

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

LA PRECLUSION

TESIS PROFESIONAL

QUE PRESENTA

SERGIO E. RASCON SALAZAR

MEXICO, D. F., 1964



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.

ADVERTENCIA

El trabajo que presento sobre la preclusión, se encuentra referido particularmente al Código de Procedimientos Civiles en vigor en el Distrito y Territorios Federales, no obstante que, como estudio comparativo, he incluido su observancia en otros ordenamientos procesales. Igualmente manifiesto, que he realizado el estudio de esta institución tomando en consideración las principales características que la identifican, así como las causas que la producen en el desarrollo del proceso, hasta concluir con la proposición de reglamentarla explícitamente en nuestro Ordenamiento Procesal, dadas las necesidades prácticas y jurídicas que así lo exigen.

SUMARIO

CAPITULO I

	Pág.
1. Problemas de connotaciones	7
2. Antecedentes históricos de la preclusión	7
3. Concepto y causas por las que se regula en el Proceso	8
4. Funciones de la preclusión	10
5. Su naturaleza jurídica	11
6. La institución que nos ocupa en algunos sistemas procesales	12

CAPITULO II

7. Clasificación de las preclusiones: clasificaciones de Massari y de Manzini	15
8. Modos en que se actualizan las preclusiones:	16
I. Por su extensión	16
II. Por su origen	17
III. Por su forma	17
9. Efectos de la preclusión en el proceso	17
10. Efectos extraprocerales de la preclusión	20

CAPITULO III

Estudio de la preclusión en la doctrina: Massari, Wyness, Chiovenda, Pan- nain, Couture, Pallares, etc. (parágrafos números 11 a 19)	23
---	----

CAPITULO IV

20. La preclusión con relación a los actos procesales	31
21. En los actos procesales de las partes	31
22. En los Actos Procesales del órgano jurisdiccional	35
23. En actos Procesales de terceros	39

CAPITULO V

La preclusión en algunas legislaciones extranjeras:

24. Ordenamiento Procesal Civil Alemán	41
25. Ley de Enjuiciamiento Civil Española	43
26. Código Italiano de procedimiento Civil	46

CAPITULO VI

27. Cosa juzgada y preclusión:	51
A) Cosa juzgada formal	51
B) Cosa juzgada material	52
28. La caducidad de la instancia con relación a la preclusión	54
29. Regulación de la caducidad en el Código de Procedimientos Civiles en vigor en el Distrito y Territorios Federales	54
30. Diferencias entre la preclusión y la cosa juzgada	57
31. Diferencias entre la caducidad y la preclusión	58

CAPITULO VII

32. La preclusión en nuestro Código de Procedimientos Civiles	61
33. Regulación de la preclusión en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México. Crítica	63
34. Sugerión para reglamentar la preclusión en nuestro Ordenamiento Procesal	63
35. Opinión de la Suprema Corte sobre la preclusión	66

CONCLUSIONES	69
--------------------	----

BIBLIOGRAFIA	71
--------------------	----

CAPITULO I

1. *Problema de connotaciones.*
2. *Antecedentes históricos de la preclusión.*
3. *Concepto y causas por las que se regula en el proceso.*
4. *Funciones de la preclusión.*
5. *Su naturaleza jurídica.*
6. *La institución que nos ocupa en algunos sistemas procesales.*

1. La palabra preclusión, en italiano, significa: clausurar, cerrar, impedir; se deriva del verbo latino *occludere*, que quiere decir: ocluir o cerrar; por lo cual, entraña, en términos generales, un concepto negativo que representa la situación jurídica que se produce por la pérdida o la extinción de un derecho procesal.

2. "El concepto de la preclusión por fases se encuentra ya en la antigua historia procesal, aparece tanto en el procedimiento germánico como en el romano." (1)

En el Derecho Romano, puedo hacer notar, que en la época de la *legis actiones*, una vez que quedaba establecido por el pretor que la acción elegida por el actor era la correcta o adecuada, el negocio debía desarrollarse únicamente dentro de los límites señalados en la misma, sin que pudiera variarse el objeto de la controversia. Después, de acuerdo con el sistema formulario, el pretor al cerrar la fórmula, que contenía la *litis* planteada, dejaba definitivamente determinada la causa sobre la cual el juez debía resolver. No eran susceptibles de modificación los elementos del caso reclamado, así como no podían variarse los medios de defensa presentados por las partes; por lo cual, uno de los efectos principales que producía la *litis contestatio* era el consuntivo o excluyente (*ne bis in idem*) que impedía volver sobre lo mismo, es decir, sobre lo demandado, probado y alegado por las partes ante el pretor.

(1) WYNESS. "Los principios formativos del procedimiento civil". Pág. 99 y Sig.

En el Derecho Germánico se utilizaron una serie de fases para tramitar los juicios. Podemos decir que el número de las etapas o fases empleadas en cada negocio era variable según la naturaleza del mismo; sólo encontramos tres de ellas que eran comunes a todos los juicios: la primera para saber si las partes concurrían al tribunal de acuerdo con el derecho; la segunda para determinar a cuál de las partes correspondía la carga de la prueba; la tercera, y última, para controlar la prueba y decidir si la misma había tenido éxito. Cada una de estas fases se terminaba *ipso iure* y hacía precluir toda posibilidad de un nuevo examen sobre las cuestiones comprendidas en ellas, esto, si no se presentaba en tiempo y forma impugnación de parte interesada.

En el Derecho Romano-Canónico, puedo señalar, igualmente, que el proceso se encontraba dividido en fases o etapas procesales durante las cuales las partes debían participar con diversos actos; de tal manera, que los no ejercitados en los plazos señalados traía aparejada la preclusión de los derechos respectivos. Fueron tres las principales fases preclusivas, mismas que se refieren a los medios probatorios presentados por las partes (influencia del Derecho Germánico). La primera concluía con la sentencia interlocutoria que resolvía sobre las cuestiones a probar, a quién correspondía probar, así como sobre el plazo concedido para la prueba; la segunda comprendía el procedimiento probatorio; y, la tercera, estaba destinada a la recepción de las conclusiones y a dictar la resolución definitiva.

Al igual que en el proceso germánico, cada una de estas fases o etapas procesales terminaba con un fallo que era suficiente para hacer precluir todo intento de un nuevo examen de las mismas si no era impugnado en tiempo y forma. El fallo probatorio impedía a las partes formular nuevas alegaciones, por lo que, de acuerdo con el principio de eventualidad observado, las partes debían presentar desde un principio todas las excepciones dilatorias y perentorias que tuvieran en contra del adversario; el segundo fallo impedía a las partes presentar con posterioridad nuevas pruebas a las ofrecidas, o a las que debían ofrecer, dentro del plazo que correspondía al período respectivo, etc.

3. Considerando la dificultad que presenta el deseo de proporcionar una definición completa del instituto procesal que me ocupa, únicamente me permito señalar, que la preclusión es la situación jurídica que se produce por la pérdida de un derecho procesal por su no ejercicio, o bien, por la existencia de un obstáculo jurídico.

La preclusión, como situación procesal, es un estado de hecho dentro del proceso al cual las partes tienen que sujetarse por los efectos jurídicos que produce. Toda situación jurídica es un interés jurídicamente prote-

gido o jurídicamente subordinado (2), por ello es susceptible de producir efectos jurídicos, tanto positivos como negativos, y, en consecuencia, derechos, obligaciones y cargas procesales.

Por el concepto anterior, la preclusión puede tener lugar, o mejor dicho, puede actualizarse, por las siguientes causas: a) Por la decadencia de los plazos o por el transcurso de los términos procesales; b) Por la consumación procesal; c) Por el ejercicio irregular de los derechos procesales; d) Por haberse actualizado válidamente un derecho procesal incompatible con el que se pretende ejercitar, y e) Por el carácter irrevocable de los actos jurídicos desarrollados en el proceso.

a) Existe preclusión de derechos procesales debido a la decadencia de los plazos o al transcurso de los términos, cuando infructuosamente han fenecido los lapsos oportunos o ha pasado el momento preciso fijado por la ley o por el órgano jurisdiccional para la ejecución de un acto o para el ejercicio de un derecho procesal. Así tenemos, por ejemplo, que se actualiza la preclusión una vez que se encuentra vencido el plazo de nueve días concedido al demandado para contestar la demanda (Art. 256 del C.P.C.); igualmente, por haber transcurrido el momento (término) señalado para la celebración de una junta, audiencia o diligencia judicial. Por lo tanto, debido a estas causas se suscita la prohibición para el ejercicio posterior del acto o del derecho procesal para el cual se fijó una determinada temporalidad.

b) Igualmente, existe preclusión en el caso de la consumación procesal, o sea, cuando se ha efectuado válidamente y con anterioridad la misma actuación procesal que se pretende ejercitar. La preclusión se refiere, desde luego, al ulterior ejercicio, tomando en consideración que el orden establecido en el proceso dispone que los derechos se extinguen una vez que han sido ejercitados, sin que sea válido un nuevo ejercicio de los mismos. Así, por ejemplo, no es posible desahogar por segunda vez una vista, aun cuando sea dentro del plazo concedido a la parte interesada para tal efecto, en cuyo caso se estará a la primera manifestación según hora o fecha.

c) Por el ejercicio irregular de los derechos procesales opera también la preclusión, fundándose en que la ley, en la mayoría de los casos, fija la forma o términos en que los mismos derechos deben ser ejercitados; de ahí, que se declaren (o deban declararse) ineficaces todas aquellas actuaciones procesales que no observen las formalidades que se les han impuesto,

(2) CARNELUTTI. "Sistema de Derecho Procesal Civil". Tomo I. Pág. 29.

resultando, como consecuencia, la preclusión de esos derechos por no observar las disposiciones que rigen su ejercicio. Así, por ejemplo, la interposición de un incidente de nulidad de actuaciones, que no exprese las causas o motivos que lo funden o lo hagan procedente, hace precluir a la parte interesada el derecho procesal que pudo ejercitar en el mismo.

d) En la misma forma, se actualiza la preclusión cuando se ejercitan derechos procesales que son contrarios o contradictorios con otras actuaciones o con otros derechos realizados con anterioridad en el mismo proceso. Igualmente, aclaro, la preclusión se refiere a los derechos procesales que tratan de ejercitarse con posterioridad. Esto se comprende por la secuencia y afinidad que el proceso debe observar en todas las partes que lo integran, ya que los actos o las partes que lo constituyen deben formar un vínculo común que hagan uniforme la causa. Así tenemos, por ejemplo, la preclusión que opera sobre el derecho del demandado para presentar pruebas tendientes a rebatir determinados hechos de la demanda, cuando expresamente los ha confesado en su escrito de contestación.

e) Por último, se produce la preclusión de derechos procesales, por el carácter irrevocable de determinados actos jurídicos desarrollados en el proceso. Aquí la preclusión se debe al obstáculo jurídico que deja firme la actuación e impide en forma absoluta el ejercicio de determinados derechos procesales que pueden relacionarse con la misma. Así puedo decir, por ejemplo, que se encuentra precluido todo derecho para inconformarse contra una sentencia definitiva cuando la ley procesal no concede ningún recurso para modificarla o revocarla (Arts. 426, fracción I, 688 y 870 del C.P.C.). Igualmente, pueden precluir los mencionados derechos cuando el obstáculo jurídico se deriva de la oposición que expresa o tácitamente hace alguna de las partes interesadas en la relación procesal. Un ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 34 del mismo Ordenamiento que dispone que el actor para desistirse de la demanda requiere del consentimiento del demandado, quien puede o no estar conforme con dicho desistimiento.

4. De acuerdo con PALLARES (3) puedo señalar como funciones de la preclusión, las siguientes: a) Que los derechos de las partes en el proceso se ejerciten dentro de un orden determinado; b) Que el proceso se divida en fases o etapas, las cuales, al consumarse, no pueden ser objeto de subsecuentes revisiones, lo que da lugar, en consecuencia, a un impulso procesal para continuar en el conocimiento de las fases o etapas subsecuentes;

(3) "Diccionario de Derecho Procesal Civil". México, 1956.

c) Que las partes ejerciten en forma correcta sus derechos procesales, no sólo dentro de una determinada temporalidad, sino también observando las formas o los términos prescritos para ello, y d) Que los actos y las resoluciones procesales adquieran el carácter de irrevocables o inimpugnables, cuando por consideraciones prácticas y jurídicas deban considerarse firmes o definitivas.

Las funciones primordiales de la preclusión son garantizar el normal desarrollo del proceso y, una vez terminado, garantizar la intangibilidad de su resultado. Estas funciones se deben a que el desarrollo del proceso se realiza en varios actos que deben tener un cierto orden de presentación, así como un cierto orden de posibilidades de discusión o de trato. Por eso, debido a razones prácticas, más que jurídicas, la función de la preclusión consiste en obstaculizar todas aquellas actuaciones que por su contenido o por su fin no deben considerarse dentro de su desarrollo, o bien, suficientes para que la resolución definitiva deje de surtir los efectos que le corresponden.

5. Por las consideraciones apuntadas, puedo precisar que la naturaleza jurídica de la preclusión es la de ser un instituto autónomo dentro del proceso, que tiene como finalidad ordenar su desarrollo dentro de determinadas normas que regulan y garantizan tanto su desenvolvimiento como su resultado. Por ello, difiero de la idea expuesta por COUTURE (4) cuando señala que no es, en verdad, un instituto único e individualizado, sino más bien una circunstancia atinente a la misma estructura del juicio.

