallejo, Rodrigo Nelson. Ob. cit. pp. 25 y 26.

(402) Muñoz Rojas, Tomás. La caducidad... p. 26.

(403) Podetti, Ramiro J. "Caducidad de instancia" Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires Argentina, Ministerio de Educación-Universidad de Buenos Aires, septiembre-octubre de 1954, año IX, no. 40, p. 986.

No obstante, se aducen como argumentos para justificar la caducidad de la instancia los siguientes:

El hecho de que tanto el actor como el demandado no han practicado acto alguno en la instancia durante cierto tiempo, establece la presunción de que no es su deseo, propósito e intención proseguir el juicio; de que han perdido todo interés en continuar la contienda y, además, en que termine por sentencia definitiva. Quien no ejercita un derecho, pudiendo y debiendo hacerlo, no tiene voluntad de conservarlo.

Además se considera como una sanción infligida a las partes por omitir impulsar el proceso, siempre que esté en ellas la posibilidad de lograrlo.

Se agrega que al margen o por encima de la voluntad de las partes, ya sea presunta o tácita, existen motivos de interés social. La sociedad y el Estado tienen interés en que no haya juicios pendientes por tiempo excesivo y a veces indefinido. Se dice que la pendencia indefinida de los procesos comporta un peligro para la seguridad; la incertidumbre en las relaciones jurídicas que son objeto de la litis, así como a las que de ellas dependen, mantienen trastornos evidentes en la economía social y se cita la frase de Monsieur Ferin (404) al establecerse en el Derecho francés la caducidad de la instancia: "La caducidad es un medio adoptado en el derecho para impedir

---

(404) Ferin, citado por Becerra Bautista, José. La caducidad de la instancia de acuerdo con las recientes reformas al Código Procesal Civil Conferencia pronunciada el día 13 de mayo de 1964, en el Salón de actos del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, México D.F., Porrúa, 1964, p. 29.

que las contiendas entre ciudadanos se eternicen y que se mantengan entre ellos divisiones, odios y disenciones, que son los efectos comunes."

Chiovenda (405) da su opinión diciendo que la razón de la caducidad está en que el Estado, después de un período de inactividad procesal prolongado, entiende liberar a los propios órganos jurisdiccionales de la necesidad de proveer sobre las demandas y de todas las obligaciones que derivan de la existencia de una relación procesal.

Habrà entonces que inferir que es una institución de orden público y que las partes por convenios no pueden retardar o prolongar indefinidamente, por voluntad propia, la terminación del proceso, porque está más allá de la autonomía de la voluntad. Que quede definitivamente establecido y penetre así en la conciencia de los litigantes el que una vez solicitada la intervención del poder público, con objeto de resolver cuestiones privadas, esa intervención vaya hasta su fin, resolviendo las mencionadas cuestiones, y evitándose de esa manera el que los interesados sólo muevan o agiten sus negocios cuando así les convenga. (406)

Por eso, mientras en el pasado la concepción privatística del proceso, que se refleja en el principio dispositivo, nació la creencia y afirmación

---

(405) Chiovenda, Giuseppe, citado por Parry, Adolfo. "La perención de la instancia en materia penal" La Ley. Buenos Aires Argentina, 4 de febrero de 1954, p. 1.

(406) Exposición de motivos del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Guanajuato, citada por Becerra Bautista, José. La caducidad... p. 10.

de que las instancias no caducaban ni se extinguían por inactividad de las partes, puesto que éstas eran dueñas absolutas del impulso procesal; hoy la verdadera ratio juris es el interés público que tiene el Estado, que habiendo asumido la obligación de administrar justicia, esa obligación, debe tener, como todas, un límite temporal de ejecución, pasado el cual queda relevado de sus deberes políticos y sociales de dictar la sentencia que esas mismas partes han pretendido de él. (407) (Así, véase el artículo 1797 CCDF).

Por otra parte, es bueno admitir que la caducidad no tiende directamente a disminuir la duración de los procesos, porque aún existiendo la caducidad, las partes pueden mantener vivo el proceso por medio de promociones. El objeto directo de la caducidad es impedir la paralización por inactividad de los contendientes, e indirectamente, produce el acortamiento de la pendencia de los pleitos. (408)

Según este sistema, una vez cumplidos los requisitos o condiciones legales para que tenga lugar la caducidad de la instancia, las partes no pueden evitar la extinción de la instancia, como tampoco pueden hacer que continúe paralizado, ni siquiera reanudar el curso de la misma. Pero además observamos ya, que no solamente se trata de la simple pérdida o decaimiento del ejercicio de una facultad procesal, sino de la inutilización del esfuerzo conjunto del juez, de las partes y de sus auxiliares.

---

(407) Chiovenda, Giuseppe., citado por Abdalá, Washington. "Perención de la instancia alegada por el actor" Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración. Montevideo Uruguay, julio de 1947, año XLV, no. 7, p. 178.

(408) Becerra Bautista, José. La caducidad... p. 30.

La materia objeto de este análisis consiste en la realización de actos procesales en cierto tipo de procesos, admisibles y fundados, es decir, idóneos o útiles, con virtualidad para impulsar el proceso principal o incidental y enervantes de su finalización por la caducidad de la instancia.

Y ¿en qué clase de procesos tiene lugar la caducidad? Comencemos trazando la primera regla: esta institución sólo es aplicable si está regulada por la ley, y después resulta un segundo requisito: sólo puede haber caducidad de la instancia donde haya instancia; faltando ésta, aquélla no puede producirse. Aquí es necesario aclarar que es frecuente se incurra en la confusión de identificar los casos en que no procede la caducidad, con otros en los cuales simplemente se suspende el término. (409)

---

(409) Acuña, Juan Carlos. "Perención de la instancia" Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Córdoba Argentina, enero-junio de 1961, año XXV, nos. 1 y 2, p. 36. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo ("Reformas al Código Procesal Civil del Distrito Federal en materia de Caducidad de la instancia y de Procedimientos Inmobiliarios" El Foro. México D.F., Organó de la Barra mexicana de los Colegios de Abogados, enero-marzo de 1964, cuarta época, no. 44, p. 50) estima que el legislador no debió mezclar en la fracción X del artículo 137 bis, la figura de la suspensión, pues si bien ésta coincide con la caducidad en ser manifestaciones de inactividad, la caducidad constituye un modo de concluir el proceso, en tanto que la suspensión no pasa de ser una forma de paralización del proceso. Nosotros creemos que se asociaron dichas figuras, toda vez que la institución de la suspensión lleva como efecto la suspensión del término de la caducidad de la instancia, dado el influjo del artículo 365 CFPC.



Son dos situaciones distintas: cuando no procede la caducidad, no hay posibilidad de que suceda la suspensión. En cambio, cuando simplemente se suspende el procedimiento, por alguna causa contemplada en la fracción X del citado artículo 137 bis CPCDF, hay la posibilidad de que opere la caducidad, una vez que haya cesado el motivo o causa de la suspensión.

De ese principio general, la fracción VII del artículo 137 bis CPCDF indica que no tiene lugar la declaración de caducidad:

En los juicios universales de concurso y sucesiones, con la salvedad de los juicios singulares con ellos conexos, en los que las acciones individuales quedan en libertad de proseguir. Ahora bien: como advirtió con acierto el codificador de 1884, los juicios universales, tanto concursarios como sucesorios, son de naturaleza mixta, sin que quepa etiquetarlos, en rigor, ni como contenciosos, ciento por ciento, ni como puros negocios o expedientes voluntarios, sino cual mezcla de acciones y fases de una y otra clase. Entonces, en lo que tengan de íntegramente voluntarios (concurso de este tipo; testamentaria, sobre todo la extrajudicial; procedimientos para la apertura y protocolización de testamentos, etcétera) les serán aplicables los razonamientos que hacemos luego a propósito de la jurisdicción voluntaria. (410)

También se excluyen las actuaciones de jurisdicción voluntaria, a las que estimamos no hacía falta referirse, toda vez que en esta clase de procesos no hay demanda propiamente dicha, no hay controversia o litis.

Es verdad que hay casos que no presentan dificultad para identificarlos

---

(410) Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. "Reformas al Código..." p. 46.

como típicamente voluntarios, pero en otros lo contencioso se presenta en forma latente, la contienda está cuando menos en potencia, y entonces el aspecto voluntario se ve oscurecido por aquél. (411) Esa controversia se manifiesta comúnmente por vía incidental y es absurdo pensar aquí que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, en el que no hay caducidad. (412)

Destaquemos, no obstante, que en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, como lo es el de divorcio por mutuo consentimiento, aunque el CPCDF no lo incluyese como tal entre los del título XV: De la jurisdicción voluntaria, se produce la extinción por inactividad de los cónyuges durante tres meses (artículo 679 CPCDF); pero en tal hipótesis no se clausura ninguna instancia estrictamente procesal (que corresponda a un proceso contencioso) y sí un negocio o expediente (voluntario).

La tercera de las excepciones comprende los juicios de alimentos.

Tampoco funcionará la caducidad de la instancia en el ámbito de la justicia de paz. Desde luego del término de 180 días no se compagina con la previsible y deseable duración del un proceso sumario, oral y concentrado, como el que se desenvuelve ante los juzgadores de los litigios de mínima cuantía; pero ello no impide que la inactividad de ambas partes llegue a manifestarse en dicha esfera, y para comprobarlo basta la lectura del artículo 19 del título especial sobre la materia. (413)

---

(411) Acuña, Juan Carlos. Ob. cit. p. 38.

(412) Solari Brunana, Juan A. "Algunas reflexiones sobre caducidades olvidadas" Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires Argentina, 30 de mayo de 1975, no. 4764, p. 6.

(413) Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. "Reformas al Código..." p. 49.

Además quedan excluidas de la caducidad de la instancia los medios preparatorios del juicio, ya sea ejecutivo o declarativo, porque esas diligencias son anteriores a la apertura de la instancia y ésta sólo sucede cuando se admite la demanda; y en lo que se refiere a los juicios arbitrales, que son verdaderos juicios, no hay por qué excluir de ellos la caducidad. (414)

En lo que hace a aquellas actuaciones que, como medidas cautelares (por ejemplo, la separación provisional de los cónyuges y las providencias precautorias, previstas en los artículos 215 y 251 CPCDF respectivamente) tienden a garantizar los efectos de un proceso de tipo declarativo o ejecución, hay litis cuando la persona a quien afecta se opone a ellas, y no cabe duda que en las mismas puede producirse la caducidad, claro es que el término de 180 días excede a su deseable duración; si practicadas tales medidas, no se insta el proceso correspondiente dentro del término marcado por la ley, cesarán los efectos de dichas medidas; pero esta figura, a nuestro entender, no debe considerarse como manifestaciones de la caducidad de la instancia aunque se trate de una extinción plena y absoluta de dichas actuaciones.

Pero sigamos analizando. ¿Cómo se cuenta el término de la caducidad?

Hemos dicho que la instancia caduca, precisamente, por no llevarse a cabo el acto de impulso encaminado a la prosecución del proceso durante el término mencionado, el cual corre desde el emplazamiento hasta antes de que concluya la audiencia de pruebas, alegatos y sentencia.

Además indicamos que antes de constituirse la litispendencia no puede tener lugar la caducidad y que tampoco se producirá desde el momento que se llama autos para sentencia, pues las partes no tienen ya la carga de impulsar el proceso, porque su actividad es innecesaria: es función de oficio del juez el dictar la sentencia, y ello no depende de la voluntad de las partes. Conforme a la naturaleza de este estado procesal, si no hay impulso de parte, no cabe la caducidad, pues es de esencia de ésta la inactividad de la parte y no del órgano jurisdiccional. (415)

Pero debemos fijar la atención en lo siguiente: en nuestro CPCDF no es totalmente aplicable la máxima que ordena la no caducidad cuando los juicios estuviesen pendientes de alguna resolución y la demora en dictarla fuere imputable a los jueces; ésto es únicamente para el caso en que el expediente ha pasado a la mesa del juez para proferir sentencia que defina la instancia, entonces sí cesa la necesidad de instar la dinámica del proceso, pero no es aplicable a otro tipo de resoluciones, por ejemplo, interlocutorias.

Con excepción a lo anterior, algunos códigos modernos, en Argentina por ejemplo, conforme al fundamento y objeto de la caducidad, el término se suspende durante el tiempo en que los jueces tienen que dictar resoluciones y vuelve a correr si éstas no se dictan; así, si quien lleva la carga de impulsar el desarrollo de la instancia, no usa los remedios legales para

---

(415) Ayarragaray, Carlos A., citado por Sentís Melendo. Santiago. "Perención de la instancia y carga procesal" Revista de Derecho Judicial. Madrid España, Gesca, octubre-diciembre de 1962, año III, no. 12, p. 26.

que el juez cumpla con su deber, vence el término de la caducidad. (416)

Agreguemos otra cuestión. Según el artículo 137 bis CPCDF, la caducidad tiene lugar si transcurridos 180 días hábiles contados a partir de la notificación de la última determinación judicial no hubiere promoción de cualquiera de las partes.

Haciendo referencia a lo anterior, Pallares (417) nos comenta que es indiscutible que el plazo fijado para la caducidad de la instancia no corre en los días inhábiles, ya que por serlo, las partes no pueden promover en ellos.

En efecto, el artículo 134 CPCDF prohíbe incluir en los términos los días en que no pueden tener lugar actuaciones judiciales; y además

---

(416) Podetti, J. Ramiro. Ob. cit. p. 998. Carlos A. Ayarragaray ("Sentencia, notificación y caducidad" Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires Argentina, 18 de enero de 1962, año XXIV, no. 1100) en este punto nos aclara que nada tienen que pedir las partes luego del llamamiento de autos para sentencia, según la ley y la ordenación progresiva del proceso. Sólo tienen la facultad de reclamar el pronunciamiento que les niega el juez por su inactividad. Y ello por el medio legal consagrado en la ley: recurso de queja por denegación o retardo de justicia. Claro es que difícilmente podría tener el carácter de recurso dicha alegación, en razón de la inexistencia de resolución judicial.

(417) Pallares, Eduardo. Derecho Procesal civil. México, Porrúa, 1986, p. 123.

conllevaría a un serio contrasentido legal: el litigante no está en posibilidad de ejercer su derecho a promover si el último día de la caducidad es inhábil.

Es sabido que los términos pueden computarse por días naturales, que se cuentan completos de veinticuatro a veinticuatro horas; días naturales no es una expresión reservada para identificar a los términos que incluyen los días inhábiles, sino para distinguirlos de los que se cuentan de momento a momento. (418)

Y en atención de lo antes dicho, resulta que no basta el acto procesal que demuestre el propósito e intención de proseguir el juicio para que la caducidad no ocurra, es necesario para ello, que ese acto sea seguido de la notificación del acto o resolución a que diere lugar.

En este sentido y acerca del cómputo de dichos términos, el citado numeral 137 bis CPCDF dispone que el días a quo es el de la última notificación que se hubiese hecho a las partes (desde luego, estimamos que dicha notificación debió ser motivada por petición, o bien desde el día en que tuvo lugar la última diligencia, en que citadas las partes para intervenir, su práctica tuviera por objeto activar el proceso); esta disposición altera la regla general sobre la materia, recogida en el

---

(418) Rodríguez Arvizu, Leopoldo. "Perención. Necesidad de aclarar nuestra ley procesal" Ciencia Jurídica. Los Mochis Sinaloa México, Organó informativo de investigación del Departamento de Derecho de la Universidad de Occidente, enero-junio de 1983, año 2, tomo 1, no. 2, pp. 54 y 55.

artículo 129 CPCDF, según el cual los plazos corren a partir del día siguiente a aquel en que se hubiese hecho el emplazamiento o notificación. Pallares (419) opina que se debe atender a lo dispuesto por este último artículo, pues si se contara íntegro el día de la notificación, se hace perder a las partes las horas que hayan corrido de ese día desde su iniciación hasta que se realizó la última promoción o acto procesal, o lo que es igual, el término de la caducidad no habrá transcurrido íntegramente. El dies ad quem o sea el último día del término fijado para su vencimiento, también se cuenta (véase el artículo 64 CPCDF) y hasta después se produce el efecto extintivo de la instancia.

Pero el factor tiempo, no siempre es apto por sí mismo, para producir la caducidad de la instancia. Mientras transcurre el término, pueden ocurrir ciertos eventos que tienen la virtud de alterarlo de tal modo, que en unos casos se interrumpe y en otros se suspende la cuenta del tiempo.

La interrupción del término, tiene efecto hacia el pasado; aniquila, borra de un modo instantáneo el tiempo transcurrido, pero no tiene influencia en el futuro. En otras palabras, se tiene por no transcurrido el tiempo corrido con anterioridad al acto que interrumpe, pero sin que por ello deje de correr de nuevo al día siguiente de aquél en que tuvo lugar dicho acto. Quiere esto decir que interrumpir un término significa hacer ineficaz el tiempo transcurrido, de manera que debe empezar nuevamente y no reanudarse (como en el caso de la suspensión, que veremos después).

El problema de cuáles son los actos procesales que interrumpen el

plazo de caducidad -no la caducidad, que aún no se ha producido y una vez producida no cabe hablar de interrupción- o dicho en otros términos, la actividad útil a tal fin, no puede tener una solución general, por más precisas que sean las palabras empleadas por una ley, porque siempre se basa en la apreciación de lo que impulse o inste el desarrollo del proceso. Las leyes emplean los verbos instar, activar, impulsar, que sin ser sinónimos, tienen sentido similar (420)

Se afirma que son actos típicamente interruptivos los que realizan las partes, con el objeto de impulsar la marcha del proceso, de modo que pueda llegarse a la decisión de la contienda. Hay actos que necesariamente deben cumplirse en forma sucesiva para que el proceso sea válido y quede en condiciones para ser resuelto; esos actos se vinculan de tal modo entre sí, que el anterior es causa del que le sigue y éste, consecuencia del precedente. La demanda, provoca el emplazamiento del demandado y su contestación; una vez integrada la relación procesal, nace la etapa probatoria, etcétera. (421)

Supóngase que después de contestada la demanda se paraliza el proceso y estando así, una de las partes comparece y sustituye su representante.

Ese acto no es indispensable; no ha sido provocado por la contestación de la demanda y tampoco tiene por fin activar el proceso; no hay vinculación de causa a efecto. Entonces, no es eficaz para interrumpir el término de la caducidad.

---

(420) Podetti, J. Ramiro. Ob. cit. p. 999.

(421) Acuña, Juan Carlos. Ob. cit. p. 44.



Debe tenerse presente que todos los actos procesales cuyo fin sea continuar el trámite, van reactualizando la demanda, es decir, las pretensiones tanto del actor como del demandado; equivalen a ratificaciones sucesivas de ella y en consecuencia, así como la demanda interrumpe la prescripción de la acción, idéntico fin producen los distintos actos procesales necesarios que van realizando durante el desarrollo de la contienda. (422)

Por el contrario, cuando ha mediado una actuación oficiosa del juez, ésta no desemboca en el efecto de interrumpir el término de la caducidad de la instancia, y por tanto no impide la declaración de caducidad.

En cuanto a la suspensión del término, éste tiene efecto hacia el futuro. El tiempo transcurrido hasta el momento de ocurrir el hecho que la motiva, queda intacto y sólo se produce una pausa durante la cual, nadie actúa (423) y en consecuencia no pueden ejecutarse actos procesales válidos,

---

(422) Acuña, Juan Carlos. Ob. cit. pp. 44 y 45.

(423) Eduardo Pallares ("La caducidad..." p. 18) plantea un problema: si una sola de las partes está impedida por fuerza mayor para promover en juicio, como acontece en el caso de que se encuentre en un lugar con el que estén interrumpidas las comunicaciones ¿en esta situación, correrá el término de la caducidad? Responde que no, y debe ser suspendido el procedimiento, porque de seguirlo adelante, se violaría en su daño la garantía de igualdad y audiencia judicial.

salvo los que tengan por objeto una medida urgente o precautoria, y el tiempo, si bien no se detiene en su eterno devenir, no corre, jurídicamente hablando, mientras cesan las causas que la produjeron; pero una vez que ha desaparecido el obstáculo que provocó esa suspensión, debe reanudarse inmediatamente que cesa la causa o haya vencido el término para ello y conectando el primer acto que ha de realizarse con el último acto realizado (como si la pausa no se hubiera producido), continúan los términos del proceso corriendo, sumándosele el que ya había transcurrido antes de suspenderse. (424)

Podríamos aventurar, a manera de regla general, que la suspensión se produce cuando el estancamiento del proceso se debe a un obstáculo que las partes no pueden superar, y las razones las cita la fracción X del artículo 137 bis CPCDF, como lo es la fuerza mayor, cuando la prosecución del proceso depende de una resolución de una cuestión prejudicial o conexa, o se pruebe que el término de la caducidad se consumó por maquinaciones dolosas de una de las partes en perjuicio de la otra, o por disposición de la ley. Se nota así que debe tratarse de algo independiente de la voluntad de las partes.

Como se ve, es lógico que si hay un impedimento transitorio para que el proceso continúe su normal desenvolvimiento, falta uno de los requisitos indispensables para que funcione la caducidad: el abandono voluntario de la actividad. A la vez, podemos arriesgar esta afirmación de carácter genérica: suspendido el término de la caducidad, no se suspende en igual medida el de la prescripción de la acción (así, véase el artículo 2111 CCDF) (425)

---

(424) Acuña, Juan Carlos. Ob. cit. p. 41.

(425) Refiriéndose a este tema, Juan Carlos Acuña opina en sentido contrario

(Ibidem. p. 43).

Guasp (426) nos explica que dentro del tipo de crisis procesales de la actividad procesal, tiene lugar la paralización del proceso, es decir, aquella crisis de la actividad procesal que consiste en una quietud anormal del procedimiento, esto es, en la inexistencia de aquel avance que es propio a la idea de devenir temporal en que el proceso consiste.

Y añade que es evidente que puede existir una posibilidad de paralización procesal fundada en razones que afectan, directa y estrechamente, a los sujetos del proceso, caso al que se denomina interrupción del proceso: cuando la paralización procesal reconoce como causa directa o razón fundamental de ser la producción de una circunstancia que no afecta a los sujetos sino al objeto del proceso, entonces nos hallamos ante una detención procesal; finalmente existe una tercera manifestación de la paralización procesal que se da cuando, independientemente de los sujetos y del objeto procesal, son los actos procesales mismos aquellos que engendran la quietud anormal del proceso, es decir, que esta quietud se origina en razones derivadas de la actividad estricta.

(426) Define la crisis del proceso como una manifestación de anomalía dentro del desarrollo del proceso y nos enseña que existen otros dos tipos: crisis de los sujetos, que hacen referencia a las personas del proceso (por ejemplo, el cambio del juez o de las partes, o la desaparición o transformación de éstas, en sí mismas o en alguna de las calidades que tienen importancia para el proceso); y crisis del objeto, que contiene en realidad una anomalía o cambio, en torno al objeto del proceso. (Guasp Delgado, Jaime. "La paralización del proceso civil y sus diversas formas", Revista de Derecho Procesal. Madrid España, julio, agosto y septiembre de 1951, año VII, no. 3, p. 381.

Pero, cuestiona Guasp, ¿cuándo nos hallamos realmente ante un caso de suspensión procesal? Observemos que la paralización del proceso por razones de actividad, que no trascienden más allá de la actividad misma, se encuentran realmente tan sólo en dos grandes órdenes de circunstancias. Primeramente, en el orden de la fuerza mayor, es decir, en la existencia de un acaecimiento que imponga sobre los acaecimientos procesales su fuerza impeditiva extraña al proceso, pero inevitable, dentro del mismo. En segundo lugar, en la voluntad de los litigantes, la cual, al margen de la posibilidad de continuar el proceso, conviene en su paralización, sin tocar sin embargo a la posición de los sujetos ni del objeto, tal como en el procedimiento hasta entonces se ha manifestado.

En efecto, si el proceso se encontrase suspendido por fuerza mayor o, en general por causas ajenas a la voluntad de las partes, no tendría lugar la caducidad de la instancia, ya que esta institución presupone la existencia de un proceso paralizado por voluntad de las partes.

Y en lo que hace a la paralización, suspensión en términos de Guasp, voluntaria del proceso, no todas éstas producen la caducidad de la instancia; es necesario que aquélla se prolongue, dure el término que el legislador ha señalado al efecto. Si el proceso se reanuda, antes de que se cumpla el plazo legal, mediante la realización de un acto procesal válido, se suprime uno de los factores conducentes a la caducidad de la instancia y, en consecuencia, ésta no tiene lugar.

La virtualidad del acto procesal de impulso, al que nos estamos refiriendo, es la de evitar la caducidad de la instancia; esto no impide que el proceso, una vez reanudado, pueda volver a paralizarse a petición de las

partes y a producirse dicha caducidad, bien entendido que, en este caso, creemos que no se adiciona el período de la nueva paralización al tiempo que duró la anterior, sino que es preciso que transcurra, y en una sola vez, el período legal necesario para que se produzca la caducidad de la instancia. (427) Aquí tanto la suspensión del procedimiento (fracción X del artículo 137 bis CPCDF), como el acto procesal de impulso reanudador llevan como efecto la interrupción del término de la caducidad (borrando todo el lapso anterior transcurrido, como si la suspensión no hubiere tenido lugar).

Mas es de advertir que, paralizado un proceso por razones atinentes estrictamente a la actividad, su reanudación debe suponer la concesión de la parte de término que quedó pendiente o sin consumir cuando la crisis se produjo, sin admisibilidad de reanudación de los instantes ya transcurridos o de creación de otros nuevos. (428)

Completando el panorama de la suspensión procesal, se añade un tercer tipo en el inciso c de la fracción X del citado artículo 137 bis CPCDF, que a nuestro parecer manifiesta una paralización independiente de los sujetos y objeto procesal, expresándose que tiene lugar cuando se pruebe que el término de la caducidad se consumió por maquinaciones dolosas de una de

---

(427) Muñoz Rojas, Tomás. La caducidad... pp. 61 y 62.

(428) En tanto que al tratarse de la reanudación procesal, para el caso de la interrupción se concede totalmente el plazo pendiente desde su comienzo; en el supuesto de detención, se concede un plazo nuevo independiente del anterior; y en la suspensión se concede el plazo primitivo y sólo en momentos aún no consumidos, es decir, considerando como extinguida ya la parte de plazo que corrió antes de la crisis. (Guasp Delgado, Jaime. Ob. cit. pp. 393 y 394).

las partes en perjuicio de la otra (que podrían, desde luego, constituir delito, y en tal caso no cabrá probarlas en incidente ante el juez civil, sino que tendrá que acudir al proceso penal). Nótese que esta hipótesis tiene lugar si aún no se ha pronunciado la declaración de caducidad, pues dictada ésta y extinguida la instancia, no hay procedimiento que suspender.

El acto procesal de impulso, reanudador del curso del proceso, debe partir de cualesquiera de las partes -sea cualquiera el autor de la instancia-. En este sentido, los actos procesales realizados por personas distintas de las partes no deben reputarse eficaces a este propósito; si la caducidad es la sanción impuesta a las partes que abandonan la instancia, se infiere que los actos de los terceros no pueden impedir que la sanción recaiga sobre los responsables.

Si el tercero se ha constituido en coadyuvante de alguno de los litigantes, ya deja de ser tercero y sus promociones son eficaces para el fin de que se trata (véanse los artículos 53 y 656 fracción II CPCDF).

Pero si el tercero coadyuvante no hubiere designado representante común, por no deducir la misma acción u oponer la misma excepción que el actor o demandado, podrá hacer las gestiones que estime oportunas dentro del juicio y bastará su sola actividad para que sea aprovechada por los demás y se impida la caducidad de la instancia, ya que, aunque sea distinta la naturaleza de los derechos materiales que motivan el proceso, el curso y los efectos de la caducidad son, en general, indivisibles (429).

---

(429) Sobre la indivisibilidad de la instancia, lo mismo cabe decir siempre que en un juicio existan demanda principal y de reconvencción, en que no puede pronunciarse la caducidad de una sola de las demandas.

La interposición de una tercera excluyente constituye un nuevo juicio y no implica promoción en el preexistente, por lo que si el tercerista excluyente, en su calidad de tal, efectúa una promoción en el juicio que está por caducar, obra como tercero y no interrumpe el término de la consumación de aquélla.

¿Qué decir de los llamados al juicio en casos de deuda solidaria, fianza, evicción, etcétera? La respuesta a esta pregunta dependerá de la que se dé a la siguiente: ¿el llamamiento convierte al tercero en parte aunque de hecho no comparezca? La solución es fácil: el llamamiento tiene dos objetos: a. Que la sentencia que recaiga en el juicio obligue a los terceros; b. Que éstos puedan hacer valer en el proceso sus defensas para que se respete la garantía de audiencia judicial. Por consecuencia, para toda clase de efectos deben ser considerados como partes, aunque no comparezcan y más aun si lo hacen. (430)

De igual forma, el CPCDF señala que el término de la caducidad se cuenta desde la última notificación hecha a las partes, pero no especifica si ese acto debe ser con objeto de activar el proceso o no.

Quienes afirman que no es indispensable que las promociones de las partes tengan como fin llevar el proceso a su conclusión, aplican el principio de que donde la ley no distingue el intérprete no debe distinguir; y agregan: cualquier acto procesal en estos ámbitos es interruptivo, ya que la ley no exige otro requisito más que el mismo deba ser notificado a las partes.

---

(430) Pallares Portilla, Eduardo. "La caducidad..." p. 17.

Los adversarios hacen valer la presunción en que se funda la caducidad, y argumentan en el sentido de que la presunción existe cuando la promoción no es de impulso procesal.

Para comprender bien este aspecto de la institución conviene insistir en calificar el acto interruptivo como un acto procesal (es decir, realizado dentro del proceso, por lo que debe encontrarse estampado en el expediente) útil, necesario, que importe un ir más allá del estado procesal en que se encontraba al momento de tal articulación, para que la instancia se instruya y falle.

Y entonces se ha planteado en este punto la cuestión de si los actos procesales de los litigantes cumplidos en otro proceso deben ser o no conceptuados como interruptivos.

Comencemos indicando que el acto interruptivo siempre debe realizarse ante un tribunal; el tribunal en que está pendiente el juicio o ante una autoridad judicial diversa. En este sentido la fracción IX del artículo 137 bis CPCDF nos dice que el término de la caducidad sólo se interrumpirá por promociones de las partes (esto es, actos de las mismas) o por actos de las partes ante autoridad judicial diversa; esto hace surgir la duda: ¿ambos supuestos deben realizarse ante la autoridad judicial diversa? Desde luego que no, el primer supuesto se refiere a los actos articulados en el mismo proceso que se quiere mantener con vida, en tanto que el segundo caso se refiere a los actos realizados ante distinto juez y se condiciona a que dichos actos tengan relación directa e inmediata con la instancia.