La autonomía de la preclusión, como institución procesal, puede observarse en la constitución misma del proceso que se define de acuerdo con determinadas prescripciones temporales, de disposiciones que regulan la forma o términos de los actos, de estipulaciones que reglamentan su afinidad en la causa que contiene, y, por último, por disposiciones que afirman los actos procesales que lo desarrollan así como las resoluciones que lo concluyen; de tal suerte, que la preclusión, al relacionarse o al servirse de la decadencia, de la consumación y de otras muchas instituciones o principios procesales, quiera decir que sea una simple circunstancia procesal, ya que el proceso requiere para su normal desarrollo y para su clausura, de determinadas instituciones y principios que garanticen la eficacia de los actos en él realizados o los efectos jurídicos que producen. De ahí, que afirmemos, que entre esas instituciones y principios se encuentra la preclusión con las funciones señaladas con anterioridad.

(4) "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Págs. 195 y 196. 3ª edición.

Con relación a esto, debe acatarse la opinión de CHIOVENDA, (5) quien, al referirse a este instituto procesal, nos dice que el ordenamiento jurídico no se limita a regular cada una de las diferentes actuaciones procesales, en su forma y en su conjunto, sino que regula su sucesión en la relación procesal, de donde nace un orden legal de los actos procesales. Lo que se propone el legislador, es dar la mayor precisión al proceso, hacer posible la declaración definitiva de los hechos y garantizar su rápida ejecución. A este fin tiende también con otras medidas, por ejemplo: castigando los retrasos en la instrucción o en la expedición de la causa, ocasionados por la negligencia de los procuradores, imponiendo sanciones a éstos, reprimiendo todo lo superfluo, negándose a que se repitan los actos consumados o actos innecesarios, etc., pero más eficazmente atiende a este fin mediante la institución de la preclusión.

6. El estudio de las funciones de este instituto procesal, se vuelve más complejo por la variedad de procesos que existe y por la multitud de efectos o consecuencias que produce en cada uno de ellos.

Así tenemos los procesos en que se observa el sistema procesal denominado de "unidad de vista". (6) En ellos el desenvolvimiento de la relación no se encuentra dividida en fases o etapas procesales; por lo cual, es lícito y permitido presentar nuevos hechos, argüir nuevas pruebas y alegaciones, sin que se observe un orden determinado. De acuerdo con este sistema las partes pueden hacer valer, hasta antes de terminar el negocio, cualquier medio de defensa que juzguen conveniente para sus intereses en litigio. Sin embargo, este sistema en alguna forma se sirve de la preclusión para garantizar el resultado del proceso, es decir, la inmutabilidad de la resolución definitiva.

El sistema anterior es contrario a aquel que regula la preclusión de derechos por el paso de una fase o etapa procesal a la siguiente, motivando la clausura de la anterior (cuando dichos actos han sido cumplidos o cuando ya transcurrió la temporalidad dada para ese fin). De tal manera, que la preclusión por un lado y el impulso procesal por otro, dan la idea del mecanismo o del desenvolvimiento de la relación procesal dentro de determinadas prescripciones temporales que se refieren a las etapas o fases procesales mencionadas.

(5) "Instituciones de Derecho Procesal Civil". Vol. III. Pág. 299.

(6) ALSINA. "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Mercantil". Vol. I, Pág. 454.

Igualmente, debemos estudiar la preclusión en aquellos procesos donde es observado el principio de "acumulación eventual". (7) Este principio se vale con mayor fuerza de la preclusión en el desarrollo de la relación procesal; por eso, las partes, en cada fase o etapa procesal, deben presentar todo el material de que han de servirse en lo sucesivo para no dejar precluir dicha facultad. Mediante este principio, se precisa a las partes a presentar eventualmente y en forma global todos sus ataques y defensas al señalárseles que deben hacerlo simultánea y no consecutivamente, no obstante que las alegaciones o elementos probatorios que presenten sean o no compatibles unos con otros. Así, el actor al presentar la demanda debe hacer mención a todos los elementos de hecho que considere oportunos, a hacer el ofrecimiento de todos los medios probatorios de que pueda disponer, etc. Por otra parte, el demandado al contestar debe rebatir de una sola vez los elementos de la causa sobre los cuales estuviere inconforme, alegar otros nuevos, presentando, al mismo tiempo, todas las pruebas que considere oportunas.

Este principio, se diferencia con aquellos que señalan un número determinado de fases o etapas procesales durante las cuales se desarrollan con mayor amplitud actividades distintas. Así, en nuestro derecho positivo, tenemos que el proceso dedica la primera fase o etapa procesal a formar la litis del negocio con los escritos de demanda y contestación, y, en su caso, con los de réplica y dúplica; la segunda, al ofrecimiento de pruebas; la tercera, a rendir las pruebas ofrecidas; la cuarta, a producir alegatos; la quinta, al pronunciamiento de la sentencia; y la sexta, a la ejecución; sin que perdamos de vista la posibilidad de agotar algún recurso entre las mismas etapas.

(7) WYNESS. "Obra Citada". Pág. 96.

CAPITULO II

7. Clasificación de las preclusiones: clasificaciones de Massari y de Manzini. 8. Modos en que se actualizan las preclusiones: I. Por su extensión, en absolutas y relativas, II. Por su origen, en explícitas e implícitas, y III. Por la forma, de oficio y a petición de parte. 9. Efectos de la preclusión en el proceso. 10. Efectos extraprocerales de la preclusión.

7. La preclusión procesal debe estudiarse en forma uniforme; es decir, de acuerdo con las cualidades específicas que la caracterizan, como son sus funciones, sus efectos, su naturaleza jurídica, etc., ya que no es posible concebirla fuera de las cualidades que la identifican plenamente en el proceso.

Algunos autores han estudiado este instituto procesal bajo distintos puntos de vista. Entre ellos tenemos a Massari y Manzini.

MASSARI (8) clasifica las preclusiones en absolutas y relativas: A) Absolutas, las que terminan con una situación jurídica en forma definitiva, siendo valedera para todas las fases del proceso, es decir, aquéllas afectan la totalidad del proceso; B) Relativas, las que únicamente afectan a un acto, fase o etapa procesal.

MANZINI (9) nos dice que las preclusiones, objetivamente consideradas, pueden ser: explícitas, implícitas, permanentes, temporales, absolutas y relativas. A) Explícitas, las que resultan del texto de la ley procesal; B) Implícitas, las que resultan del contexto de una o varias normas procesales; C) Permanentes, las que producen efectos permanentes en el proceso; D) Temporales, las que sólo producen sus efectos por un cierto tiempo; E) Absolutas, las que operan de pleno derecho; y F) Relativas, las declaradas a instancia de parte interesada.

(8) "Lineamientos del Proceso Penal Italiano". Pág. 260 y Sig.

(9) "Tratado de Derecho Procesal Penal". Pág. 278.

Considero que la clasificación de las preclusiones en permanentes y temporales es infundada, en virtud de las funciones prácticas y jurídicas que caracterizan a este instituto procesal. No es posible concebir las preclusiones temporales que, según el autor últimamente citado, se conceptúan como aquéllas que producen sus efectos por un cierto tiempo, es decir, las que afectan derechos procesales que en un determinado momento se encuentran impedidos para ejercitarse o hacerse valer en el proceso (con los efectos que normalmente puedan corresponderles), pero que, con posterioridad, pueden tener su realización en otro momento procesal, surtiendo, en esa forma, todos los efectos de que fueron privados con anterioridad.

Las preclusiones deben surtir sus efectos una vez que se producen, sin que puedan modificarse después; esto, para dar mayor precisión y seguridad al desenvolvimiento del proceso a través de todos y cada uno de los actos o fases procesales que lo integran y que se encuentran ligadas entre sí; de tal manera, que los actos o fases anteriores reflejan sus efectos a las posteriores hasta llegar al momento del pronunciamiento definitivo. Por lo cual, de no existir esa seguridad en las actuaciones anteriores a la resolución con que se concluye la relación procesal, por la existencia de preclusiones temporales, la estructura del proceso, que se define por la firmeza de los actos que la integran, caería por los suelos debido al desconcierto o a la inseguridad con que se realizarían los mismos actos procesales.

8. Por la extensión, por el origen y por la forma en que las preclusiones se actualizan en el proceso, las mismas pueden ser: absolutas y relativas, explícitas e implícitas y de oficio y a petición de parte.

I. Por la extensión de los efectos que producen, las preclusiones pueden ser *absolutas y relativas*: A) Absolutas, las que afectan a todo el proceso en general, es decir, aquéllas que definitivamente extinguen los derechos procesales de las partes interesadas para seguir promoviendo en la misma relación jurídica procesal. Esto puede suceder en la caducidad de la instancia o en la terminación del proceso por haberse dictado sentencia que ha causado ejecutoria y pasa a ser cosa juzgada. B) Relativas, aquellas que reflejan sus efectos extintivos a determinados derechos procesales que pueden ser ejercitados en una fase o etapa procesal, sin que esto quiera decir, que dichas preclusiones puedan tener efectos decisivos en el resto de la relación procesal; por ejemplo, el demandado que no contestó en tiempo la demanda, puede presentarse en juicio para ofrecer pruebas, así como para alegar sobre todas aquellas cuestiones que no estuvieren agotadas en el procedimiento;

II. En cuanto a su origen o en cuanto a su disposición en la ley procesal, las preclusiones pueden ser *explicitas e implícitas*: A) *Explicitas*, cuando en la misma ley se encuentran expresamente dispuestos los motivos (plazos, términos, condiciones, etc.) que extinguen los derechos procesales de las partes; así, una vez vencido el plazo concedido al demandado para contestar la demanda, se tendrán por perdidos los derechos que pudo ejercitar en tiempo y se mandará recibir el negocio a prueba. B) *Implícitas*, cuando la extinción de los derechos se obtiene por la interpretación de las disposiciones legales que regulan los actos procesales; por ejemplo, el demandado que omite referirse en su escrito de contestación y en el de réplica a determinados hechos aducidos por el actor, deja precluir su derecho para contradecirlos con posterioridad, ya que la omisión hace presumir la confesión de los mismos;

III. Por la forma en que las preclusiones se actualizan en el proceso, tenemos que pueden hacerse valer *de oficio y a petición de parte interesada*: A) *De oficio*, cuando el órgano jurisdiccional resuelve que el derecho procesal se encuentra extinguido, sea por una disposición explícita o implícita de la ley procesal, o porque él lo resuelve así de acuerdo con el arbitrio que tiene como autoridad en dicha relación. Para no abundar en ejemplos sobre las preclusiones que están explícitas o implícitamente dispuestas en la ley y que pueden declararse de oficio, me remito a los ejemplos anteriores; y como ilustración a la facultad que tiene el órgano jurisdiccional para declararlas de acuerdo con el arbitrio que la misma ley le confiere, puedo citar el caso del artículo 298 del C.P.C., en que por resolución judicial puedo limitarse el número de testigos ofrecidos por las partes, haciendo precluir el derecho que tienen para presentar la cantidad de testimonios que estimen o juzguen convenientes para la defensa de sus intereses. B) *A petición de parte*, quiere decir, que es necesario que una de las partes de la relación procesal haga la denuncia correspondiente, en el sentido de que el derecho ejercitado, o que puede ejercitar su contraria, se ha perdido por haberse realizado una condición o un hecho impositivo que prohíba dicho ejercicio; así, con fundamento en el artículo 31 del mismo Ordenamiento, el demandado debe denunciar la extinción de la acción intentada por el actor, debido a que con anterioridad y en diverso juicio no la hizo valer en la forma y términos prescritos (*infra*, n. 10).

9. De acuerdo con la anticipación hecha en punto diverso (*supra*, n. 3), manifiesto que la preclusión, como situación jurídica procesal, es susceptible de producir efectos jurídicos, mismos que pueden ser negativos o positivos, y, como consecuencia de ellos, actualizarse derechos, obligaciones y cargas procesales.

Se ha afirmado (10) que la preclusión es un concepto negativo, pero que a veces comprende actos que tienen carácter positivo; por lo cual, los efectos, igualmente, serán negativos o positivos según el caso. Por otra parte, JUAREZ ECHEGARAY, (11) al hablar de la cosa juzgada y de la preclusión, manifiesta, que uno de los efectos de la preclusión es impedir la renovación de las cuestiones planteadas, y, por lo tanto, modificar el contenido de la sentencia.

El efecto negativo de la preclusión lo tenemos en forma palpable en el caso de la consumación procesal, en virtud de la cual la parte que ha ejercitado el acto que la originó no puede volver a repetir en el mismo. Aquí, lo negativo del efecto se determina por la simple función ordenatoria y progresiva que caracteriza a la preclusión en el proceso que no permite un nuevo ejercicio del acto consumado. De ahí, que podamos decir, que el efecto producido sea puramente negativo, pues no da lugar a ninguna otra consecuencia que modifique el desenvolvimiento de la relación procesal. En resumen, el efecto negativo es aquél que imposibilita a la parte afectada a ejercitar un acto procesal debido a la existencia de un obstáculo jurídico.

El efecto positivo se presenta como correlativo al efecto negativo, ya que tomando en cuenta lo asentado con anterioridad, la preclusión eminentemente produce ambos efectos. El efecto positivo será la consecuencia procesal que, a favor de una de las partes, o bien, a favor de la seguridad de la relación jurídica procesal, se produzca por la existencia de impedimentos jurídicos para el ejercicio de un derecho procesal. Un efecto positivo lo tenemos en la sentencia definitiva que causa estado por falta de impugnaciones, y en virtud de la cual, el contenido de la misma no puede ser objeto de nuevas revisiones (efecto negativo). Aquí, el efecto positivo se actualiza por la terminación total de la relación procesal, mediante una resolución firme o inimpugnable que define la cuestión litigiosa a favor de una de las partes litigantes.

La preclusión es susceptible de originar derechos procesales como consecuencia del ejercicio, o bien, del no ejercicio de determinados actos procesales. Con relación a la existencia de la preclusión por el ejercicio de un acto, tenemos los fundamentos en que se basa la *adquisición procesal*; por la cual, una de las partes tiene el derecho de favorecerse de las actua-

(10) MIGUEL Y ROMERO. "Principios del Moderno Derecho Procesal Civil". Pág. 491.

(11) "Estudios de Derecho Procesal en Honor de Hugo Alsina". Pág. 353.

ciones de su contraria, que no puede, sin consentimiento de la primera, hacer el retiro de dicha actuación por el derecho que puede alegar sobre la misma. La adquisición procesal, tiene relación con la preclusión, en virtud de que una vez hechos valer los derechos de las partes, no puede retirarse en perjuicio o sin el consentimiento de la parte que puede resultar beneficiada.

En cuanto al no ejercicio de determinados actos procesales, igualmente puede nacer un derecho para una de las partes. Así, el derecho que tiene el actor cuando el demandado no contesta en tiempo la demanda, para que se tengan por presuntivamente confesados los hechos de su demanda, para exigir la apertura del período de ofrecimiento de pruebas, para que no se practique ninguna diligencia en busca del demandado, etc.

En la misma forma, la preclusión da lugar a la existencia de obligaciones procesales como consecuencia del ejercicio o de la omisión de determinados actos procesales. Como ilustración a la existencia de obligaciones procesales por el ejercicio de determinados actos procesales, tenemos el caso en que se encuentra cada una de las partes de respetar y mantener sus propias actuaciones, en virtud del derecho que asiste a su contraria para exigirselo en la medida que las mismas puedan resultarle beneficiosas. Por la omisión de los actos que provocan la existencia de obligaciones procesales, podemos citar el caso del perdedor en un juicio terminado por sentencia ejecutoriada, que se encuentra obligado a acatar la resolución o el mandato legal que se contiene en la misma.

Por último, la preclusión puede dar lugar a la existencia de cargas procesales en el desarrollo del proceso. Aquí, la carga procesal se alcanza y se comprende cuando se advierte que, aparte de otras consecuencias procesales, la parte que la soporta tiene que actuar para liberarse de ella por encontrarse amenazada con los perjuicios que trae aparejada la preclusión en sí. Por lo tanto, paralelamente a la existencia de la preclusión, como reguladora del proceso, encontramos a veces cargas procesales que, por su cumplimiento o por su inobservancia, significan una ventaja o consecuencia perjudiciales en el proceso, según el caso. Así, la carga procesal que tiene el demandado para contestar dentro del plazo de nueve días, se comprende por los perjuicios que implica la preclusión si aquella no se levanta dentro de dicho plazo. De la misma manera, la preclusión una vez actualizada puede implicar la existencia de cargas procesales, por ejemplo: una vez precluido el derecho del actor para desistirse de la demanda interpuesta, por oposición del demandado, surge la carga procesal que lo precisa a continuar promoviendo, para evitarse posibles perjuicios en el proceso por el impulso procesal que emana del demandado.

Corroborando la existencia de obligaciones y cargas procesales, nos dice CARNELUTTI (12) que obligación y carga tienen de común el elemento formal, consistente en el vínculo de la voluntad; pero difieren en el elemento substancial, porque cuando hay obligación el vínculo se impone para la tutela de un interés ajeno; en cambio, cuando se trata de una carga procesal, el vínculo se impone para la tutela de un interés propio.

10. Por otra parte, es pertinente estudiar los efectos extraprocesales de la preclusión. Desde luego, son excepcionales los casos en que se presentan, ya que esta institución se caracteriza por regular internamente la actividad que desenvuelve la relación procesal.

Al estudiar estos efectos, manifiesto, que no estoy de acuerdo con aquellos autores que sostienen que la preclusión únicamente produce sus efectos dentro del proceso en que se origina. Mi disensión se funda en que la preclusión puede afectar determinados derechos procesales que no fueron ejercitados en un proceso, de tal manera, que su no ejercicio o su ejercicio irregular extingue para siempre la facultad de hacerlos valer en cualquier otro proceso. Igualmente, por impedir que ciertos derechos ejercitados u omitidos en un proceso, se ejerciten en otro distinto.

Los efectos extraprocesales de la preclusión no deben confundirse con aquellos que produce internamente en el proceso, que no extinguen la facultad de ejercitar los derechos afectados en otro proceso ulterior o diferente; así por ejemplo, de acuerdo con el artículo 260 del C.P.C., el demandado que haya dejado de interponer reconvencción en contra del actor al contestar la demanda, hace precluir su derecho para hacerla valer en ese proceso, pero el mismo derecho no se extingue para ejercitarlo en juicio diverso, sea como acción o como excepción.

La razón de la diferencia estriba en que los derechos que resultan afectados por los efectos extraprocesales de la preclusión se extinguen para siempre, sin que sea posible su ejercicio en el proceso por el cual se extinguieron (precluyeron) o en cualquier otro. Como aceptación de estos razonamientos, en nuestra ley procesal, tenemos el artículo 31 que dice: "Cuando haya varias acciones contra una misma persona, respecto de una misma cosa y provengan de la misma causa, deben intentarse en una sola demanda; por el ejercicio de una o más quedan extinguidas las otras."

En esta disposición vemos claramente la existencia de los efectos extraprocesales de la preclusión, y, en virtud de ellos, se extinguen los derechos

(12) "Obra citada". Tomo II. Pág. 83.

que no fueron ejercitados en forma o en unión con aquellos que guardan íntima relación y que comprenden una relación procesal; de ahí, que su omisión y la existencia de la relación procesal, traiga consigo la extinción definitiva de los mismos, sin que sea posible hacerlos valer en esa relación o en otro proceso distinto.

Ahora, con relación a los efectos extraprocesales que extinguen toda posibilidad de ejercitar en otro proceso los derechos omitidos o hechos valer en una determinada relación, podemos decir, que en algunos casos se impide ese ejercicio en virtud de que los derechos en cuestión han sido resueltos definitivamente y no son susceptibles de provocar otro pronunciamiento en juicio diverso.

Como ilustración, tenemos la disposición de la fracción III, del artículo 137 bis del C.P.C., que prescribe, con relación a la caducidad de la instancia, que las resoluciones firmes recaídas sobre cuestiones de competencia, litispendencia, conexidad, personalidad y capacidad de los litigantes, regirán en el juicio ulterior si se promoviere; igualmente, las pruebas rendidas en el juicio extinguido por la caducidad podrán ser invocadas en el nuevo, siempre que se promuevan y se precisen en forma legal.

Con base en esta disposición puede afirmarse que la preclusión aunque esté destinada a producir únicamente sus efectos en el proceso actual y en trámite, indirectamente puede surtir efectos en otro juicio, ya que las cuestiones resueltas implican la preclusión de ciertos derechos que ya no pueden ser utilizados en un juicio posterior. Por lo tanto, si esas resoluciones no fueron impugnadas en el juicio caduco y rigen en el juicio ulterior, es inconcuso que no puedan impugnarse en el segundo proceso, debido, precisamente, a la preclusión que se actualizó sobre los derechos correspondientes desde el primer proceso, lo que dio lugar a que las mismas resoluciones adquirieran el carácter de sentencias con fuerza de cosa juzgada (formal).

De la misma manera, y con relación a los medios probatorios, podemos decir, que las pruebas rendidas y desahogadas en el proceso caduco podrán hacerse valer en el proceso ulterior, sin que el adversario del oferente las impugne u objete aprovechando el segundo proceso, ya que la recepción de tales medios probatorios hizo precluir el derecho para presentar impugnaciones u objeciones con posterioridad. Así, por ejemplo, si una de las partes en el proceso caduco rindió una testimonial y su contraria no formuló repreguntas o, inclusive, no tachó a los testigos, es obvio que no podrá hacerlo en el proceso ulterior si la parte interesada en ella la ofrece nuevamente, ya que su derecho precluyó desde el primer proceso.

CAPITULO III

Estudio de la preclusión en la doctrina. Opiniones de: 11. Prieto-Castro. 12. Alsina. 13. Massari. 14. Wyness. 15. Chiovenda. 16. Pannain. 17. Couture. 18. Pallares. 19. Castillo Larrañaga y Rafael de Pina.

La preclusión, como extinción de derechos o facultades procesales, ha recibido, en términos generales, un tratamiento similar por parte de los autores que se han ocupado de ella. Sin embargo, en cuanto al origen, características y efectos que produce, podemos observar diferencias notorias entre los mismos.

Las principales semejanzas y diferencias podemos estudiarlas a través de las observaciones realizadas por los siguientes procesalistas:

11. PRIETO-CASTRO (13) nos habla del principio preclusivo cuando se refiere al orden de los actos procesales, que se observa, según él, debido a la preclusión que amenaza las facultades al emplearse tardíamente los medios de ataque y de defensa, ya que las fases de un proceso (alegaciones, pruebas, vistas o conclusiones) son preclusivas.

Igual criterio mantiene cuando trata la importancia del tiempo en el proceso, al manifestar, que es un factor determinante para la oportunidad de los actos, desde el momento en que, pasada la fase o etapa que la ley destina para cada actividad, no es posible realizar el acto; de ahí, que transcurrido el plazo improrrogable o ya prorrogado, o pasado el momento señalado como término, queda el derecho extinguido o perdido (es decir, precluido).

En la misma forma, hace notar la existencia de la preclusión en el proceso cuando se ha hecho la citación para sentencia, que significa la terminación definitiva del debate sobre el cual versará la sentencia. Por último,

(13) "Manual de Derecho Procesal Civil". Tomo I. Pág. 256 y Sig.

la refiere a la cosa juzgada formal en cuanto que el juez no puede alterarla ni las partes impugnarla, por encontrarse precluidas definitivamente todas las alegaciones posibles.

La crítica que puedo elaborar en contra de este autor, es que trata el instituto procesal en forma superficial, resultando, como consecuencia, insuficiente su concepción por reducirla únicamente al orden y a la temporalidad de los actos procesales, sin penetrar en los demás orígenes, características y funciones que lo identifican en el proceso.

12. Por las mismas causas es insuficiente el estudio de ALSINA, (14) ya que trata la preclusión referida únicamente a la consumación procesal, a los plazos y términos procesales y a la cosa juzgada. Al igual que el autor antes citado, nos manifiesta que "la relación procesal se desarrolla por etapas, de modo que los actos procesales deben ejecutarse en un orden determinado... de tal manera, que los actos procesales cumplidos quedan firmes y no puede volverse sobre ellos. Esto es lo que constituye la preclusión: el efecto que tiene un estadio procesal de clausurar el anterior." En cuanto la refiere a los plazos y términos procesales, nos dice que la oportunidad de impulsar el procedimiento requiere una regulación en el orden del tiempo; lo cual supone, la fijación de un límite en la duración de cada estadio, mismos que deben realizarse en un cierto tiempo porque de lo contrario no podría hablarse de preclusión. Por último, cuando la relaciona a la cosa juzgada, nos dice "que la incontestabilidad de la sentencia definitiva supone la preclusión del derecho a impugnarla tanto en sus efectos como en su contenido, es decir, que no se admite contra ella recurso alguno ni puede renovarse la discusión de las cuestiones que ella resuelva. Desde este punto de vista la preclusión es un elemento de la cosa juzgada."

13. Considero más completo el estudio de MASSARI. (15) Nos dice que la preclusión puede originarse o actualizarse en el proceso por las siguientes causas: en primer lugar, por el no ejercicio o por el ejercicio irregular de facultades procesales; en segundo lugar, por la imposibilidad de conciliar una actividad o facultad legítimamente ejercitada con la que se pretende ejercitar; y, en tercer lugar, por el carácter irrevocable de un acto derivado del órgano jurisdiccional.

Para ilustrar su anterior postura, agrega: si no se impugna una actuación dentro del plazo perentorio (no prorrogable), existe preclusión por omisión.

(14) Obra citada. Pág. 260 y Sig.

(15) Obra citada. Pág. 260 y Sig.

Ampliando el contenido de este ejemplo, nos dice: cuando la ley permite el ejercicio de aquella facultad, de esa omisión puede nacer la cosa juzgada, si no se impugna en tiempo y forma la sentencia respectiva, salvo los casos en que la ley procesal concede la restitución en término. Igualmente, señala que se actualiza la preclusión cuando no se observan las formas o los términos indicados por la ley y, además, cuando no se acata el orden procesal de los actos; de ahí que se origine la preclusión respecto de las cuestiones no deducidas en el momento oportuno, o sea, fuera del orden temporal que a cada acto, fase o etapa procesal le corresponde en el proceso.

Este autor, para concluir con su recordatorio, llega al extremo definitivo y lógico cuando atribuye a la preclusión funciones ordenatorias y sancionatorias, al decir que 'cuando no obstante haberse verificado la preclusión, son ejercitadas actividades procesales que no pueden serlo, los actos realizados son acreedores a sanciones de inadmisibilidad y deben considerarse inexistentes'.

14. WYNESS, (16) al estudiar la preclusión, nos dice que la literatura jurídica alemana no ha dado un nombre particular a este instituto, por lo cual, de acuerdo con la relación que tiene con las fases o etapas en que se divide el proceso es de llamarse, por brevedad, preclusión por fases.

Por lo anterior, nos damos cuenta que es muy reducido el conocimiento que tiene este autor sobre la preclusión de los actos procesales; por lo cual, no nos extraña que sus ejemplos se refieran únicamente a la preclusión en el período de prueba, de alegaciones y de aquel en que se hace la citación para sentencia definitiva.