Debemos precisar que si bien existen actos extrajudiciales (realizados fuera de cualquier proceso) de las partes que pueden tener relación con la



litis, como por ejemplo, pagos parciales, tentativas de transacción, etcétera; éstas pueden no guardar relación con la instancia e incumplida la carga de presentar actos útiles a su normal desarrollo y finalización, no queda otro camino al tribunal que declarar la caducidad de la instancia transcurrido el lapso legal respectivo.

Otro problema interesante es el siguiente: ¿para que los actos procesales de las partes tengan efectos interruptivos han de ser necesariamente válidos? Se ha discutido mucho esta cuestión en la que están muy divididos los juriconsultos. Los puntos de vista que defienden gravitan sobre dos principios que al ser aplicados producen soluciones contrarias a saber; el principio más general es el siguiente: lo que es nulo no produce efecto alguno (431), y el que la caducidad se produce por

---

(431) Adolfo E. Parry ("Perención efecto interruptivo de las actuaciones anuladas" La Ley. Buenos Aires Argentina, 13 de abril de 1944, tomo 34 p. 136) considera que la solución está en distinguir entre acto nulo por vicio substancial, y acto afectado por vicio de forma. En el primer caso, trátase de nulidad absoluta y por tanto el acto es inexistente y no pudiendo decirse que se ha producido un acto de procedimiento, no puede hablarse de interrupción del término de la caducidad. Cuando se trata, en cambio, de actos afectados de nulidad relativa, éstos tendrán eficacia interruptiva durante todo el tiempo transcurrido sin que tal nulidad haya sido solicitada; el acto debe considerarse válido y eficaz para interrumpir el término de la caducidad, pues en tal tiempo han existido y pertenecido al juicio. El término para la caducidad debe contarse desde la fecha en que se declaró la nulidad y no desde la última providencia válida, anterior a las actuaciones anuladas.

inactividad completa de los interesados. Si se parte de aquél, se llega a la conclusión de que el acto nulo no interrumpirá el correr del término de la caducidad.

En cambio, si se ve en la institución de la caducidad una sanción fundada en la presunción de que si las partes no promueven, es lógico concluir que no tienen interés en la existencia del proceso; entonces puede concluirse que una promoción que sea nula o irregular, al manifestar que subsiste el interés, será bastante para que la caducidad no se produzca. (432)

Por nuestra parte estimamos que los actos procesales deben tener el requisito de ser admisibles y fundados; en el supuesto que estamos tratando, deben tener además una idoneidad específica: la de servir para que el proceso o la instancia avance hacia su fin específico que es la sentencia, definitiva o interlocutoria. Si el acto es infundado y no implica o produce un movimiento de avance del proceso en su desarrollo gradual o progresivo de acuerdo a las normas que lo instrumentan, el acto procesal que se habría articulado no tendría el efecto de ser considerado como interruptivo. (433)

En este caso, se sostiene que no bastan para interrumpir el término de la caducidad, las intenciones, ni expresiones de anhelos; la ley exige algo más: hechos, no palabras; resultados, no intenciones. El proceso implica un movimiento progresivo y mal puede romper la quietud (que ocasiona la

---

(432) Pallares Portilla, Eduardo. "La caducidad..." p. 17.

(433) Podetti, J. Ramiro, citado por Rillo Canale, Oscar I. Ob. cit. p. 616.

caducidad de la instancia) un pedaleo en el aire, una pseudo actividad, una mera imagen virtual del procesal impulsivo. (434)

No obstante, aun cuando la petición de una de las partes haya tenido un resultado adverso, ello demuestra la intención o voluntad del peticionante de no abandonar la instancia, si el pedido fue idóneo, apto, útil, congruente con relación a su fin; por lo cual es interruptivo del término de la caducidad.

Rillo Canale (435) nos dice además que el acto interruptivo debe ser eficiente, es decir, que los efectos procurados de hacer avanzar el proceso, se produzcan realmente. Esto es, que el efecto requerido se logre, no sólo que el pedimento tenga la virtualidad impulsoria, sino que el juez la acoja con una resolución de recepción. Así por ejemplo, en el caso de que un litigante pida se abra la causa a prueba, correspondiendo verdaderamente este pedido al estado de los autos, pero el juez por cualquier motivo o circunstancia no le da curso, resolviendo con un simple "téngase presente"; no hay acto legítimo enervante de la caducidad si la parte se mantiene estática y no ataca dicho proveído, deduciendo los recursos procesales idóneos que el caso hacían necesario.

Después de lo visto, se agrega que la caducidad se produce ipso jure, es decir, que luego de trascurrido determinado lapso de inactividad procesal, el simple vencimiento del término produce en forma automática la extinción de la instancia y sólo queda pronunciar el auto que la comprueba;

---

(434) Legón, citado por Rillo Canale, Oscar I. Ob. cit. p. 616

(435) Rillo Canale, Oscar I. Ob. cit. p. 623.

de esta forma se pone en manos de la ley el modo de terminar con una situación anormal provocada por la inactividad de las partes. (436)

Efectivamente, la caducidad opera y se consume en el mismo instante en que vence el término fijado por la ley y desde allí produce todos sus efectos, y éstos surgen aún sin estar declarada por el juez, por lo que no necesita ser alegada, pero puede y debe ser declarada de oficio, y con ello se hace predominar el fundamento de orden público de la institución sobre los intereses privados.

Esta forma de declaración (de oficio), es una consecuencia de la afirmación de que la caducidad de la instancia es de orden público e irrenunciable y lo que es más importante, rige desde el momento mismo en que el tiempo fijado ha transcurrido, como en los términos perentorios (que producen a su vencimiento, automáticamente, la pérdida del derecho o actividad dejada de usar), sin que las partes puedan modificar la situación creada.

Como se ha planteado, la declaración judicial de la caducidad de la instancia en nuestro CPCDF, es el primer efecto del vencimiento del término legal de inactividad procesal (aunada con la ineficacia de toda actuación posterior), y no es, un elemento o factor necesario para que se produzca la extinción de la instancia, ya que opera ipso jure.

---

(436) Labanca, citado por Eisner, Isidoro. "La caducidad de 'pleno derecho' según la ley 14.191 y su interpretación judicial" La Ley. Buenos Aires Argentina, 13 de abril de 1962, p. 2.

A pesar de ello el juez puede no obrar de acuerdo con el mandato del legislador, o sea que no se aperciba de la caducidad de la instancia no obstante el transcurso del lapso durante el cual las partes permanecieron inactivas. En este caso, los actos realizados con posterioridad al término señalado en el artículo 137 bis CPCDF, aunque tiendan real y positivamente a reanudar el procedimiento, no tienen relevancia jurídica; resulta pues, inoperante la voluntad de los contendientes o la innacción del juez para mantener viva la instancia, pues su actuación posterior no convalida las actuaciones nulas. (437)

De esta manera, cuando el juez no la declare de oficio, nuestro CPCDF fiel al concepto antiguo del proceso que estaba al servicio de las partes y las consideraba dueñas del mismo, otorga únicamente a ellas, la facultad de solicitar la declaración de caducidad y pueden hacerla valer, accionando, es decir, pidiendo su declaración concreta o por vía de excepción, oponiéndola cuando el adversario pretenda proseguir las instancias caducas.

En la segunda o ulterior instancia, es el apelado quien normalmente pedirá la declaración de caducidad, que tendrá como resultado que quede firme la sentencia recurrida. Es claro que si el apelante pidiese tal declaración, al quedar ejecutoriada la sentencia que recurrió, no podría ejercitar de nuevo la acción y el único beneficiado sería el apelado. Por eso se ha pretendido encontrar en tal hipótesis, cierta semejanza con un desistimiento implícito del recurso.

En los incidentes la situación es análoga; normalmente no pedirá su

declaración quien lo dedujo y si lo hiciera, debe estimarse que lo desiste. En todo caso, el incidente no puede repetirse, salvo por causas supervenientes. (438)

Y ya que nos referimos a los incidentes, cuando la declaración de caducidad no se realiza de oficio, sino a petición de parte, el artículo 137 bis CPCDF no dice si se tramita o no un incidente; estimamos que sí.

Ahora bien, este incidente con que se hace valer la caducidad, es una instancia independiente, que también está sometida a la aplicación de las normas que rigen la caducidad de la instancia. Producida la caducidad del incidente de caducidad, la causa queda, procesalmente, en el mismo estado en que se encontraba a la fecha en que la caducidad se alegó y, en consecuencia, las partes litigantes se encuentran respecto al proceso en la misma situación jurídica, con las mismas expectativas y cargas. (439)

También se preguntan los jurisconsultos si el incidente relativo a que se declare caducada la instancia, interrumpe el término para que opere ésta.

El problema sólo tiene sentido si se refiere al caso en que el incidente haya sido promovido cuando todavía no se ha consumado la caducidad. Pallares (440) estima que es absurdo que un incidente que tiene

---

(438) Podetti, J. Ramiro. Ob. cit. p. 995.

(439) Parry, Adolfo E. "Perención del incidente de perención" La Ley. Buenos Aires Argentina, 12 de septiembre de 1947, tomo 47, julio, agosto y septiembre de 1947, p. 705.

(440) Pallares Portiila, Eduardo. "La caducidad..." p. 22.

precisamente por objeto poner término a la instancia, mediante la declaración de caducidad, produzca un efecto diametralmente opuesto, y, a la manera de un boomerang, vuelva sobre la misma persona que lo ha puesto en movimiento para dañarla irrevocablemente.

Desde luego, atinadamente la doctrina agrega que la promoción de tal incidente no interrumpe el término de la caducidad, por no tratarse de un acto que impulse el procedimiento.

Por otro lado, se dice además, que la caducidad puede oponerse en juicio diverso de aquél en que se produjo. Así por ejemplo, si en el segundo juicio alguna de las partes hace valer en cualquier forma el proceso que ha caducado, la contraria está facultada para prevalerse de la ineficacia producida por la caducidad, por ser ésta de orden público y no susceptible de convalidación.

A propósito de esto, cabe examinar el problema de cuál es el juez competente para declarar la caducidad. Indudablemente lo es el de los autos en que aquélla se ha producido, pero también, en nuestra opinión, si no ha sido declarada y es oponible en otro juicio, entonces puede ser examinada por el juez ante quien se haga valer. (441)

Por lo que se refiere a los terceros (cualquier persona que tenga interés jurídico en obtener la declaración) nuestro CPCDF no permite que puedan pedir la declaración de caducidad (que a nuestro juicio, éstos no pueden ser otros que los legitimados para intervenir como terceristas en el

---

(441) Pallares Portilla, Eduardo. "La caducidad..." p. 14.

proceso de cuya caducidad se trata, así sea un fiador, un causahabiente, cesionario, socio, o bien, aquellos que son perjudicados por procesos llevados por colusión entre el demandante y el demandado); de ahí que tendrían que invocar la vía de acción para lograr tal declaración y hecho ésto, se produzca efecto retroactivo al día de vencimiento del término.

Poniendo énfasis en la declaración de caducidad, Muñoz Rojas (442) anota que es indispensable que los tribunales, de oficio o por gestión interesada, hagan la oportuna declaración de caducidad para que los litigantes, si la consideran improcedente, puedan utilizar los oportunos recursos.

Frente a la declaratoria de caducidad se prevé un triple régimen impugnativo: a. revocación, sólo cuando recaiga en juicios que no admitan apelación; b. apelación en ambos efectos cuando se trate de procesos en que cabe la apelación; y c. reposición, si la declaratoria se hace en segunda instancia.

Estos recursos sólo podrán interponerse por un motivo referente a los presupuestos constitutivos de la caducidad: cuando el recurrente estime se ha producido un error en el cómputo del término legal, o cuando se intente demostrar que el proceso ha quedado paralizado por causa ajena a la voluntad de las partes. (443)

Pues bien, continuando con el tema de la declaración de caducidad, se

---

(442) Muñoz Rojas, Tomás. La caducidad... p. 66.

(443) Ibidem. p. 69.



afirma que una vez producido el informe que comprueba concurren los presupuestos exigidos por la ley para que tenga lugar la caducidad (vencimiento del término de inactividad voluntaria), o deducida la petición de alguna de las partes y resolviendo su procedencia, debe producirse la decisión judicial que declara dicha caducidad. Esta resolución, según el artículo 79 fracción III CPCDF, debe adoptar la forma de auto definitivo (que impide o paraliza definitivamente la prosecución del juicio), o sea con los fundamentos de hecho y de derecho necesarios. Aunque la declaración sea posterior al cumplimiento de los requisitos, los efectos se remontan al momento en que los términos se cumplieron.

Dicha resolución tiene carácter declarativo de lo ya había operado por voluntad de la ley; la instancia caducó en el preciso momento en que se ha cumplido el término previsto; el auto judicial que la declara no es integrativo de su eficacia ni es requisito esencial de su vivencia. Y si la caducidad ha operado por voluntad de la ley, no pueden las partes invalidar lo que la ley ha constituido. (444) De ahí que si las partes pudieran tener por no existente la caducidad, la facultad concedida a los tribunales de declarar de oficio la caducidad, quedaría nulificada. (445) Más aun, la omisión del juez de cumplir con el deber de declarar la caducidad operada, es indudable que no puede tener la virtualidad de prolongar un término

---

(444) Loutayf Ranea, Roberto G. "La caducidad de la instancia en el proyecto Reimundín de 1973" Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires Argentina, 30 de mayo de 1975, no. 4764, p. 8.

(445) Sosa, Gualberto Lucas. "Purga de la caducidad de la instancia" Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires Argentina, 20 de julio de 1971, no. 3833, p. 2.

calificado de perentorio.

En resumen, hemos afirmado que si transcurrido el término legal para que tenga lugar la caducidad de la instancia, las partes continúan, no obstante, el trámite del juicio, proseguirán un proceso nulo cuyos efectos tendrán que cargar como consecuencia de su negligencia. (446) Sin embargo, no existe disposición expresa que determine la nulidad ulterior en que se operó la caducidad. Se dice que esta nulidad es absoluta, e incluso se habla aquí de un no acto, por cuanto él sería inexistente y todo acto procesal ulterior, inconfirmable. Ante esta situación, se ha cuestionado la validez de una instancia en que producida la caducidad, no se realice su declaración y el juicio siga hasta que en él se produzca sentencia ejecutoria.

A pesar de que en nuestro CPCDF la caducidad de la instancia es calificada de orden público, se afirma que en este caso, no puede obtenerse la declaración de caducidad, porque la cosa juzgada origina una preclusión máxima que no permite traer al debate la insubsistencia de la instancia por razón de caducidad. (447)

Eisner (448) justifica lo anterior, no solamente por el efecto de sanatorio general de la cosa juzgada que desvanece la nulidades ocurridas, sino por principios que mandan respetar en el patrimonio del titular, el bien de la vida que consagrara o reconociera un fallo irrecurrible.

---

(446) Labanca., citado por Eisner, Isidoro. "Caducidad..." p. 2.

(447) Fallares Portilla, Eduardo. "La caducidad..." p. 13.

(448) Eisner, Isidoro. "Caducidad..." p. 4.

Consecuentemente cabe suponer: si operada la caducidad y no declarada ¿es posible ante tal situación que el ad quem, es decir el tribunal de alzada, se avoque de oficio sobre la cuestión, sin mediar apelación?

Acertadamente Amílcar Mercader (449) se pronuncia en sentido negativo, pues con lo contrario se destruyen dos principios del proceso, cuales son: nemo iudex sine actoris y tantum appellatum quantum devolutum, además de la prohibición de la reformatio in pejus; y asimismo el de la preclusión procesal que impediría retroceder en las etapas ya superadas del proceso.

Vayamos a los efectos de la declaración de la caducidad de la instancia.

La caducidad de la instancia significa, para el órgano judicial, la exención del deber de dictar sentencia y, para las partes, la pérdida del derecho a obtenerla. (450)

Se trata pues, de una institución extintiva de la instancia, pero no de la acción deducida, ya que claramente se dice que se puede iniciar un nuevo juicio (fracción II del artículo 137 bis CPDDF); ni afecta a la pretensión ni al derecho de accionar, en el sentido de que tanto aquélla como éste pueden ejercitarse nuevamente a pesar de la extinción de la instancia. Pero lo que es más grave, la caducidad puede producir indirectamente efectos de derecho sustantivo, de tipo negativo, pues la declaración de caducidad equivale, dice la fracción VI del citado artículo 137 bis CPCDF, a la

---

(449) Mercader, Amílcar., citado por Rillo Canale, Oscar I. Ob. cit. p. 641.

(450) Muñoz Rojas, Tomás. La caducidad... p. 76.

desestimación de la demanda, para los efectos de la interrupción de la prescripción, por lo que se deja sin efecto la interrupción de la prescripción. (451) No obstante, mientras no haya caducidad, no puede haber prescripción, porque el proceso está impidiendo que opere.

A diferencia de la sentencia, que se pronuncia sobre la acción ya sea acogiéndola o rechazándola y creando la cosa juzgada, la caducidad no lleva tales efectos; la pretensión queda imprejuizada y se produce una absolución en la instancia y, por tanto, no se consigue el efecto de la cosa juzgada material.

De esta suerte, cuando la caducidad se decreta en la primera instancia, queda extinguida la relación procesal y tiene la virtualidad de convertir en ineficaces las actuaciones del juicio y las cosas deben volver al estado que tenían antes de la presentación de la demanda, extinguiéndose todos sus

---

(451) Roberto Sobrino Tovar ("Caducidad de la primera instancia y prescripción" Boletín de Información Judicial. Xalapa Veracruz México, H. Tribunal de Justicia del Estado de Veracruz, 1 de mayo de 1949, año I, no. 3, p. 237) comentando el Código Procesal Veracruzano, en que sí se permite la caducidad de la instancia en los juicios de alimentos, nos indica que en primera instancia, esa declaración de caducidad, tropezaría con la obligación imprescriptible de dar alimentos (que corresponde al artículo 1160 CCDF), pues su efecto sería el archivar el expediente, cancelar la pensión provisional en su caso y obligar al interesado a promover de nuevo. Estima que en este caso es más sensato no declarar la caducidad. Pese a ello, nosotros, en cambio, consideramos que el proceder legal es declararla.

efectos consecuenciales: se levantan los embargos preventivos y cautelares; pero, nos aclara Chioyenda (452) no se destruyen los actos realizados, y por tanto no se priva a esos actos del valor jurídico que puedan tener en sí, o sea separados de la relación jurídica (esto es, sin destruir en modo alguno los actos realizados o existentes antes de formarse esa relación, los cuales conservan el valor jurídico que puedan tener en sí). (453)

Debe decirse que las actuaciones de la instancia quedan ineficaces por la declaración de caducidad y no considerarse nulas, porque la nulidad siempre supone que el acto al celebrarse o al realizarse está afectado en un vicio coetáneo a su verificación; pero si las actuaciones se celebran válidamente y por el hecho de la caducidad ya no pueden surtir efectos, ya no puede decirse que sea por nulidad sino por ineficacia superveniente. (454)

Y fuera de esta ineficacia, quedan firmes las resoluciones sobre competencia, litispendencia, conexidad, personalidad y capacidad de los litigantes, que regirán en el juicio ulterior si se promoviere (recuérdese

---

(452) Chioyenda, Giuseppe., citado por Sobrino Tovar, Roberto. Ob. cit. p. 234.

(453) Así, la mora automática, y la constituida por interpelación extrajudicial, no se ven afectadas por la caducidad de la instancia. (Moisset de Espanes, Luis. "Perención y desistimiento. Cesación del efecto interruptivo de la prescripción y subsistencia de la mora" Revista del Colegio de Abogados de la Plata. Buenos Aires Argentina, 1991, vol. 31, no. 51, p. 74).

(454) Becerra Bautista, José. La caducidad... pp. 19 y 20.

que tales resoluciones no producen el efecto de cosa juzgada material, y en consecuencia no vinculan al futuro juez). Las pruebas rendidas en el proceso extinguido por caducidad podrán ser invocadas en el nuevo si se promoviere (fracción III del artículo 137 bis CPCDF).

Todos los medios de prueba incorporados al proceso, importan una adquisición procesal, siempre que estén revestidos de las condiciones necesarias para su validez y eficacia y en consecuencia adquieren un carácter de firmeza e inmutabilidad permanente, que no puede ser alterado por el evento de una caducidad. (455)

Aquí se tiene que reconocer que el nuevo juez es libre respecto a la admisión y valoración de las pruebas así aportadas. D'Onofrio considera que el principio de inmediación exige que las pruebas se practiquen y valoren por el mismo órgano jurisdiccional que dicta la resolución y por tanto el segundo juez no está obligado a admitirlas y puede valorarlas libremente como simples indicios. (456)

Sin embargo, los medios probatorios que tienen señalada por la ley una valoración tasada, por ejemplo los documentos públicos, creemos que su

---

(455) Acuña, Juan Carlos. Ob. cit. p. 36.

(456) D'Onofrio, citado por Becerra Bautista, José. La caducidad... p. 22.

En todo caso, nos dice Alcalá-Zamora ("Reformas..." p. 43), esas pruebas, cuya esencia, por decirlo así, se volatizará al quedar documentadas, cuando se transcriban en el expediente del proceso, tendrán carácter de documentos públicos (artículo 327 fracción II del CPCDF), y a título de tales siempre serían utilizables como prueba.

valoración ha de ser idéntica en cualquier proceso posterior (artículo 403 CPCDF).

Claro es que la posibilidad de intentar nuevamente un juicio, podrá aprovecharse para remediar los defectos del planteamiento del problema; en las pruebas ofrecidas y no rendidas y aun en las rendidas. (457)

En la segunda instancia el efecto que se produce no es igual. En este caso queda abolida la instancia en que se produce la caducidad y la sentencia dictada en primera instancia deviene firme y, por tanto, no sólo se cierra la posibilidad de impugnarla posteriormente (cosa juzgada formal) sino de reproducir, en un nuevo proceso futuro, lo que en aquélla

---

(457) A propósito de las pruebas, hemos dejado hasta estos últimos momentos el siguiente cuestionamiento: ¿corre el término de la caducidad si posteriormente al llamado de autos para sentencia, se dictan medidas para mejor proveer (artículo 279 CPCDF) y la sentencia no se dicta? ¿se reanuda la instancia y cobran vigencia las cargas impulsorias del proceso y por ende la instancia puede caducar?. Sentís Melendo ("Perención de instancia..." pp. 23 y 34) llega a la conclusión que ante dichas medidas, el principio dispositivo deja de funcionar y la parte no tiene ya esa carga; a las parte le interesan, pero no puede pedir las, porque esas medidas ya no pertenecen al ámbito de las partes, sino de manera exclusiva, al campo de acción del juez. Y nos enseña aquí, que donde existe el deber de un sujeto del proceso, no puede haber carga para otro. De manera especial: la carga del litigante termina donde empieza el deber del juez.

fue decidido (cosa juzgada material) y en tal caso, por lo mismo, la caducidad extinguirá la acción.

Aquí, se presume que al no instar ninguna de las partes la continuación del recurso, se entiende que se conforman y someten a la resolución impugnada; la que viene a adquirir carácter de definitiva y definitiva y se produce el mismo resultado que el desistimiento o deserción del recurso. (458)

Entonces, lo que caduca es la segunda instancia y no es el proceso el que termina, pues vuelven los autos a la originaria y allí prosigue la marcha; por ejemplo, si el recurso fue contra sentencia definitiva, ejecutándola, y si se trata de interlocutoria, prosiguiendo las actuaciones

---

(458) Por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 27 de diciembre de 1983 se derogó el artículo 716 CPCDF, en cuya virtud dejó de existir la revisión de oficio de las sentencias recaídas en determinado tipo de juicios. (Hernández Martínez, Abel. "Supresión de la revisión de oficio de las sentencias sobre rectificación de actas del estado civil y sobre nulidad del matrimonio" Ciencia Jurídica. México, julio-diciembre de 1986, vol. 2, no. 9, p. 366). En la segunda instancia de estos juicios no es procedente la caducidad, pues la sentencia consultada quedaría con fuerza de cosa juzgada sin haber sido revisada, lo cual es necesario para que se considere ejecutoriada la sentencia final. (Faria Rincón, Hernán. "Improcedencia de la perención en los juicios de divorcio y de separación de cuerpos" Actas procesales del Derecho vivo. Caracas Venezuela, septiembre de 1971, vol. 1, no. 2, pp. 71 y 72).



según su estado. (459)

Cuando el fallo que se declara ejecutoriado es condenatorio, porque lejos de extinguirse la acción sustantiva, se reconoce ésta, total o parcialmente, no pueden levantarse las medidas aseguratorias, porque precisamente tales medidas cautelares buscan la protección de los derechos del demandante. En caso de que la sentencia que se declara ejecutoriada sea absolutoria, si el demandante, en nueva oportunidad, volviera a intentar la misma acción, el demandado le podría alegar la excepción de cosa juzgada.

Solamente en el caso de que el fallo que se declara ejecutoriado, por apelación del demandante, no decida sobre el fondo de la controversia, porque reconoce la falta de alguno de los presupuestos procesales, la declaración de caducidad, en la segunda instancia, no entrañaría la de la acción, y el demandante estaría facultado para promoverla nuevamente. (460)

Por último, si el proceso termina por operarse su caducidad, no significa el reconocimiento de la legitimidad de las pretensiones de ninguna de las partes; al contrario, significa resaltar su negligencia y su falta de interés; negligencia y falta de interés de ambas; y por ello ambas deben soportar las costas del juicio que ha caducado. (461)

Sin embargo, en la fracción XII del citado artículo 137 bis CPCDF no se sigue, en este tema, dicho criterio y se dispone como regla, que las

---

(459) Solari Brumana, Juan A. Ob. cit. p. 2.

(460) Pardo, Antonio J. "Caducidad..." p. 411.

(461) Loutay Ranea, Roberto G. "La caducidad..." p. 10.

costas serán a cargo del actor, ¿por qué? si ni siquiera cuando medie confesión judicial expresa que afecte a toda la demanda se exime íntegramente de su abono al demandado, que tan sólo se beneficia entonces de una reducción otorgada por el juez (artículo 404 CPCDF). En esas condiciones lo procedente es que las sufraguen ambos como igualmente responsables del litigio surgido por el choque de la pretensión del uno y la resistencia del otro. (462)

Conforme nuestro CPCDF, si la instancia caducada es la primera, las costas serán a cargo del demandante; si es un incidente, a cargo de quien lo promovió; si es una segunda instancia, a cargo de quien la abrió introduciendo el recurso (y en el supuesto de apelación adhesiva, que termine por caducidad, la imposición de costas son de cuenta de ambas partes).

La mencionada fracción declara compensables las costas a cargo del actor con las que corran a cargo del demandado en los casos de reconvencción o excepciones que varíen la situación jurídica existente entre las partes antes de la demanda. Alcalá-Zamora (463) agrega que ni la reconvencción ni la compensación tienden a variar la situación que privaba entre las partes antes de la presentación de la demanda, sino a hacer valer en juicio contraprestaciones del demandado, y la segunda de ellas (no la primera, que ha de insertarse necesariamente en la contestación de la demanda) podría ser superveniente (artículos 98, 260, 273 CPCDF), es decir, originada después y no antes de la deducción del libelo.

---

(462) Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. "Reformas al Código..." p. 53.

(463) Ibidem. p. 54.

CAPITULO III  
ACTIVIDAD DE LOS SUJETOS PROCESALES  
EN LAS ETAPAS DEL PROCESO.

Sumario: 3.1. Conocimiento; 3.2. Pruebas; 3.3. Sentencia; y 3.4. Ejecución.

Toda organización jurídica positiva de la sociedad, supone la existencia de una autoridad que pueda, aunque sea en forma mínima, dirigir a quienes participan, con ella, en determinada actividad, utilizando en último extremo la coerción, para lograr su efectividad: la conducta de sus integrantes. (464) En consecuencia, no cabe duda que la autonomía de la voluntad individual se va debilitando progresivamente ante el intervencionismo cada vez mayor del Estado en todos los órdenes.

Y en el proceso, la afirmación del principio de autoridad no puede querer decir, si ha de tener un sentido jurídico, competencia del juez concebido como absolutamente desvinculado de toda iniciativa de las partes, sino que puede significar solamente fijación de un nuevo orden de límites y de relaciones entre la iniciativa de las partes y la iniciativa del juez; no negación de libertad, sino nueva regulación de la libertad de las partes. (465)

---

(464) Gelsi Bidart, Adolfo. "Intervención del juzgador en el proceso" La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración. Montevideo Uruguay, Enero de 1963, tomo 60, no. 1, p. 13.

(465) Calamandrei, Piero, citado por Cerdón Moreno, Faustino. Ob. cit. p. 809.

La finalidad buscada por las partes en el proceso, que comúnmente consiste en que les sea resuelto su problema en la forma favorable que pretenden, esto es reconociéndoles su razón y se les dé lo que piden o se les absuelva de lo que se les exige, es muy distinta de la finalidad del proceso, que pese a las tan divergentes opiniones sobre tal finalidad, estimamos radica en hacer que el orden jurídico se realice a la cabalidad en los casos concretos, lo cual ya no es un interés privado de ellas, sino un interés público del Estado.

Esa realización del derecho se cumple haciendo que el resultado del proceso se identifique con la realidad jurídica y de hecho que allí se examina. Por consiguiente, existe un marcado interés público en conducir al proceso a una decisión jurídica, justa y acertada. (466)

Así, la concepción teleológica del proceso, la cual contrariamente a la empírica, no se contenta con ver como su fin la constitución de la cosa juzgada, proclama hoy, como fin único, o por lo menos principal, del proceso, más que la defensa de los intereses subjetivos la realización del derecho objetivo,

Aquí se advierte que si la parte utiliza el proceso deduciendo una situación jurídica de naturaleza sustancial cuya satisfacción pretende, debe obrar en juicio según ciertas reglas de técnica procesal, cuya inobservancia comporta determinadas consecuencias.

---

(466) Devis Echandía, Hernando. "La iniciativa probatoria del juez civil en el proceso contemporáneo" Revista Iberoamericana de Derecho procesal. Madrid España, Instituto Español de Derecho procesal, 1967, no. 4, p. 62.

Refiriéndose a este aspecto, Tito Carnacini (467) realiza una distinción entre la disponibilidad de la tutela jurisdiccional y la disponibilidad del funcionamiento interno o técnico del proceso. Para él, el proceso es el instrumento que sirve a la parte para demandar la tutela jurisdiccional, y corresponde exclusivamente al particular que quiere hacer valer un derecho subjetivo, decidir, como una manifestación no de una obligación sino de una libre elección, si recurre a él o no. Pero una vez tomada la decisión y puesto en marcha el mecanismo, las personas que se han valido del instrumento deben adaptar su actividad a la reglamentación interna del proceso, deben obrar en juicio observando ciertas normas de técnica procesal, cuya inobservancia puede determinar el rechazo de sus pretensiones.