La cita de este procesalista sólo me sirve para acreditar que algunos autores pasan por alto los aspectos principales que identifican al instituto que me ocupa, y sólo tratan de estudiarlo de acuerdo con aquellas manifestaciones que sobresalen, como puede ser la ordenatoria en cuanto a las fases o etapas en que se divide el proceso, sin tomar en cuenta las demás características que lo configuran debidamente.

15. CHIOVENDA (17) manifiesta que "la preclusión consiste en que después de la realización de determinados actos o del transcurso de ciertos términos queda *precluso* a la parte el derecho de realizar otros actos procesales determinados, o, en general, actos procesales". Dice, además, que

(16) *Obra citada*. Pág. 96 y Sig.

(17) "Principios de Derecho Procesal Civil". Tomo II. Pág. 357.

la preclusión se produce en los procesos que se encuentran divididos en períodos o estadios sucesivos, afirmando que todo proceso se sirve de algún modo de la preclusión o cuando menos de la *somma preclusión*, que consiste en el paso a cosa juzgada de la sentencia de fondo.

El mismo autor nos manifiesta (18) que el proceso se vale de la preclusión para evitar cualquier acto superfluo o innecesario; para no repetir en cosas consumadas; para castigar cualquier negligencia y para garantizar el orden legal que corresponde a todo proceso, así como su rápida ejecución. Que, como extinción de una facultad procesal, la preclusión se produce por el hecho de: "a) No haberse observado el orden señalado por la ley . . . ; b) Por haberse ejercitado un acto que es incompatible. . . , y, c) por haberse ejercitado ya una vez válidamente la misma facultad . . ."

De acuerdo con las causas que pueden dar origen a la existencia de las preclusiones (*supra*, n. 3), las que señala este autor resultan insuficientes, ya que no toma en consideración que igualmente puede presentarse por el ejercicio irregular de derechos procesales, y, además, cuando los actos jurídicos adquieren el carácter de irrevocables.

Por otra parte, manifiesto que me apego a su opinión, en cuanto expone que la preclusión puede dar lugar al nacimiento de un derecho, pero más corrientemente puede nacer una situación jurídica que produce efectos con el concurso de otras circunstancias procesales. Sin embargo, difiero de él, cuando afirma que la preclusión sólo produce efectos en el proceso en que se producen, en virtud de que, como hemos visto, puede producir efectos extraprocesales (*supra*, n. 10).

Debe igualmente admirarse y acatarse la postura de este ilustre procesalista, cuando manifiesta que "la preclusión de cuestiones es un simple medio para asegurar el orden y la rapidez del desenvolvimiento del proceso", ya que tiene como fin ordenar la relación procesal, eliminando los obstáculos que se oponen a una rápida y legal terminación del mismo proceso; por lo cual, como manifiesta, deben establecerse límites a las posibilidades de discusión de la causa, lo que favorece que la sentencia firme impida un nuevo examen de las cuestiones por ser la base práctica para la eficacia de la cosa juzgada.

16. PANNAIN (19) realiza un agudísimo estudio sobre la preclusión con relación a la decadencia y a la inadmisibilidad. En cuanto al instituto

(18) Obra citada. Vol. III. Pág. 299 y Sig.

(19) "Las Sanciones de los Actos Procesales". Nápoles, 1933. Pág. 469 y Sig.

que tratamos, manifiesta que es un impedimento para el ejercicio de la actividad procesal, originado por una actividad positiva o negativa que se ha actualizado y con la cual es incompatible dicho ejercicio, agotando ahí su cometido en el proceso. Es decir, confiere únicamente a la preclusión la característica de ser un factor de índole logicojurídica, que obstaculiza una pretensión actual por encontrarse en contradicción con la actividad que fue realizada con anterioridad por el mismo sujeto de la relación procesal.

En cuanto a las diferencias y semejanzas que la preclusión tiene con la decadencia, señala que son conceptos completamente diferentes, no obstante que las dos implican la extinción de un derecho o la pérdida de una actividad procesal, es decir, tienen de común la negación del efecto jurídico que se pretende con el derecho o con la actividad que se extingue o se pierde. La diferencia, en breves palabras, la hace consistir en que la preclusión es debida a la mencionada incompatibilidad con la actividad precedente, y la decadencia, en cambio, a la clausura o al transcurso infructuoso de los plazos; de ahí, que no hay ninguna razón para confundir la decadencia con la preclusión, desde el momento en que corresponden a situaciones diferentes y por tener razones distintas para la existencia en el proceso.

Con relación a la inadmisibilidad, manifiesta que ésta se debe a la nulidad procesal provocada por los defectos o por los vicios de que puede adolecer un acto procesal, el cual no puede ser procedente en la relación por no satisfacer los requisitos necesarios para ello; por lo tanto, es contraria a la preclusión, en virtud de que ésta implica la perfección de los actos aunque no surtan efectos por las razones indicadas anteriormente. De tal manera que la nulidad sea por un vicio del acto y la preclusión una veda impuesta al sujeto procesal interesado. Por otra parte, señala como semejanza, que tanto la inadmisibilidad como la preclusión prohíben el ejercicio de los actos afectados o incompatibles, según el caso; así, cuando el derecho procesal que ha precluido se ejercita o se pretende ejercitar procede el desechamiento o la inadmisibilidad del mismo por no ser propio para que surta efecto procesal.

El estudio que realiza este autor es criticable en el sentido de que la decadencia, como transcurso infructuoso de los plazos o términos procesales, siempre produce la preclusión de los derechos que no fueron ejercitados dentro del plazo o en el término señalado; por lo que, sin asemejarlas por sus características especiales, los efectos son los mismos, ya que producen la pérdida o extinción de derechos o facultades procesales. Ahora, con relación a la inadmisibilidad, la situación no tiene mayor problema, pues he-

mos considerado que al igual que se produce la preclusión por la decadencia, en la misma forma se presenta por la inadmisibilidad, cuando los actos son nulos porque no satisfacen los requisitos exigidos por la ley. Por lo tanto, y para terminar, hago notar que el estudio de este autor queda incompleto cuando no refiere la producción de la preclusión por haberse ejercitado válidamente una actividad procesal (consumación procesal) y por el carácter irrevocable que pueden adquirir determinados actos jurídicos en el proceso.

17. COUTURE (20) refiere el principio de la preclusión a la clausura que a cada fase o etapa procesal corresponde por el desarrollo del proceso, mismo que se da por el trámite que tienen los períodos que lo integran cuando transcurren los plazos o los momentos en que los actos deben ejercitarse; de tal manera, que al consumarse dichas etapas o fases procesales no es posible lograr su reapertura.

Al definir la preclusión como la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal, la hace derivar, como CHIOVENDA, de tres situaciones: por la inobservancia del orden o de la oportunidad dada por la ley para realizar un acto; por haberse cumplido una actividad incompatible con otra que se pretende ejecutar; y por haberse ejercitado válidamente una facultad procesal.

La equivocación que se hace notar en la exposición de este autor, es que afirma que la preclusión no es un instituto único e individualizado, sino más bien una circunstancia atinente a la misma estructura del proceso (supra, n. 5), ya que, como he manifestado con anterioridad, el hecho de que la preclusión se sirva de otros principios o instituciones, no le quita la categoría de ser un instituto procesal autónomo y con naturaleza jurídica propia. Desde el punto de vista del autor, ninguna institución o principio procesal es capaz de alcanzar el grado de único o individual en el proceso; así tendríamos que la cosa juzgada, como institución jurídica, por servirse de la preclusión, del principio de congruencia en las sentencias, etc., no podría ser un instituto único o singular del proceso. Por lo cual, considero que la relación o el servicio que pueda tener un principio o una institución procesal de los demás, no puede quitarle el carácter *sui generis*, cuando sus propios orígenes, características o funciones lo configuren en forma particular.

18. Dentro de los tratadistas mexicanos tenemos a PALLARES (21) que se ha ocupado de la preclusión. Nos dice que "es la situación procesal que se

(20) Obra citada. Pág. 194.

(21) Obra citada.

produce porque alguna de las partes no ha ejercitado oportunamente y en forma legal alguna facultad o derecho procesal". Igualmente manifiesta, que la preclusión es una de las características del proceso por la que se obtiene un orden determinado de los actos, que haya diversas etapas destinadas a actividades procesales diferentes y que los actos se ejerciten en forma legal. Al igual que CHIOVENDA, nos dice "que la cosa juzgada produce una preclusión máxima"; de tal manera, que, como última preclusión en el proceso, significa que el juicio ha concluido por sentencia ejecutoriada que no admite reapertura sobre las cuestiones resueltas en la misma.

El comentario que podemos hacer de esta exposición, es en el sentido de que es una concepción incompleta de este instituto procesal, al dejar de comprender algunos aspectos que lo definen e identifican en el proceso. Al presentar esta crítica, manifiesto que la obra consultada no está destinada a comprender la totalidad de los aspectos que caracterizan las materias incluidas en ella; de ahí que considere muy atinada la reserva con que se recomienda la consulta del "Diccionario" como parte de la bibliografía para el estudio del Derecho Procesal.

19. CASTILLO LARRAÑAGA y RAFAEL DE PINA (22) en la misma forma se ocupan del estudio de este instituto, manifestando, que "se emplea para designar el efecto producido en un proceso cuando se deja pasar, sin utilizarlo, el momento señalado por la norma que lo rige para realizar un determinado acto". Agregan, además, que las normas procesales no sólo regulan las formas de los actos sino también el momento en que deben realizarse, ya que las partes no están facultadas para ejercitar los actos que les corresponden en el momento que elijan.

Por otra parte, hacen notar, que la distribución del proceso en períodos o fases diferentes obliga a las partes a ejercitar sus actos en cada una de dichas fases, dentro de las temporalidades señaladas para las mismas. Apoyados en CHIOVENDA, afirman, que la preclusión tiene una relación muy estrecha con el factor tiempo, dada la oportunidad con que deben ejecutarse los actos procesales. Igualmente sostienen que la preclusión obra en dos momentos; antes de la sentencia, o sea hasta la citación para oír sentencia, y después de sentencia, cuando transcurre el plazo para impugnarla, o después de que recaiga sentencia definitiva que resuelva dicha impugnación.

(22) "Instituciones de Derecho Procesal Civil". Cuarta Edición. México, 1958. Pág. 187 y Sigs.

La crítica que de inmediato se endereza en contra de los tratadistas que comentamos, es en el sentido de que sus estudios son demasiado someros, y, por consecuencia, insuficientes, dadas las razones que he esbozado como explicación a los orígenes, a las características, a las funciones, así como a los efectos que comprende este instituto; por lo cual, y para no repetir explicaciones sobre dichas insuficiencias, me remito a las manifestaciones que he hecho con anterioridad. Por otra parte, es de criticarse, en la misma forma, las exposiciones que presentan cuando asientan, al igual que CHIO-VENDA, que la preclusión sólo produce efectos en el proceso donde se origina.

CAPITULO IV

20. La preclusión con relación a los actos procesales. 21. En los actos procesales de las partes. 22. En los actos procesales del órgano jurisdiccional. 23. En actos procesales de terceros.

20. Dentro de los actos procesales se encuentran los actos de las partes y los actos del órgano jurisdiccional, así como los actos de terceros que no tienen la categoría de partes, como son los que realizan los testigos, peritos, etc. Por lo cual, los actos procesales se derivan de manifestaciones que, voluntariamente y por interés propio, o en cumplimiento de una obligación, realizan las partes, el órgano jurisdiccional y los terceros que intervienen en un proceso determinado.

PALLARES (23) define el acto procesal como “todo acto voluntario verificado en un proceso por las partes, por el órgano jurisdiccional o por un tercero, que tiene efectos jurídicos inmediatos en la relación procesal, sea que la modifique, la extinga, la suspenda o impulse su desarrollo”.

Ahora bien, si como hemos apuntado, en la relación procesal se realizan un conjunto de actos jurídicos ejecutados por los sujetos que se encuentran comprometidos en dicha relación o en el proceso que la contiene, debemos estudiar, en forma separada, los actos de las partes, los actos del órgano jurisdiccional y los actos de terceros que eventualmente pueden intervenir, con el fin de relacionarlos con la preclusión que es el tema que nos interesa.

21. Los actos procesales de las partes pueden calificarse de lícitos o ilícitos, según se ajusten o conformen con las normas procesales o, aun saliendo de nuestro campo, con las normas penales correspondientes.

Los actos ilícitos deben ser inoperantes en el proceso en que se consumen, una vez que se compruebe su ilicitud, debiéndose evitar por todas las

(23) Obra citada.

formas posibles los efectos o resultados a que iban dirigidos en la relación procesal. Su realización debe ser sancionada mediante el uso de las medidas disciplinarias que regularmente se encuentran dispuestas en la ley procesal, o bien, con las penas que establezca la legislación penal respectiva. De ahí que los actos ilícitos procesales no deben tener ninguna relevancia para el proceso y, menos aún, para el objeto perseguido, aparte de que perjudican evidentemente el avance o el desarrollo normal de la relación procesal.

CASTILLO LARRAÑAGA y DE PINA (24) al referirse a los actos ilícitos, manifiestan, que las leyes procesales contienen disposiciones que tienden a prevenir y a procurar, en su caso, el castigo de esta clase de actos, pero cuando constituyen delitos su sanción compete a los órganos de la jurisdicción penal. Ahora bien, si se trata de actos no delictivos, aunque ilícitos, la sanción la hará efectiva el órgano jurisdiccional que conozca en el proceso civil del acto o de los actos mencionados.

Sin embargo, excepcionalmente la preclusión de ciertos derechos puede significar un obstáculo insuperable para revocar o anular determinadas situaciones producidas por actos procesales ilícitos; así, cuando los mismos actos han quedado firmes por desconocimiento de las autoridades competentes o por el consentimiento de la parte que, percatándose de ellos, acepta tácitamente los perjuicios o los agravios que le causen; igualmente, puede operar la preclusión una vez que la acción penal correspondiente ha prescrito y, en forma correlativa e independientemente a dicha extinción, ha quedado firme el acto ilícito por falta de impugnaciones a la sentencia que definitivamente resolvió la litis en lo principal y que quizá tomó en cuenta el acto mencionado.

Los actos procesales lícitos merecen mayor atención, no sólo porque son los comunes y propios en el desarrollo de la relación, sino porque son los que producen el desenvolvimiento normal del proceso y, por tal motivo, pueden relacionarse más ampliamente con el instituto que me ocupa.

Los actos procesales lícitos de las partes tienen como causa el interés o la necesidad de la tutela jurídica concreta que se solicita (25). Estos actos pueden presentarse en el proceso en forma pura y simple, o bien, en forma condicionada a la realización de otras circunstancias procesales. Por ejemplo: cuando el demandado, ad-cautelam y de acuerdo con el principio de eventualidad, contesta la demanda al mismo tiempo que opone la excepción

(24) Obra citada. Pág. 202.

(25) PRIETO-CASTRO. Obra citada. Tomo I. Pág. 262.

procesal de falta de personalidad del actor, que debe resolverse previamente y como incidente (Arts. 36 y 43 del C.P.C.).

Para que surtan los efectos normales que les corresponden, los actos que nos ocupan deben reunir los siguientes requisitos para no provocar la preclusión de los derechos que implican:

I. Que revistan todas las formalidades exigidas por la ley. Esto quiere decir, que todos los actos deben tener una determinada forma al exteriorizarse para que surtan válidamente sus efectos; así la necesidad de la escritura, cuando los procesos son escritos, la necesidad de usar el idioma oficial en los mismos si así lo dispone la ley, o la necesidad de manifestar una cierta precisión en los elementos y consideraciones que se esbozen para relacionarlos con otros actos o simplemente con la causa que se tramita. En resumen, las formalidades deben observarse necesariamente, ya que de lo contrario los actos son inadmisibles o, admitidos, desechables, trayendo, por consecuencia, la preclusión de los derechos que se pretendieron ejercitar en la relación procesal. Por lo tanto, la necesidad de observar determinadas formalidades en la ejecución de los actos procesales, es una carga que incumbe a las partes interesadas y de cuya liberación depende el éxito o la ineficacia del acto;

II. Que los actos sean ejecutados dentro de las temporalidades que les hayan sido fijadas. Con este requisito caemos en el campo de los plazos y de los términos procesales, mismo que ya he tratado con anterioridad; por lo tanto, considero que es inútil repetir las mismas consideraciones que patentizan la existencia de la preclusión de los derechos procesales cuando no se acata el lapso temporal procesal concedido para el ejercicio de los mismos (Supra, n. 3, inciso a).

Sin embargo, creo que es preciso hacer un breve señalamiento de lo que impropriadamente se ha llamado "preclusión elástica de las deducciones" (26), con lo cual se quiere expresar que las partes, en el caso particular, tienen el derecho de presentar deducciones no aducidas en la etapa o fase procesal correspondiente o en el momento oportuno, con el fin de beneficiarse en cuanto resulten apropiadas para la justa resolución de la causa. Así, y de acuerdo con los artículos 98, 99 y 294 del C.P.C., cualquiera de las partes, hasta antes de la citación para sentencia definitiva, puede presentar los elementos probatorios necesarios para defender sus propios intereses, siempre

(26) PIERO CALAMANDREI. "Instituciones de Derechos Procesal Civil". Volumen I.
Pág. 366.

que la presentación se sujete a alguna de las hipótesis que en la primera y última de las disposiciones citadas se regulan.

El sentido de esa impropia expresión conduce a pensar que las preclusiones pueden ser rígidas o elásticas, o bien, temporales o perpetuas, cosa que ya está debidamente analizada y criticada (*Supra*, n. 7). Lo que debe entenderse, al manifestarse que es posible presentar deducciones fuera del momento procesal oportuno, no es precisamente la existencia de preclusiones elásticas, sino la existencia del derecho que tienen las partes para hacer declinar el orden que corrientemente establece la ley procesal para la tramitación de los procesos en general, ya que con dicho ejercicio la actividad jurisdiccional puede desarrollarse más apegada a la justicia.

Ahora bien, si la preclusión surte sus efectos de inmediato y en forma definitiva en la relación procesal, debemos pensar que esa preclusión elástica a que se refiere el autor citado, no es una verdadera preclusión de derechos, sino una regulación especial de la ley procesal para casos excepcionales; de ahí que esas deducciones que se consideran como extemporáneas tengan su propia regulación jurídica y una determinada temporalidad para hacerse valer en el proceso (hasta antes de la citación para definitiva), misma que, si no es respetada, indiscutiblemente hace precluir los mencionados derechos procesales. En resumen, las deducciones referidas pueden precluir y dichas actuaciones no pueden considerarse como una elasticidad de la preclusión, tanto porque ésta no las comprende en el momento anterior, como porque expresamente se encuentren reguladas para hacerse valer en distinto momento procesal;

III. Que los actos cumplan con un orden determinado, mismo que se refiere al avance procesal y a la afinidad que deben tener con la causa que se tramita. De tal manera, que no deben admitirse los actos que tiendan a dilatar el avance procesal, sea porque los mismos ya fueron consumados, o sea porque no deben ejercitarse por el desenvolvimiento mismo que exige la relación procesal. Igualmente, no deben admitirse los actos que no sean afines al litigio, sea porque ya se han ejercitado actos contrarios o contradictorios, o, simplemente, porque son incompatibles y no correspondan a la causa materia del proceso (*supra*, n. 3).

Así, la preclusión de derechos procesales que son contrarios al avance o a la afinidad de la relación, repiten, respectivamente, en la consumación procesal de los actos que ya fueron ejercitados válidamente con anterioridad o porque el acto que se pretende ejercitar debió ejecutarse con anterioridad, es decir, en diversa etapa que quedó consumada por los actos que sucesivamente fueron realizados; o bien, porque los actos son contrarios o contra-

ditorios, son actos ejecutados con anterioridad y que a la fecha, en que se pretenden ejercitar los últimos, han surtido efectos procesales, o porque el acto que se pretende ejercitar en un momento determinado no es afín a la causa o al negocio que se ventila en la relación procesal, y

IV. Que los actos que se pretenden ejercitar no se opongan a los actos que ya no pueden ser revocados o modificados. Este requisito obedece a que determinados actos procesales deben tener la firmeza suficiente para asegurar los efectos jurídicos que reflejan en la relación donde fueron ejercitados. Los efectos pueden producirse, en términos generales, en beneficio de las partes o en beneficio de la causa que se tramita o que se ha concluido. Los beneficios que reportan a las partes se localizan en los derechos que se adquieren por el ejercicio de los mismos, impidiendo la facultad de revocarlos o modificarlos en perjuicio de una de las partes litigantes; igualmente, dichos efectos pueden producir obligaciones y cargas procesales, mismas que, al igual que los derechos procesales, ya he estudiado con anterioridad (*supra*, n. 9).

Ahora bien, con relación a los efectos producidos en beneficio de la causa, puedo manifestar, que hay determinados actos, generalmente emanados del órgano jurisdiccional, que no pueden ser recurridos o impugnados por la naturaleza misma del negocio que se tramita, o bien, por que éste se ha concluido con una resolución definitiva que tuvo en consideración los derechos alegados; de tal manera, que la resolución y los actos procesales anteriores a ella deben considerarse firmes y, en consecuencia, extinguidos los derechos de las partes para impugnar el resultado del juicio.

22. Dentro de los actos jurídicos procesales emanados del órgano jurisdiccional, tenemos, en forma particular, los actos materiales y las resoluciones, con los cuales se tiende a proveer el desenvolvimiento normal de la relación jurídica procesal, así como a la conclusión de la misma.

Con los actos materiales y las resoluciones, el órgano jurisdiccional lleva a cabo la dirección y la ejecución de la relación dentro de los cauces previstos por la ley, o bien, dentro de las disposiciones que emanan de su recto criterio.

Como en el punto anterior, considero que es preciso hacer notar, aunque sea brevemente, que los actos del órgano jurisdiccional pueden ser lícitos o ilícitos, según sea su apego a la ley o a la justicia que debe inspirar al juzgador. Al respecto, cuando CARNELUTTI (27) trata los actos lícitos

(27) "Instituciones del Proceso Civil". Volumen I. Pág. 433.

e ilícitos, nos dice que los actos ilícitos pueden tener también naturaleza procesal (como los lícitos), de allí que puede existir también ilicitud procesal, como puede ser la sentencia dolosa. Igualmente, podemos decir, que pueden existir otros actos o resoluciones no definitivas que pueden ser pronunciadas dolosamente en perjuicio de una o de las partes o de los terceros intervinientes en la relación procesal. Ahora, con relación al instituto que tratamos, manifiesto, que el acto o la resolución dolosa o ilícita puede precluir cuando es consentida, sea porque no se haya hecho la impugnación correspondiente usando los recursos de la ley procesal, o sea, porque no se hizo la denuncia ante las autoridades competentes.

Al entrar al estudio general de los actos y resoluciones procesales, lícitas provenientes del órgano jurisdiccional, nos encontramos con los actos materiales que, aunque tienen menor importancia que las resoluciones, son susceptibles de producir la preclusión de aquellos derechos procesales que se actualizan o se originan por la ejecución de los mismos. Así, las certificaciones, las compulsas, las inspecciones oculares, las ejecuciones, etc., como actos materiales, realizados por el titular del órgano jurisdiccional o por los subalternos o auxiliares (secretario de acuerdos, actuarios), pueden, aunque sean excepcionales los casos, hacer precluir determinados derechos o facultades por su sola consumación. Así, por ejemplo, si en una inspección ocular una de las partes interesadas no hizo las observaciones que le convenían, el derecho que existió muere por la sola consumación del acto, que no puede volver a realizarse después de agotarse su temporalidad en el proceso.

Los actos del órgano jurisdiccional que presentan mayor importancia son las resoluciones, ya que con ellas se provee en forma más eficaz el desarrollo y la clausura de la relación jurídica procesal. Ni en la doctrina ni en las legislaciones procesales se ha presentado un estudio o un tratamiento uniforme sobre el contenido o sobre las clasificaciones que pueden hacerse de las resoluciones judiciales. Por tanto, y en vista de esa falta de concordancia o uniformidad, me concretaré a hacer el estudio de la preclusión relacionándola a las clases de resoluciones que señala el Código de Procedimientos Civiles en vigor para el Distrito y Territorios Federales en su artículo 79. Esta disposición las clasifica en: a) Simples determinaciones de trámite que se llaman *decretos*. b) Determinaciones que se ejecutan provisionalmente y que se llaman *autos provisionales*. c) Decisiones que tienen fuerza de definitivas y que impiden o paralizan definitivamente la prosecución del juicio, y se llaman *autos definitivos*. d) Resoluciones que preparan el conocimiento y decisión del negocio ordenando, admitiendo o

desechando pruebas, y se llaman *autos preparatorios*. e) Decisiones que resuelven un incidente promovido antes o después de dictada la sentencia, que son las *sentencias interlocutorias*. f) *Sentencias definitivas*.

A) Lo que el legislador ha denominado decreto según el artículo 79 citado, ha creado una verdadera confusión, en virtud de que no puede partirse de una base firme para su estudio. DE PINA Y LARRAÑAGA (28) nos dicen que son todas aquellas resoluciones que no están expresamente incluidas en los demás apartados del citado precepto. Igualmente manifiestan, que esas simples determinaciones de trámite pueden consistir desde las disposiciones que ordenan unir a los autos algún documento o escrito, o hacen saber un cómputo o informe, hasta las resoluciones que pueden dar o no entrada a una demanda.

Por las consideraciones anteriores, puedo manifestar, que son escasos los actos procesales que, comprendidos dentro de los decretos, sean suficientes para hacer precluir derechos procesales; sin embargo, y por la posibilidad de su existencia, la parte o las partes interesadas en esas determinaciones de trámite, deben presentar la correspondiente impugnación cuando sean agraviadas por esas resoluciones, con el fin de que sus derechos no se extingan por la firmeza que pueden adquirir las mismas. Así, por ejemplo, la parte que resulte perjudicada por el auto que apruebe un cómputo, debe remediarlo en forma inmediata, ya que de lo contrario su derecho a objetarlo quedará precluido y, en consecuencia, sujeta a la temporalidad que fue señalada.

B) Con relación a las determinaciones que se ejecutan provisionalmente y que reciben el nombre de autos provisionales, puedo decir, que son aquellas que se realizan a petición de una de las partes, sin audiencia de la otra, para proveer medidas provisionales o de seguridad, como es el caso del arraigo de una persona o del secuestro de bienes. En virtud de que los autos provisionales pueden ser modificados o revocados en acto posterior por sentencia interlocutoria o definitiva, cuando cambien los motivos por los cuales fueron dictados, no son susceptibles de hacer precluir derechos procesales, dada la permanencia indefinida que caracteriza a la preclusión. Así, cuando se haya resuelto, como acto perjudicial, el secuestro de bienes propiedad del demandado, es factible que éste destruya en cualquier momento la determinación probando que tiene bienes suficientes para garantizar el éxito de la demanda.

(28) Obra citada. Pág. 281.