Efectivamente, en el proceso hay que ajustarse a unas normas y adaptarse a unas formas, porque sin éstas el proceso sería una anarquía, pero las formas no constituyen disminución de la libertad de las partes. En esa unidad que es el proceso, los distintos papeles exigen actuación muy diferente de los sujetos protagonistas del proceso; el juez y las partes se mueven compelidos por fuerzas bien diversas: la parte formula una pretensión, ejercita una acción, utilizando el vehículo de demanda; y esto lo hace con absoluta libertad; el juez debe administrar justicia, a

---

(467) Carnacini, Tito, citado por Pecchi Croce, Carlos. "La participación del juez en el proceso civil. Su aplicación en el CPC chileno" Boletín mexicano de Derecho comparado. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, septiembrediciembre de 1975, nueva serie, año VIII, no. 24, p. 867. También publicado en la Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Concepción Chile, abril-junio de 1967, año XXXV, no. 140.

pronunciar sobre la pretensión a hacer lugar o no a la demanda, resolviendo sobre la acción ejercitada, actuando con la rigidez de quien está cumpliendo un deber. (468)

Vemos así que junto con el principio de impulso del proceso por las partes, va siempre y forzosamente la potestad del juez, en escala mayor o menor para dirigir y controlar el procedimiento.

Y justamente, una de las situaciones más difíciles e intrincadas y que tanto preocupa a los estudiosos del derecho es a no dudarle la atinente a la posición del juez y las partes en el proceso civil y la correlativa determinación de sus deberes y facultades; de esta manera, la conducción del proceso civil plantea siempre el problema de la contraposición de los poderes del juez y los poderes de las partes.

La temática es muy amplia y se vincula necesariamente con el principio dispositivo que campea en la mayor clase de juicios y a su vez se conecta con el deslinde entre el principio privatístico de la autonomía de la voluntad de las partes, y el publicístico que regula el proceso y las facultades y poderes del juez. (469)

---

(468) Sentís Melendo, Santiago. "Desarrollo del proceso. Deberes del juez y cargas de las partes" Boletín mexicano de Derecho comparado. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, septiembre-diciembre de 1975, nueva serie, año VIII, no. 24, pp. 1012 y 1013.

(469) Hitters, Juan Carlos. "El juez, las partes y el principio dispositivo" Revista del Colegio de abogados de La Plata. Buenos Aires Argentina, julio-diciembre de 1973, año XV, no. 31, p. 135.

Como puede notarse, la solución práctica radicará en una fórmula de equilibrio dado que, por la naturaleza misma del proceso ninguno de los sujetos puede suprimirse; podrá atenuarse prácticamente en forma total la actuación de una de las partes e incluso de ambas, pero la constitución tripartita recupera su aplicación en las etapas sucesivas del proceso. (470)

Se pregunta entonces, qué intervención corresponde al juez -cuya función primordial se concreta en el juzgar- en el proceso que precede al fallo. De otra manera: si en relación a los demás sujetos del proceso, deben acentuarse o atenuarse las facultades que la ley le concede al juez.

El ejercicio del poder directivo del juez aparece como indispensable, impuesto por la complejidad subjetiva del proceso, para asegurar cierta marcha ordenada del mismo y la intervención oportuna de cada sujeto.

Y así como cabe hablar de derechos de disposición material o procesal atribuidos a las partes, según que la disponibilidad parcial afecte al objeto litigioso o a las normas procesales o procedimentales, es posible hablar también de facultades de dirección material y procesal atribuidas al juez o a los tribunales en general.

De ahí que la función directiva del juez en el proceso civil se proyecta en un doble aspecto o en una doble dirección, a saber: en cuanto al avance o desenvolvimiento normal del proceso, de modo que sea posible una sentencia de mérito cualquiera que sea el contenido de ésta, y en cuanto a

la reunión de materiales y datos con base en los cuales se dicte sentencia; las facultades directivas del juez en lo tocante al proceso, con prescindencia de lo relativo al objeto litigioso, reciben el nombre de procesales, en oposición a las que se conceden al órgano jurisdiccional respecto al tratamiento del objeto litigioso mismo, que se denominan facultades directivas materiales. (471)

El equilibrio que debe existir entre las funciones del Estado-juez al administrar justicia y las partes contendientes cuando ocurren a los tribunales en demanda del reconocimiento de sus derechos sustanciales de carácter civil, permite a las partes autovigilarse y a los órganos jurisdiccionales resolver las controversias precisamente dentro de los límites que las propias partes han propuesto y demostrado en el proceso. (472)

Antes del proceso, la parte actora, la que lo impulsa a existir, realiza su evaluación: ¿en qué medida el proceso será necesario (o conveniente) para consagrar su interés? El proceso viene después que el

---

(471) Fenech Navarro, Miguel. "La función del juez en la dirección del proceso civil (facultades procesales de dirección)", Revista del Instituto de Derecho comparado. Barcelona España, julio-diciembre de 1962, no. 19, p. 99.

(472) Becerra Bautista, José. "El principio de la congruencia en las sentencias civiles" Boletín mexicano de Derecho comparado. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, enero-agosto de 1975, nueva serie, año VIII, nos. 22 y 23, pp. 98.



problema queda planteado en la realidad ya que de otro modo no se soluciona.

Según la división del trabajo procesal, no corresponde al juez, sino a las partes, pretender lo que aspiran obtener en el proceso y al juez conforme a lo pedido y a lo que establece el orden jurídico, resolver lo que corresponda en el caso concreto. (473)

Puede afirmarse que son las partes quienes en definitiva establecen qué piden o reclaman del juez, sobre qué requieren su decisión y la realización de la misma. Nadie puede negar que el interés de la parte es decisivo tanto en la formación del material de hecho como en la formación del material de Derecho. En consecuencia, la parte ha de realizar la determinación de los hechos ocurridos; la valoración de su contenido jurídico, su ubicación en el ordenamiento del Derecho, para efectuar el reclamo del derecho que afirma.

Por ello, al lado de las partes aparece el juez que es quien en última instancia debe llevar el comando o dirección del debate, con una variedad de facultades, poderes y deberes, para componer definitivamente la litis decidiendo si determinada pretensión se conforma o no con el derecho objetivo. Y esa aparente contraposición entre juez activo y juez pasivo debe matizarse con relación a momentos y facultades diferentes.

De este modo, los ordenamientos jurídicos hacen del proceso un medio para hacer valer esos derechos con ayuda del juez. Ocurre en efecto, que en

---

(473) Gelsi Bidart, Adolfo. "El principio de congruencia en todo el Proceso" Revista Uruguaya de Derecho procesal. Montevideo Uruguay, 1981, no. 1, p. 33.

cualquier sistema procesal, el juez, además de espectador, es director del proceso y actor del mismo, aunque la ley no lo diga expresamente. (474)

Hoy, no cabe duda que existe una tendencia general en el mundo hacia un mayor activismo del juez, esto es, a otorgarle un papel más protagónico, tanto en el desarrollo del proceso, como director, como en el pronunciamiento de la sentencia, en cuanto se refiere a su función creadora. (475)

Para el Derecho contemporáneo, el juez civil debe ser el verdadero director del proceso y dispensador de justicia, con amplias facultades para organizar el debate, orientar el trámite en debida forma, evitar nulidades y actuaciones inútiles, procurar la economía procesal, investigar los hechos, controlar las actividades de los litigantes, proteger la buena fe y la lealtad del debate, corregir con mayor iniciativa los errores de los funcionarios inferiores cuando revisan sus actuaciones por apelación o consulta. (476)

En esta materia de dirección judicial del proceso civil, importa por consiguiente averiguar qué principio rige con carácter predominante, y en

---

(474) Sentís Melendo, Santiago. "Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil" Revista Iberoamericana de Derecho procesal. Madrid España, 1967, no. 4, p. 43.

(475) Barcelona, Graciela y Otros. Ob. cit. p. 400.

(476) Devis Echandía, Hernando. "Facultades y deberes del juez en el moderno proceso civil" Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Madrid España, Instituto Español de Derecho Procesal, 1968, no. 3, p. 13.

qué ocasiones cede su vigencia para dar paso al principio contrario y deben combinarse los principios, de modo tal que dé como justo medio un tipo de proceso en que se garantice tanto el interés general como los particulares, dando predominio a aquellos que, según el carácter del interés jurídico que se discuta, lo merezcan, dado el carácter de la sociedad actual. (477)

En varias etapas históricas del Derecho procesal se ha aplicado unas veces el principio que en sentido amplio pretende dejar en manos de los participantes toda la tarea de iniciación, determinación del contenido y objeto e impulsión del proceso y de aportación de las pruebas, y otras, en cambio, se le han otorgado al juez facultades oficiosas en los diversos aspectos. (478)

Mencionar el principio dispositivo es hacer referencia a la libertad de disposición sobre el contenido y desarrollo del proceso civil, lo que es una emanación directa de igual libertad de que disponen las partes, ampliamente, sobre el objeto litigioso o sea, sobre la relación sustancial controvertida. (479) De tal modo que se limita al juez no sólo el tema de su conocimiento sino incluso los medios para lograrlo.

Consecuencia de este concepto privatista del proceso civil tenía que

---

(477) Fairén Guillén, Víctor., citado por Pecchi Croce, Carlos. "La participación del juez..." p. 882.

(478) Devis Echandía, Hernando. "Iniciativa..." p. 64.

(479) Barsallo J. Pedro A. "El principio dispositivo en la doctrina y en el proceso civil panameño" Anuario de Derecho. Panamá, República de Panamá, 1966-1967, año VII, no. 7, p. 134.

ser la obligada pasividad que se impuso al juez que debía conocerlo, frente a la actividad de los litigantes, sobre quienes recaía la responsabilidad total de presentar sus pretensiones y defensas, aportar sus pruebas, interponer sus recursos y valerse de todos los medios que la ley procesal ofrece para tratar de obtener resultados favorables.

En el mismo sentido, se ha dicho, hasta en los últimos tiempos, que si las partes pueden disponer según su voluntad de sus relaciones iusprivatistas, también debe dejarse librado a su criterio influir en el proceso civil, mediante la presentación más o menos completa o hábil de afirmaciones y pruebas, sobre el contenido del fallo determinativo de sus relaciones futuras. (480)

Es característico del proceso civil su sometimiento al principio dispositivo. (481) Puede sintetizarse como lo hace Couture (482) enunciando las principales manifestaciones procesales que derivan de él: la iniciativa

---

(480) Kisch. W., citado por Goldschmidt, Roberto. "Las funciones del juez dentro del proceso civil en el momento histórico actual" La Ley. Buenos Aires Argentina, 15 de diciembre de 1953, p. 3.

(481) Sentís Melendo ("Iniciativa probatoria..." p. 22) estima que no hay un proceso de tipo dispositivo; ni un principio dispositivo; lo que hay, dice, es relaciones jurídicas disponibles y otras que no lo son y así, el proceso de tipo inquisitorio quiere vincularse a la relación jurídica no disponible.

(482) Couture, Eduardo J., citado por Baudrit Carrillo, Diego. "Notas de jurisprudencia sobre el principio dispositivo" Revista Judicial. San José de Costa Rica, marzo de 1985, año IX, no. 32, p. 96.

de la parte interesada es la que provoca la actividad procesal; el impulso del proceso está a cargo de las partes; éstas conservan la disponibilidad del derecho material; la iniciativa de las pruebas corresponde a los particulares (disponibilidad de la prueba); el juez no puede fallar a más ni a otra cosa que lo pedido en la demanda (las partes fijan los límites de la decisión).

Devis Echandía (483) nos dice que existen dos aspectos con los que generalmente se explica el principio dispositivo. El primero de ellos mira la necesidad de la demanda para la iniciación del proceso (cualquier concesión al juez de tal facultad comporta una parcial aplicación del principio de oficialidad), lo mismo que a la obligación del juez de limitar su decisión a las peticiones del acto y excepciones del demandado o principio de congruencia. Y mira también al derecho de las partes para disponer del proceso, poniéndole fin por desistimiento o transacción. El segundo aspecto se refiere a los poderes exclusivos de las partes sobre los medios de prueba destinados a formar la convicción del juzgador, y deja a éste inerte

---

(483) Desde fines del siglo XIX una buena parte de los juristas alemanes han propugnado separar el principio de disposición del proceso y su iniciación por petición de parte (Verhandlungsmaxime), del principio de la disposición por ésta de los medios probatorios y del elemento de hecho (Dispositionsmaxime), en forma de mantener la posibilidad de mantener aquél a pesar de otorgarle al juez facultades inquisitivas en materia de pruebas. (Devis Echandía, Hernando. "El moderno proceso..." p. 23. De igual forma, se habla de dos manifestaciones del principio dispositivo: material y procesal. (Prieto Castro, Leonardo, citado por Cordón Moreno, Faustino. Ob. cit. p. 810.

ante el combate judicial, que reviste así un interés netamente privado.

El principio dispositivo se refiere así a los dos aspectos de la reunión del material: la presentación y la comprobación de los hechos; pero no se refiere ni a la apreciación de la prueba, ni a la aplicación del derecho, en lo que el juez es independiente de la voluntad de las partes.

Como vimos, suele incluirse en el principio dispositivo la obligación del juez de fallar conforme a lo probado en el juicio, pero creemos que esto no forma parte de aquel principio, porque rige por igual para el proceso penal inquisitivo y más bien se relaciona con el de contradicción y el que prohíbe condenar sin haberse oído y vencido en juicio. (484)

Al juez se le señala una función predominantemente pasiva, de director de un debate entre particulares, encargado de pronunciar el veredicto final de acuerdo con los elementos de juicio que éstos le hayan suministrado, es decir, limitándose a reconocer al vencedor (que no siempre es quien tiene la razón, sino muchas veces el más fuerte o más hábil), quien ha logrado demostrar que el derecho que proclama está conforme con el derecho objetivo, sin que le sea lícito adelantar por su parte ninguna investigación sobre los hechos y con muy escasas facultades para organizar y orientar adecuadamente el proceso.

El primer aspecto mencionado, se relaciona con el poder reconocido a los particulares de disponer de la propia esfera jurídica o con la autonomía negocial reconocida al particular sobre la propia esfera jurídica. Pero,

como muy bien lo observa Carnacini (485), en estricto derecho esto no constituye ningún principio procesal, porque son cuestiones que están antes y fuera de la estructura del proceso y que miran a la disponibilidad del derecho subjetivo material que pretende el actor.

Estamos de acuerdo con Carnacini en que es mejor eliminar del principio dispositivo los dos puntos que constituyen la primera fase explicada, para limitarlo a los últimos. Esto equivale a decir que para ser dispositivo es suficiente que se les otorgue a las partes la facultad de disponer exclusivamente del elemento probatorio; y que para ser inquisitivo basta que se permita la investigación oficiosa de los hechos por el juez (su continuación, a pesar del desistimiento de la parte capaz, no indispensable para que tenga esta fisonomía, aun cuando es un aspecto inquisitivo del proceso). En todo caso, así deben entenderse estos principios en sentido estricto; sólo en sentido lato se vinculan a la iniciación y continuación oficiosa o no del proceso, y a la facultad de decidir ultra petita partium. (486)

Así, la doctrina habla del principio dispositivo para aludir al sistema en que la iniciativa en la proposición y en la producción de las pruebas queda reservada sólo a las partes y como ellas tienen la exclusividad del elemento probatorio, la intervención del juez se limita a la ordenación ritual de la prueba, esto es, a su dirección formal.

---

(485) Carnacini, Tito., citado por Devis Echandía, Hernando. "La iniciativa..." p. 65.

(486) Ibidem. p. 66.

En nuestro ordenamiento procesal el tratamiento del objeto litigioso está presidido por el principio dispositivo de las partes, de modo que los poderes o facultades de dirección concedidas al juez son siempre secundarios y subordinados de algún modo a los poderes otorgados a los litigantes.

Aquí, las partes tienen el poder de precisar en qué radica la controversia, y qué extensión tiene. El dominio total del principio dispositivo hace que las partes circunscriban las posibilidades de investigación sobre ellas mismas y del juez: fijan el campo visual del juez, esto es, el thema probandum resulta de las respectivas alegaciones de las partes. Pero dentro de esos límites, el reconocer al mismo juez que debe indagar sobre la verdad de los hechos alegados por las partes una cierta autonomía en la elección de los métodos de investigación, aparece como una necesidad de orden técnico, que no tiene nada que ver con el respeto a la voluntad de las partes. (487)

Por el contrario, el principio inquisitivo implica que la labor de reconstrucción y comprobación de los hechos corresponde tanto a las partes como al juez, es decir, a todos los sujetos de la relación procesal, ya que mantiene subsistente el principio de la carga de la prueba. (488)

Si analizamos por exclusión los poderes inquisitorios del juez,

---

(487) Calamandrei, Piero., citado por Carrión W., Roque., "Los principios dispositivo e inquisitorio del proceso civil" Derecho. Lima Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1970, no. 28, p. 50.

(488) Pecchi Croce, Carlos. "La participación del juez..." p. 868.



tendremos que son los que puede realizar sin instancia de parte. Estos, a su vez, pueden proceder de un mandato imperativo de la ley o de una facultad potestativa puesta en sus manos para usarla a su prudente arbitrio.

Las objeciones que se han sostenido contra las facultades oficiosas del juez en la producción de la prueba para el proceso civil, Devis Echandía (489) las ha reducido a éstas: que se trate de un litigio de interés privado, y que, por tanto, las partes deben ser libres de manejarlo según su leal saber y entender; que se perjudica a la parte desfavorecida con las pruebas decretadas de oficio, y que, por consiguiente, el juez debe permanecer inactivo y limitarse a juzgar con base en las pruebas que las partes le aporten, para no romper su indispensable imparcialidad o neutralidad, alterando el equilibrio de intereses que entran en juego en el proceso. Sin embargo, agrega que una vez refutado el viejo concepto privatista del proceso civil, tales razones caen fácilmente.

Ahora bien, si el principio dispositivo se funda en la renunciabilidad de los hechos, claro es que deberá tener como límites los de la propia renunciabilidad, y es éste el margen que cabe a las facultades directivas del juez en orden al tratamiento del objeto litigioso.

Cuando se trata de materias que afectan el orden público, y especialmente las referidas al estado civil o condición de las personas y a la familia, no cabe que las partes puedan disponer del objeto litigioso, y ni siquiera de la oportunidad y conveniencia del proceso. De aquí que, lógicamente, debiera ampliarse el ámbito de las facultades directivas del

---

(489) Devis Echandía, Hernando. "La iniciativa..." p. 67.

juez, ya que dichos procesos deben estar regidos por el principio de oficialidad. (490)

Así, en el proceso civil, es fácil advertir algunas connotaciones inquisitorias, por ejemplo en el título XVI CPCDF relacionado con las controversias del orden familiar, se facultó al juez de lo familiar para cerciorarse personalmente de la veracidad de los hechos o con el auxilio de trabajadoras sociales, a fin de resolver los problemas planteados por las partes (artículo 945).

En muchos casos la ley es omisa en establecer la relación entre la voluntad de las partes y la del juez, y entonces los límites del poder del juez deberán obtenerse de la naturaleza misma del proceso civil y de la función que desempeña el juez, o de la razón de la norma de que se trata. (491)

Hemos de recordar que el principio dispositivo o el de oficialidad no

---

(490) Carreras Llansana, Jorge. "La función del juez en la dirección del proceso civil (facultades materiales de dirección)" Revista del Instituto de Derecho comparado. Barcelona España, julio-diciembre de 1962, no. 19, p. 90.

(491) Chioyenda, Giuseppe. "Sobre la regla 'Ne Eat Iudex Ultra Petita Partium'" JUS. Revista de Derecho y Ciencias Sociales. México, enero de 1947, tomo XVIII, no. 102, p. 50. También publicado en Anales de Jurisprudencia. México, Comisión especial de los Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, mayo de 1947, año XIV, tomo LIV, nos. 5 y 6.

deben regir con igual amplitud en las dos esferas en que la función directiva pueda proyectarse; así, mientras en el campo material o relativo al objeto litigioso debe procederse con gran cautela a ampliar la autoridad judicial (de modo que sean excepcionales), en el campo estrictamente procesal y procedimental, puede ser muy conveniente recortar los poderes de las partes.

En los párrafos siguientes examinaremos algunos de los aspectos de las facultades que se deben otorgar al juez civil, tanto para controlar y orientar la iniciación del proceso como en relación con su trámite posterior, con el debate probatorio, con la decisión de fondo y con la defensa de la buena fe y la lealtad procesal en las actuaciones de los litigantes.

Previamente, debemos entrar en otro tema delicado: En el proceso civil ¿existen deberes jurídicos o los que en él se dan son sólo morales? Toral Moreno (492) explica antes que cuando el incumplimiento de una exigencia legal es una una actitud ilícita, debe hablarse de obligación; cuando dicho incumplimiento es una actitud lícita, aunque implique para la parte más que la pérdida de una posibilidad y le sea muy dañosa, se trata de una carga.

En lo que hace al juez, Sentís Melendo (493) nos dice que la solución

---

(492) Toral Moreno, Jesús. "Deberes y cargas de las partes en el proceso civil mexicano" J.U.S. Revista de Derecho y Ciencias sociales. México, abril de 1946, tomo 16, no. 93, p. 232.

(493) Sentís Melendo, Santiago. "Desarrollo del proceso..." p. 1012.

está en contemplar como deberes los poderes y las facultades de los jueces. El juez debe hacer todo aquello que, pudiéndolo hacer, conduzca al mejor resultado del proceso. Pero sin dejar de reconocer que difícilmente el deber es exigible frente a normas genéricas e imprecisas. Por otra parte, no puede olvidarse el principio de responsabilidad de los jueces y de todos lo funcionarios que intervienen en el proceso.

En efecto, es frecuente que las facultades oficiosas consagradas en la ley procesal se convierten en letra muerta debido a la pereza o el descuido de los jueces, muchos de los cuales creen que como a ellos corresponde decidir acerca de su utilización, tienen el derecho de abstenerse de usarlas. Nada más equivocado. Toda facultad de éstas tiene como finalidad un interés público: conseguir una recta administración de justicia; por tanto, implica siempre un deber para el funcionario, cuyo incumplimiento lo hace responsable de mal desempeño del cargo, por grave omisión. La existencia de los ilícitos por omisión no es discutida, y lo mismo debe ocurrir con las faltas en el desempeño de cargos judiciales. (494)

Se dice además que los deberes más graves del juez son los que se refieren a la resolución definitiva del proceso, a la verdadera función del juzgar. El juez está juzgando a lo largo de todo el proceso; juzga desde el momento en que el litigante se dirige a él presentando su demanda o aun solicitando unas medidas preliminares; es un continuo juzgar; el impulso de oficio no es otro que un juzgamiento sobre la necesidad de que el proceso siga avanzando. Pero la cuestión de fondo o de mérito se juzga cuando llega el momento definitivo, y un deber del juez es precisamente no

---

(494) Devis Echandía, Hernando. "Facultades y deberes del juez..." p. 62.

prejuzgarla. (495)

Intimamente ligado a los deberes y facultades judiciales, se encuentra el arbitrio judicial. Nuestra legislación procesal, al reconocer la utilidad de la moderna técnica jurídica para la aplicación de las leyes a los casos concretos, en donde el juez es el defensor claro y enérgico de la legalidad, rechaza la tendencia que se ha iniciado en algunos países de confiar al juez el poder de fijar libremente en cada caso, fuera de toda restricción legal, el procedimiento que estime corresponda mejor a las exigencias concretas de las controversias que tienen que decidirse. (496)

Lo que ocurre es que algunas veces las normas jurídicas formuladas, en atención a la complejísima variedad de factores que intervienen en determinadas relaciones, en lugar de prever taxativa y minuciosamente la solución que se debe dar cada tipo de casos, confía a una autoridad la misión de que ante cada situación conjugue con los elementos de ésta uno principios generales, y de esa manera obtenga la solución deseada.

Así, de manera repetida y continuada durante la rutina profesional escuchamos frases que, a fuerza de ser utilizadas espontáneamente, pierden

---

(495) Sentís Melendo, Santiago. "Desarrollo del proceso..." p. 1012.

(496) Beltrán, Godofredo F., "El arbitrio judicial en los tribunales civiles del Distrito Federal" El Foro. México, Organo de la Barra mexicana del Colegio de Abogados, abril-junio de 1963, no. 41, p. 13. También publicado en Anales de Jurisprudencia. México, Comisión especial de los Anales de Jurisprudencia y Boletín judicial, enero-marzo de 1963, año 30, nos. 1 a 6.

mucho de su verdadero contenido. Piénsese, por ejemplo, en aquello de la estimación judicial, la valoración judicial, el prudente arbitrio del juez, la consideración que el juez haga, etcétera. Se trata, en lo común, de todas aquellas decisiones, estimaciones o actos del juez que, excepcionalmente, no están enmarcados dentro de los límites rígidos e inflexibles de lo legal, sino dejados de manera intencional por el legislador al funcionario que imparte justicia, con un propósito evidente: que el juez no se fosilice en la automática aplicación e interpretación constante de la ley, sino que tenga un sector de problemas a decidir en los cuales se vea precisado a actuar según sus impulsos y sentimientos personalísimos, sin que se le induzca a optar por una decisión determinada. (497)

Si se habla de algún peligro de la arbitrariedad en que se puede caer por el ejercicio de las actividades del juez, realmente se ignora que en esta materia, existen reglas a seguir que deben constreñirse al mismo tiempo al derecho, a efecto de que no degeneren en arbitrariedad, en capricho, y, por tanto, en injusticia.

Es en este aspecto en donde salen a luz las consideraciones de orden técnico que todo juez debe satisfacer. Al decir de Cortés Figueroa, estas consideraciones, se bifurcan a su vez: 1. en la capacidad científica (que lógicamente estará en razón directa de la categoría del juez); y 2. en las calidades morales (que pertenecen propiamente al campo filosófico-moral del

---

(497) Cortés Figueroa, Carlos. "El arbitrio judicial" Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. México, Universidad Nacional Autónoma de México, enero-marzo de 1950, tomo XII, no. 45, p. 89.

Derecho, tales como la rectitud, la prudencia, la austeridad o rigidez y severidad, el sentido judicial y la astucia.

Ahora bien: cuando el juez realiza sus atributos decisivos jurisdiccionales conforme a Derecho, está actuando su capacidad científica; cuando no acontece así, sino que la norma legal misma le deja un resquicio obligado para que entren en juego sus calidades morales, el juez trabaja según su prudente arbitrio.

Pero ocurre además que los principios generales que guían el arbitrio judicial no son exclusivamente los del Derecho, frente a ellos tiene los principios de equidad, las exigencias de la gracia, los dictados de su conciencia; éstos son guías para la realización de lo justo. (498)

Con este análisis, podemos afirmar que el arbitrio judicial es el ejercicio de un poder especial que la ley concede al juzgador, y por el cual merced a calidades morales y jurídicas, se manifiesta el sentido de justicia. Y para ello, se exige de todo juez aunque sea poca inteligencia, pero mucho sentimiento, porque, como afirma Calamandrei (499) "No digo, como he oído muchas veces, que sea nociva al juez mucha inteligencia; digo que es juez óptimo aquél en quien prevalece sobre las dotes de la inteligencia la rápida intuición humana."

Ahora bien, en lo que hace a las partes ¿están obligadas a algo en el proceso civil? Se ha llegado a decir que las partes no están obligadas a

---

(498) Cortés Figueroa, Carlos. "El arbitrio judicial" pp. 92 y 93.

(499) Calamandrei, Piero, citado en ibídem. p. 96.

algo, que no tienen obligación alguna, sino sólo cargas.

A este respecto, Toral Moreno (500) estima que cuando se imponen sanciones (aunque no sean penales) por cierto comportamiento, éste es ilícito y constituye incumplimiento de una obligación, haciendo referencia especial a las multas impuestas por el juez civil en el proceso civil, pues la condena en costas es un punto discutible y así, afirma que si determinada actitud lleva aneja la condenación a una multa, se trata de una actitud ilícita, y es clara la existencia de una obligación.

También, agrega, es clara la existencia de una obligación cuando para hacerla efectiva está el juez autorizado a usar los medios de apremio. Siempre que sea lícito que el juez constriña a una parte a realizar un acto o abstenerse de alguna actitud, existe respectivamente la obligación de realizar aquel acto o de omitir esa actitud.

Trataremos ahora de ver qué obligaciones tienen las partes en el proceso civil: 1. ¿Existe una obligación relativa al impulso inicial? No hay obligación de iniciar un proceso, sin embargo, puede decirse que sólo hay obligación de presentar una demanda cuando esa obligación grava al que está encargado de proteger derechos ajenos (padre, tutor, síndico, albacea, etcétera); 2. No existe obligación relativa al impulso ulterior, pero sí hay el deber de no entorpecerlo maliciosamente. El artículo 249 fracción II CPDF castiga la ocultación de domicilio con el fin de eludir una diligencia judicial. No se admiten los recursos frívolos o improcedentes (artículo 72 CPDF); 3. Existe la obligación de afirmar sólo hechos verdaderos (primera



parte de la fracción I del artículo 231 CPCDF); 4. Sólo se deben hacer peticiones que el litigante crea de buena fe fundadas. Por eso es delito (primera parte de la fracción II del artículo 231 CPCDF) pedir términos para probar lo que notoriamente no puede probarse; 5. Si se invocan normas jurídicas, debe esto hacerse con lealtad y buena fe (segunda parte de la fracción I del artículo 231 CPCDF, que refiere a la alegación a sabiendas de leyes inexistentes o derogadas). La temeridad y la mala fe se sancionan con la condenación en costas (artículo 140 CPCDF); 6. Se considera que la comparecencia de las partes es sólo una carga y no una obligación, pero nos encontramos con los artículos 640 y 648 CPCDF, según los cuales, declarada la contumacia, se autoriza la retención o el embargo de los bienes del rebelde. Aparentemente, se trata de una medida sólo precautoria. Con todo, el embargo no se levanta porque el demandado consigne el objeto reclamado, dé fianza suficiente o pruebe tener bienes raíces bastantes para responder del éxito de la demanda (artículo 245 CPCDF), sino únicamente en el caso de que acredite no haber estado para acudir al juicio (artículo 648 CPCDF). Aquí se advierte que el embargo no tiene sentido puramente cautelar, sino una significación penal, y parece apuntarse un deber de comparecer, no absolutamente claro porque está contra el sistema general del código; 7. Se encuentra un caso particular en que existe claramente la obligación de exhibir cosas, en el procedimiento llamado ad exhibendum (artículos 193 fracciones II a VI y 200 CPCDF); 8. Aparentemente, la prueba es siempre una carga, nunca un deber. Pero hay casos en que la falta de prueba es una actitud ilícita, maliciosa. Es causa de condena en costas, cuando se trata de hechos disputados, no rendir ninguna clase de probanzas (artículo 140, fracción I CPCDF). Hay otros casos en que existe obligación de presentar pruebas que realmente sean de por sí capaces de convencer al juez (véase en el caso de incompetencia los artículos 167 párrafo 2 y numeral 263; en la

recusación el artículo 189; en el recurso de queja el párrafo primero del artículo 726, todos del CPCDF); No presentar documentos falsos o testigos o peritos sobornados (fracciones II y III del artículo 247 CPDF); 9. La necesidad de pagar las costas, que pesa sobre el vencido, no es una carga, sino un deber, puesto que es un deber cumplir las determinaciones del órgano jurisdiccional; 10. Otras obligaciones de las partes: no burlar las medidas ejecutivas (artículos 187, 188 y fracción I del 368 CPDF); guardar respeto al juez (artículos 189 CPDF y 61 CPCDF); obedecer las determinaciones de la autoridad judicial (artículos 73 y 242 CPCDF; entre otros, la simple desobediencia es un acto ilícito, que se torna en delito después de haber empleado los medios de apremio, de acuerdo con el artículo 183 CPDF). (501)

A su vez, se ha discutido si existe o no el deber de obrar con lealtad, probidad y buena fe en el proceso, ¿dónde se definen éstos? ¿cómo sancionar lo no definido? el artículo 61 CPCDF trata el llamado principio de probidad, haciendo referencia al comportamiento sancionable de las partes, en lo que hace al respeto y obediencia que han de tener a la autoridad judicial y a la lealtad con que han de comportarse respecto de la otra parte.

Sin embargo, en nuestra legislación no hay un precepto terminante que, de modo general y expreso, exija la buena fe en las partes; son distintas las medidas que demuestran se trata de una verdadera obligación, cuyo incumplimiento acarrea una sanción (económica, disciplinaria, penal, etcétera). De igual forma, resulta necesaria una norma que faculte al juez para deducir argumentos de prueba de la conducta procesal de las partes durante el desenvolvimiento del proceso.

Con lo visto, parece inferirse que, aun idealmente, no es el mejor sistema el que en las etapas anteriores a la sentencia todo lo entrega a una activa intervención de las partes y deja al que, en definitiva, ha de conocer para poder fallar, en absoluta pasividad en la ordenación del proceso.

A nuestro modo de ver, no existe una evolución histórica en torno a la participación del juez en el proceso, pero puede afirmarse que el camino del proceso va hacia el proceso inquisitivo, cuya implantación en materia civil, ha sido lenta y difícil.

De modo que en los conflictos de intereses de carácter privado debe prevalecer netamente la iniciativa particular, pero una vez puesto en movimiento el proceso, debe cesar la pasividad del juez y deben concedérsele las atribuciones necesarias para transformar en una figura preeminente, a cuyo cargo debe estar la conducción del proceso con la misión específica de cooperar con las partes para lograr el fin último del mecanismo procesal, esto es, la justicia con paz, al decir de Carnelutti. (502)

La actividad de los sujetos procesales, es un tema que ha merecido la particular atención de Alcalá Zamora (503), quien después de mostrar que el

---

(502) Calamandrei, Piero, citado por Pecchi Croce, Carlos. "La participación del juez..." p. 881.

(503) Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. "El papel del juez en la dirección del proceso civil mexicano." Comunicaciones mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado. Hamburgo, 1962. México, Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1962, pp. 59 a 94.

enjuiciamiento civil mexicano (CPCDF y CCom) está dominado en fuerte medida por la iniciativa de partes (a causa, en un sentido, de la ascendencia hispánica de ambos y, en otro, del retraso, del retraso con que la concepción publicista del proceso ha penetrado en México), enseña una lista de atribuciones en que el dominio de las partes o del juez de manifiestan sobre la marcha del procedimiento o el destino del proceso y que a manera de síntesis, contemplaremos ahora:

I. Actividad de las partes.

- Disposiciones  
que brindan  
la opción  
entre dos  
o más  
alternativas  
igualmente  
aptas para  
alcanzar  
la meta  
perseguida
1. Dualidad inhibitoria-declinatoria (163 CPCDF).
  2. Entre separación y depósito, para la mujer que intente demandar o acusar a su marido (205 CPCDF); entre forma escrita o verbal (207 CPCDF).
  3. Entre consignación y depósito judicial; entre consignación y depósito notarial (231 CPCDF).
  4. En la prueba pericial, que la practique tres o un perito (347 CPCDF).
  5. En la oposición del juicio ejecutivo: entre soportar el embargo o consignar la cantidad reclamada (463 y 464 CPCDF).
  6. Promover el acreedor juicio hipotecario, ejecutivo u ordinario para cobrar crédito garantizado con hipoteca (462 CPCDF).
  7. Entre consignar las prestaciones al demandado o comprobar fehacientemente haber cumplido la obligación, para que el actor ponga en movimiento la acción rescisoria (464 CPCDF).

8. Entre la ejecución de la condena a hacer o el resarcimiento de daños y perjuicios, a elección del ejecutante (518 CPCDF).
9. A petición del actor: entre se ejecute al obligado o que rinda las cuentas un tercero que el juzgador designe, cuando aquél no lo hiciere en el plazo fijado (522 CPCDF).
10. Entre adjudicación de bienes al ejecutante y nueva subasta (583 CPCDF).
11. Entre adjudicación de bienes, administración de fincas embargadas y subasta sin sujeción a tipo (583 y 584 CPCDF)
12. Entre adjudicación de los bienes en los dos tercios del precio de la segunda subasta o aprobación del remate en los términos ofrecidos por el postor (586 CPCDF).
13. Entre subasta o adjudicación de los bienes muebles rematados (598 fracción IV CPCDF).
14. Entre arbitraje de derecho y amigable composición (609, 610, 615, 619, 620 y 628 CPCDF).
15. Entre interposición escrita o verbal del recurso de apelación (691 CPCDF).
16. Entre asistir, el concursado o los acreedores, por sí mismos o mediante apoderados a las juntas de los segundos (747 y 748 CPCDF).
17. Entre continuar la testamentaría judicial y reemplazarla por una notarial, siempre que los herederos sean mayores de edad (782 y 872 CPCDF).

18. Entre demanda verbal o escrita en los juzgados de paz (7 del título especial de la justicia de paz).
  19. Entre deducir tercería, promover proceso como actor inicial o interponer apelación (23, 422, 652 y 689 CPCDF).
  20. Entre solicitar providencia precautoria antes, en o después de la demanda principal (237 y 241 CPCDF).
  21. Entre comprometerse a presentar los testigos y peritos ofrecidos exponerlos a que sean multados o conducidos por la fuerza si no concurren a la audiencia de pruebas y alegatos (288 y 391 CPCDF).
  22. Presentar o no las conclusiones por escrito (394 CPCDF).
  23. En caso de confesión de deuda durante un juicio ordinario, entre continuar éste o emprender un ejecutivo (445 CPCDF).
- 
- Casos en que el acto o trámite se rija por el concierto de voluntades de las partes
1. Arbitraje: procedimiento, fallo según derecho o equidad (amigable composición), intercambiarlo con proceso público, renunciar a la apelación, e inclusive utilizarlo con fines de revisión de una sentencia precedente (609, 610, 619, 620 y 628 CPCDF)
  2. Tres o más terceristas formulen oposición y estén conformes, se seguirá un solo juicio (669 CPCDF).
  3. Que la prueba pericial la practiquen tres peritos o un sólo (347 CPCDF).
  4. Continuar testamentaría judicial o reemplazarla por un notarial, siempre que los herederos sean mayores de edad (782 y 872 CPCDF).

5. Convalidación de las actuaciones practicadas por juez incompetente (154 fracción II CPCDF).
6. Desarrollo escrito u oral de la prueba (en realidad audiencia de pruebas y alegatos) (299, 393 y 398 CPCDF).
7. Acuerdo para autorizar los gastos de reparación o de construcción relacionados con la medida aseguratoria consistente en al administración de fincas urbanas y/o sus rentas (554 CPCDF).
8. Acuerdos entre acreedor y deudor acerca de la administración por el primero de fincas embargadas (596 CPCDF).
9. Fijación contractual del precio de adjudicación de la finca hipotecada al acreedor sin haberse renunciado a la subasta (597 CPCDF).
10. Consentimiento unánime de las partes para revocar el nombramiento de árbitros (618 CPCDF).
11. Pacto expreso para que los árbitros conozcan de la reconvencción (630 CPCDF).
12. Avenimiento acerca de la forma de llevarse a cabo la ejecución (24 del título especial de la justicia de paz).
13. Divorcio consensual (674 y 272 CPCDF); reconciliación durante el mismo -en ambas hipótesis, con efectos substanciales- y aceptación por los divorciantes -con rasgos de allanamiento litisconsorcial- de las modificaciones propuestas por el ministerio público a la aprobación del convenio relativo a la situación de los hijos menores (680 CPCDF).

Nombramiento,  
unilateral o  
concertado,  
de diversos  
órganos y  
sujetos  
procesales,  
efectuado  
por las  
partes  
de juicios  
contenciosos  
o por los  
participantes  
en negocios  
de  
jurisdicción  
voluntaria

1. De un notario para que actúe como secretario (68 CPCDF); la designación pueden hacerla los litigantes, o bien el promovente de diligencias de jurisdicción voluntaria o el albacea en los juicios sucesorios. Otra hipótesis de reemplazo del secretario, pero ahora mediante testigos de asistencia nombrados por el juez, la hallamos en 432 CPCDF
2. De la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos menores, en caso de proceso entre sus padres (213 CPCDF).
3. De árbitros (221, 222, 612, 613, 614 y 616 CPCDF).
4. De perito o peritos (347 CPCDF).
5. Del juez público que haya de proceder a la ejecución de las sentencias y a la admisión de recursos en el procedimiento arbitral (504 y 633 CPCDF).
6. De partidor que redacte el proyecto partitorio en la división de cosa común (523 CPCDF), o en el juicio sucesorio (860 CPCDF).
7. De depositario por el acreedor (543 y 559 CPCDF).
8. De perito por los acreedores citados para intervenir en el remate de bienes (568 CPCDF).
9. De secretario en el arbitraje (621 CPCDF).
10. De síndico definitivo del concurso por los acreedores (753 CPCDF).
11. De interventor del concurso por los acreedores listados o que presenten sus documentos justificativos (758 CPCDF).
12. De albacea por los herederos (790 CPCDF en relación con 1682 y 1683 CCDF).



13. De interventor de la testamentaria por los herederos disconformes con la designación de albacea hecha por la mayoría (798 en relación con 1728 CCDF).

Realización  
de actos  
por las  
partes;  
actos  
que en  
principio  
corresponderían  
a los  
oficiales  
del  
proceso

1. Entrega de exhortos por la parte interesada (109 CPCDF).
2. Entrega de citaciones relativas a peritos, testigos y personas que no sean parte en el juicio, por medio de los propios litigantes (120 CPCDF).
3. Regulación de costas por la parte vencedora (141 CPCDF).
4. Determinación de la cuantía, a efectos competenciales por el actor (la cuantía se determina, en general, de acuerdo con lo demandado por el actor). El tercerista decide la cuestión competencial cuando la cuantía de la tercera exceda de la atribuida al juzgador del proceso inicial (161 y 673 CPCDF).
5. Designación, por la mujer casada, de la casa donde quiera ser depositada (212 CPCDF).
6. Fijación por los interesados del precio base del remate (511 CPCDF).
7. Fijación contractual del precio en que la finca hipotecada deba ser adjudicada al acreedor (512 CPCDF).
8. Determinación de las bases particionales de la cosa común, cuando no figura en la sentencia (523 y 860 CPCDF).
9. Designación de los bienes embargables, por el deudor (536 CPCDF) o por el acreedor (537 CPCDF).

- Actos de las partes que excluyen los poderes de apreciación del juzgador respecto de la prueba
1. Admisión de hechos en los escritos polémicos (266, 270 y 274 CPCDF).
  2. Admisión y eficacia de los documentos privados y de la correspondencia presentados por una parte y no objetados por la otra (335 CPCDF).
  3. Fuerza vinculatoria de la confesión judicial (402 CPCDF).
  4. Fuerza probatoria plena del documento privado reconocido (414 CPCDF).

- Acuerdos en juicios universales y procedimientos de jurisdicción voluntaria
1. Verificación provisional de los créditos admitidos por la mayoría de los acreedores y objetados por el deudor, el síndico o algún acreedor del concurso (750 CPCDF).
  2. Aprobación del inventario por consentimiento unánime de los interesados en una testamentaria (829 CPCDF).
  3. Validez de la participación hereditaria hecha antes de la rendición de cuentas o de su aprobación, si así lo conviniese la mayoría de los herederos (589 fracción I CPCDF).
  4. Acuerdo de los herederos para fijar las bases de la partición hereditaria (862 CPCDF).
  5. Acuerdo de los colindantes en el procedimiento de deslinde (936 fracción IV CPCDF).

## II. Actividades del juez.

1. Examen bajo su responsabilidad de la personalidad de las partes (47 CPCDF).
  2. Tomar medidas para prevenir o sancionar cualquier acto contrario al respeto debido al tribunal y al que han de guardarse las partes entre sí, así como las faltas de decoro y probidad (61 CPCDF).
  3. Investigación de oficio acerca de la existencia de las piezas de autos desaparecidas (70 CPCDF).
  4. Rechazo de: recursos notoriamente frívolos e improcedentes, incidentes ajenos al negocio principal (72 CPCDF), documentos extemporáneos (99 CPCDF).
  5. Aclaración de sentencia (84 CPCDF).
  6. Inhibición cuando se considere incompetente (163 CPCDF); en justicia de paz, remisión de las actuaciones a quien el inhibido considere competente (4 del título especial de la justicia de paz).
  7. Deber de excusarse, aun cuando las partes no lo recusen cuando en el funcionario concurra alguna causa de inhabilidad o sospecha, de las marcadas en la ley o análoga a ellas (171 CPCDF).
  8. Prevención al actor de que la demanda es oscura o irregular, a fin de que aclare, corrija o complete [257 CPCDF que, junto con el 84 CPCDF tiende a la subsanación de dos actos supremos del proceso: la sentencia (aclaración de), entre los del juzgador, y la demanda, entre los de las partes].
  9. Ordenación de pruebas (99 y 277 a 280 CPCDF), con
- Actividades  
en que  
el juez  
está  
autorizado  
para  
proceder  
de  
oficio

mayor amplitud y mejor oportunidad que las tradicionales diligencias para mejor proveer.

10. Invocación de los hechos notorios, aunque no los hayan alegado las partes (286 CPCDF).
11. Compulsión a terceros para que exhiban documentos o cosas (288 CPCDF).
12. Calificación, formulación de preguntas y petición de aclaraciones a partes, testigos y peritos (312, 318, 390, 391, 392 y 395 CPCDF).
13. Exigencia para que se presenten en el acto mismo la jurisprudencia, doctrinas o leyes de los Estados (Con todo, el precepto 395 CPCDF resulta contrario al principio iura novit curia. En cuanto a la jurisprudencia, debe bastar su cita exacta, a fin de que el juzgador pueda verificarla. Respecto a la doctrina, depende de lo que se entienda por tal: si la de los tratadistas (que no es fuente), o la sentada en los tribunales (la denominada legal) que se identificaría con la jurisprudencia.
14. Declaración de que causan ejecutoria las sentencias consentidas expresamente (428 en relación con la fracción I del 427 CPCDF).
15. El juicio de ab intestato se ha de prevenir de oficio por el juez (769 CPCDF).
16. Exigencia sobre rendición anual de cuanta al cónyuge, interventor o albacea en juicio sucesorio (845 CPCDF)
17. Decretar medidas que tiendan a preservar y proteger los miembros de la familia (941 CPCDF en relación con el 283 CCDF).

18. Revisión de los actos del ejecutor que intervenga en los juicios de paz (32 del título especial).

- |  |   |  |
|--|---|--|
| <p>Expresiones<br/>del<br/>poder<br/>discrecional<br/>del<br/>juez<br/>(algunas)</p> | <p>1. Disposiciones<br/>que brindan<br/>la opción<br/>al juzgador<br/>de escoger<br/>entre dos<br/>o más<br/>alternativas</p> | <p>a. Entre diversos medios de apremio (73 CPCDF).</p> <p>b. Entre que un tribunal practique una diligencia por sí mismo o que la encomiende a juez inferior de su demarcación (105 y 106 CPCDF, donde el último concepto está indebidamente sustituido por el de jurisdicción).</p> <p>c. En caso de cuestión prejudicial motivada por la falsedad de un documento, entre reservar los derechos del impugnador para cuando penalmente se demuestre la misma, o subordinar la eficacia ejecutiva de la sentencia a la prestación de una caución (386 CPCDF).</p> <p>d. Entre notificar personalmente o por cédula al deudor la apertura del concurso necesario (fracción I del 739 CPCDF).</p> <p>e. Entre notificar por cédula o por corrección en las diversas actuaciones del juicio sucesorio (800, 824, 860 y 862 CPCDF).</p> |
|--|---|--|

- f. Entre concurrir o no a la formación del inventario de los bienes hereditarios (818 CPCDF).
- g. Entre celebración o no de subasta para la venta de alhajas o muebles preciosos de menores o incapacitados (917 CPCDF):
- h. Entre la citación de peritos y testigos se realice por correo, por telégrafo o inclusive por teléfono (15 del título sobre justicia de paz).
- i. Entre que la identificación de las partes se efectúe por los medios especificados en el artículo (principio de legalidad) o por cualquier otro suficiente a juicio del juez (principio de discrecionalidad) (16 del título sobre justicia de paz).

- a. Arbitros: en defecto de concierto entre las partes y supeditado a que figuren en la lista establecida por el Tribunal Superior (220 a 222 CPCDF).

## 2. Nombramientos

- b. Organos parajudiciales: 1. de síndico provisional del concurso de acreedores (fracción III del 739 CPCDF);
2. de síndico definitivo, en defecto de designación por los acreedores (753 CPCDF);
3. de interventor en el juicio sucesorio (771 CPCDF);
4. de albacea (781 CPCDF en relación con el 1684 del CCDF).
- c. Encargados: 1. Del depósito de personas: designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, antes, durante el proceso de divorcio y después de ejecutoriado éste. Salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre (213 CPCDF, fracción I del 273 y fracción VI del 282 CCDF). (Véase además el artículo 939 CPCDF: depósito de menores e incapacitados maltratados por sus padres o tutores o que reciban de ellos ejemplos perniciosos, así como del menor de edad que desee contraer matrimonio contra el consentimiento de sus padres).

2. Del depósito de bienes: en la consignación (234 CPCDF); cuando se dicten providencias precautorias (249 CPCDF); cuando se asegure el título mismo del crédito embargado (547 CPCDF); de nuevo depositario cuando se remueva como tal al acreedor o a la persona por él nombrada (559 CPCDF):

- d. Representantes: 1. De representantes común el litisconsorcio, a falta de acuerdo entre los interesados (53 CPCDF);
2. De tutor a menores o incapacitados con motivo de un juicio sucesorio (776, 793 y 796 CPCDF);
3. De tutor interino del presunto incapaz en el juicio sumario relativo a la declaración de incapacidad por causa de demencia (904 CPCDF);
4. De tutor del menor cuando el nombrado por persona con derecho a ello no reúna los requisitos legales (908 CPCDF).
- e. Terceros: 1. De peritos, bien por



tratarse del tercero en discordia por no designarlo las partes o por corresponder la elección al juzgador (347, 348, 353, 485, 754, 863, 916 y 3º del título sobre justicia de paz); 2. De partidor de bienes indivisos (523, 860 y fracción III del 871 CPCDF);

3. De intérprete que asista al absolvente extranjero o que se comuniquen con el testigo desconocedor del castellano (315 y 367 CPCDF), o de traductor respecto del documento redactado en idioma extranjero (330 CPCDF).

### 3. Remociones

- a. Del depositario (fracción V del 456, fracción VI del 471 y 559 CPCDF).
- b. La del síndico del concurso (746 y 766 CPCDF).
- c. La del albacea (781 CPCDF).
- d. La de quien administre bienes hereditarios y no rinda cuentas de su gestión (848 CPCDF).

- a. Fijación de multas, siempre y cuando el legislador no concrete su monto y con independencia de quien sea el beneficiario de las mismas (siguiéndose dos pautas: la de no indicar el destinatario de la misma, así en 62, 73, 726 y 861 CPCDF; y la de atribuir su importe a la parte contraria, así en 167, 301 CPCDF y 17 del título especial sobre la justicia de paz). Dos situaciones diferentes hemos de contemplar: por un lado, los casos en que la ley se cuida sólo de marcar el límite máximo que el juzgador no debe rebasar (fracción II del 62, 167, 189, 352, 726 CPCDF), y por otro, aquellos en que se señala también el mínimo, de tal manera que entre ambos condicionan su libertad de acción (fracción I del 73, 861 CPCDF, 17 del título sobre justicia de paz. Incluimos los supuestos 696 y la fracción VIII del 905 CPCDF como de multa, aunque el legislador no lo conceptúe así, por lo mismo que éstos no se pueden fijar de
4. Determinaciones de alcance económico

manera apriorística e invariable en un código).

- b. Moderación prudencial de cantidades:
1. Del importe de daños y perjuicios fijados por el actor, si éste optare por su resarcimiento, cuando el obligado no cumpla la condena de hacer (fracción III del 449 CPCDF), o si el ejecutante prefiere dicho resarcimiento (518 CPCDF);
  2. Si en el supuesto de condena a entregar cosas que se cuenten, pesen o midan, no hubiere en poder del demandado ninguna calidad y hubiese que despachar ejecución por una cantidad de dinero más los daños y perjuicios, ambas partidas serán señaladas por el actor y moderadas por el juez (fracción III del 450 CPCDF);
  3. De la cantidad fijada como daños y perjuicios por el ejecutante, cuando tratándose de acción ejecutiva sobre cosa cierta y determinada o en especie, la misma no exista ya (451 CPCDF) o no pueda ser entregada (525 CPCDF);

- a. Términos judiciales: 1. Casos en que la ley fija los límites mínimo y máximo dentro de los que puede moverse el juzgador (fracción VI del 739 CPCDF).
2. Supuestos en que sólo se marca el tope máximo (103, 711, 808, 861 CPCDF y 20 del título sobre la justicia de paz).
3. Hipótesis en que el juez queda autorizado para conceder un término prudente (110, 226, fracción I del 449, 517 CPCDF y en el mismo sentido el 34 del título especial sobre la justicia de paz, 641, 642, 764, 791, 919 CPCDF).
4. Supuestos en que se confía a la prudencia del juzgador, la ampliación o prórroga de un término implantado en el código (87, 110, 134, 226, 519, 404, 508, 520, 807, 809 y 813 CPCDF).
- b. Señalamientos: suponen la fijación de día, hora y lugar para el comienzo de una concreta actuación procesal prolongable durante más o menos tiempo; se

5. Determinaciones  
de  
índole  
temporal

distinguen: 1. si el lugar donde vaya a verificarse el acto objeto de la convocatoria corresponde con la sede del juzgado o tribunal que conozca del asunto (166, 221, 309, 364, 387, 490, 491, 579, 675, 676, 713, fracción VII del 739, 790, 818, 820, 862, fracción III del 871, 894, 903, 925 CPCDF y 7º del título sobre justicia de paz).

2. Si el lugar donde vaya a verificarse el acto objeto de la convocatoria requiere el desplazamiento de quienes hayan de intervenir en la diligencia, al sitio donde haya de efectuarse (225 a 227, 333, 354 y 935 CPCDF)

c. Habilitación y suspensión.

Cuando medie razón de urgencia, el juzgador queda facultado para habilitar los días y horas inhábiles (64 CPCDF); análogamente, puede prolongar por causas graves la audiencia de pruebas y alegatos del juicio ordinario durante horas inhábiles, sin necesidad de emitir providencia

de habilitación (399 CPCDF); en el cuadro de la justicia de paz, el juez puede suspender la audiencia por un término prudente no mayor de una hora y si fuere indispensable continuarla al día siguiente a más tardar (43 del del título especial sobre justicia de paz).

6. Poderes  
concernientes  
a la  
prueba

- a. Admisión. Los motivos de inadmisión los enumera el legislador: diligencias contra el derecho o la moral o sobre hechos no controvertidos, imposibles o notoriamente inverosímiles (278, 279, 288, 289, 292, 294 y 298 CPCDF).
- b. Ordenación de pruebas de oficio. (99, 277 a 280, 288 CPCDF y 20 fracción IV del título especial sobre justicia de paz).
- c. Desahogo o práctica de las pruebas. Indicaremos sus principales atribuciones en relación con los diferentes medios de prueba: 1. Posiciones de las partes: recibir en el

domicilio del absolvente enfermo la confesión que hubiere de rendir (321 CPCDF); calificar si una pregunta es o no insidiosa y si se concreta o no a los hechos debatidos (311 a 313 CPCDF); calificar las posiciones de quien sin justa causa deje de comparecer a absolverlas (322 CPCDF); pedir aclaraciones al absolvente y apercibirle de tenerle por confeso si no contesta en forma categórica o manifestare ignorar los hechos propios (316 y 322 CPCDF); análogamente se procede cuando la confesión en estricto sentido se reemplace por un informe oficial y el encargado de hacerlo no contestare a tiempo o de manera explícita (326 CPCDF); interrogar libremente a las partes sobre hechos y circunstancias conducentes a la averiguación de la verdad (278, 279, 318 y 366 CPCDF); decidir acerca de las rectificaciones solicitadas por el absolvente que no esté conforme con los términos en que

su declaración haya sido asentada en el acta (320 CPCDF);

2. Testimonio de terceros: recibir en sus casas la declaración de testigos de más de sesenta años o enfermos (358 CPCDF); apremiar a los testigos que sin causa justificada se nieguen a comparecer o a declarar (357 CPCDF); a petición de parte o de oficio, recabar del testigo aclaraciones y hacerle preguntas que estime convenientes (365, 366 y 392 CPCDF); disponer que las respuestas del testigo se recojan literalmente (368 y 392 CPCDF);

3. Pericia: autorizar el nombramiento de personas meramente entendidas, a juicio del tribunal, en defecto de peritos con título (346 CPCDF); calificar si la incomparecencia del perito obedece o no a justa causa (391 CPCDF); calificar de plano la recusación de un perito (351 CPCDF); pedir a los peritos las aclaraciones que estime pertinentes e, incluso exigirles



la práctica de nuevas diligencias (344 y 391 CPCDF);

4. Reconocimiento o inspección judicial: dictar sentencia en el momento mismo de la inspección (355 CPCDF); ordenar que se inserte en el acta todo lo que el juez creyere conveniente para esclarecer la verdad (355 CPCDF);

5. Documentos: proceder al cotejo de instrumentos públicos, el juez por sí mismo, cuando lo estime conveniente (333 CPCDF); efectuar por sí mismo la comprobación de documentos privados después de oír a los peritos revisores, así como ordenar nuevo cotejo, con apreciación de tal prueba conforme a las reglas de la sana crítica (344 CPCDF).

d. Apreciación; dominados plenamente por criterios tasados se encuentran los documentos públicos (403 CPCDF), y en cambio, se aplica, el prudente arbitrio del juez conforme a las reglas de la sana crítica a los demás medios probatorios (402 CPCDF).

a. Prueba: hemos visto en el punto anterior para calificar actos durante la etapa probatoria.

b. Fianzas y garantías: su calificación consiste en determinar si son éstas idóneas o suficientes: 1. Gestión judicial (51 CPCDF); 2. Providencias precautorias (241 y 245 CPCDF); 3. Apelación (696 y fracción I del 699 CPCDF); 4. Juicio sucesorio (771 CPCDF); 5. Garantía de cumplimiento de condena (fracción II del 24 del título sobre justicia de paz).

7. Calificaciones de un acto procesal o bien uno de naturaleza sustantiva

c. Otros supuestos de calificación: 1. De si en caso de ausencia una diligencia es urgente o perjudicial su dilación (48 CPCDF); 2. De temeridad o mala fe a los efectos de la condena en costas (140 CPCDF); 3. Del grado, hecha por el inferior cuando se haya interpuesto apelación (703 CPCDF) 4. De si son o no de lujo o necesarios determinados bienes del deudor o de sus familiares,

a efectos de embargarlos o no (fracción II del 544 CPCDF); 5. De ser buenas las posturas en los remates (580 CPCDF); 6. De la excusa de la patria potestad (fracción III del 938 CPCDF); 7. De si son o no perniciosos los ejemplos que de sus padres o tutores reciban los menores (939 CPCDF).

8. Aprobaciones.

- a. Autorizaciones: aprobación a ciertos actos que sucede antes de que los mismos se produzcan y se forman por: 1. Las concedidas a depositarios y administradores ( inclusive síndicos e interventores en juicios universales ) para realizar pagos o ventas: en el embargo (fracción I del 550 CPCDF); en el concurso (764 CPCDF); en el juicio sucesorio (772 CPCDF).
2. Licencias y autorizaciones relacionadas con la enajenación de bienes de menores e incapacitados y con la

transacción acerca de sus derechos (915 a 922 CPCDF).

3. Autorizaciones diversas: al deudor para que deposite la cosa debida, en la hipótesis de consignación (228 CPCDF), dentro de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, hasta el punto de poderse desenvolver ante notario (231 y 234 CPCDF), pero incluido por el legislador en el título V y no en el XV; al interventor para demandar o contestar en pleitos que interesen a la sucesión (836 CPCDF); al tutor interino para que realice actos que no se reduzcan a la mera protección del incapacitado y a la conservación de sus bienes (fracción IV del 905 CPCDF); a los emancipados o habilitados para enajenar o gravar bienes o para comparecer en juicio (fracción I del 938 CPCDF); para que con motivo de un cateo se rompan cerraduras si ello fuere necesario a fin de encontrar la cosa buscada (33 del título sobre justicia de paz).

- b. Homologaciones: aprobación a ciertos actos que tiene lugar después de que los mismos se produzcan y tenemos entre éstas:
1. La cuenta mensual de administradores e interventores de fincas rústicas o de negociaciones mercantiles o industriales embargadas (558 CPCDF);
  2. El inventario de los bienes de la herencia (829 CPCDF);
  3. La cuenta general de albaceazgo (852 CPCDF).

1. En ocasiones la ley se vale del juez para que procure el concierto de las partes, exhortándolas a una aveniencia o una coincidencia por lo menos (55 CPCDF);

9. Exhortaciones.

2. Reconciliación de los cónyuges en el divorcio consensual (675 y 676 CPCDF);
3. Conciliación en la esfera de la justicia de paz (fracción VI del 20 del título sobre justicia de paz);

4. Avenimiento sobre la forma de llevarse a cabo la ejecución (24 del título sobre la justicia de paz).

10. Otras

modalidades  
de  
arbitrio  
judicial

Se manifiesta en un buen número de preceptos de diferente índole y por lo mismo no fácilmente reducible a clases o grupos como los anteriores: cerciorarse de la personalidad de las partes (195 CPCDF); resolución sobre separación de personas como acto prejudicial ( 209 CPCDF ); señalamiento de término para presentar demanda (211 CPCDF); dirigir el debate en audiencia (395 CPCDF); reglas en audiencia de pruebas y alegatos (398 CPCDF); allanamiento, plazo de gracia (404 CPCDF); condena a hacer (517 CPCDF); disposiciones en la entrega de personas (526 CPCDF); ampliación del embargo (541 CPCDF); publicidad de subasta (570 CPCDF); pago con certificado de depósito (572 CPCDF); medidas sobre sumas

de quien está bajo tutela ( fracciones V y VI del 910 CPCDF ); rendición y aprobación de cuentas de los tutores (912 CPCDF); ampliación de examen a testigos en informaciones ad perpetuum (928 CPCDF); eximir de comparecer y contestar a una de las partes citadas (fracción V del 20 del título sobre justicia de paz):

Actividad  
judicial  
en  
reemplazo  
de las  
partes

1. Cuando el condenado a otorgar algún instrumento o a la celebración de un acto jurídico no cumpliera la obligación impuesta en la sentencia (fracción III del 517 CPCDF).
2. Cuando el deudor se niegue, en vía de apremio, a otorgar a favor del comprador la escritura de venta de inmueble rematado (589 CPCDF), o bien la factura correspondiente respecto de muebles (fracción III del 598 CPCDF).