C) Los autos definitivos, como señala el legislador, son decisiones que tienen fuerza de definitivas que impiden o paralizan definitivamente el juicio. En el presente caso, la relación que tienen estas resoluciones con el instituto de la preclusión es clara y no presenta duda alguna; de tal manera, que la resolución dictada con los efectos indicados (impeditivos o extintivos de la relación procesal) hace precluir cualquier derecho de las partes, siempre y cuando no se interpongan las impugnaciones correspondientes, cuando la ley conceda recursos en contra de las mismas. Así, por ejemplo, el auto que deniega la apertura de la instancia solicitada por el actor cuando el juez o tribunal se declaran incompetentes, o bien, el auto que resuelve la caducidad de la instancia, cuando ha transcurrido el plazo señalado por la ley sin que se haya realizado ninguna actuación en el procedimiento.

D) Las resoluciones que preparan el conocimiento del negocio y que son designadas con el nombre de autos preparatorios, igualmente son susceptibles de hacer precluir derechos procesales cuando no son impugnadas en tiempo. Así, por ejemplo, el auto que admite una determinada prueba, si no es impugnado debidamente, se pierde irremediablemente el derecho que la parte tuvo en su oportunidad, quedando sujeta la parte agraviada a que se reciba la prueba en cuestión.

Tienen consideración especial las pruebas que las partes y el órgano jurisdiccional pueden allegar a la relación procesal para que se resuelva con mayor justicia y legalidad. La presentación de estos medios probatorios, (principalmente pruebas documentales), se consignan en los artículos 98, 99, 278, 279 y 294 del C.P.C., y tienen como límite temporal, para las partes, el que se comprende hasta antes de la citación para sentencia definitiva, y, para el órgano jurisdiccional, hasta antes de que pronuncie el fallo correspondiente en la causa, ya que pasados estos momentos las pruebas no pueden ser admitidas o recibidas, precluyendo así el derecho o la facultad que es inherente a dicha presentación o admisión.

E) En la misma forma, las sentencias interlocutorias pueden provocar la preclusión de derechos procesales, en virtud de que se utilizan para resolver incidentes promovidos por las partes antes o después de la sentencia definitiva del negocio. La preclusión se actualiza cuando estas resoluciones quedan firmes, sea porque no se usaron los medios idóneos para impugnarlas, o bien, sea por que la ley no concede recurso alguno para ello; así, por ejemplo, la sentencia que resuelve un incidente de falta de personalidad o de nulidad de actuaciones, es susceptible de extinguir derechos procesales por las causas anteriormente mencionadas.

F) Por último, las sentencias definitivas, que son los actos por los cuales el órgano jurisdiccional, aplicando la norma al caso concreto, elimina la incertidumbre sobre la tutela jurídica que corresponde a un interés, (29) se relacionan con mayor amplitud con el instituto que me ocupa, ya que las mismas hacen precluir todos los derechos procesales de las partes susceptibles de alegación en el juicio.

23. Para terminar el presente punto, trataré muy brevemente la preclusión relacionada con los actos de los terceros que eventualmente pueden intervenir en el proceso.

Nos dicen DE PINA y LARRAÑAGA (30) que se ha querido negar el carácter de actos jurídicos procesales los realizados por personas que no son partes sin la relación procesal, siendo que algunas personas distintas a las partes pueden producir determinados actos esenciales que alcanzan resultados definitivos en el proceso; de tal manera, que por esas características, deben considerarse como actos jurídicos procesales.

Al igual que los actos emanados de las partes y del órgano jurisdiccional, los actos de los terceros pueden ser lícitos o ilícitos. Por lo cual, los actos ilícitos, en la misma forma, pueden dar lugar a la preclusión de derecho o facultades cuando no son impugnados o denunciados. Así, por ejemplo, el testimonio o el peritaje doloso que no es impugnado o denunciado en debida forma, hace precluir el derecho o la facultad de la parte o de las partes que pueden resultar perjudicadas por ellos.

Con relación a los actos lícitos, manifiesto, que pueden, igualmente, dar lugar a la preclusión de derechos procesales cuando realizados o consumados no son rebatidos o impugnados debidamente por la parte interesada; así, por ejemplo, una de las partes en el proceso puede hacer precluir su derecho para tachar un testigo no idóneo por dejar de presentar la oposición respectiva dentro del plazo de tres días. En la misma forma, pueden precluir los actos de los terceros cuando la realización o ejecución de los mismos no está de acuerdo con las prescripciones señaladas para el desahogo o presentación; así tenemos, que el testimonio rendido extemporáneamente o fuera de momento fijado con anterioridad, puede hacer precluir el derecho que asiste a la parte perjudicada para desvirtuarlo o nulificarlo si no la impugna en su oportunidad o en debida forma.

(29) ALFREDO ROCCO. "La Sentencia Civil". Pág. 102.

(30) Obra citada. Pág. 205.

CAPITULO V

La preclusión en algunas legislaciones extranjeras: 24. Ordenamiento Procesal Civil Alemán. 25. Ley de Enjuiciamiento Civil Española. 26. Código Italiano de Procedimiento Civil.

La preclusión ha tenido hasta la fecha una disposición más o menos uniforme en las diferentes leyes procesales, ya que todas ellas, en diversas formas, se sirven de este instituto procesal para disponer el desarrollo normal, así como la terminación de los procesos que regulan. Esto lo comprobamos mediante el estudio que someramente realizo de algunos preceptos del Ordenamiento Procesal Civil Alemán (ZPO), de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española y del Código Italiano de Procedimiento Civil.

24. La Ley Procesal Alemana (31) contiene diferentes disposiciones que se refieren a la aplicación de la preclusión a determinados actos procesales; así podemos enunciar las siguientes:

En el artículo 230 se hace mención especial a este instituto, cuando dispone los efectos procesales que trae consigo la incomparecencia o el estado de contumacia de alguna de las partes. Así, literalmente ordena que "la inexecución de un acto procesal que incumba realizar a la parte en un término o dentro de un plazo (*contumacia*), producirá la preclusión del acto". La disposición siguiente previene que no será necesaria la conminación de los efectos inherentes a la contumacia, ya que los mismos se producirán de pleno derecho salvo cuando la ley exija la solicitud respectiva. Si la ley exige dicha solicitud y esta no se presenta por la parte interesada, la parte que haya dejado de efectuar el acto en tiempo podrá hacerlo hasta la clausura de la vista.

(31) Ordenamiento Procesal Civil Alemán, vigente desde el 1º de enero de 1964. Incluido en la obra "Derecho Procesal Civil" de JAMES GOLDSCHMIDT, traducida por Leonardo Prieto-Castro y publicada por Editorial Labor, S. A., en 1936.

El artículo 233 hace una dispensa al rigorismo con que se trata generalmente la regulación de los términos y plazos procesales, pues dice que se suspenden por fuerza mayor o caso fortuito.

De acuerdo con el principio de eventualidad, el artículo 274 dispone que las excepciones dilatorias se alegarán simultáneamente y antes de entrar en la discusión del fondo; de tal manera, que de no presentarse en esa forma, la parte ve precluido su derecho para presentarlas en un momento posterior, o sea, aquél cuando se discuta sobre el fondo del asunto materia del juicio. Por otra parte, esta misma disposición regula una excepción a la regla anterior, cuando permite que después de haber comenzado el demandado a intervenir en los debates sobre el fondo, no podrá alegar más excepciones que aquellas a las que no puede renunciar válidamente y las que acredite que no pudo proponer, sin culpa suya, antes de entrarse a la discusión del asunto en cuanto al fondo.

En el artículo 278 de la ley citada, encontramos una verdadera elasticidad para la presentación de los medios de ataque y de defensa (excepciones sobre el fondo), que deben hacerse valer hasta antes de la terminación de la audiencia donde se pronunciará la sentencia, cuando dispone, en su segunda parte, que “si por el ejercicio extemporáneo de un medio de ataque o de defensa se retrase la resolución del negocio, el tribunal impondrá las costas o parte de ellas al litigante vencedor si, según su arbitrio, hubiese estado éste en condiciones de ejercitar a tiempo el medio de ataque o de defensa”. Por esta disposición, el límite que se señala para que la preclusión pueda surtir sus efectos, es que no se haya pronunciado sentencia, que será la que produzca la preclusión de esos medios de ataque o de defensa que pueden presentarse extemporáneamente, ya que mientras esta no se pronuncie, la parte interesada sigue conservando el derecho de presentarlos en cualquier momento, con la sola obligación de hacer pago de las costas.

Con relación a la contumacia que puede ser observada tanto por el actor como por el demandado en un juicio por no presentarse en el término de la audiencia a que han sido previamente citados, los artículos 330 y 331 disponen una verdadera preclusión de los derechos procesales que las partes pudieron ejercitar en ese momento procesal. La primera disposición prescribe que cuando el actor no comparezca en el término de la audiencia, a instancia del demandado, se pronunciará contra él sentencia contumacial que desestime la demanda. La segunda disposición regula la incomparencia del demandado, prescribiendo que si éste no asiste en el término de la audiencia, a instancia del actor, se pronunciará sentencia contra él, en la cual

se considerarán como admitidos los hechos aducidos en la demanda. Sin embargo, esta disposición regula que la solicitud de la sentencia contumacial deberá acompañarse con alegaciones del actor que justifiquen la demanda, pues de lo contrario, esta puede ser desechada.

El artículo 332 sirve de complemento a las disposiciones anteriores, al decir que se considerarán como términos de audiencia aquellos para los que se hubiese aplazado la vista, o los que se hubieren fijado para continuarla antes o después de haberse dictado un auto probatorio.

Igualmente, y para los efectos de la preclusión de derechos o facultades procesales de las partes, el Ordenamiento que comentamos dispone, en su artículo 705, que las sentencias no serán firmes antes de transcurrir el plazo para interponer los recursos que contra las mismas procedan, ya que el recurso interpuesto (dentro del plazo) suspenderá la conversión de las sentencias en sentencias firmes. En esta disposición observamos, por lo tanto, el presupuesto ineludible para que se realice la máxima preclusión, o sea, la que se realiza mediante la terminación de la causa en forma definitiva, que se reduce, en términos generales, a que la causa resuelta pasa a ser cosa juzgada, en virtud de la falta de impugnación dentro de un plazo legal usando los medios correspondientes para ello. En la misma forma, la disposición que comentamos, da lugar a señalar que hay otras sentencias que quedan firmes de inmediato, es decir, en cuanto se pronuncian, en virtud de que contra ellas no pueden existir impugnaciones ya que la ley no dispone ningún medio o recurso para modificarlas o revocarlas, por lo cual, los efectos preclusivos se producen de inmediato.

25. La Ley de Enjuiciamiento Civil Española (32) regula la preclusión de derechos procesales, como requisito indispensable para el normal desarrollo y conclusión de los procesos, según puede desprenderse del estudio que realizo de algunas disposiciones que dan origen a la misma.

Con relación a los plazos perentorios de este Ordenamiento dispone, en el artículo 310, que son improrrogables los plazos prescritos para comparecer a juicio, interponer recursos, proponer excepciones, etc. El 311 prescribe que los plazos improrrogables no podrán suspenderse ni abrirse después de cumplidos, sea por vía de restitución, o por cualquier otro motivo, y únicamente se concede la suspensión de su curso por fuerza mayor que impida utilizarlos. Estas disposiciones se encuentran complementadas con la que se contiene en el artículo 312 que regula, en forma más explícita,

(32) Ley de Enjuiciamiento Civil Española, agregada como apéndice en la obra "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil de JAIME GUASP". Volumen I.

la preclusión de derechos, al señalar, que por el solo transcurso de los plazos improrrogables se tendrá por caducado el derecho y por perdido el trámite o el recurso que se hubiere dejado de utilizar, sin necesidad de apremio o de acuse de rebeldía, excepción hecha de la rebeldía que se tiene que acusar al demandado cuando no ha concurrido a juicio dentro del plazo legal. Conforme a esta disposición, la preclusión se produce de inmediato una vez que han transcurrido infructuosamente los actos a que el artículo primeramente citado se refiere. Es excepción el caso de la carga procesal que precisa al actor a acusar la rebeldía, cuando el demandado no concurre oportunamente a juicio, para que se realice la preclusión de los derechos que pudo ejercitar en tiempo.

Otro caso de preclusión de derechos lo tenemos en el artículo 408 cuando dispone que "transcurridos los términos señalados para preparar, interponer o mejorar cualquier recurso sin haberlo utilizado, quedará de derecho consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada la resolución judicial a que se refiera, sin necesidad expresa para ello". Con relación a esta disposición nos dice el procesalista Jaime Guasp que este precepto se relaciona en parte con los problemas que presenta la firmeza de las resoluciones judiciales o la fuerza que tienen de cosa juzgada formal y, agrega, que entiende por cosa juzgada formal o por firmeza de una resolución, la preclusión de las impugnaciones o la inatacabilidad del fallo en el mismo proceso en que se dictó. Igualmente, nos dice, que la firmeza de una resolución o la fuerza de cosa juzgada puede provenir de dos causas principalmente: por la naturaleza misma de la resolución que no admite contra ella recurso alguno o por la preclusión de las impugnaciones que no fueron utilizadas por las partes interesadas. Este autor afirma lo anterior por que el artículo 369 del mismo Ordenamiento dispone que son sentencias firmes las que no cabe contra ellas recurso alguno, ya sea por su naturaleza o por haber sido consentidas por las partes.