Visto lo anterior, a continuación pasaremos a estudiar las principales actividades que, como cargas o deberes, deben realizar los sujetos procesales; ahora el análisis lo realizaremos refiriendo dichas actividades según se puedan ubicar en cada fase o período en que doctrinalmente se ha dividido el proceso.

Determinar el objeto de la controversia, es el centro de atención de los sujetos procesales en esta etapa llamada de conocimiento.

En esta fase, gran importancia tiene la carga de la afirmación porque, de ordinario, el juez no puede admitir un hecho (en su sentencia) a menos que se haya rendido prueba de él; no puede rendirse prueba que no haya sido ofrecida, y no puede ofrecerse probanza sino de un hecho controvertido, es decir, de un hecho que sea materia de la litis o, en otras palabras, de un hecho que haya sido afirmado por alguna de las partes (artículos 291, 298, párrafo segundo del 299, párrafo primero del 312, 360 CPCDF entre otros).

Si a ello se añade que las partes en el proceso, generalmente han intervenido como autores en los hechos sobre los que el proceso se basa o a que se refiere, se comprende la importancia dada por la ley a la intervención de las partes en la tarea de traer, al proceso, los elementos que permitan conocer aquellos sucesos.

Así, son los justiciables quienes describen el fragmento o pequeña historia en que se ha de fundar el enjuiciamiento jurisdiccional, y el juez no puede ampliar esta historia en lo más mínimo ni servirse de sus conocimientos privados para aportar datos fácticos. De igual modo, si ambas partes están conformes en cuanto a la certeza de un hecho, el juez debe darlo por cierto y fijarlo como tal en su sentencia, sin que deba admitir prueba que tienda a demostrar su certeza o su falsedad, y sin que pueda formar una convicción propia a este respecto.



Por tanto, la realidad con la que el juez se enfrenta está determinada por las partes; el conocimiento del juez se limita así a los hechos en actas, aunque él los conozca. De esta manera, la función del proceso no está en conocer los hechos, o sea en establecer su verdad, sino únicamente conseguir una fijación formal de ellos.

Un sistema procesal así constituido, integra un poder de disposición de las partes sobre el material de hecho de la sentencia, y, por tanto, una influencia de la conducta de éstas sobre el contenido de la sentencia misma: las partes pueden, bien callando un hecho real o bien afirmando acordos un hecho imaginario, constreñir al juez a poner en la sentencia una situación de hecho diversa de la realidad. (504) En efecto, el hecho silenciado por todas las partes no puede existir y el hecho afirmado por todas ellas no puede dejar de ser real, mientras que la posibilidad de esta previsión sea falaz en algún raro caso.

Esto es así, y por ello se dice que si alguna de las partes acepta o niega el hecho afirmado o negado por la otra, significa que está dispuesta a aceptar los efectos jurídicos que dependan de la existencia o inexistencia del hecho.

De igual forma, en la delimitación del objeto del litigio existe la carga de la alegación del derecho cuando el juez no puede resolver fundándose en determinada norma jurídica, a menos que la misma haya sido invocada por la parte, señalando el efecto jurídico que se desea (fracción IV del artículo 255 CPCDF) y el hecho en que se basa la petición de ese efecto (fracción V del citado 255 CPCDF), identificando con esto la acción.

---

(504) Carnelutti, Francesco., citado por Carrión W, Roque. Ob. cit. p. 41.

De ello se sigue que si la aplicación de la ley tiene como condición la demanda del interesado, no puede aplicarse sino en los límites en que se ha verificado dicha condición, es decir, en los límites de la demanda y de ahí la importancia en la precisión de las pretensiones. (505)

El tan mencionado poder de los particulares de disponer de su esfera jurídica, sería suprimido si se diese al juez el poder de iniciar de oficio una causa que los interesados hubieren querido evitar (aun así, véase el artículo 769 CPCDF), o de juzgar sobre hechos que las partes no han alegado, es decir, equivale a quitar por vías procesales la autonomía individual que en lo substancial reconoce el derecho vigente. (506)

Ahora bien: todo derecho lleva consigo la correspondiente carga de su ejercicio correcto y válido para que se puedan producir los efectos previstos por la norma. Si se tiene derecho al proceso, es obvio que éste ha de ejercitarse válidamente para que el juez pueda cumplir con su función. El actor debe ceñir su actuación a una serie de formalidades y cumplir una serie de presupuestos para que el acto de formulación de la pretensión pueda ser válido y eficaz.

Aquí, el primer problema que se plantea al respecto es el de quién deberá censurar la existencia o inexistencia de estos presupuestos o el cumplimiento o incumplimiento de aquellas formalidades, ya que cabe también aquí extender el principio dispositivo o conservar el de oficialidad. En el primer caso, el juez no podrá realizar tal censura, y sólo deberá

---

(505) Chiovenda, Giuseppe. "Sobre la regla..." p. 34.

(506) Becerra Bautista, José. "El principio de la congruencia..." p. 97.

estimar la existencia de los impedimentos para fallar sobre el fondo si la parte demandada formula la oportuna denuncia por vía de excepción o de recurso.

En la segunda hipótesis, el juez, oída o no la otra parte, podrá de oficio repeler la demanda y negarse a sustanciar un proceso inútil, o en su día negar también la sentencia de fondo y absolver de la instancia.

Recordemos que la vigencia del principio dispositivo, en orden de la admisibilidad de la demanda, indica que una demanda debe ser admitida necesariamente sin que pueda rechazarse de plano ad limine. (507)

Las causas doctrinalmente posibles de esta repulsa se remitirían a los defectos formales en el instrumento de ejercicio de la acción y preparación o interposición de la pretensión (artículo 255 CPCDF), por defectos de admisibilidad sobre el fondo, o bien por defectos de fundabilidad (por ejemplo la falta de alegación de hechos constitutivos, que en nuestra ley se valora como formal).

La demanda será examinada por el juez, a fin de ordenar la sanación de los defectos meramente formales (y que no suponga la alteración esencial de la demanda) que en la misma se observen o de declarar su inadmisibilidad, si de su contenido aparece incumplido algún requisito procesal insubsanable que pueda determinar la ineficacia de la relación procesal. (508)

(507) Fenech Navarro, Miguel. Ob. cit. pp. 102 y 103.

(508) Fernández Rodríguez, Antonio. "El principio de oficialidad acogido en el anteproyecto de bases para el Código Procesal Civil", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Madrid España, 1967, no. 2, p. 235

Es deseable el sistema en que el juez asume una función directiva tal que permite purgar inicialmente de vicios el proceso o impedir un proceso inútil; pero es inconcebible que existan presupuestos procesales que el juez inicialmente no pueda comprobar, y que, en cambio, aun sin denuncia de la parte demandada, pueda apreciar su inexistencia al final del proceso y absolver de la instancia al demandado.

En efecto, si el vicio que comporta la ausencia de un presupuesto procesal es de orden público, debe el juez tener facultad para corregirlo inicialmente o impedir el proceso viciado; si no lo es, no cabe que se plantee de oficio al dictar sentencia; pero tratarlo inicialmente como si perteneciese al orden dispositivo y al final como relativo al orden público, es absolutamente contradictorio.

Esto es lo que ocurre hoy día cabalmente con las llamadas excepciones de procedimiento inadecuado o casos de constitución irregular de la litis por no haber sido demandados todos los litisconsortes necesarios. (509)

Así, en la actualidad el juez puede declararse falto de jurisdicción o incompetente (artículo 163 CPCDF); lo cual no obsta a que, posteriormete, como consecuencia de la aportación de más material instructorio, aparezca que es incompetente y así haya de declararlo, pues está claro que su resolución primitiva sobre competencia no surte efectos de cosa juzgada material, solamente tiene validez a efectos procesales si persiste el estado de cosas que el juez conocía al momento de examinarla.

---

(509) Fenech Navarro, Miguel. Ob. cit. pp. 106 y 107.

Las facultades que se deben otorgar al juez civil en relación con la admisión o rechazo de la demanda, Devis Echandía (510) las enumera como las siguientes: 1. Rechazo oficioso de la demanda por falta de jurisdicción o de competencia; 2. Rechazo oficioso de la demanda por no reunir los requisitos de forma; 3. Rechazo oficioso de la demanda por no estar presentada en legal forma y por abogado titulado; 4. Rechazo oficioso de la demanda por ininteligibilidad de las peticiones o pretensiones o por ser contradictorias; 5. Rechazo oficioso de la demanda por indebida acumulación de pretensiones o subjetiva de personas demandantes o demandadas; 6. Rechazo oficioso de la demanda por haberse escogido el procedimiento que no le corresponde; 7. Rechazo oficioso de la demanda por incapacidad del demandante o demandado; 8. Rechazo oficioso de la demanda por indebida representación o falta de prueba de la representación de alguna de las partes; 9. Rechazo oficioso de la demanda cuando se trate de una acción

---

(510) Una importante aclaración nos hace Devis Echandía ("Facultades y deberes del juez en el moderno proceso civil" Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Madrid España, Instituto Español de Derecho Procesal, 1968, no. 3, pp. 14 a 28), en tratándose de la competencia prorrogable, como en el caso del fuero territorial, por el domicilio de las partes o por haberse señalado contractualmente; aquí el rechazo oficioso de la demanda por el juez no es procedente, porque: si al demandante le correspondía el derecho de prorrogarla, el efecto procesal correspondiente se surte con la presentación de la demanda, y si tal derecho corresponde al demandado, es necesario admitir la demanda y darle el traslado de la misma para que escoja si prorroga la competencia guardando silencio sobre el particular o expresándolo así en su contestación.

especial que haya caducado; 10. Rechazo oficioso de la demanda por no presentarse las pruebas que para el caso exija la ley; 11. Rechazo de la demanda por carencia manifiesta del llamado interés para obrar en el actor o en el demandado, o mejor dicho, de interés en la pretensión incoada en la demanda o en su contradicción; 12. Rechazo oficioso de la demanda por manifiesta ausencia de legitimación en la causa, sea en el demandante o en el demandado.

Ha de admitirse que el tratamiento por el juez de oficio ad limine, ofrece inconvenientes con referencia a algunos presupuestos. Desde luego, en cuanto a los que afecten al demandado -que aún no ha aparecido- y también en cuanto al de legitimación.

Trátase de una figura jurídica que en ocasiones aparece como presupuesto procesal, y en otras se liga hasta confundirse casi con el fondo del asunto. [No en balde fundamentación (razón) y legitimación son, entre ambos, elementos de la pretensión, al decir de Carnelutti (511)]. Pues bien, dar posibilidad al juez de repeler la demanda ad limine por falta de legitimación ad causam sería provocar la posibilidad de errores; y por causa de tales errores de valoración (a veces muy difícil en cuanto a la legitimación ad causam, tanto por su carácter intrínseco como por no tener todavía suficientes elementos de juicio a su disposición), podría ocurrir que, en realidad, el juez repeliere la demanda por falta de fundamentación.

---

(511) Carnelutti, Francesco., citado por Fairén Guillén, Víctor. "El principio de autoridad del juez en el proceso civil y sus límites (sobre los presupuestos procesales)" Revista de Derecho Procesal. Madrid España, abril, mayo y junio de 1951, año VII, no. 2, p. 193.

Es preciso evitar ese peligro. Y por ello, el examen de la legitimación deberá reservarse a un momento procesal ulterior (en la audiencia preliminar), sin que fuere posible repeler demandas ad limine por dicha falta de legitimación ad causam. (512)

Completando lo dicho, puede afirmarse que todos los requisitos de lugar, tiempo, forma, modo, etcétera, que deben llenar las partes para que la petición sea favorablemente resuelta o para que siquiera sea admitida a estudio, si verdaderamente son requisitos, y no sólo recomendaciones, constituyen cargas.

Muchas veces, es preciso exhibir alguna cosa o algún documento, para poder ejercitar un derecho y por ello, siempre que la exhibición de un documento es requisito indispensable para el ejercicio de un derecho, se habla de carga de la exhibición. Por ejemplo, si no se acompañan a la demanda los documentos que justifican la personalidad, la capacidad, la representación o la legitimación (artículo 95 CPCDF), el juez debe desecharla (artículo 47 CPCDF). Si no se exhiben a la vez que la demanda principal o incidental las copias suficientes, el tribunal repelerá el escrito (fracción III del 95 y 103 CPCDF).

Si el documento que funda la acción no se presenta con la demanda, posteriormente ya no será admitido, aunque pretenda presentarse al ofrecer la prueba documental (tercer párrafo del 96 al señalar el vocablo precisamente y véase además el artículo 98 CPCDF).

---

(512) Fairén Guillén, Víctor. "El principio de autoridad..." pp. 193 y 195.

En algunos casos, una demanda no se admite sino basándose en prueba documental, por ejemplo, la tercería excluyente (artículo 661 CPCDF). Cuando una parte no exhibe, para su inspección por el tribunal, una cosa o documento que tiene en su poder, el tribunal debe tener por ciertas las afirmaciones de la contraparte (artículo 287 CPCDF). (513)

Frente a estas situaciones, Fairén Guillén (514), estima que es preciso corregir los excesos dispositivos en torno al estudio de los presupuestos procesales y en consecuencia debe darse al juez una mayor intervención en cuanto al examen de oficio de los presupuestos procesales, como normas que son de carácter eminentemente público y que no deben quedar a disposición de las partes.

Para ello, la posibilidad del juez de considerar de oficio la concurrencia o no concurrencia de presupuestos procesales no debe limitarse al momento procesal de admisión de la demanda. Pues en tal momento aún no ha aparecido el principio de contradicción. El momento procesal adecuado para que el juez, teniendo ya ante sí todo el material de alegaciones, examinase en toda su extensión, bien a instancia del demandado (propuesta en la contestación de la demanda), bien de oficio (si aquél no denunció defecto alguno que el juez estime causante de nulidad o de absolución en la instancia), si en realidad concurren o no en el proceso todos los presupuestos necesarios para garantizar su éxito sobre el fondo del asunto, está en un momento procesal llamado audiencia preliminar, al final de la fase de alegaciones y antes de entrar en la probatoria.

---

(513) Toral Moreno, Jesús. Ob. cit. p. 243.

(514) Fairén Guillén, Víctor. "El principio de autoridad..." p. 211.



Quiere esto significar que, ad limine, el juez debe examinar la concurrencia o no concurrencia de los presupuestos procesales, que deben concurrir en el juez, en las partes y en las actividades hasta entonces desarrolladas (y aún no resueltas que puedan alterar el contenido o finalidad del proceso o darle fin); sin embargo, nuevas situaciones pueden haberse producido como efecto de la aparición del principio de contradicción, que requieran de un segundo examen, bien por haberse alegado por el demandado la falta de algún presupuesto procesal, bien por estimar el juez que pueda faltar.

Podría creerse, y se ha creído así durante siglos, que con la demanda y con la contestación se ha planteado y ha quedado establecida la exacta fijación del supuesto de hecho debatido y la exacta fijación de la pretensión. Sin embargo, el juez puede realizar en este momento inicial una labor eficaz, para lo cual ha de actuar, no mantener una actitud pasiva, no limitarse a ser espectador.

Digamos que en primer lugar el objeto definitivo del proceso se fija en la audiencia preliminar, esto es, entre las partes y el juez: Es cierto que las partes, en sus escritos iniciales, establecen dicho objeto, pero, podemos decir, provisoriamente, pues en la audiencia este objeto puede cambiar, sobre todo, merced a la función de saneamiento y, en especial, de conciliación de la misma audiencia, sea ésta total o parcial. (515)

De este modo, el desenvolvimiento del proceso va estableciendo: la iniciativa de las partes en el señalamiento del objeto, que lógicamente,

encuentra su lugar al comienzo del proceso, y la determinación de éste, con la intervención del juez, si se practica la audiencia preliminar. En esta fase el juez deberá, en primer término, pretender la reducción o abreviación del proceso, definir las pretensiones de las partes y, finalmente, el saneamiento propiamente dicho.

Si a esto se añade el intento de conciliación, se demostraría la utilidad de este trámite.

Podrá, en la atmósfera amigable de reuniones no solemnes, invitarlos a precisar o a integrar aquellas defensas que le parezcan oscuras o incompletas; podrá en todo momento invitar a las partes a comparecer en persona ante él, acompañadas por sus defensores; y aun cuando no siempre consiga conciliarlas, podrá siempre llegar a aproximar sus pretensiones y a simplificar discusiones. Y después, una vez que los puntos de investigación hayan quedado claramente fijados, se ordenarán las pruebas necesarias.

E incluso, las diferencias a las que se puede poner término por medio de avenimientos amigables no han de ser forzosamente de orden material o sustancial; pueden referirse también a la sustanciación de la causa y, en particular, a la materia probatoria; acercar a las partes, conseguir que se avengan a no practicar pruebas inútiles. (516)

Se sigue, de lo dicho, que la audiencia preliminar debe ocuparse de lo siguiente: 1. Decisión del juez sobre su competencia; sobre la procedencia

de la vía; sobre la legitimación procesal de las partes y de sus representantes; sobre la representación común; y sobre cualesquiera vicios que pudieran constituir causa de anulación del proceso; 2. Verificación de cumplimiento de los requisitos del proceso y de inexistencia de irregularidades de cualquier género; 3. Orden de subsanación de vicios e irregularidades que puedan remediarse, o resolución de sobreseimiento si los hubiere insubsanables que impidan la continuación del proceso; 4. Precisión de los hechos controvertidos y de las pretensiones de las partes; 5. Resolución sobre la legitimación causal; 6. Pronunciamiento respecto de las excepciones de litispendencia, conexidad o cosa juzgada; 7. Intento de conciliación, total o parcial, respecto de las pretensiones en conflicto o, en su caso, en relación con la controversia de los hechos planteados; 8. Decisión del conflicto mediante sentencia, si aquél fuere o se hubiere tornado de mero derecho; 9. Admisión o desechamiento de pruebas; y 10. Orden de preparación de las pruebas que hubieren de ser asumidas en la audiencia de fondo. (517)

Se entiende entonces que la audiencia preliminar es la expresión que puede caracterizar a la reunión de partes y tribunal, ya iniciado el proceso y antes de la etapa de prueba y conclusiones, a los efectos de excluir el proceso mismo, reducir o precisar su objeto, denunciar o adelantar pruebas. (518)

---

(517) Zepeda, Jorge Antonio. "El saneamiento del proceso y la audiencia preliminar" Revista de la Facultad de Derecho de México. México, julio-diciembre de 1986, vol. 36, nos. 148-150, pp. 210 y 202.

(518) Barrios de Angelis, Dante. "La audiencia preliminar", Revista Uruguaya de Derecho Procesal. Montevideo Uruguay, 1975, no. 1, p. 11.

En resumen, supuesto que ha fracasado la conciliación previa, al juicio, la delimitación primaria de los hechos y de las cuestiones principales se efectúa en la etapa inicial, integrada sólo por la demanda, por la demanda y contestación, o por estos dos escritos más la reconvencción y su respuesta. Sin embargo, estos escritos no están ya rígidamente determinados por la preclusión, que inmoviliza el error o el acierto del primer paso, sino que una etapa purificadora y simplificadora del proceso, hace que éste pierda parte de su hierática correlación (principio de congruencia), porque la audiencia transforma las expectativas iniciales. Pero el principio de rigidez ocupa su lugar, luego de haber sido desplazado por el de flexibilidad. Al término de la audiencia se establece una nueva preclusión de las alegaciones y de la iniciativa probatoria de parte, mayor, ahora, de la que creaban los escritos iniciales, porque abarca la totalidad de los medios de prueba no denunciados. (519) Ahora bien, la instrucción resultante de la audiencia preliminar tiene carácter previo, predominantemente preparatorio, y aun sustitutivo, de la instrucción principal.

### 3.2. Prueba.

Inútil resultaría insistir en la trascendental importancia que reviste aquella etapa del proceso que tiene por objeto la prueba, ya que de sus resultados dependerá prácticamente la decisión de la controversia.

En este tema, se dice que existe prueba legal siempre que la ley señala los medios probatorios admisibles en juicio, sea en forma taxativa o

---

(519) Barrios de Angelis, Dante. "La audiencia preliminar". pp. 15 y 17.

permitiendo la inclusión de otros a juicio del juez, en oposición a la prueba libre que implicaría el dejar a las partes en libertad absoluta para escoger los medios.

Sobre tal base, se señala además que la prueba es formal desde el momento en que la ley exige cierta ritualidad para su práctica o su aducción al proceso. Las formalidades legales para la práctica o aceptación de las pruebas son preciosa garantía de libertad, del derecho de defensa y del debido proceso y por tanto, el juez no es libre para escoger el procedimiento que ha de seguir para practicarlas, sino utilizar los que están fijados de antemano por la ley. (520)

Se prohíbe, por tanto al juzgador, ampliar por su iniciativa el campo de la litis con otros hechos distintos de los aportados por las partes (secundum allegata decidere debet); Asimismo, se le prohíbe servirse para alcanzar la verdad de los hechos alegados por las partes, de medios diferentes de las pruebas recogidas en el proceso (secundum probata decide debet). (521)

Y en esta materia cabe distinguir:

a. Iniciativa global acerca de la prueba, o sea, apertura del juicio a

(520) Devis Echandía, Hernando. "El moderno proceso civil..." pp. 25 y 47.

(521) Calamandrei, Piero., citado por Flores García, Fernando. "Comentarios acerca del 'conocimiento privado del juez' en el Derecho procesal mexicano" Revista de la Facultad de Derecho de México. México, julio-diciembre de 1986, vol. 36, nos. 148 a 150, p. 76.

prueba: quién determina que ha de realizarse la actividad probatoria en el proceso.

Para ello es preciso analizar si el juez debe esperar que las partes prueben los hechos alegados y negados de contrario, o si puede por el contrario requerir a las partes para que practiquen las pruebas pertinentes e incluso practicar de oficio las investigaciones necesarias para llegar al conocimiento de la verdad.

A diferencia de lo que ocurre con la aportación de los hechos constitutivos de la acción y de la excepción, el poder exclusivo de las partes en orden a la proposición de los medios de prueba no es una consecuencia necesaria del principio de disposición en sentido estricto ni, por lo tanto, de su fundamento, la disponibilidad de los derechos. (522)

Unos códigos exigen, para que el proceso se abra a prueba, que las partes lo hayan pedido; otros, con mejor criterio, han tenido presente, extendiéndolo, el principio de adquisición; la prueba no es de una parte ni para una parte; es del proceso y para el juez; la adquiere el proceso para que el juez pueda formar su convicción (artículos 277 y 963 CPCDF).

Esta debe ser la norma que funcione en todos los códigos; el juez debe contemplar si le hacen falta pruebas o si éstas son innecesarias o superfluas.

Supongamos que las partes, una o todas, piden el recibimiento a

prueba, o bien que hay hechos controvertidos, pero que el juez los considera notorios; no habrá por qué abrir a prueba. Pero en la duda en materia de prueba, siempre a favor de ésta: apertura, concesión de un determinado medio de prueba, etcétera. (523)

b. Iniciativa concreta de cada medio probatorio.

La parte ha debido averiguar, investigar, y a base de las averiguaciones e investigaciones podrá sentar afirmaciones, que serán después objeto de prueba; ha cumplido una carga, que será la base del cumplimiento de otra. Pero la función averiguadora corresponde normalmente a la parte y no al juez. Las afirmaciones son la base de la demanda; su verificación es la base de la sentencia. Antes y fuera del proceso se averiguó; en la demanda se afirmó, y en el proceso que con ella se inicia se verifican esas afirmaciones. Cualquier iniciativa del juez se podrá referir a la verificación, nunca a la averiguación.

Es por esto por lo que la distinción entre fuentes y medios es esencial: las fuentes (hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad) corresponden al litigante; los medios (actividad del juez mediante la cual busca la verdad del hecho a probar) corresponden al juez. (524)

Por tanto, el juez no puede, de oficio, decir qué medios de prueba deban aportar las partes, ni el juez puede estimar necesarias pruebas distintas a las ofrecidas por las partes y esto se basa en el principio que

---

(523) Sentís Melendo, Santiago. "Iniciativa probatoria..." p. 32.

(524) Ibidem. p. 64.

obliga al juez a respetar la carga de la prueba porque se convertiría en parte diciendo qué pruebas desearía que se adicionaran para mejorar la situación de cualquiera de las partes. (525) Si ninguna de las partes rindió pruebas o ambas rindieron pruebas defectuosas, triunfa aquella sobre quien no pesaba esa carga.

Abierto el período de prueba, a las partes incumbe exclusivamente la proposición de medios de prueba que quieran utilizar y la práctica de los mismos, sin que el juez pueda suplir la inactividad de los litigantes ni abrir el período de proposición cuando éste ha precluido. Ocurre en consecuencia que en el juicio civil, el principio es la iniciativa de la parte, salvo medios probatorios expresamente exceptuados, como la inspección judicial. Queda, además, la válvula de escape de las diligencias para mejor proveer, para las cuales el juez recobra la iniciativa.

c. Recepción de la prueba.

Corresponde, en todo caso, al tribunal que, cualquiera sea el enfoque que se adopte acerca del proceso es el destinatario de la prueba. Es el juez quien en su día ha de decidir y fijar la base fáctica de su decisión, y por ello resulta absurdo que se le prive de la facultad de determinar si es o no necesaria la prueba. Aquí el problema principal es el de la mediación o inmediatez en el proceso.

d. diligenciamiento o realización de cada medio probatorio.



Sobre este punto cabe discernir: petición concreta (inciso b); orden para su efectuación, que corresponde en todo caso al juez; y realización del medio probatorio (autoría y participación de los diversos sujetos, sea en la realización o en la vigilancia de la misma).

Se puede señalar aquí, medios probatorios: cuya autoría sólo corresponde al juez, quedando para los litigantes su concurrencia a las diligencias, limitándose a presenciarias, como la inspección judicial; aquéllos cuya autoría pertenece, en todo o en parte, a los litigantes, como un documento emanado de uno de ellos y que ha de reconocer judicialmente; y los medios probatorios cuya autoría corresponde a terceros, como el dictamen pericial, los testigos. (526)

En consecuencia, resulta la pregunta: ¿las partes han de procurar convencer al juez, o es éste quien ha de perseguir la averiguación de la verdad, o bien la complejidad subjetiva del proceso ha de realizarse también en esta búsqueda, que habría de llevarse a cabo tanto por los litigantes como por el mismo juez?

El legislador compele al litigante a probar sus proposiciones, bajo la amenaza de no ser creído; sus afirmaciones no son creídas, a menos que se produzcan elementos que convencan al juez de la verdad de esas afirmaciones. Precisamente, las partes son los titulares del poder de prueba, porque llevan el mayor peso de la iniciativa instructoria, pero concede al juez eficaces poderes en lo relativo a la comprobación de lo hechos que necesitan una prueba, a las medidas de instrucción y a la valoración de las

pruebas, como ya señalaremos. (527)

La prueba se referirá, pues, a los hechos controvertidos; esto es, a hechos afirmados por una parte y negados por la otra. No hay que probar los hechos admitidos por la contraparte, en virtud del principio de verdad formal que imprime carácter al ordenamiento procesal civil; asimismo porque falta todo interés tutelable (artículos 285, 289, 291, 298 CPCDF), salvo que se trate de hechos en que predomine el interés público o de hechos imposibles o inexistentes notoriamente, en cuyo caso la confesión no tendrá efecto vinculativo alguno para el juez. Tampoco hay que probar los hechos evidentes o los hechos que son de indubitado público conocimiento (artículos 284 y 286 CPCDF). Normalmente, las afirmaciones relativas al Derecho no necesitan prueba; sólo la exigirán excepcionalmente. Los hechos amparados por una presunción de derecho, igualmente conducen al juez, sin impulso de parte, a reconocerlos (artículos 282 y 381, 382 CPCDF), pero no liberan a la parte de la afirmación y prueba del hecho del cual el otro se deduce. Son, en realidad, todos estos supuestos manifestaciones del principio de oficialidad, desde el momento en que se compele al juez a tenerlos en cuenta sin que las partes tengan precisión de excitarle a ello.

Los hechos que no sean presentados por las partes o hayan sido retirados por ellas no pueden ser fundamentos de la sentencia, aun cuando hayan llegado a manifestarse en ocasión de una recepción de prueba; el tribunal sólo puede influir en que se hagan las afirmaciones

---

(527) Baur, Fritz. "La distribución de Poderes entre las partes y el juez en el proceso civil moderno" Revista Uruguaya de Derecho procesal. Montevideo, Uruguay, 1985, no. 3, p. 256.

correspondientes mediante el deber de preguntar. (528)

Podemos decir que en un sentido estricto el proceso civil mexicano es dispositivo en cuanto prevalece el principio que deja a las partes la actividad probatoria; pero existen, entre otras, las siguientes importantes atenuaciones: 1. Libre interrogatorio o explicaciones a las contestaciones de cualquiera de las partes y de testigos (artículos 318, 366 y 392 CPCDF); 2. Calificar preguntas que considere inadmisibles o ininteligibles (artículos 312 y 360 CPCDF); 3. Puede designar los peritos en determinadas circunstancias (artículo 348 CPCDF); 4. Puede designar intérpretes (artículos 56 y 367 CPCDF); 5. Puede decretar de oficio inspecciones oculares (artículos 279, 287, 297 y 354 CPCDF); 6. En las inspecciones oculares puede el juez hacer cualquier investigación tendiente al esclarecimiento de los hechos (artículo 355 CPCDF); 7. Hacer por sí mismo la comprobación en el cotejo de firmas y letras después de oír a los peritos; 8. Hacer todas las preguntas que estime necesarias sobre el contenido de documentos presentados; 9. Compulsión a terceros para que exhiban documentos o cosas (artículo 288 CPCDF); 10. Dictar autos para mejor proveer (artículos 279, 712 y 713 CPCDF); 11. Discernir la guarda al incapaz (artículo 904 CPCDF); 12. Cuando la ley dispone que el juez debe resolver con prudente arbitrio o a manera de árbitro, se entiende que puede exigir la práctica de pruebas que estime necesarias para asegurar la justicia de su fallo (artículos 99 y 277 a 279 CPCDF, con mayor amplitud y mejor oportunidad que las tradicionales diligencias para mejor proveer); 13. Rechazar la admisión o práctica de las pruebas cuando sean inútiles por otros motivos; 14. Ordenar la repetición de cualquier prueba cuando

haya sido mal practicada o la considere deficiente (artículos 279 y 400 CPCDF). (529).

Luego de mostrar las facultades directivas del juez en lo que a la práctica de pruebas se refiere, trataremos de manera breve la facultad más importante que se concede a los jueces en orden a la comprobación de la verdad de los hechos discutidos por las partes, que es la de practicar las que en nuestro Derecho reciben el nombre de diligencias para mejor proveer.

Antes de que las partes hayan terminado de producir la prueba respectivamente ofrecida no hay duda del juez, hay un conocimiento incompleto, lo que es distinto. La duda aparece al final y es en ese momento cuando debe ser despejada. (530)

Las medidas para mejor proveer son actos para integrar el conocimiento del juez acerca de los hechos controvertidos en un proceso sometido a su decisión. (531) Además, se ha declarado que las medidas para mejor proveer, esta excepcional iniciativa del órgano jurisdiccional, es procedente sólo

---

(529) Véase a Valdés Sánchez, Clemente. "La iniciativa probatoria del juez en el Derecho mexicano" Revista Iberoamericana de Derecho procesal. Madrid España, 1967, no. 4, p. 112; Asimismo a Alcántara Sampelayo, José. "Intervención de oficio en el proceso civil" Revista de Derecho Judicial. Madrid España, enero-marzo de 1962, año III, no. 9, p. 25.

(530) Colombo, Carlos J., "Prueba de oficio en el proceso civil" Lecciones y Ensayos. Buenos Aires Argentina, 1962 y 1963, no. 25, p. 49.

(531) Medina Lima, Ignacio., citado por Flores García, Fernando. Ob. cit. p. 92.

después que ha cesado la actividad de las partes. El momento para efectuarlas es el que media entre el llamamiento de autos para sentencia, y el fallo.

Su contenido es exclusivamente probatorio, aunque se realicen después de sobrevenir la preclusión definitiva de aportación de materiales (lo que significa, y siempre debemos recordarlo, que el término de prueba nunca termina para el juez, mientras no haya dictado sentencia), y deben referirse a hechos controvertidos e introducidos en la debida oportunidad; pero desde luego, tal medida judicial no debe desconocer nunca el carácter dispositivo de nuestro proceso y que en él a las partes les incumbe el cumplimiento de cargas, y especialmente la carga de la prueba que pesa sobre las partes; consecuentemente no debe suplir el error, la omisión, ni la inactividad de la parte, ya que dicha facultad no autoriza a volver sobre actos definitivamente concluidos.

Del mismo modo, el juez ha de evitar cuidadosamente que esa medida pueda ser de averiguación, limitándose a ser de verificación. Su función estricta es completar la actividad de las partes, no pudiendo el órgano jurisdiccional obtener su convicción a través de las mismas, de hechos alegados pero carentes de prueba, ni mucho menos aportar a la causa hechos no alegados por las partes.

En estos casos, la libertad, o el poder discrecional del juez funciona hasta el momento de acordar las medidas; pero una vez acordadas, nace para el juez la obligación de llevarlas a cumplimiento o de dejarlas sin efecto, lo cual para el juez es tan discrecional como acordarlas. (532) Para ello,

---

(532) Sentís Melendo, Santiago. "Desarrollo del proceso..." p. 1011.

desde que se decreta una diligencia para mejor proveer y hasta que ésta sea evacuada, quedará en suspenso el término para dictar sentencia. Podemos mencionar también que las pruebas para mejor proveer sólo se diferencian por el origen pero no en cuanto a su producción y valoración, pues tienen el valor legal y la eficacia probatoria que se concede a las practicadas a instancia de parte durante el período de prueba. (533)

Otras diligencias probatorias acordadas en momentos anteriores por iniciativa del juez, como la ya mencionada de reconocimiento judicial, no lo habrían sido con el carácter de las aquí estudiadas.

Terminada la etapa de prueba, continúan en su orden, los alegatos que constituyen una exposición en que la parte procura convencer al juez de la bondad de sus pruebas, y de la justificación de sus peticiones, demostrando que la ley aplicable ampara esas peticiones. Pero todo esto puede hacerlo el juez por sí solo, por lo que no es necesario producir alegatos. (534)

### 3.3. Sentencia.

Antes de llegar al momento de la decisión de la controversia, el juez ha seleccionado todo el elemento que puede contribuir a la formación de la propia convicción; y esta valoración el órgano la hace, de ordinario, sin tener en cuenta a la parte que ha aducido la prueba. Es decir, el juez puede utilizar las resultancias probatorias para fines diferentes de aquellos que contemplan las partes que los producen.

---

(533) Carreras Llansana, Jorge. "La función del juez..." p. 95.

(534) Toral Moreno, Jesús. Ob. cit. p. 242.

Principio fundamental del proceso moderno, es, como se sabe, el de la adquisición procesal, en virtud del cual, a partir de un cierto momento, las pruebas producidas por una parte se consideran comunes; esto es, el juez puede valorarlas libremente; eventualmente, por consiguiente, aun en beneficio del adversario. (535)

La sentencia tiene que ser clara, precisa y congruente con todas las pretensiones oportunamente planteadas por las partes. En realidad, y en términos generales, el juez debiera limitarse a responder a cada una de las pretensiones de las partes. Pero puede hacer modalidades de éstas en el sentido de la cantidad. Puede dar menos de lo pedido, pero no puede dar más (ultra petita) ni cosa distinta de lo que se le pide (extra petita). (536)

El principio de congruencia que establecen todos nuestros códigos, y que consiste en que la sentencia debe ocuparse de las personas litigantes, de las cosas por ellas pedidas y de las causas por ellas invocadas, constituye una garantía de los derechos procesales (sean del debido proceso o del derecho de defensa incluido para algunos en aquél), determina que los hechos que el juez deba considerar en su sentencia, sean los que las partes han alegado y probado, y así, impide al juez fallar ultra petita, citra petita o extra petita: más allá, menos y fuera de lo pedido.

---

(535) Beltrán, Godofredo F. Ob. cit. p. 28.

(536) Martínez Ruiz, L. F. "Los poderes del juez en el Derecho español. Ponencia para el Congreso Internacional de Derecho Comparado (Teherán)" Documentación Jurídica. Madrid España, Secretaría Técnica del Ministerio de Justicia, abril-junio de 1976, no. 10, p. 148.

Dicho principio es aplicable también a la segunda instancia, quedando los poderes del tribunal de alzada limitados también por el objeto del proceso; en general se admite el principio de tantum devolutum quantum appellatum que limita dichos poderes a los agravios. Se puede decir, con cierta licencia, que la apelación y su fundamentación constituyen la demanda (pretensión) en la segunda instancia y, en consecuencia se aplica también el principio de la no reformatio in peius, es decir que la resolución del recurso no puede darse en perjuicio del que apeló (si no lo hizo su contraparte o, al menos, se adhirió a la apelación). (537)

---

(537) En los casos de apelaciones se devuelve al tribunal de alzada la plenitud de su jurisdicción con respecto a la cuestión controvertida, con la sola salvedad de aquellos puntos de la sentencia que el vencido consintió. En consecuencia, no surge la presunción de conformidad hacia aquellos aspectos de la sentencia que rechacen algunas de las defensas propuestas por el apelado en primera instancia, ya que no cabe la convalidación allí donde no existe carga legal de impugnación. Por tanto, el tribunal superior debe tener por tácitamente reproducidas ante él todas aquellas razones que el apelado ha propuesto en la instancia y que los considerandos de la sentencia desestimaron. (Véase: Mercader, Amílcar A. "Facultades del tribunal de alzada y límites de la oficiosidad de los jueces en el proceso civil" Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires Argentina, 18 de julio de 1959, año XXI, no. 199, p. 2; Palacio, Lino Enrique. "Poderes decisorios del tribunal de alzada frente a la relación controvertida en el proceso" Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires Argentina, 19 de junio de 1957, año XIX, no. 6778, p. 2).



En virtud del principio dispositivo que domina el proceso civil, es la parte a quien perjudica la única que puede, mediante el proceso impugnativo adecuado, impedir que esa sentencia pronunciada ultra petita surta efectos; por tanto, si la parte afectada no la impugna, no puede considerarse nula, sino perfectamente válida. El tribunal de alzada no podrá de oficio examinar esa incongruencia, sino que debe ser materia de agravio expreso. (538)

Consecuentemente, el juez de apelación debe resolver todos y sólo los agravios dentro de los términos que hayan sido formulados, por lo que a su vez la sentencia de segunda instancia violaría el principio de congruencia si estudiara agravios que no se hicieron valer, mejorando las pretensiones jurídicas del apelante, o cuando abarcara personas, cosas o pretensiones distintas de las que fueron materia de la litis del primer grado. (539)

Si bien el juez está limitado por los hechos alegados por las partes, en cambio no sucede lo mismo con el Derecho. De acuerdo con el principio jura novit curia, el juez puede razonar sin limitación desde el punto de vista jurídico, y puede buscar y aplicar libremente las normas jurídicas apropiadas, pero siempre que se mueva dentro de las cuestiones jurídicas planteadas por las partes. Se dice que el juez es soberano en la apreciación y aplicación del derecho, con prescindencia del que las partes hubiesen

---

(538) En la jurisdicción voluntaria, el juez, como dice Enrico Redenti (citado por Becerra Bautista, José. "El principio de..." p. 106) debe preocuparse de oficio del interés público del cual se constituye ministro, indagarlo y apreciarlo, sin que tenga validez para él el principio ne est iudex ultra vel extra petita partium.

(539) Becerra Bautista, José. "El principio de..." p. 104.

invocado. (540)

Efectivamente, la regla iura novit curia permite al juez llevar a su expresión jurídica correcta las pretensiones enunciadas equivocadamente por las partes y, sobre todo, aplicar la regla de derecho que aquellas no argumentaron en apoyo de sus pretensiones (si esa modificación de la calificación jurídica no determina un cambio de objeto ni de causa de la demanda). (541)

Hay que distinguir, lo que es el derecho invocado por la parte, que el juez puede suplir (o cambiar), de la causa petendi que, dentro del sistema dispositivo, no puede modificar; se explica pues, por cuanto a la determinación del derecho que formulen las partes, que el juez no está sujeto, salvo cuando signifique no mera calificación jurídica, sino señalamientos (indirecto) de los hechos configurativos de la situación que se pretende resolver en el proceso; por ejemplo, indicación de una causal de divorcio; y desde luego, la facultad de suplir el derecho que las partes invocan erróneamente, no justifica que aquéllos introduzcan de oficio acciones no articuladas ni debatidas en la causa. (542)

---

(540) Acuña Anzorena, Arturo. "El principio 'iura novit curia' y su aplicabilidad en materia de prescripción" La ley. Buenos Aires Argentina, 21 de mayo de 1953, p. 1.

(541) Connen, Bernard. "Función y competencia del juez" Revista de Derecho procesal. Santiago, Chile, 1977 y 1978, año VIII, no. 12, p. 15.

(542) Morello, Augusto Mario. "El principio de congruencia como límite a la decisión del juez en la sentencia" Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires Argentina, 27 de septiembre de 1971, no. 3881, p. 4.

Por lo demás, el citado proverbio iura novit curia implica a su vez una actividad judicial más, en cuanto a que la prueba de la norma jurídica la debe aportar el juez, aunque no colaboren las partes. Es importante cuando se trata de normas jurídicas que escapan de la cultura ordinaria de los jueces como ocurre con el Derecho de los Estados o extranjero. En estos casos, la parte asume una particular posición respecto del juez, cuando se trate de asistirlo en la búsqueda de una norma jurídica desconocida por el juez. El juez puede integrar el conocimiento de la norma jurídica, para lo cual tiene un amplio poder instructorio (así, véase el artículo 284 bis CPCDF). La eventual actividad de las partes está en el plano de la conveniencia, pero no de la necesidad, porque al juez corresponde conocer (e investigar al efecto) en cuanto a las normas (imperativos jurídicos generales) aplicables al caso. Es una colaboración prácticamente aconsejable, pero jurídicamente irrelevante. Ya hemos dicho que el juez no puede ser vinculado por las partes en cuanto a la posición de la norma jurídica. (543)

Al tema de la congruencia en las sentencias, resulta frecuente relacionar el principio de igualdad de las partes ante la ley, que no puede siempre realizarse atento a las diferencias económicas, sociales, culturales, que las dividen.

Por tanto, se añade, será necesario otorgar al juez la posibilidad de otorgar más de lo pedido (ultra petita); aunque no esté estrictamente incluido en el tema planteado, si está relacionado con él (extra o citra petita), siempre que se trate de intervenir en favor de la parte más desamparada.

De esta manera, en la ciencia procesal contemplamos una figura jurídica denominada la suplencia de la queja cuya esencia implica una investigación por parte del juzgador para juzgar cuestiones o elementos de hecho o de derecho existentes, no destacados o deficientemente destacados por el interesado, pero siempre con vida anterior al ejercicio de la facultad supletoria. (544) (Así, véase el artículo 941 CFCDF, y cuando se trate de asuntos relacionados con menores e incapacitados, el juez va a poder suplir las deficiencias que observe en las demandas y en las contestaciones pues, de no hacerlo, en amparo se suplirá la deficiencia de la queja; esta misma obligación tienen los tribunales de segunda instancia que deberán suplir la deficiencia de los agravios correspondientes, esto en atención a la fracción V del artículo 76 bis de la Ley de amparo). (545)

Por otra parte, en cuanto a los sistemas para la apreciación de las pruebas en el proceso, bien sabemos existen dos: tarifa legal o libre apreciación por el juez.

El sistema de prueba legal o tasada, consiste en la de predeterminación por el legislador de lo que vale cada elemento aportado a los autos.

En cuanto a la libre apreciación y libre convicción son ideas análogas, que expresan la libertad del juez para adoptar la conclusión que le parezca deducible del elemento probatorio; es la formación libre del convencimiento,

---

(544) Chávez Camacho, Armando. "La suplencia de la deficiencia de la queja" J.U.S. Revista de Derecho y Ciencias Sociales. México, febrero de 1944, tomo XII, no. 67, pp. 102 y 103.

(545) Becerra Bautista, José. "El principio..." p. 109.

mediante la crítica personal razonada y lógica del juez.

Igualmente, sana crítica y apreciación razonada o libre apreciación razonada significan lo mismo: libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de experiencia que, según el criterio personal del juez, sean aplicables al caso. (546) El juez en su actividad oficiosa debe considerar dichas máximas como válidamente incorporadas al proceso sin necesidad de alegación o pruebas de las partes.

Hay que advertir que la libre apreciación no es la libertad para la arbitrariedad, ni para tener en cuenta conocimientos personales que no se deduzcan del material probatorio aportado al proceso (547), ni para eximirse de motivar las decisiones (pues se debe analizar, en forma precisa y detallada, la prueba rendida e indicar las circunstancias que han inducido al juez a apreciar las probanzas en un determinado sentido), y someterlas a

---

(546) Devis Echandía, Hernando. "El moderno proceso..." p. 38.

(547) En este punto, Fernando Flores García (Ob. cit. p. 97) nos enseña que el conocimiento previo personal del juez, no puede ser utilizado por éste en un juicio que él esté avocado a resolver, por actuar como testigo y ser una situación considerada como impedimento legal (fracción IX del artículo 170 CPCDF). Por lo que hace al conocimiento posterior del juzgador, cabe, con ciertas reticencias, que se use en la estructuración de su proveído, en los casos de hechos notorios; para el supuesto de la inspección judicial, la percepción y deducción de los hechos por parte del juez, son suministrados con el lleno de formalidades procesales querido por la ley y por tanto, consideramos sus afirmaciones quedarían oficialmente demostradas.

la revisión de jueces superiores; esta es una equivocada concepción del sistema. Por el contrario, el juez tiene que orientar su criterio en bases reales y objetivas, como son las reglas de la sana crítica, en las cuales se comprenden las de la lógica, la psicología judicial, la experiencia y la equidad. (548)

Además, debe tenerse buen cuidado de no confundir los sistemas inquisitivo o dispositivo, de los que ya hemos hablado, con el de tarifa legal o libre apreciación. Ciertamente es que tanto el principio dispositivo como el sistema de la tarifa legal se basan en la limitación o supresión de facultades al juez, y lo mismo el principio inquisitivo como el sistema de la libre apreciación le otorgan facultades; pero se trata de facultades muy distintas para aspectos completamente diferentes de la actividad procesal, por lo cual si bien puede suceder que en el mismo proceso coincida la supresión o el otorgamiento de ambas clases de facultades al juez, también es teóricamente posible, y en la práctica ha sido lo ordinario, que aparezcan en oposición, es decir, que se den las unas y se nieguen las otras.

No se olvide que el procedimiento es inquisitivo o dispositivo según que el juez tenga o no iniciativa personal para iniciar el proceso, resolver en la sentencia e investigar los hechos, pero especialmente para lo último; y existe sistema de tarifa legal o de libre apreciación de la prueba, según se deje o no al juez en libertad subjetiva para considerarse o no convencido por el elemento probatorio llevado al proceso. Lo primero se refiere a la actividad del juez; lo segundo a su fuero interno. (549)

---

(548) Devis Echandía, Hernando. "El moderno proceso..." pp. 44 y 53.

(549) Ibidem. p. 55.

Con lo anterior se ve entonces que nuestro Derecho procesal consagra en su mayor parte la independencia intelectual del juez para apreciar las pruebas sin fijación previa de una serie de pautas como ocurre en el sistema legal o tasado (artículos 402 y 403 CPCDF).

No obstante lo anterior, estimamos que el juez actual podrá alguna vez seguir algunos de los puntos de vista que fueron decisivos bajo el imperio del principio de la prueba legal, pero no como normas jurídicas vinculantes, sino como reglas de la vida, como principios de la lógica, como resultados de la experiencia. (550)

Es igualmente oportuno mantener diferenciada funcionalmente la fase de valoración de las pruebas de la fase de distribución de las consecuencias de la falta de prueba.

Así, la regla de la carga de la prueba, o regla de la carga de la certeza, se ha venido transformando de regla de prueba legal en la ahora llamada regla de juicio, o sea el criterio que queda al juez para fijar su propio convencimiento, en todas las hipótesis en que los resultados del proceso no son aptos para darle persuasión del fundamento de la una o de la otra pretensión, y en general a disciplinar la formación del juicio del juez. (551)

Ciertamente las reglas sobre la carga de la prueba representan un

---

(550) Kisch, W., citado por Devis Echandía, Hernando. "El moderno proceso..." p. 46.

(551) Beltrán, Godofredo F. Ob. cit. p. 24.

criterio legal que obliga al juzgador y determina el sentido desfavorable de la sentencia respecto de la parte gravada con ella; pero esto no significa que sea una valoración legal de la prueba. Por el contrario, este instituto contempla la necesidad de resolver el litigio, a falta de prueba suficiente sobre los hechos controvertidos, es decir, cuando el juez no encuentra en los medios probatorios allegados al proceso la certeza necesaria para adoptar su conclusión. (552)

Vamos a cerrar este capítulo con nuestro siguiente apartado, que trata de la ejecución de las sentencias.

#### 3.4. Ejecución.

La ejecución de las sentencias es completamente judicial. No hay agentes de ejecución. Es el propio juez quien actúa constantemente en un procedimiento llamado de ejecución de sentencia.

Antes de introducirnos en este estudio, hagamos un análisis de los distintos tipos de sentencia.

Las sentencias declarativas son aquellas que agotan su contenido tutelar afirmando o negando la existencia de una determinada situación jurídica. En cambio, las sentencias condenatorias son aquellas que, al admitir la pretensión del actor, imponen al demandado el cumplimiento de una determinada prestación. Contienen también una declaración y a ella suman una imposición. Esa prestación puede ser el cumplimiento de una obligación de



dar, de hacer, de no hacer. Y las sentencias constitutivas, son aquellas que crean una nueva situación jurídica. Contienen también una declaración pero, a diferencia de las anteriores que reconocen la existencia de una situación jurídica anterior a la resolución jurisdiccional, las sentencias constitutivas dan origen o hacen nacer una situación jurídica que no existía con anterioridad. (553)

Ahora bien, Alsina (554) define el proceso de ejecución como la actividad desarrollada por el órgano jurisdiccional; a instancia del acreedor, para el cumplimiento de la obligación declarada en la sentencia de condena, en los casos en que el vencido no la satisface voluntariamente.

Por lo dicho, se puede afirmar que la ejecución de sentencia es la actividad que desarrollan los sujetos procesales para obtener el cumplimiento efectivo de lo ordenado en la sentencia. Se trata de un procedimiento que se funda en: a. una sentencia de condena firme; b. el incumplimiento del vencido en un término (artículo 506 CPCDF); y c. la petición de parte (artículo 500 CPCDF).

Observamos entonces que sólo pueden ser motivo de ejecución las sentencias de condena, pues ya hemos visto que tanto las sentencias declarativas como las constitutivas, llenan su finalidad -inclusive ejecutiva- con la mera declaración en el primer caso o con la constitución del nuevo estado jurídico, en el segundo caso, sin necesidad de ulteriores

---

(553) Zinny, Jorge Horacio. "La congruencia en la ejecución de sentencia" Cuadernos de los Institutos. Córdoba Argentina, 1977, no. XVI (138), p. 46.

(554) Alsina, Hugo., citado en Ibidem. p. 49.

trámites.

La ejecución de sentencia corresponde siempre al Órgano judicial que haya conocido del asunto en primera instancia. A éste le cabe la ejecución de la sentencia de apelación, aunque esta sentencia haya sido contraria a la que él dictó en primera instancia (artículos 501 y 502 CPCDF).

El CPCDF contiene distintas reglas para ejecutar las sentencias. En el análisis de cada una de estas modalidades, también hemos de ver jugar permanentemente el principio de congruencia.

La ejecución de la sentencia que ordena dar cosas, es tal vez la que menos inconvenientes plantea desde el punto de vista de la congruencia. En efecto, la ejecución será congruente cuando, por los medios establecidos por la ley, se obtenga exactamente la cosa indicada en las condiciones establecidas por la sentencia, para lo cual el juez puede hacer que se tome de donde se encuentre y sea entregada a la parte que ha obtenido la sentencia a su favor.

En caso de no poderse entregar los bienes señalados en la sentencia, se despachará ejecución por la cantidad que señalare el actor, que puede ser moderada prudentemente por el juez, sin perjuicio de que se oponga al monto el deudor (artículo 525 CPCDF).

La ejecución de una sentencia que ordena dar suma de dinero puede presentar distintas modalidades. En efecto, puede tratarse de sumas líquidas (artículos 507 y 514 CPCDF), o bien de cantidad ilíquida, o una combinación de ambas (artículo 515 CPCDF).

Pero en todos estos casos, la ejecución congruente de la sentencia supone no solamente tener en cuenta el interés del actor (de que sea materialmente satisfecha su pretensión triunfante) y del Estado (de que se cumpla lo resuelto), sino también la situación patrimonial del demandado, de tal manera que la ejecución no lo coloque en un estado de absoluta insolvencia, o de que se cause un perjuicio mayor del necesario (artículos 545 y 768 CPCDF). Es por eso que todos los códigos procesales han declarado inembargables e inejecutables una serie de bienes (artículo 544 CPCDF), o han regulado el orden de bienes sobre los que se ha de trabar embargo (artículo 536 CPCDF). (555)

Será congruente la ejecución de la sentencia que ordena hacer, cuando primero se presione sobre el vencido para que se cumpla la obligación. Fracasado el procedimiento, y si la prestación no puede ser cumplida por el órgano jurisdiccional en sustitución del deudor (como por ejemplo en los casos de escrituración), el juez puede mandar que se haga a su costa, salvo que sea personalísima, caso en el que se resolverá por el pago de daños y perjuicios, los que se determinarán en el mismo trámite de ejecución (artículos 517 y 518 CPCDF).

Si la sentencia condena a no hacer, su infracción se resolverá en el pago de daños y perjuicios al actor, y éstos, igual que en los casos anteriores, se determinarán en los trámites de ejecución (artículo 524 CPCDF).

Mas la pretensión de ejecución, en cualquiera de sus modalidades,

posibilita una oposición. La cuestión a la que nos referimos es a la posibilidad que tiene el vencido de defenderse cuando la ejecución que se sigue en su contra no es congruente con la sentencia que le sirve de base; en tal supuesto, podrá oponer cualquiera de las excepciones que de manera taxativa enumera el artículo 531 CPCDF y que deberán ser posteriores a la sentencia (véanse también los artículos 666 CPCDF; 187, 188 y fracción I del 368 CPDF).

La acción para pedir la ejecución de una sentencia, transacción o convenio judiciales durará diez años, contados desde el día en que se venció el término judicial para el cumplimiento voluntario de lo juzgado y sentenciado (artículo 529 CPCDF).

Sintetizaríamos los términos de nuestras consideraciones precisando que en medida que lo demanda el rendimiento público del servicio de la justicia, es tendencia actual la ampliación progresiva de la libertad del juez, mediante la consagración del impulso procesal de oficio, del principio inquisitivo en cuanto a pruebas se refiere y del sistema de sana crítica para valorar la prueba.

La transformación del Derecho privado hacia la socialización, y el avance del Derecho público en las relaciones individuales, ha llevado como consecuencia la evolución del postulado dispositivo, lo que importa a la par una variante en la estructura del proceso civil.

La influencia del proceso en la sentencia y la exclusividad que en el fallo corresponde al órgano judicial, explican por qué no es lógica la absoluta pasividad de éste en aquel transcurso y mejor conviene una activa

participación -coparticipación con los litigantes- en dicho desarrollo.

En este sentido, Devis Echandía (556) nos dice que para el Derecho contemporáneo, el juez civil debe ser el verdadero director del proceso y dispensador de justicia, con amplias facultades para organizar el debate, orientar el trámite en debida forma, evitar nulidades y actuaciones inútiles, procurar la economía procesal, investigar los hechos, controlar las actividades de los litigantes, proteger la buena fe y lealtad en el debate, corregir con mayor iniciativa los errores de los funcionarios inferiores cuando revisan sus actuaciones por apelación.

Y agrega: para que triunfe la verdad y se obtenga el fin de interés público del proceso y no sea éste una aventura incierta cuyo resultado dependa de la habilidad de los abogados litigantes, es indispensable además de la libre apreciación de las pruebas, que el juez civil disponga de facultades inquisitivas para practicar las que, conforme a su leal saber y entender, considere convenientes para esclarecer los hechos encontrados que las partes le afirman. El principio inquisitivo, sin duda terminará generalizándose en el futuro y sólo así se obtendrá la igualdad de las partes en el proceso y la verdadera democracia en la justicia.

Sin embargo, nos comenta Becerra Bautista (557), esta tendencia de atribuir al Estado una mayor intervención en las contiendas judiciales entre particulares, ha minado el principio dispositivo y, consecuentemente, el de congruencia, pues el juez ya no juzgará según lo alegado por las

---

(556) Devis Echandía, Hernando. "Facultades y deberes del juez..." p. 13.

(557) Becerra Bautista, José. "El principio de congruencia..." p. 110.

partes, sino de acuerdo con lo que él estima que debieron alegar las partes y no fallará con base en lo probado por las partes, sino basado en las pruebas que él mismo haya aportado oficiosamente al proceso.

Todos los aspectos hasta aquí vistos sobre la intervención de los sujetos procesales, nos han llevado a concretar las siguientes proposiciones:

La naturaleza y finalidad del proceso llevan a considerar que es necesario establecer, en las etapas anteriores a la sentencia una activa intervención de las partes y del juez en el desarrollo de aquél.

Tanto las razones teóricas referidas como la esencial salvaguarda de la imparcialidad del juez, aconsejan mantener la preferencia dispositiva en la determinación del objeto de hecho de cada proceso. Para su aspecto jurídico, tanto como para la demostración de éste, en cambio, ha de prevalecer el juez sobre las partes.

En la verificación de las afirmaciones, parece conveniente insistir en que el órgano judicial no deba intervenir sino a pedido de parte (salvo medios probatorios expresamente exceptuados); esto es, el juez no puede decir qué medios de prueba deban aportar las partes, ni el juez puede estimar necesarias pruebas distintas a las ofrecidas por las partes; por lo que sólo cabría una mayor acentuación en los poderes del juez en el diligenciamiento de la prueba.

En general, preferimos el impulso de parte al de oficio y bastaría consolidar las facultades judiciales para presidir y ordenar el proceso.

## CONCLUSIONES

Por lo antes expuesto, es de concluirse que:

1. El impulso procesal es la actividad que realizan los sujetos procesales durante el curso del proceso, mediante actos procesales idóneos, para que la relación procesal se mueva de un momento a otro, en la serie progresiva que va desde el comienzo hasta la sentencia final.

2. Existen doctrinalmente y en nuestra legislación, tres formas en que tiene lugar el impulso procesal: uno basado en la iniciativa de parte, en que el órgano judicial no puede proceder sino cuando sea estimulado por los otros sujetos del proceso; la relación se afirma a través de las cargas de las partes; y el otro lado opuesto, en que la actividad se realiza a expensas de la iniciativa del órgano judicial, que procede aun sin ser requerido por los otros sujetos del proceso; aquí, la actuación tiene lugar a través de deberes. La tercera forma de impulso se denomina impulso legal y comprende a todos aquellos casos en que la misma ley ordena el tránsito de una etapa a otra y que principalmente se desarrolla con las figuras de la preclusión y términos perentorios.

3. En principio se dice que el principio dispositivo consiste en que las partes del proceso disponen del impulso procesal; se dice además que poseen dominio completo tanto sobre su derecho sustantivo como sobre los derechos procesales implícitos en el proceso, en el sentido de que son libres de ejercitarlos.

Y así como cabe hablar de derechos de disposición material o procesal atribuidos a las partes, según que la disponibilidad parcial afecte al objeto litigioso o a las normas procesales, es posible hablar también de facultades de dirección material y procesal atribuidas al juez.

Sin embargo, en sentido estricto, para considerar dispositivo un sistema, es suficiente que se les otorgue a las partes la facultad de disponer exclusivamente del elemento probatorio; y que para ser inquisitivo basta que se permita la investigación oficiosa de los hechos por el juez.

4. En nuestro proceso, que es principalmente dispositivo, el impulso procesal se desenvuelve en un sistema de cargas y términos perentorios.

5. Dentro del tipo de crisis procesales de la actividad procesal, tiene lugar la paralización del proceso (de manera genérica o específica). La inactividad procesal manifestada en la inexistencia de avance en el proceso, lleva como efectos generales la preclusión, la cosa juzgada y la caducidad de la instancia.

6. A nuestro modo de ver, no existe una evolución histórica en torno a la participación del juez en el proceso, pero puede afirmarse que el camino del proceso va hacia el proceso inquisitivo. No cabe duda que existe una tendencia general en el mundo hacia un mayor activismo del juez.

Mientras en el campo material o relativo al objeto litigioso, debe procederse con gran cautela a ampliar la autoridad judicial (de modo que sean excepcionales), aconsejándose mantener la preferencia dispositiva; en



el campo estrictamente procesal, puede ser muy conveniente recortar los poderes de las partes, encomendándose la dirección formal del proceso al órgano jurisdiccional.