Mediante los artículos 411 a 419, se regula la caducidad de la instancia que es una de las formas por la cual se manifiesta la existencia de la preclusión con relación a determinados derechos o facultades procesales. Se dispone que la caducidad se producirá de pleno derecho y se tendrá por abandonada la instancia promovida, cuando se dejare de actuar durante las temporalidades que se señalan (artículo 411); que la caducidad no tiene lugar cuando la paralización del procedimiento se debe a fuerza mayor o a cualquier otra circunstancia independiente de la voluntad de las partes, pero que, en estos casos, se contarán los plazos desde que las partes estén en aptitud de instar el curso de los autos (artículo 412); que la caducidad

se resolverá de oficio una vez transcurridos los plazos (artículo 413); que cuando el negocio se hallare en segunda instancia o en la tramitación del recurso de casación, y verificada la caducidad, éste se producirá únicamente para esa instancia y no para la primera, donde quedará firme la resolución impugnada (artículo 415); y que la caducidad no producirá la extinción de la acción (artículo 419). De las anteriores disposiciones se desprende que cuando la caducidad tiene lugar en la primera instancia, la preclusión se produce con relación a los derechos que no fueron ejercitados o que ya no pueden ejercitarse en la misma relación que se extingue por el transcurso de una determinada temporalidad. Además, cuando el negocio se encuentra en segunda instancia, la preclusión se observará únicamente en cuanto a los derechos que no se ejercitaron o se ejercitaron mal, de ahí que al caducar esta instancia automáticamente se reafirma la primera con los efectos de la resolución que fue impugnada o recurrida.

La disposición que se contiene en el artículo 506, señala que no se admitirán al actor ni al demandado, después de la demanda y de la contestación que respectivamente presenten, más documentos que aquellos que presenten o debían de presentar para favorecer sus intereses. Esta disposición, en términos generales, es similar a la que contiene nuestra ley procesal que ya he comentado, por lo que tiene efectos sancionatorios, y, desde luego, preclusivos para aquellos actos no ejercitados o realizados oportunamente y dejan observar el orden procesal que se prescribe para ellos. Resulta más similar aún, cuando igualmente regula la presentación de aquellos documentos que son de fecha posterior a los escritos de demanda o de contestación, de los que no se tuvo conocimiento oportunamente y de los que fueron imposibles de presentar, aun conociéndolos, siempre y cuando en dichos escritos se haya señalado el lugar o el archivo donde se encontraban. Sin embargo, estas excepciones se ven restringidas y pueden ser objeto de preclusión, en cuanto a los derechos o facultades que comprenden, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 507 que ordena que no se recibirá documento alguno después de la citación para sentencia.

Con relación a la temporalidad a que están sujetos determinados actos, los artículos 527 y 541 disponen que si el demandado no contesta en tiempo (dentro de los nueve días improrrogables que señala el artículo 525), y una vez acusada la rebeldía, se dará por contestada la demanda en sentido afirmativo, teniéndose, en consecuencia, por perdidos los derechos que el demandado pudo ejercitar en tiempo, además de que el procedimiento seguirá su curso y todas las notificaciones posteriores se harán al mismo demandado en los estrados del juzgado. Estos preceptos creo que no ameritan mayor

examen, puesto que regulan el caso más claro que demuestra la existencia de la preclusión de derechos por el transcurso infructuoso de determinados plazos procesales.

El artículo 535 señala seis días como plazo, contados a partir del siguiente de la notificación de la demanda, para que el demandado interponga las excepciones dilatorias que se tramitarán previamente y con suspensión del procedimiento, ya que transcurrido ese plazo no se suspenderá el curso de aquél; quedándole al demandado, como única oportunidad, alegarlas en el escrito de contestación, de tal suerte que por no hacerlo en este último momento, perderá el derecho correspondiente, ya que el artículo 536 previene las dilaciones procesales que pueden originarse por el ejercicio aislado y sucesivo de tales actos.

En la misma forma, los artículos 542 y 543, regulan la temporalidad de otros actos y, desde luego, la preclusión de los mismos. Estas disposiciones se refieren a la presentación de la reconvencción, así como a la presentación de otras excepciones perentorias. Estas deben ser presentadas en el mismo escrito de contestación, ya que de no hacerlo así quedará precluido el derecho al demandado para hacerlas valer en el mismo juicio.

Por último, los artículos 340 a 342 regulan las facultades que tiene el órgano jurisdiccional para ordenar la práctica de diligencias probatorias para mejor proveer, como son exigir la confesión judicial de cualesquiera de las partes, mandar traer a la vista cualquier documento, acordar la práctica de diligencias de reconocimiento, etc. Estas actuaciones, que declinan excepcionalmente el orden comunmente observado en el proceso, son producidas por orden del órgano jurisdiccional, que no tiene que observar ninguna temporalidad para realizarlas y para llegar con ellas al mejor conocimiento del negocio que se tramita, en virtud de que puede acordarlas en todo tiempo hasta antes del pronunciamiento del fallo definitivo. Las mencionadas diligencias se practicarán bajo responsabilidad de dicho funcionario, sin conceder a las partes derecho alguno para impugnarlas.

26. El Código Italiano de Procedimiento Civil, que fue promulgado el 28 de octubre de 1940 y entró en vigor el 21 de abril de 1943, (33) contiene un conjunto de disposiciones que demuestran la regulación de la preclusión referida a un conjunto de actos procesales, como impedimento al

(33) Ordenamiento apéndice en la obra "Sistema de Derecho Procesal Civil" de FRANCESCO CARNELUTTI, traducida al español por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y por Santiago Senties Melendo.

libre desenvolvimiento de las actividades procesales por parte de los sujetos del proceso. (34) Entre las disposiciones mencionadas, puedo citar las siguientes:

Las que contienen en los artículos 152 a 154, que se refieren a la temporalidad de los actos, es decir, a los plazos y términos procesales. Con ellas se establece que los plazos, para el cumplimiento de los actos, se encuentran establecidos en la ley y, sólo cuando ésta lo permita, podrán ser fijados por el juzgador, los que, igualmente, pueden ser sancionados con la decadencia. Sin embargo, esta consecuencia no se produce generalmente, porque al mismo tiempo se establece que los plazos establecidos por la ley serán ordenatorios, salvo cuando esta misma los declare perentorios.

Los plazos no pueden ser prorrogados ni abreviados ni siquiera por acuerdo de las partes o por orden del juzgador, ya que los únicos que pueden tener esa elasticidad son los ordenamientos, siempre y cuando existan motivos especialmente graves y, además, que su modificación sea mediante providencia previamente resuelta por el juzgador, ya que, igualmente, los plazos ordenatorios pueden dar lugar a la preclusión de los derechos que dejaron de ejercitarse en la temporalidad correspondiente.

Los artículos 157 a 159 regulan la substanciación de las nulidades. Para el estudio que pretendo, únicamente me basta mencionar, que aquí, en la misma forma, se presenta la preclusión cuando se dispone que la nulidad se pronunciará a instancia de parte agraviada, salvo cuando la ley expresamente disponga que se pronunciará de oficio, ya que si la parte que resulte agraviada no la hace valer, su derecho se extingue indefectiblemente. Asimismo se presenta la preclusión cuando la parte realiza en el proceso, donde se originó la nulidad, otra actuación, que no sea precisamente la que contenga la denuncia de dicha nulidad, ya que ésta quedará convalidada de pleno derecho al disponerse que la nulidad no podrá oponerse por la parte que la haya originado, ni tampoco por la que haya renunciado a la misma, así sea tácitamente.

El artículo 171, con relación al 290, 291 y 181 del Ordenamiento que comentamos, se refiere a la contumacia de una o de las dos partes, así como a la extinción de la relación procesal. Esta disposición prescribe que cuando ninguna de las partes se constituya, dentro de los términos establecidos, el proceso se extinguirá. En la misma forma se extinguirá cuando el magistrado instructor declare la contumacia del actor por no haber concurrido a

(34) MANZINI, "Obra citada". Tomo I. Pág. 278.

la primera audiencia, siempre y cuando el demandado no solicite la prosecución del juicio. Por lo cual, tenemos que la preclusión opera sobre aquellos derechos que dejaron de ejercitarse por la clausura del proceso. Igualmente, precluyen algunos derechos del demandado por no concurrir a la audiencia en la cual puede ser declarado contumaz por el magistrado instructor, haciéndole perder con ello los derechos que pudo alegar en la misma y que la ley no permite su ejercicio en otra etapa o fase procesal.

En la misma ley procesal encontramos, en el artículo 184, la facultad del magistrado instructor para recibir de las partes nuevos documentos probatorios, nuevos medios de prueba y nuevas excepciones (que no han precluido), cuando por motivos graves no hayan sido presentadas con anterioridad en la fase procesal correspondiente, pero siempre y cuando tiendan al mejor conocimiento de los hechos que constituyan la materia del juicio con el fin de que el mismo sea resuelto con mayor apego a la justicia.

El artículo 208 marca otro caso de preclusión, al disponer, que es suficiente la falta de comparecencia de las partes, o de la parte especialmente interesada, a la audiencia en que se iniciará o se proseguirá la recepción de una prueba para que ésta se declare decaída por el magistrado instructor y, en consecuencia, se tenga por perdido el derecho para asumirla nuevamente o con posterioridad, salvo que la parte agraviada alegue motivos graves a juicio del magistrado para justificar su ausencia en la audiencia, por lo que, en caso de proceder la súplica, la misma autoridad, por medio de ordenanza, ordenará la asunción de la prueba, así como la revocación de la resolución que la tuvo por decaída.

El artículo 346 dispone que se considerarán renunciadas las demandas y las excepciones no acogidas en la sentencia de primera instancia, cuando no se interpongan de nuevo expresamente en apelación. Este artículo marca el caso clásico de preclusión de derechos por omisión, cuando la parte o las partes que resulten agraviadas por una resolución, que no haya tomado en cuenta determinados elementos deducidos debidamente, no los hagan valer de nuevo cuando se interponga el recurso de apelación en contra de dicha resolución definitiva.

Por último, y para concluir, citaré otro de los tantos casos de preclusión que se observan en este Ordenamiento: de acuerdo con el artículo 348, será improcedente la apelación cuando el apelante no se constituya, cuando no presente el fascículo propio y cuando, aún constituido, no comparezca a la primera audiencia sin motivo justificado. Aquí la preclusión se revela en el hecho de que el acto procesal que contiene la apelación queda sin nin-

gún efecto por alguno de los motivos antes indicados, dejando firme la resolución o el acto judicial que se pronunció en primera instancia y contra el cual se rebeló el apelante.

En el Ordenamiento que comentamos ha tenido particular importancia *el sistema de preclusiones elásticas*, dadas las características especiales del procedimiento de cognición que se integra por una fase instructoria compuesta, a su vez, de varias etapas sucesivas que sirven a las partes para presentar sus deducciones dando lugar a la formación de la litis, y de una fase decisoria que se tramita ante un colegio jurisdiccional que examina y resuelve la causa de acuerdo con el resumen de las deducciones y alegatos conclusionales formulados por las partes ante el juez instructor.

La clausura de la fase instructoria señala el término definitivo que impide a las partes formular más alegaciones o argüir nuevas deducciones (artículos 118 y 119), ya que una vez cerrada la instrucción ante el juez, la causa continúa en la fase decisoria que no permite que la misma causa sea objeto de nuevos exámenes sobre cuestiones no instruidas, por suponerse que en la fase de instrucción quedaron debidamente definidas las cuestiones a resolver (artículo 190); sin embargo, la rigidez de esta disposición queda quebrantada cuando el colegio examina o investiga de oficio, por iniciativa propia, determinadas cuestiones, o bien, cuando devuelve la causa al juez instructor por considerar que el negocio amerita ulteriores instrucciones (artículos 276 y 279).

En la fase instructoria es donde se observa con mayor claridad *el sistema de preclusiones elásticas*, cuando se dispone que todas las deducciones deben hacerse valer desde los escritos iniciales, es decir, desde la demanda del actor y contestación del demandado (artículos 163 y 167), ya que con posterioridad se permite a las partes presentar nuevas deducciones, modificar las contenidas en los escritos mencionados o presentar nuevos medios de prueba que vienen a prolongar el desarrollo de la fase. Es más, en la primera audiencia instructoria, el juez puede permitir a las partes no sólo añadir o modificar las deducciones formuladas por escrito, sino que también puede aceptar nuevas peticiones y excepciones, que sean consecuencia de las deducciones formuladas, así como oceptar otros medios de prueba o allegarse nuevos documentos, siempre y cuando considere que son suficientes para los fines de justicia (artículo 183). Igualmente, el juez puede permitir, en sucesivas audiencias de la fase, que las partes aporten otros documentos, nuevas modificaciones a las conclusiones, en fin, nuevas deducciones, cuando a su juicio concurren *graves motivos* para tenerlas en consideración en la causa que deberá resolverse apegada a la justicia (artículo 184).

CAPITULO VI

27. Cosa juzgada y preclusión: A) Cosa juzgada formal y B) Cosa juzgada material. 28. La caducidad de la instancia con relación a la preclusión. 29. Regulación de la caducidad en el Código de Procedimientos Civiles en vigor en el Distrito y Territorios Federales. 30. Diferencias entre la preclusión y la cosa juzgada. 31. Diferencias entre la caducidad y la preclusión.

27. La cosa juzgada se produce en virtud de la sentencia que dicta el órgano jurisdiccional para decidir en forma definitiva la cuestión litigiosa planteada por las partes; de tal suerte, que viene a ser un efecto de esta resolución judicial a la cual está encaminada toda la actividad de las partes y del órgano jurisdiccional para alcanzar normalmente el fin del proceso.

CHIOVENDA (35) nos dice que la sentencia es únicamente la afirmación o la negación de la voluntad del Estado que garantiza a alguno un bien de la vida en el caso concreto; por lo cual, solamente al bien reconocido o negado en la sentencia se extiende la autoridad de la cosa juzgada (cuando la misma sentencia que lo resuelve ya no está sometida a oposición de rebelde, ni a apelación, etc.).