## BIBLIOHEMEROGRAFIA

- Abauza Marengo, Alejandro. "Lo que es la Transacción", Universidad. Panamá, Organó de la Universidad de Panamá, diciembre de 1946, número 25.
- Abdalá, Washington. "Perención de la instancia alegada por el actor", Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración. Montevideo Uruguay, julio de 1947, año XLV, no. 7.
- "Tachas y preclusión en el juicio de alimentos", Revista de Derecho, Jurisprudencia y Legislación. Montevideo Uruguay, noviembre de 1948, año XLVI, no. 11.
- Acuña, Juan Carlos. "Perención de la instancia", Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Córdoba Argentina, enero-junio de 1961, año XXV, nos. 1 y 2.
- Acuña Anzorena, Arturo. "El principio 'iura novit curia' y su aplicabilidad en la materia de prescripción", La Ley. Buenos Aires Argentina, 21 de mayo de 1953.
- "La carga de la prueba en materia de simulación", La Ley. Buenos Aires Argentina, 11 de marzo de 1954.
- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. "El papel del juez en la dirección del proceso civil mexicano", Comunicaciones mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado. Hamburgo, 1962. México, Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1962.
- "Reformas al Código Procesal Civil del Distrito Federal en materia de caducidad de la instancia y de Procedimientos Inmobiliarios" El Foro. México, Organó de la Barra mexicana del Colegio de Abogados, enero-marzo de 1964, cuarta época, no. 44.
- "Unilateralidad o bilateralidad del desistimiento en el derecho mejicano", Revista de Derecho Procesal Iberoamericana. Madrid España, 1970, no. 3.
- Alcántara Sampelayo, José. "Intervención de oficio en el proceso civil", Revista de Derecho Judicial. Madrid España, enero-marzo de 1962, año III, no. 9.
- Alsina, Hugo. Voz "Actos procesales civiles", Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires Argentina, Driskill, 1986, tomo I.
- Amaya, N. Enrique. "Medios de impugnación de la cosa juzgada", Cuadernos de los Institutos. Córdoba Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 1972, no. 112.
- Aragoneses Alonso, Pedro. Proceso y Derecho procesal. Madrid, Aguilar, 1960.
- "Inactividad de las partes en el Proceso Civil", Revista de Derecho procesal. Madrid España, 1960, no. 3.
- Ayarragaray, Carlos A. "Sentencia, notificación y caducidad", Revista de Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires Argentina, 18 de enero de 1962, año XXIV, no. 1100.
- Barcelona, Graciela., Hegedus, Margarita de., Fressia, Gloria., Landeira, Raquel., Uriarte, Gonzalo. "El activismo del juez", Revista Uruguaya de Derecho Procesal. Montevideo Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1990, no. 3.
- Barriónuevo, Heriberto N. "Desistimiento del Proceso y del Derecho. Revocación", Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires Argentina, 27 de junio de 1975, no. 4783.
- Barrios de Angelis, Dante. "Contribución al estudio de la carga procesal", Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración. Montevideo Uruguay, noviembre de 1948, año XLVI, no. 11.
- "La audiencia preliminar", Revista Uruguaya de Derecho Procesal. Montevideo Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1975, no. 1.
- "Límites subjetivos de la cosa juzgada e intervención de

- terceros", Revista de Estudios Procesales. Rosario Argentina, Centro de Estudios Procesales, marzo de 1970, no. 3.
- Teoría del Proceso. Buenos Aires Argentina, Depalma, 1979.
- Barsallo, Pedro A. "El principio dispositivo en la doctrina y en el proceso civil panameño", Anuario de Derecho. Panamá, Panamá, 1966-1967, año VII, no. 7.
- "Poderes de dirección del juez en el proceso civil", Anuario de Derecho. Panamá, Panamá, 1968-1969, año VIII, no. 8.
- Baudrit Carrillo, Diego. "Notas de jurisprudencia sobre el principio dispositivo", Revista Judicial. San José de Costa Rica, marzo de 1985, año IX, no. 32.
- Baudrit Solera, Fernando. "Participación del juez en el proceso civil", Comparative Law Review. Estados Unidos de América, 1968, volumen 5.
- Baur, Fritz. "La distribución de poderes entre las partes y el juez en el proceso civil moderno", Revista Uruguaya de Derecho Procesal. Montevideo Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1985, no. 3.
- Becerra Bautista, José. "El principio de congruencia en las sentencias civiles", Boletín mexicano de Derecho Comparado. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, enero-agosto de 1975, nueva serie, año VIII, nos. 22 y 23.
- "El Proceso Civil en México. Octava edición. México, Porrúa, 1980.
- "La caducidad de la instancia de acuerdo con las recientes reformas al Código Procesal Civil. Conferencia pronunciada el día 13 de mayo de 1964, en el Salón de actos del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, México, Porrúa, 1964.
- Beltrán, Godofredo F. "El arbitrio judicial en los tribunales civiles del Distrito Federal", El Foro. México, Organó de la Barra mexicana del Colegio de Abogados, abril-junio de 1963, no. 41. También publicado en Anales de Jurisprudencia. México, Comisión especial de los Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, enero-marzo de 1963, año 30, nos. 1 a 6.
- Benchetrit Medina, Jorge O. Voz "Caso fortuito", Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires Argentina, Driskill, 1979, tomo I.
- Voz "Fuerza mayor", Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires Argentina, Driskill, 1979, tomo XII.
- Berizzone, Roberto O. "Medios de impugnación de la cosa juzgada", Revista del Colegio de Abogados de La Plata. Buenos Aires Argentina, enero-junio de 1971, año XII, no. 26.
- Botana García, Gemma. "La contradicción de sentencias firmes sobre un mismo litigio", Justicia. Madrid España, 1990, no. 4.
- Bourimborde, Ana M., Gozaini, Osvaldo A., y Oteiza, Eduardo. "La cosa juzgada en los procesos sumarios propiamente dichos (con particular referencia a alimentos, interdictos y ejecutivos)", Revista del Colegio de Abogados de La Plata. Buenos Aires Argentina, septiembre-diciembre de 1981, año XXIII, no. 41.
- Briseno Sierra, Humberto. "Análisis de la cosa juzgada", Revista de la Facultad de Derecho de México. México, Universidad Nacional Autónoma de México, julio-septiembre de 1956, tomo VI, no. 23. También publicado en El Foro. México, Organó de la Barra mexicana del Colegio de Abogados, enero-junio de 1957, cuarta época, nos. 15, 16 y 17.
- Buzaid, Alfredo. "De la carga de la prueba", Revista de la Facultad de Derecho. Caracas Venezuela, agosto de 1975, no. 55.
- Calamandrei, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-américa, 1973.
- Canudas Orezza, Luis Felipe. Nuevo Código Federal de Procedimientos Civiles. Concordado. México, Porrúa, 1943.
- Carli, Carlo. Derecho Procesal. Buenos Aires Argentina, Abeledo-Perot, 1962.

- Carlos, Eduardo B. "La carga de afirmar y contestar los hechos en el proceso civil", Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Santa Fe Argentina, 1960.
- Carnelli, Lorenzo. Voz "Carga procesal", Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires Argentina, Driskill, 1979, tomo II.
- "La Preclusión", Anales de Jurisprudencia. México, Comisión especial de los Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, julio-septiembre de 1937, segunda época, año V, tomo XVIII.
- Carreras Llansana, Jorge. "La función del juez en la dirección del proceso civil (facultades materiales de dirección)", Revista del Instituto de Derecho Comparado. Barcelona España, julio-diciembre de 1962, no. 19.
- "Tratamiento procesal de la excepción de cosa juzgada en el Derecho Español", Revista del Derecho Procesal. Madrid España, segunda época, 1958, no. 3.
- Carrión W., Roque. "Los principios dispositivo e inquisitorio del proceso civil", Derecho. Lima Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1970, no. 28.
- Cifuentes, Santos. "El desistimiento de la acción y la renuncia del derecho" Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires Argentina, 18 de febrero de 1963, año XXV, no. 1486.
- Clariá Olmedo, Jorge A. Derecho Procesal. Estructura del Proceso. Buenos Aires Argentina, Depalma, 1991, tomo II.
- Colombo, Carlos J. "Prueba de oficio en el proceso civil", Lecciones y Ensayos. Buenos Aires Argentina, 1962 y 1963, no. 25.
- Connen, Bernard. "Función y competencia del juez", Revista de Derecho Procesal. Santiago Chile, 1977 y 1978, año VIII, no. 12.
- Cordón Moreno, Faustino. "En torno a los poderes de dirección del juez civil", Revista de Derecho Privado. Madrid España, septiembre de 1979.
- Cortés, Valentín. "Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba", Revista de Derecho Procesal Iberoamericana. Madrid España, 1972, nos. 2 y 3.
- Cortés Figueroa, Carlos. "El arbitrio judicial", Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. México, Universidad Nacional Autónoma de México, enero-marzo de 1950, tomo XII, no. 45.
- "El Desistimiento y el Consentimiento frente al mismo", J.U.S. Revista de Derecho y Ciencias Sociales. México, mayo de 1950, tomo XXIV, no. 142.
- Couture, Eduardo J. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Tercera edición, Buenos Aires Argentina, Depalma, 1988.
- "La acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta", Anales de Jurisprudencia. México, Comisión especial de los Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, enero-marzo de 1943, segunda época, año XI, tomo XI; aparece nuevamente en esta publicación con los datos: diciembre de 1945, segunda época, año XIII, tomo 51.
- "La cosa juzgada como presunción legal: Nota crítica a los artículos 1349 y 1350 del Código Civil Francés", Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración. Montevideo Uruguay, septiembre de 1955, año 53, no. 9.
- Croce, Roberto Horacio Della. "El plazo para contestar demanda o reconvencción y la declaración de rebeldía en el Código Procesal de La Rioja", La Ley. Buenos Aires Argentina, 5 de diciembre de 1963, año XXVI, no. 1789.
- Chiovenda, Giuseppe. "Acerca de la cosa juzgada", Anales de Jurisprudencia. México, Comisión Especial de los Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, abril de 1945, segunda época, año XIII, tomo XLIX.
- Instituciones de Derecho Procesal Civil. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1989, tomo III.

- "Cosa juzgada y Competencia", Anales de Jurisprudencia. México, Comisión especial de los Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial. enero de 1946, segunda época, año XIV, tomo LII.
- "Sobre la regla 'Ne eat Iudex Ultra Partium'", J.U.S. Revista de Derecho y Ciencias Sociales. México, enero de 1947, tomo XVIII, no. 102. También publicado en Anales de Jurisprudencia. México, Comisión especial de los Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, mayo de 1947, año XIV, tomo LIV, nos. 5 y 6.
- Chávez Camacho, Armando. "La suplencia de la queja", J.U.S. Revista de Derecho y Ciencias Sociales. México, febrero de 1944, tomo XII, no. 67.
- Devis Echandía, Hernando. Compendio de Derecho Procesal Civil. Parte General. Bogotá Colombia, Temis, 1963.
- "La carga de la prueba", Estrados. Caracas Venezuela, noviembre-diciembre de 1966, año IV, nos. 42 y 43.
- "El moderno proceso civil inquisitivo y con libertad para apreciar las pruebas", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Madrid España, Instituto Español de Derecho Procesal, 1965, no. 1.
- "Facultades y deberes del juez en el moderno proceso civil", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Madrid España, Instituto Español de Derecho Procesal, 1968, no. 3.
- "La iniciativa probatoria del juez civil en el proceso contemporáneo", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Madrid España, Instituto Español de Derecho Procesal, 1967, no. 4.
- Eisner, Isidoro. "La caducidad de 'pleno derecho' según la ley 14.191 y su interpretación judicial", La Ley. Buenos Aires Argentina, 13 de abril de 1962.
- "La carga de la prueba en la excepción de falsedad de título", La Ley. Buenos Aires Argentina, 16 de abril de 1964.
- "Voz "Preclusión", Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires Argentina, Driskill, 1991, tomo XXII. Asimismo "Preclusión", La Ley. Buenos Aires Argentina, 3 de junio de 1965.
- "Sobre la 'Rebeldía' y 'Estrados del Juzgado", La Ley. Buenos Aires Argentina, 15 de diciembre de 1969.
- Estupiñán Vallejo, Rodrigo Nelson. "Perención, interrupción y suspensión del proceso civil", Revista de la Escuela Judicial. Colombia, 1989, vol. 1, no. 1.
- Fairén Guillén, Víctor. "Comentario y propuesta sobre el artículo 199 del Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica (El desistimiento del proceso)", Justicia. Barcelona España, 1989, vol. 89, no. 4.
- "El fundamento de la bilateralidad del desistimiento en la primera instancia de nuestro proceso civil", Anuario de Derecho Civil. Madrid España, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, julio-septiembre de 1949, tomo II, fascículo III.
- "El principio de autoridad del juez en el proceso civil y sus límites (sobre los presupuestos procesales)", Revista de Derecho Procesal. Madrid España, abril, mayo y junio de 1951, año VII, no. 2.
- Faria Rincón, Hernán. "Imprudencia de la perención en los juicios de divorcio y de separación de cuerpos", Actas procesales del Derecho vivo. Caracas Venezuela, septiembre de 1971, vol. 1, no. 2.
- Fenech Navarro, Miguel. "La función del juez en la dirección del proceso civil (facultades procesales de dirección)", Revista del Instituto de Derecho Comparado. Barcelona España, julio-diciembre de 1962, no. 19.
- Fernández Rodríguez, Antonio. "El principio de oficialidad acogido en el anteproyecto de bases para el Código Procesal Civil", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Madrid España, Instituto Español de Derecho Procesal, 1967, no. 2.

- Ferrerres Comella, Víctor. "El tratamiento procesal de la cosa juzgada en la reciente jurisprudencia española", Justicia. Madrid España, 1990, no. 4.
- Flores García, Fernando. "Comentarios acerca del 'conocimiento privado del juez' en el Derecho procesal mexicano", Revista de la Facultad de Derecho de México. México, Universidad Nacional Autónoma de México, julio-diciembre de 1986, vol. 36, nos. 148 a 150.
- Fornatti, Enrique. "El proceso civil inquisitorio en la doctrina y en la ley 14.237 y sus semejanzas con el proceso penal", Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires Argentina, Universidad de Buenos Aires, noviembre-diciembre de 1954, año de 1954, no. 41.
- Fuenmayor, José Andrés. "La carga de la prueba desde el punto subjetivo del juez", Actas procesales del Derecho vivo. Caracas Venezuela, 1977, vol. XXI, nos. 51-53.
- Gabioud, M. Rodolfo. "Falta de contestación de la demanda. Contestación evasiva. Art. 140, Inc. 2º del Código de Procedimiento Civil de Entre Ríos. Jurisprudencia", La Ley. Buenos Aires Argentina, 29 de noviembre de 1945.
- García, Alicia. "Los deberes y las facultades de los jueces", Revista de Estudios Procesales. Rosario Argentina, Centro de Estudios Procesales, junio de 1976, año VII, no. 27.
- García Barna F., Fernando. "Desistimiento de la Acción; sus Efectos", Revista Jurídica Veracruzana. Xalapa Enríquez Veracruz México, abril-junio de 1978, tomo XXX, no. 2.
- García Rosas, Rodolfo. "La Preclusión en el Proceso Civil mexicano", Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, noviembre-diciembre de 1947, segunda época, año XV, tomo LV.
- Garnica Martín, Juan F. "Nulidades de actuaciones después de sentencia firme", Justicia. Madrid España, 1990.
- Gelsi Bidart, Adolfo. "El principio de congruencia en todo el proceso", Revista Uruquava de Derecho Procesal. Montevideo Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1981, no. 1.
- "Intervención del juzgador en el proceso", La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración. Montevideo Uruguay, enero de 1963, tomo 60, no. 1.
- "Para la noción de caducidad", Revista de Derecho Procesal Iberoamericana. Madrid España, 1977, nos. 2 y 3.
- Goldschmidt, Roberto. "Las funciones del juez dentro del proceso civil en el momento histórico actual", La Ley. Buenos Aires Argentina, 15 de diciembre de 1953.
- Cómez Calero, Juan. "La cosa juzgada", Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid España, noviembre de 1969, año CXVIII, no. 5.
- Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso. Octava edición, México, Harla, 1990.
- Gowland, Norberto. "El desistimiento del proceso civil", Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires Argentina, Universidad de Buenos Aires, mayo-junio de 1949, año IV, no. 14.
- Guasp Delgado, Jaime. "La paralización del proceso civil y sus diversas formas", Revista de Derecho Procesal. Madrid España, julio, agosto y septiembre de 1951, año VII, no. 3.
- Hernández Martínez, Abel. "Supresión de la revisión de oficio de las sentencias sobre rectificación de actas del estado civil y sobre nulidad del matrimonio", Ciencia Jurídica. Los Mochis Sinaloa México, Organó informativo de investigación del Departamento de Derecho de la Universidad de Occidente, julio-diciembre de 1986, vol. 2, no. 9.

- Hitters, Juan Carlos. "El juez, las partes y el principio dispositivo", Revista del Colegio de Abogados de La Plata. Buenos Aires Argentina, julio-diciembre de 1973, año XV, no. 31.
- Hoyos Henrechson, Francisco. "La cosa juzgada", Revista de Derecho Procesal. Santiago de Chile, Chile, 1976, año VI, no. 11.
- Imaz, Esteban. "La esencia de la cosa juzgada", La Ley. Buenos Aires Argentina, 15 de mayo de 1953.
- "Límites procesales de la cosa juzgada", La Ley. Buenos Aires Argentina, 23 de julio de 1954.
- "Límites subjetivos y objetivos de la cosa juzgada", Revista de la Facultad de Derecho de México. México, Universidad Nacional Autónoma de México, octubre-diciembre de 1968, tomo XVIII, no. 72.
- Jiménez de Asúa, Luis. Voz "Fuerza mayor y caso fortuito (en el Derecho Penal)", Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires Argentina, Driskill, 1979, tomo XII.
- Lascano, David. "Cosa juzgada y prescripción", Revista Jurídica de Córdoba. Córdoba Argentina, enero-marzo de 1949, año 3, no. 9.
- Liebman, Enrico Tullio. "La cosa juzgada de las mere-interlocutorias y de las interlocutorias", Anales de Jurisprudencia. México, Comisión Especial de los Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, octubre-diciembre de 1948, segunda época, año XV, tomo LXIX.
- Loutayf Ranea, Roberto G. "La caducidad de la instancia en el proyecto Reimundín de 1973", Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires Argentina, 30 de mayo de 1975, no. 4764.
- "Preclusión del período probatorio y negligencia en la producción de la prueba", Revista Procesal. México, 1974, año 3, no. 1.
- "Renuncias procesales", Revista de Estudios Procesales. Rosario Argentina, Centro de Estudios Procesales, septiembre de 1974, año VI, no. 21.
- Lozano-Higuero Pinto, Manuel. "Apuntes sobre la preclusión y su función saneadora de las nulidades procesales", Justicia. España, 1986, no. 4.
- Lozano Ramírez, Raúl. "La relatividad de la cosa juzgada", Anales de Jurisprudencia. México, Comisión Especial de los Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, julio-septiembre de 1981, año 48, tomo 180.
- Lucio Vallejo, Eduardo. "Medios de impugnación de la cosa juzgada", Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires Argentina, 23 de diciembre de 1971, no. 3940.
- Luco, Luis A. "La rebeldía del demandado frente al principio de la investigación de la verdad", Revista de Estudios Procesales. Rosario Argentina, Centro de Estudios Procesales, junio de 1971, no. 8.
- Martínez Ruiz, L. F. "Los poderes del juez en el Derecho español. Ponencia para el Congreso Internacional de Derecho Comparado (Teherán)", Documentación Jurídica. Madrid España, Secretaría Técnica del Ministerio de Justicia, abril-junio de 1976, no. 10.
- Martínez Sarmiento, Rafael. "Exceptio Rei Judicatae", Estudios de Derecho. Medellín Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, 1959, vol. XVII, no. 54.
- Medina, Ignacio. "Límites subjetivos y objetivos de la cosa juzgada", Revista de la Facultad de Derecho de México. México, Universidad Nacional Autónoma de México, octubre-diciembre de 1968, tomo XVIII, no. 72.
- "Noticia acerca de la preclusión en el anteproyecto de Código de Procedimientos Cíviles para el Distrito y Territorios Federales", Anales de Jurisprudencia. México, Comisión Especial de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, julio-septiembre de 1949, segunda época, año XVI, tomo LXII.

- Mercader, Amílcar A. "Facultades del tribunal de alzada y límites de la oficiosidad de los jueces en el proceso civil", Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires Argentina, 18 de julio de 1959, año XXI, no. 199.
- Miguel y Alonso, Carlos De. "La cosa juzgada civil en el Derecho comparado", Revista de Derecho Procesal. Santiago de Chile, Chile, septiembre de 1973, año III, no. 6.
- Moisset de Espanes, Luis. "Perención y desistimiento. Cesación del efecto interruptivo de la prescripción y subsistencia de la mora", Revista del Colegio de Abogados de La Plata. Buenos Aires Argentina, 1991, vol. 31, no. 51.
- Morello, Augusto Mario. "El principio de congruencia como límite a la decisión del juez en la sentencia", Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires Argentina, 27 de septiembre de 1971, no. 3881.
- "El silencio en el proceso, la rebeldía y el principio de la investigación de la verdad. Pautas de política jurídica", Revista del Colegio de Abogados de La Plata. Buenos Aires Argentina, enero-junio de 1970, no. 24, año XI.
- Muñoz Rojas, Tomás. La caducidad de la instancia judicial. Madrid España, Rialp, 1963.
- "Sobre la rebeldía y el recurso de audiencia al demandado", Revista de Derecho Procesal Iberoamericana. Madrid España, 1981, nos. 2 y 3.
- Ochoa Franco, Jairo. "La cosa juzgada", Estudios de Derecho. Medellín Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, marzo de 1975, segunda época, año XXXVI, no. 87. También publicado en Foro hondureño. Tegucigalpa Honduras, enero de 1979, año XLII, no. 19 y en mayo-octubre de 1977, año XLII, nos. 17 y 18 de esta revista.
- Ortelis Ramos, Manuel. "La ley de reforma urgente de la L.E.C. y la suspensión del proceso civil por acuerdo de las partes", Justicia 87. Madrid España, 1987, no. 4.
- Palacio, Lino Enrique. "La caducidad de la instancia y la prueba pericial", Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires Argentina, 12 de julio de 1960, año XXII, no. 559.
- "Poderes decisorios del tribunal de alzada frente a la relación controvertida en el proceso", Jurisprudencia Argentina. 19 de julio de 1957, año XIX, no. 6778.
- Pellegrini Grinover, Ada. "Condena paralela y efecto extensivo de los Recursos", Revista Uruguaya de Derecho Procesal. Montevideo Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1984, no. 2.
- Pereira Anabalón, Hugo. "Fundamento constitucional de la cosa juzgada", Revista de Derecho. Concepción, Chile, enero-junio de 1984, año LII, no. 175.
- Pecchi Croce, Carlos. "Algunas consideraciones sobre la preclusión", Revista de Derecho. Concepción, Chile, septiembre-diciembre de 1973, año XL, no. 160.
- "La participación del juez en el proceso civil. Su aplicación en el CPC chileno", Boletín mexicano de Derecho comparado. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, septiembre-diciembre de 1975, nueva serie, año VIII, no. 24. También publicado en la Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Concepción Chile, abril-junio de 1967, año XXXV, no. 140.
- Pallares Portilla, Eduardo. Derecho Procesal Civil. México, Porrúa, 1986.
- "La caducidad y el sobreseimiento en el amparo", Revista de la Facultad de Derecho de México. México, Universidad Nacional Autónoma de México, octubre-diciembre de 1957, tomo VII, no. 28.



- Passi Lanza, Miguel Angel. "El impulso procesal y la caducidad de la instancia", La Ley. Buenos Aires Argentina, 30 de mayo de 1966.
- Parry, Adolfo E. "La perención de la instancia en materia penal", La Ley. Buenos Aires Argentina, 4 de febrero de 1954.
- "Perención del incidente de perención", La Ley. Buenos Aires Argentina, 12 de septiembre de 1947, tomo 47, julio, agosto y septiembre de 1947.
- "Perención efecto interruptivo de las actuaciones anuladas", La Ley. Buenos Aires Argentina, 13 de abril de 1944, tomo 34.
- Pardo, Antonio J. "Caducidad de la instancia", Estudios de Derecho. Medellín Colombia, Organo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, noviembre de 1947, vol. IX, no. 27.
- "Desistimiento", Estudios de Derecho. Medellín Colombia, Organo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, agosto de 1952, vol. XIII, no. 39.
- Peyrano, Jorge W. "Algo acerca de la fuerza mayor como causal determinante de la suspensión de términos", Revista de Estudios Procesales. Rosario Argentina, Centro de Estudios Procesales, marzo de 1977, año VII, no. 29.
- Curso de contratos. Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1974-1978.
- Pietri, Alejandro. "Los efectos de la cosa juzgada", Revista de Derecho y Legislación. Caracas Venezuela, diciembre de 1951, año XL, no. 487.
- Podetti, Ramiro J. "Caducidad de la instancia", Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires Argentina, Ministerio de Educación-Universidad de Buenos Aires, septiembre-octubre de 1954, año IX, no. 40.
- Ponz, Manuel Alberto. Voz "Cosa juzgada", Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires Argentina, Driskill, 1984, tomo IV.
- Prats, Eduardo Jorge. "Hacia una fundamentación de la carga de la prueba en materia civil", Revista de Ciencias Jurídicas. Santiago República Dominicana, septiembre de 1986, vol. 3, no. 25.
- Reimundín, Ricardo. Voz "Impulso procesal", Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires Argentina, Driskill, 1982, tomo XV.
- Rillo Canale, Oscar I. Voz "Interrupción de la caducidad de la instancia", Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires Argentina, Driskill, 1982, tomo XVI.
- Rincón Cano, Joaquín. "La preclusión", Anales de Jurisprudencia. México, Comisión Especial de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, enero-marzo de 1941, segunda época, año IX, tomo XXXII.
- Rivas Errazu, Rodolfo V. "Reflexiones sobre la impugnabilidad de la cosa juzgada", Revista de Estudios Procesales. Rosario Argentina, Centro de Estudios Procesales, junio de 1975, año VI, no. 24.
- Rodríguez Arvizu, Leopoldo. "Perención. Necesidad de aclarar nuestra ley procesal", Ciencia Jurídica. Los Mochis Sinaloa México, Organo Informativo del Departamento de Derecho de la Universidad de Occidente, enero-junio de 1983, año 2, tomo 1, no. 2.
- Rodríguez Urraca, José. "Los terceros y la cosa juzgada en el ordenamiento jurídico venezolano", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Madrid España, Instituto Español de Derecho Procesal, 1968.
- Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Quinta edición, México, Porrúa, 1985, tomo V, vol. II Obligaciones.
- Rosenberg, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, tomo I.
- Rua, Angelina F., de la., y Escribano Juárez, Mario Alex. "La carga de la prueba en la excepción de falsedad", Revista de Estudios Procesales. Rosario Argentina, Centro de Estudios Procesales, junio de 1976, año VII, no. 27.

- Sentís Melendo, Santiago. "Caducidad o perención de la instancia", Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires Argentina, 25 de septiembre de 1961, año XXIII, no. 991.
- "Desarrollo del proceso. Deberes del juez y cargas de las partes" Boletín mexicano de Derecho Comparado. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, septiembre-diciembre de 1975, nueva serie, año VIII, no. 24.
- El Proceso Civil. Buenos Aires Argentina, Ediciones jurídicas Europa-América, 1957.
- "Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Madrid España, Instituto Español de Derecho procesal, 1968, no. 3.
- "Perención de la instancia y carga procesal", Revista de Derecho Judicial. Madrid España, Gesta, octubre-diciembre de 1962, año III, no. 12.
- Silva Melero, Valetín. "La cosa juzgada en el proceso civil", Anales de Jurisprudencia. México, Comisión Especial de los Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, julio-septiembre de 1936, segunda época, año IV, tomo XIV.
- Sobrino Tovar, Roberto. "Caducidad de la primera instancia y prescripción", Boletín de Información Judicial. Xalapa Veracruz México, H. Tribunal de Justicia del Estado de Veracruz, 1 de mayo de 1949, año I, no. 3.
- Solari Brumana, Juan A. "Algunas reflexiones sobre caducidades olvidadas", Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires Argentina, 30 de mayo de 1975, no. 4764.
- Sosa, Gualberto Lucas. "Purga de la caducidad de la instancia", Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires Argentina, 20 de julio de 1971, no. 3833.
- Toral Moreno, Jesús. "Deberes y cargas de las partes en el proceso civil mexicano", J.U.S. Revista de Derecho y Ciencias Sociales. México, abril de 1946, tomo 16, no. 93.
- Torres Díaz, Luis Guillermo. Teoría General del Proceso. México, Cárdenas editor y distribuidor, 1987.
- Valdés Sánchez, Clemente. "La iniciativa probatoria del juez en el Derecho mexicano", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Madrid España, Instituto Español de Derecho Procesal, 1967, no. 4.
- Vázquez del Mercado, Alberto. "La cosa juzgada y la defensa de los acreedores quirografarios", Anales de Jurisprudencia. México, Comisión Especial de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, abril a junio de 1941, segunda época, año IX, tomo XXXIII.
- Zepeda, Jorge Antonio. "El saneamiento del proceso y la audiencia preliminar", Revista de la Facultad de Derecho de México. México, Universidad Nacional Autónoma de México, julio-diciembre de 1986, vol. 36, nos. 148-150.
- Zinny, Jorge Horacio. "La congruencia en la ejecución de sentencia", Cuadernos de los Institutos. Córdoba Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 1977, no. XVI (138).

INDICE DE MATERIAS

- Acción, 376, 438, 444.  
 constitutiva, 302.  
 de ejecución, 337.  
 de jactancia, 191.  
 de nulidad de proceso, 324, 327, 328, 332, 333.  
 declarativa negativa, 191.  
 pauliana, 198, 329, 331.  
 revocatoria, 331.
- Acto procesal, 13, 16, 164, 344, 349.  
 de terceros, 18.  
 del las partes, 17, 358, 363.  
 del tribunal, 16, 247, 259, 344, 358.  
 defectuoso, 93.  
 dispositivo, 17.  
 extrajudicial, 365.  
 prejudicial, 113, 239, 291.
- Alegatos, 459.
- Apelación, 87, 210, 270, 277, 326, 333.  
 extraordinaria, 99, 103, 324.
- Arbitrio judicial, 403.
- Audiencia de pruebas, 352.
- Audiencia preliminar, 444, 447, 449.
- Autocomposición, 179, 206.
- Caducidad de la instancia, 170, 186, 207, 240, 338.  
 antecedentes históricos, 345.  
 causa, 339.  
 cómputo del término de, 352, 353, 354.  
 efectos, 368, 369, 374, 376, 377, 378.  
 excepciones a la, 350, 351.  
 impugnación de la declaración de, 373.  
 interrupción del término de, 356, 365, 366, 371.  
 noción, 338.  
 objeto, 348.  
 presupuestos, 340, 342, 349, 355, 373.
- Carga procesal, 33, 36, 42 a 46, 56, 103, 104, 317, 371, 380, 400, 405, 406.  
 de afirmar, 47 a 53, 223, 437, 438.  
 de exhibición, 444.  
 de la prueba, 69 a 73, 397, 453, 458, 468, 469.
- Causa procesal, 303, 463.  
 Causahabientes, 299, 332.
- Caso fortuito, 83, 84.  
 Celeridad procesal, 214.  
 Comparecencia, 98, 100, 102, 107, 109, 111, 119, 192, 296, 406.  
 Competencia, 441, 442, 448.  
 Conciliación, 434, 446.  
 Conducta procesal, 407.  
 Contradicción, 317.  
 Cosa juzgada, 173, 289.  
 Condiciones de eficacia, 281, 283, 294.  
 y desistimiento, 204, 207, 212.  
 efectos, 247, 248, 259, 270, 314, 327.  
 excepción de, 249, 261, 314, 317, 318.  
 fin, 252, 277.  
 formal, 229, 230, 256, 380  
 funciones: positiva y negativa, 260, 319.  
 fundamento, 249, 267, 279.  
 impugnación, 323.  
 material, 229, 258, 343, 375, 377, 379, 382, 441.  
 naturaleza jurídica, 273, 277.  
 noción, 252, 253, 255.  
 presunción de certeza, 251, 279.  
 presupuestos, 253, 257, 288, 290, 321.  
 revocación de, 329.
- Costas, 34, 175, 204, 205, 307, 382, 383, 405, 407.
- Crisis procesales, 360.  
 Cuestión previa, 86.  
 Deber procesal, 33.  
 Defensas procesales, 317 a 320,  
 Demanda, 47.  
 admisión de, 440, 442.  
 fundamentos en la, 303, 463.
- Derecho, aplicación del, 29.  
 Derecho sustancial controvertido, 18, 21, 22.  
 Desistimiento, 114, 158, 394.  
 clasificación, 165.  
 del derecho de fondo, 204.  
 del recurso, 209, 210, 381  
 de la acción, 203.

- de la oposición, 164.  
efectos, 201, 211.  
oposición al, 194, 204.  
perfeccionamiento, 212.  
tácito, 343.
- Dirección formal** 91.
- Ejecución,**  
acción de, 337, 473.  
procedimiento de, 469, 470  
471.  
oposición a la, 327, 336,  
473.
- Emplazamiento,** 120, 193, 242,  
344, 352.
- Excepción,** 228, 370, 473.  
de cosa juzgada, 249, 261.  
de falsedad, 75.  
estudio de la, 448.  
perentoria, 320.
- Expectativa,** 45, 224, 371.
- Extinción del proceso,** 158, 338
- Facultad procesal,** 38, 39, 102,  
221, 227, 237, 348, 398,  
418, 435, 442.
- Formalidad,** 236, 241, 439, 442.
- Fraude procesal,** 328, 329.
- Fuerza mayor,** 80, 83, 84, 89,  
358.
- Función del juez,** 3, 52, 53,  
57, 58.
- Hechos constitutivos,** 72
- Imperativo jurídico,** 33.
- Impulso procesal,** 6, 12, 15, 125,  
216, 232, 340, 349, 352, 353,  
357, 372, 387, 392, 394, 405,  
473, 475.
- Inactividad procesal,** 77.  
efectos, 213.  
específica, 92.  
genérica, 78.  
naturaleza jurídica, 100, 112.  
parcial, 94.  
total, 94.
- Incidentes,** 87, 370.
- Ineficacia,** 80.
- Inexistencia,** 78, 321, 322.
- Instancia,** 344.  
indivisibilidad de la, 363.
- Interdicto,** 287.
- Interrupción del proceso,** 78 a 81.
- Juez,**  
arbitrio, 403.  
conocimiento privado, 437, 466.  
dirección del proceso, 387, 388,  
391, 395, 408, 474.  
facultades discrecionales, 418,  
458.
- verificación de afirmacio-  
nes, 452, 454, 458,  
475.
- Juicio,**  
arbitral, 225, 352.  
ejecutivo, 201.  
universal, 350.
- Jurisdicción,**  
y cosas juzgadas, 282.  
voluntaria, 286, 350.
- Legitimación,** 297, 324, 443,  
448.
- Litisconsorcio,** 115, 296, 311,  
344, 441.
- Litis contestatio,** 96, 180, 181  
182, 188, 219, 249, 262.
- Litispendencia,** 188, 190, 201,  
344, 353.
- Llamamiento de autos,** 353.
- Medidas cautelares,** 352.
- Mejor proveer,** 32, 245, 453,  
457.
- Nullidad,** 78, 80, 110, 366, 375,  
378.  
saneamiento y convalida-  
ción de la, 242, 321, 322,  
375.
- Obligación procesal,** 34, 37, 42  
104, 106, 119, 184, 186,  
348, 387, 400, 405, 406,  
458.
- Objeto del proceso,** 302, 437,  
446, 447, 450, 455, 475.
- Objeción,** 317.
- Orden consecutivo procesal,** 216
- Paralización del proceso,** 360.
- Partes,** 296, 389, 390, 409.
- Perención,** 339.
- Posibilidad,** 45, 224, 341.
- Preclusión,** 105, 214, 271, 290,  
322, 324, 376, 449, 458.  
caracteres, 228.  
noción, 228.  
por fases, 220, 240.
- Prescripción,** 166, 202, 208,  
337, 342, 359, 377.
- Presunción,** 75, 76.
- Presupuestos procesales,** 193,  
441, 445.
- Principio de aportación de  
parte,** 26.
- Principio de adquisición pro-  
cesal,** 62, 317, 379, 451,  
460.
- Principio de congruencia,** 28,  
307, 318, 394, 460, 461,  
462, 464, 471, 474.

- Principio de contradicción, 99, 364, 395, 443, 445, 446.
- Principio de eventualidad, 234.
- Principio de igualdad, 82, 185, 336, 398, 464.
- Principio de probidad, 407.
- Principio dispositivo, 2, 18, 19, 23, 24, 27, 55, 65, 68, 90, 162, 206, 210, 289, 316, 337, 340, 347, 380, 387, 391, 392, 393, 395, 396, 440, 441, 451, 456, 462, 463, 467, 474.
- Principio oficioso, 2, 30, 65, 68, 127, 369, 370, 376, 387, 391, 392, 397, 398, 401, 408, 416, 439, 441, 445, 451, 452, 455, 456, 467, 473, 474.
- Procedimiento,  
ordinario, 96, 188.  
extraordinario, 97.  
formulario, 182, 218, 220, 345.
- Proceso,  
y cosa juzgada, 282.  
fin del, 385.
- Prueba, 379,  
del Derecho, 455, 464, 475.  
desahogo, 244, 450, 456, 475.  
en el Derecho antiguo, 218.  
ofrecimiento, 394, 396, 437, 451, 453.  
legal y libre, 449, 450.  
medios de, 452.  
mejor proveer, 32, 245, 453, 457, 458.  
valoración de, 379, 415, 427, 448, 460, 465, 474.
- Rebeldía, 95, 194, 241, 318.
- Recursos, 370,  
y caducidad de la instancia, 373.  
congruencia en su resolución, 461.  
ejecución de su resolución, 471  
extensión de sus efectos, 311.
- Regla de juicio, 59, 66, 469.
- Relación jurídica procesal, 1, 13, 78, 80, 82, 99, 178, 186, 220, 224, 248, 326, 338, 345, 377, 440.
- Renuncias procesales, 159.
- Sentencia, 53, 59 a 62, 249, 250, 381, 394, 401.  
absolutoria de la instancia, 291, 319, 343, 377.  
alimentos, 286.  
aplicación del Derecho, 462, 463.
- condena, 262, 470.  
constitutiva, 470.  
contradictorias, 278, 335.  
declarativa, 263, 470.  
eficacia, 268, 276,  
eficacia refleja, 313.  
ejecución de, 470, 471.  
interlocutoria, 239, 324, 381.  
y cosa juzgada, 289, 290, 381.  
y principio de congruencia, 460, 461, 465, 471.
- Silencio, 198.
- Simulación, 71.
- Suplencia de la queja, 465.
- Suspensión del proceso, 78, 81, 83, 85, 90, 349, 350.
- Técnica procesal, 339, 385, 386
- Tercería, 326, 327, 445.
- Terceros, 201, 296, 308.  
y caducidad de la instancia, 363, 373.  
defensa contra efectos de sentencia, 325, 328.  
y desistimiento, 198.  
relación de coordinación y subordinación, 309
- Término,  
computo, 362, 355.  
dilatatorios, 232.  
perentorios, 105, 123, 124 a 127, 228, 232, 375.  
prórroga, 121.  
suspensión y restitución, 85, 459.
- Transacción, 160, 171, 172, 206 207, 394.
- Valoración de pruebas, 65, 379, 415, 427, 448, 460, 465, 474.

INDICE ONOMASTICO

- Abaunza Marengo, Alejandro.  
transacción y cosa juzgada, 173
- Abdalá, Washington.  
caducidad, 348.  
preclusión, 234.
- Acuña, Juan Carlos.  
caducidad, 349, 351, 357, 358,  
379.  
suspensión de términos, 359.
- Acuña Anzorena, Arturo.  
carga de la prueba, 71.  
sentencia, 463.
- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto.  
actividad de sujetos procesales,  
408.  
caducidad, 350, 351, 379.  
caducidad y costas, 383.  
caducidad y suspensión, 349.  
cosa juzgada, 301.  
desistimiento, 174, 178, 189,  
203, 206.  
principio dispositivo, 26.
- Alsina, Hugo.  
Actos procesales, 15.  
desistimiento, 166.  
proceso de ejecución, 470.  
suspensión de términos, 84.
- Amaya, Normando Enrique  
cosa juzgada, 272, 336.
- Aragoneses Alonso, Pedro.  
impulso procesal, 11.  
inactividad procesal 92, 112,  
114.  
principio de aportación de  
parte, 26.  
principio dispositivo, 341.  
rebelía, 98, 100, 103, 111,  
118, 119, 122, 131, 153.
- Arias, José A.  
cosa juzgada, 286, 287.
- Ayarragaray, Carlos A.  
caducidad, 353, 354.
- Bar, Von.  
carga de la prueba, 61.
- Barcelona, Graciela.  
activismo del juez, 391.  
audiencia preliminar, 446.
- Barrionuevo, Heriberto N.  
desistimiento, 199.
- Barríos de Angelis, Dante.  
audiencia preliminar, 448, 479.  
carga, 35 a 38, 44.  
cosa juzgada, 308, 309.  
expectativa, 45.  
impulso legal, 12.  
posibilidad, 45.
- Barsallo, Pedro A.  
dirección del juez, 5.  
impulso de parte, 21.  
mejor proveer, 32.  
principio dispositivo, 24, 392.
- Baudrit Carrillo, Diego.  
principio dispositivo, 393.
- Baudrit Solera, Fernando.  
impulso procesal, 6.
- Baur, Fritz.  
prueba, 445.
- Becerra Bautista, José.  
actividad de sujetos procesales  
389.  
caducidad, 346 a 348, 378, 379  
carga procesal, 36.  
congruencia, 462.  
cosa juzgada, 325.  
jurisdicción voluntaria y  
congruencia, 462.  
principio dispositivo, 439, 474  
suplencia de la queja, 465.
- Beltrán, Godofredo F.  
arbitrio judicial, 402.  
pruebas, 453, 460.  
sentencia, 464, 468.
- Benchetrit Medina, Jorge O.  
caso fortuito y fuerza mayor,  
83.
- Benvenuti.  
carga procesal, 42.
- Berizonce, Roberto O.  
cosa juzgada, 321, 322, 329.
- Biondi, Biondo.  
cosa juzgada, 251.
- Botana García, Gemma.  
cosa juzgada, 336.
- Boulanger, François.  
carga de la prueba, 72.
- Bourimborde, Ana M.  
cosa juzgada, 285, 288.
- Briseno Sierra, Humberto.  
cosa juzgada, 268.
- Bulow, Oskar Von.  
preclusión, 221.
- Buzaid, Alfredo.  
carga de la prueba, 55, 57, 60,  
61, 63, 65, 68, 70.
- Calamandrei, Piero.  
actos procesales, 7.

- arbitrio judicial, 404.  
 autoridad y proceso, 384.  
 carga de inicitativa procesal, 48.  
 carga de la prueba, 50.  
 función del juez, 408, 450.  
 impulso procesal, 8, 18.  
 preclusión, 215, 227.  
 principio dispositivo, 11, 22, 397.  
 principio oficioso, 31.  
**Calderón.**  
 desistimiento, 197.  
**Canudas Orezza, Luis Felipe.**  
 suspensión del proceso, 81.  
**Carli, Carlo.**  
 impulso procesal, 15.  
**Carlos, Eduardo B.**  
 carga de la afirmación, 49.  
 carga de la prueba, 50, 51.  
 principio de congruencia, 53.  
**Carnacini, Tito.**  
 principio dispositivo, 396.  
 proceso, 386.  
**Carnelutti, Francesco.**  
 carga procesal, 37, 38.  
 carga de la prueba, 66.  
 cosa juzgada, 271, 278, 321.  
 legitimación, 443.  
 principio dispositivo, 438.  
**Carnelli, Lorenzo.**  
 carga procesal, 37, 40, 42, 46.  
 cosa juzgada, 248.  
 eventualidad, 218.  
 preclusión, 221, 248.  
**Carreras Llansana, Jorge.**  
 cosa juzgada, 265, 291, 317.  
 excepción, 318, 320.  
 mejor proveer, 459.  
 principio dispositivo, 399.  
**Carrión W. Roque.**  
 principio dispositivo, 397, 438.  
**Cifuentes, Santos.**  
 desistimiento, 159, 165, 181, 183, 185, 193, 205.  
**Clariá Olmedo, Jorge A.**  
 inactividad procesal, 76.  
**Colina, De la.**  
 desistimiento, 181.  
**Colombo, Carlos J.**  
 prueba, 457.  
**Connen, Bernard.**  
 sentencia, 463.  
**Cordón Moreno, Faustino.**  
 autoridad y proceso, 384.  
 principio dispositivo, 24, 26, 394.  
 pruebas, 451.  
**Cortés, Valentín.**  
 carga de la prueba, 64, 67.  
**Cortés Figueroa, Carlos.**  
 arbitrio judicial, 403, 404.  
 desistimiento, 176, 178, 187, 199, 200.  
 impulso procesal, 186.  
**Couture, Eduardo J.**  
 actos del tribunal, 16.  
 actos de terceros, 18.  
 carga procesal, 43.  
 cosa juzgada, 258, 274, 279, 280, 286, 293, 316, 330, 332, 334.  
 derecho de defensa, 82.  
 imperativos jurídicos, 33.  
 impulso procesal, 6, 9, mejor proveer, 32.  
 preclusión, 226, 234.  
 principio dispositivo, 393.  
**Croce, Roberto Horacio Della.**  
 rebeldía, 117, 124, 127.  
**Chiovenda, Giuseppe.**  
 caducidad de la instancia, 240, 347, 348, 378.  
 carga de la prueba, 68, 70.  
 confesión, 141.  
 cosa juzgada, 251, 255, 260, 276, 289, 292, 298, 302, 321, 324.  
 desistimiento, 131, 159, 166, 175, 185.  
 facultades del juzgador, 5, 9.  
 principio dispositivo, 399, 439.  
 preclusión, 221, 222, 227, 228, 229, 240.  
 pruebas, 142.  
**Chávez Camacho, Armando.**  
 suplencia de la queja, 465.  
**Devis Echandía, Hernando.**  
 admisión de demanda, 442.  
 carga de la afirmación y prueba, 53, 54, 66, 73, 74.  
 carga procesal, 36, 41, 42, 43.  
 competencia prorrogable, 442.  
 cosa juzgada, 269, 271, 272, 276, 279, 283, 289, 329.  
 función del juez, 391, 474.  
 principio dispositivo, 20, 27, 392, 394, 395, 396, 398, 401.  
 principio oficioso, 30.  
 proceso, 385.  
 pruebas, 450, 466, 467, 468.  
 sentencia, 469.

- suspensión de términos, 86, 87.
- Díaz, Carlos.  
rebeldefía, 139.
- D'Onofrio, Paolo.  
caducidad, 379.
- Dutrimesco, Jean.  
cosa juzgada, 250.
- Eisner, Isidoro.  
caducidad, 369, 370, 375.  
carga de la prueba, 58, 63.  
carga procesal, 105.  
emplazamiento, 120.  
excepción de falsedad, 75.  
liticonsorcio, 97.  
preclusión, 216, 220, 235.  
principio de contradicción, 99.  
rebeldefía, 100, 106, 123, 130,  
132, 137.
- Escribano Juárez, Mario Alex.  
excepción de falsedad, 75.
- Estupiñán Valles, Rodrigo Nelson.  
interrupción del término de  
caducidad, 82.  
liticonsorcio y caducidad,  
345.
- Fairén Guillén, Víctor.  
admisión de demanda, 445.  
desistimiento, 159, 189, 190,  
195, 196, 200.  
legitimación, 443, 444.  
litis contestatio, 182.  
principio dispositivo y oficioso  
392.
- Faria Rincón, Hernán.  
caducidad, 381.
- Fassi, Santiago C.  
desistimiento, 199.
- Fenech Navarro, Miguel.  
actividad de sujetos procesales  
389.  
admisibilidad de la demanda,  
440.  
cosa juzgada, 291, 319.  
presupuestos procesales, 441.
- Ferín.  
caducidad, 346.
- Fernández Rodríguez, Antonio.  
admisión de la demanda, 440.
- Ferreres Comella, Víctor.  
cosa juzgada, 260, 266, 267,  
275, 277.
- Flores García, Fernando.  
conocimiento privado del juez,  
466.  
función del juez, 450.  
mejor proveer, 457.
- prueba, 456.
- Fornatti, Enrique.  
principio oficioso, 31.
- Fuenmayor, José Andrés.  
carga de la afirmación, 52.
- Gabloud, M. Rodolfo.  
contestación de la demanda, 136
- Gamarra, Gimeno.  
cosa juzgada, 328.
- García, Alicia.  
principio de congruencia, 29.  
tendencia publicista-privatista  
del proceso, 2.
- García Barna, F. Fernando.  
desistimiento, 176.
- García Rosas, Rodolfo.  
preclusión, 215, 224, 225, 227,  
235, 246.  
procedimiento formulario, 219.
- Garnica Martín, Juan F.  
cosa juzgada, 321.  
subsanción de nulidades, 322,  
323.
- Gelsi Bidart, Adolfo.  
actividad de sujetos procesales  
388, 390.  
autoridad y sociedad, 384.  
caducidad, 388.  
cosa juzgada, 286.  
pruebas, 454.
- Geny, Francois.  
carga de la prueba, 70.
- Glaser, Julius.  
carga de la prueba, 63.
- Goldschmidt, James.  
carga procesal, 35, 37, 41, 104  
desistimiento, 159, 193.  
posibilidad, 45.  
rebeldefía, 106.
- Goldschmidt, Roberto.  
principio dispositivo, 393.
- Gómez Calero, Juan.  
cosa juzgada, 247, 261, 266,  
267, 280, 282, 288, 297,  
299, 315, 316, 326, 328.
- Gómez Lara, Cipriano.  
desistimiento, 177, 179.
- Gómez Orbaneja, Emilio.  
cosa juzgada, 262, 266.  
excepciones, 320.  
rebeldefía, 111, 147.
- Corphe, François.  
carga de la prueba, 51.
- Gowland, Norberto.  
desistimiento, 171, 175, 198.



- Gozaini, Osvaldo A.  
 activismo de juez, 391.  
 audiencia preliminar, 446.  
 cosa juzgada, 285, 288.
- Grave, Desiderio.  
 preclusión, 217, 226, 241.  
 términos, 232.
- Greif, Jaime.  
 cosa juzgada, 286, 287.
- Guasp Delgado, Jaime.  
 acto jurídico procesal, 14.  
 cosa juzgada, 247, 266, 269,  
 318, 319.  
 crisis del proceso, 360.  
 mejor proveer, 32.  
 reanudación del proceso, 362.  
 rebeldía, 103.
- Hellwig.  
 cosa juzgada, naturaleza  
 jurídica de la, 275.  
 desistimiento, 197, 198.
- Herce Quemada, Vicente.  
 inactividad del actor, 114.
- Hernández Martínez, Abel.  
 caducidad, 381.
- Hitters, Juan Carlos.  
 principio dispositivo, 387.
- Hoyos Henrechson, Francisco.  
 cosa juzgada, 251, 255, 323.
- Imaz, Esteban.  
 cosa juzgada, 250, 273, 293,  
 297, 307.
- Jiménez de Asúa, Luis.  
 fuerza mayor, 83.
- Kisch, W.  
 cosa juzgada, 278.  
 desistimiento, 193.  
 preclusión, 217.  
 principio dispositivo, 393.  
 valoración de pruebas, 468.
- Kelsen, Hans.  
 cosa juzgada, 273.
- Kohler.  
 rebeldía, 98.
- Labanca.  
 caducidad, 369, 375.
- Lacosta, P.  
 cosa juzgada, 333.
- Lascano, David.  
 cosa juzgada, 247, 270, 278.  
 ejecución de sentencia, 337.
- Legón.  
 interrupción del término de  
 caducidad, 368.
- Liebman, Enrico Tullio.  
 cosa juzgada, 255, 290.
- López F. de Gamboa.  
 cosa juzgada, 315.
- Luco, Luis A.  
 confesión, 141.
- Loutayf Ranea, Roberto G.  
 caducidad, 374, 382.  
 término, 166, 193, 208,  
 210, 211.  
 preclusión, 223.  
 renunciaciones procesales, 160, 161,  
 162, 168, 184.
- Lozano-Higuero Pinto, Manuel.  
 preclusión, 226, 227, 238, 242,  
 243.  
 subsanación de nulidades, 242.
- Lozano Ramírez, Raúl.  
 cosa juzgada, 287.
- Lucio Vallejo, Eduardo.  
 cosa juzgada, 329, 332.
- Manresa y Navarro, José María.  
 cosa juzgada e identidad  
 subjetiva, 297.
- Martínez Ruiz, L.F.  
 sentencia y congruencia, 460.
- Martínez Sarmiento, Rafael.  
 jurisdicción voluntaria, 286.
- Mattiolo, Mortara.  
 renuncia, 183.
- Medina Lima, Ignacio.  
 cosa juzgada, 293, 294, 301,  
 302, 304, 306, 307.  
 mejor proveer, 457.  
 preclusión, 236.
- Mercader, Amílcar.  
 caducidad, 376.  
 facultades del tribunal de  
 alzada, 461.
- Micheli, Gian Antonio.  
 carga de la prueba, 60, 73.  
 desistimiento, 197.
- Miguel y Alonso, Carlos De.  
 cosa juzgada, 268.
- Millar Wyness, Roberto.  
 impulso procesal, 11.  
 orden consecutivo legal, 216.
- Moisset de Espanes, Luis.  
 caducidad, 378.
- Morello, Mario Augusto.  
 función del juez, 3.  
 sentencia, 463.  
 silencio en el proceso, 137.  
 rebeldía, 130, 135.
- Muller.  
 cosa juzgada, 197.  
 desistimiento, 191.

- Muñoz Rojas, Tomás.  
 apelación extraordinaria, 52  
 154.  
 caducidad, 344, 345, 362, 373,  
 376.  
 emplazamiento, 121, 122.  
 inactividad del actor, 116.  
 legitimación, 142, 143.  
 litis contestatio, 96.  
 litisconsorcio, 44.  
 rebeldía, 107, 145, 148, 155.  
 terceros, 145.
- Ochoa Franco, Jairo.  
 cosa juzgada, 258, 271, 274,  
 275, 278, 296, 305, 306,  
 335.
- Ortells Ramos, Manuel.  
 suspensión, 90, 91.
- Oteiza, Eduardo.  
 activismo del juez, 391.  
 audiencia preliminar, 446.  
 cosa juzgada, 285, 288.
- Otto, N. S. De.  
 inactividad, 112.
- Palacio, Lino Enrique.  
 caducidad e impulso procesal,  
 341.  
 facultades del tribunal de  
 alzada, 461.
- Pellegrini Grinover, Adá.  
 efecto extensivo de los  
 recursos, 311.
- Pereira Anabalón, Hugo.  
 cosa juzgada, 254, 270.
- Pecchi Croce, Carlos.  
 celeridad del proceso, 214.  
 función del juez, 408.  
 preclusión, 235, 236, 237.  
 principio dispositivo y  
 oficioso, 392, 397.  
 proceso, 386.
- Pallares Portilla, Eduardo.  
 caducidad, 343, 352, 354, 356,  
 cosa juzgada, 304.  
 suspensión de términos, 358,  
 364, 367, 371, 372, 375.
- Pardo, Antonio J.  
 caducidad, 343, 382.  
 desistimiento, 168, 175, 209,  
 12.  
 transacción, 172.
- Parry, Adolfo.  
 actos interruptivos, 366.  
 caducidad, 347, 371.
- Passi Lanza, Miguel Angel.  
 impulso procesal, 342.
- Peyrano Facio, Jorge W.  
 suspensión de términos, 84, 85.  
 transacción, 172.
- Pietri, Alejandro.  
 cosa juzgada, 298.
- Plaza, Manuel De la.  
 rebeldía, 102.
- Podetti, Ramiro J.  
 caducidad, 345, 354, 357, 367.  
 incidentes, 371.  
 rebeldía, 117.  
 términos, 124.
- Ponz, Manuel Alberto.  
 cosa juzgada, 247, 251, 280,  
 302.
- Prats, Eduardo Jorge.  
 carga de la prueba, 70, 72.
- Prieto Castro, Leonardo.  
 cosa juzgada, 260.  
 desistimiento, 208.  
 litisconsorcio, 143.  
 principio dispositivo, 394.
- Raggi, desistimiento, 187.
- Redenti, Enrico.  
 cosa juzgada, 276.  
 inactividad del actor, 114.  
 jurisdicción voluntaria y  
 congruencia, 462.
- Reimundín, Ricardo.  
 impulso procesal, 9.  
 iniciativa procesal, 12.  
 preclusión, 227.  
 rebeldía, 146.
- Rillo Canale, Oscar I.  
 caducidad, 367, 368, 376.  
 suspensión, 88, 89.
- Rincón Cano, Joaquín.  
 preclusión, 239, 243.
- Rivas Errazu, Rodolfo V.  
 acción revocatoria, 334.
- Rocco, Ugo.  
 cosa juzgada, 271, 274.  
 desistimiento, 159.  
 renuncia, 160, 164, 168.
- Rodríguez Arvizu, Leopoldo.  
 términos, 335.
- Rodríguez Urraca, José.  
 cosa juzgada, 325, 331.
- Rojina Villegas, Rafael.  
 caso fortuito, 84.
- Rosenberg, Leo.  
 actos defectuosos, 93.  
 carga de la afirmación, 49.  
 carga de la prueba, 57, 61, 64,  
 65, 73.

- desistimiento, 193, 197.  
 principio dispositivo, 27.  
 prueba, 456.
- Rua, Angelina F. De la.  
 excepción de falsedad, 75.
- Sáenz Jiménez.  
 cosa juzgada, 282.
- Safontás S. P.  
 cosa juzgada, 322.
- Sarraçeno.  
 sentencia, 60.
- Scaevola, Mucius.  
 cosa juzgada, 299.
- Schonke, Adolfo.  
 desistimiento, 198.
- Sentís Melendo, Santiago.  
 actividad del juez, 391.  
 audiencia preliminar, 447.  
 caducidad, 339, 342, 353, 380.  
 deberes procesales, 400, 402.  
 desistimiento, 170, 187, 189,  
 196.  
 formalidad, 387.  
 principio dispositivo, 393.  
 pruebas, 452, 458.  
 renuncia, 164, 166, 167.
- Serra Domínguez, Manuel.  
 cosa juzgada, 322.
- Silva Melero, Valentín.  
 cosa juzgada, 252, 314.
- Sobrino Tovar, Roberto.  
 caducidad, 377, 378.
- Sohm.  
 litiscontestatio, 182.
- Solari Brumana, Juan A.  
 caducidad, 351, 382.
- Sosa, Gualberto Lucas.  
 caducidad, 374.
- Spota, Alberto G.  
 caducidad, 370.
- Tancredi.  
 cosa juzgada, 251.
- Tarigo.  
 cosa juzgada, 286.
- Toral Moreno, Jesús.  
 admisión de la demanda, 445.  
 alegatos, 459.  
 deberes, 400, 405, 407.
- Torres Díaz, Luis Guillermo.  
 acto jurídico procesal, 14.
- Tuhr, A. Von.  
 carga procesal, 35.
- Ulrich.  
 desistimiento, 191.
- Valdés Sánchez, Clemente.  
 principio oficioso, 457.
- Vázquez del Mercado, Alberto.  
 cosa juzgada, 333.
- Véscovi, Enrique.  
 cosa juzgada, 286.  
 efecto extensivo de los  
 recursos, 311.  
 saneamiento, 242.
- Wach, Adolfo.  
 carga de la prueba, 60, 61.
- Wenger.  
 cosa juzgada, 314.  
 litis contestatio, 182, 183.
- Wassak.  
 litis contestatio, 182.
- Zanzucchi, Marco Tulio.  
 carga y obligación procesal, 36  
 desistimiento, 196.
- Zepeda, Jorge Antonio.  
 audiencia preliminar, 448.
- Zinny, Jorge Horacio.  
 ejecución de sentencia, 470,  
 472.  
 sentencia, 470.

## INDICE GENERAL

### EL IMPULSO PROCESAL

Página.

#### INTRODUCCION.

I

#### CAPITULO I.

##### NOCIONES FUNDAMENTALES DEL IMPULSO PROCESAL

1

1.1. Concepto de impulso procesal

7

1.2. ¿A quién corresponde el impulso procesal?

19

1.2.1. Principio dispositivo

19

1.2.2. Principio de oficiosidad

30

1.3. Cargas procesales

33

1.3.1. Distintas cargas procesales

46

1.3.2. Carga de iniciativa procesal

47

1.3.3. La carga de la prueba

54

1.4. Inactividad procesal

76

1.4.1. Inactividad genérica

78

1.4.2. Inactividad específica

92

1.4.2.1. Rebeldía

95

1.4.2.2. Desistimiento

158

#### CAPITULO II

##### CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA INACTIVIDAD PROCESAL

213

2.1. Preclusión

213

2.2. Cosa juzgada

246

2.3. Caducidad de la instancia

338

#### CAPITULO III

##### ACTIVIDAD DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LAS ETAPAS DEL PROCESO

384

3.1. Conocimiento

437

3.2. Pruebas

449

3.3. Sentencia

459

3.4. Ejecución

469

**Página.**

**CONCLUSIONES**

**476**

**BIBLIOHEMEROGRAFIA**

**479**

**INDICE DE MATERIAS**

**488**

**INDICE ONOMASTICO**

**491**