La cosa juzgada, como institución procesal, comunmente ha sido estudiada bajo dos aspectos: *el formal y el material*.

A) La cosa juzgada formal significa la imposibilidad de impugnar la sentencia recaída en un proceso, sea porque las partes la consientan, sea por haberse agotado los recursos ordinarios o extraordinarios correspondientes, o bien, por la inexistencia de recursos. Es decir, en el aspecto formal la sentencia dictada adquiere fuerza y autoridad sobre las cosas o situaciones que resuelve, sin que sea posible reabrir la discusión de ellas en el mismo proceso.

(35) "Instituciones". Vol I. Pág. 345.

B) La cosa juzgada material se basa precisamente en la inimpugnabilidad e indiscutibilidad de la voluntad concreta de la ley afirmada en la sentencia, la cual debe de ser respetada fuera del proceso, así como en cualquier otro juicio en que se pretenda plantear la misma cuestión jurídica. En otras palabras, se refiere a la fuerza y autoridad que posee el pronunciamiento para surtir efectos en juicios diversos e, incluso, para autoridades diferentes a la judicial, y aun para terceros, ya que lo resuelto en la sentencia debe admitirse como una afirmación inmutable en el campo del derecho.

En nuestro Código de Procedimientos Civiles se regula expresamente la cosa juzgada comprendiendo, principalmente, las características que informan el aspecto formal. Esta regulación se localiza en el Capítulo IX, del Título Sexto y, particularmente, en los artículos 426 y 427 que disponen que hay cosa juzgada cuando la sentencia causa ejecutoria. La sentencia ejecutoria puede producirse (según estas disposiciones) por ministerio de ley y por declaración judicial. Por ministerio de ley pasan a ser cosa juzgada las sentencias pronunciadas en juicios cuyo interés no pase de mil pesos; las sentencias de segunda instancia; las que resuelvan una queja; las que dirimen o resuelven una competencia; y las demás que se declaran irrevocables por prevención expresa de la ley, así como aquellas de las que se dispone que no tienen más recurso que el de responsabilidad (que es bien sabido que no es recurso). Por declaración judicial causan ejecutoria las sentencias consentidas expresamente por las partes; las sentencias de que hecha notificación en forma no se interpone recurso en el plazo señalado por la ley; y las sentencias que fueron recurridas pero que no se continuó en forma y términos el recurso respectivo o se desistió de él la parte interesada.

De acuerdo con los conceptos anteriores, la cosa juzgada tiene como función asegurar la efectividad y la autoridad de la sentencia impidiendo una nueva revisión de las cuestiones debatidas y totalmente resueltas; de ahí, que la situación fijada por el juez en la sentencia (que pasa a ser cosa juzgada) sujeta a las partes a no impugnarla con posterioridad, sea en el mismo o en diverso juicio, ya que de lo contrario se motivaría un caos jurídico si se dejara al arbitrio de una de las partes provocar un nuevo examen de las cuestiones definitivamente resueltas.

El autor citado, (36) al tratar la preclusión de cuestiones como medio de garantizar el resultado del proceso, nos dice que “la inatacabilidad posterior del bien reconocido o negado se realiza mediante la preclusión de todas las cuestiones que surgieron o de las que hubieron podido surgir en torno de la voluntad concreta de ley, con el fin de obtener el reconocimiento del bien negado o el desconocimiento del bien reconocido”. Igualmente nos señala, que la preclusión obra después de la sentencia por la fijación de un término para presentar impugnaciones en contra de la sentencia, cuando éstas son admisibles, y, de igual manera, después de que se encuentren resueltas en definitiva las impugnaciones mencionadas. Así, la preclusión definitiva de las cuestiones alegadas o de las que se pudieron alegar, se produce cuando se ha obtenido una sentencia que no está sometida a ninguna impugnación.

Con estas ideas concluimos que la preclusión de todas las cuestiones alegadas o que fueron de posible alegación, configuran lo que se ha estudiado con el nombre de *cosa juzgada formal*, que es la imposibilidad en que se encuentran las partes de volver a discutir, dentro del proceso cerrado por sentencia definitiva, cualquiera de los puntos resueltos en la misma y, lo que es más, la imposibilidad de abrir otro proceso futuro sobre las mismas cuestiones.

Ahora bien, si la *cosa juzgada formal* se comprende por la *suma preclusión* antes mencionada, considero conveniente añadir que la singular relación que las une se deriva en que ésta proporciona a aquélla los elementos necesarios para surtir plena y eficazmente sobre lo resuelto en definitiva, ya que las preclusiones procesales son el medio de que se sirve del derecho adjetivo para garantizar la intangibilidad del resultado del proceso, que es, como he señalado, un reconocimiento o un desconocimiento de un bien a favor o en contra de alguna de las partes litigantes; por eso, cuando la sentencia definitiva se vuelve inatacable o incontestable por la preclusión de la facultad correspondiente para impugnarla, surge la *cosa juzgada* como elemento valioso que obstruye toda posibilidad de una nueva discusión sobre la acción o el derecho juzgado en el proceso.

Para resumir, la suma preclusión y la cosa juzgada formal se relacionan en que las dos impiden volver sobre lo mismo, es decir, sobre lo que ha sido resuelto o definido en el proceso de que se trate, no obstante que la preclusión en cuestión se refiera esencialmente a la pérdida de la facultad

(36) Obra citada. Pág. 245.

tad de impugnar o contestar la sentencia firme y, en consecuencia, cualquier actuación anterior a ella; y la cosa juzgada formal se refiera, principalmente, al aspecto de que el fallo, es decir, la sentencia, ya no puede ser impugnado o revocado en virtud de la preclusión llevada a su máximo grado.

28. PRIETO-CASTRO, (37) al estudiar los modos de terminación del proceso en general, nos señala, entre otros, la caducidad de la instancia, diciendo, que “es la cesación de los efectos de la litispendencia, declarada por la ley cuando ambas partes permanecen inactivas durante el tiempo que señala”. En la misma forma CARNELUTTI (38) estudia la caducidad como causa que motiva la extinción del procedimiento, al manifestar, que existe perención “cuando, habiéndose asignado un plazo perentorio, por la ley o por el juez, para el cumplimiento de un acto necesario a su prosecución, dicho acto no es realizado dentro del plazo”. Como se hace notar, el autor fundamenta la extinción en el carácter perentorio que tiene el plazo que regula la caducidad, al agregar, que la cesación del procedimiento se debe a la inactividad de las partes a lo largo del plazo perentorio, cuyo vencimiento hace decaer o perecer el poder que tenían para ejercitar cualquier acto que implique la prosecución o la reanudación del proceso.

La caducidad de la instancia es una institución procesal conocida desde la antigüedad. ALSINA (39) nos hace recordar que el Emperador Justiniano dio a conocer la famosa *Lex Properandum*, con la cual trató de remediar los males que traía consigo la lentitud observada en la tramitación de los juicios. Mediante esa ley se dispuso que los juicios civiles debían de concluirse dentro del plazo de tres años, contados a partir de la fecha en que quedara cerrada la *litis contestatio*. Este autor nos dice que algunos tratadistas han querido ver en esta regulación un antecedente de la caducidad, no obstante que en aquella legislación la caducidad de la instancia producía la extinción del derecho substancial contenido en la acción o en la excepción hechas valer en el juicio, cosa distinta a los efectos que produce la misma institución en el derecho moderno con relación a los derechos substanciales alegados en el proceso que permanecen respetados, claro es, mientras no prescriben.

29. Como he anticipado, la caducidad de la instancia fue incluida en nuestro Ordenamiento procesal por el Decreto publicado en el Diario Oficial de fecha 31 de enero de 1964, por el cual se dispone, en el artículo

(37) Obra citada. Tomo I. Pág. 385.

(38) Obra citada. Vol. II. Pág. 174 y Sig.

(39) Obra citada. Vol. IV. Pág. 426.

137 Bis, las causas que la originan, los efectos que produce y las formalidades que deben observarse para hacer su declaración en el proceso.

En el artículo citado se establece que la caducidad de la instancia opera de pleno derecho cualquiera que sea el estado del juicio desde el emplazamiento hasta la citación para sentencia en los juicios ordinarios si transcurridos 180 días hábiles, contados a partir de la notificación de la última determinación judicial, no hubiera promoción de cualquiera de las partes; y, tratándose de juicio oral o sumario, cuando las partes dejasen de concurrir a dos audiencias consecutivas siempre que el juez estime indispensable su presencia.

Esta regulación implica tres condiciones necesarias para que se produzca la caducidad: en primer lugar, la existencia de la instancia; en segundo lugar, la inactividad procesal; y, en tercer lugar, el transcurso de determinado tiempo. (40)

La instancia comprende el conjunto de actos procesales que realizan las partes para obtener del órgano jurisdiccional un pronunciamiento sobre la cuestión litigiosa que le presenten; de ahí que sea suficiente la existencia de un conflicto de intereses para que una o las dos partes quizá soliciten la resolución que la defina. Con relación a esto, el artículo en cuestión nos señala que la caducidad se producirá desde el emplazamiento hasta la citación para sentencia, lo que quiere decir, que únicamente operará en las etapas procesales que medien entre esa notificación inicial y el auto que acuerde la mencionada citación; por lo cual, esta disposición es criticable al deducirse que antes del emplazamiento y después de citarse para sentencia la caducidad no tendrá lugar aunque una o las dos partes, según el caso, se abstengan de promover o de presentar algún pedimento para que se consuma la relación procesal con el emplazamiento al demandado, o para que se resuelva el conflicto con la sentencia anunciada a las partes en la citación.

Igualmente, el artículo citado dispone, en sus fracciones II y III, que la caducidad extingue el proceso pero no la acción (que debe entenderse como el derecho o los derechos substanciales alegados); por lo cual, la parte o las partes afectadas pueden intentar un nuevo juicio sobre la cuestión o las cuestiones litigiosas, ya que las cosas vuelven al estado que tenían antes de la presentación de la demanda.

(40) Confrontar ALSINA. "Obra citada". Vol. IV. Pág. 429.

No obstante que la caducidad es un modo anormal de extinción del proceso, debido a la falta de interés evidenciado por las partes durante cierto tiempo, el legislador, tomando en cuenta el principio de economía procesal, que tiende a regular el desarrollo del proceso con la mayor economía de tiempo, de energías y de costo, ha dispuesto que quedan exceptuadas de la caducidad las resoluciones firmes recaídas sobre cuestiones de competencia, litispendencia, conexidad, personalidad y capacidad de los litigantes, en virtud de que podrán regir en el juicio ulterior si se promoviere; igualmente, las pruebas rendidas en el proceso extinguido por caducidad, podrán ser invocadas en el nuevo si se promoviere, siempre que se ofrezca y precisen en forma legal.

Por esta última disposición, pensamos que la preclusión procesal actualizada en las sentencias firmes que resuelven cuestiones de competencia, litispendencia, etc., tiene francamente efectos extraprocesales (*supra*, n. 10), cuando esas resoluciones se hacen valer en juicio diverso o posterior, en el cual no podrán alegarse nuevamente los derechos definidos en las mismas.

La inactividad procesal, como condición necesaria para que se produzca la caducidad, significa que el proceso queda paralizado por un desinterés de las partes litigantes tanto en la tramitación como en la resolución definitiva. Desde luego, la inactividad debe ser únicamente de las partes y no del órgano jurisdiccional; de ahí que el impulso procesal de parte adquiere una importancia fundamental para que se produzca la caducidad, ya que faltando éste es imposible alcanzar el movimiento progresivo de la relación procesal con el cual se obtiene la terminación normal del proceso, salvo cuando la ley otorga al juez ciertas facultades oficiosas.

A la inactividad procesal debe unirse al transcurso de determinado tiempo, que implica la última condición para que sea declarada la caducidad. Al respecto, los ordenamientos jurídicos procesales que se ocupan de regular la caducidad han tomado diferentes temporalidades para que se complete, de acuerdo con las propias exigencias materiales y procesales que contienen los juicios que regulan. Aparte de la regulación que hace sobre la caducidad nuestro Código de Procedimientos Civiles, tenemos el Código Federal de Procedimientos Civiles que, en sus artículos 373 y 378, la regula fundándola en la falta de actuación procesal por más de un año; igualmente la Ley de Amparo, en su artículo 74 fracción V, dispone el sobreseimiento del juicio, cuando no se ha efectuado ningún acto procesal ni realizado por el quejoso ninguna promoción en el término de 180 días; etcétera.

30. Entre la preclusión y la cosa juzgada observamos las siguientes diferencias:

Primera: La preclusión es propia tanto de las sentencias definitivas como de las interlocutorias, así como de todas aquellas actuaciones procesales que por motivos de seguridad o de garantía jurídica deben adquirir la firmeza necesaria para hacer posible el desarrollo ordenado del proceso; en cambio, la cosa juzgada es propia de las sentencias definitivas que adquieren el carácter de inimpugnables.

De acuerdo con la división de las sentencias en definitiva e interlocutorias, únicamente las definitivas son las que pueden producir la cosa juzgada en los dos aspectos estudiados con anterioridad, ya que son susceptibles de producir efectos fuera del proceso en que se originaron; y las interlocutorias, sólo adquieren fuerza de cosa juzgada formal por la preclusión que resulta e impide discutir de nuevo la cuestión decidida en ella y, así mismo, por que no están destinadas a producir efectos fuera del proceso, que es lo que caracteriza a la cosa juzgada material. (41)

Segunda: La preclusión no presenta ninguna resistencia a la aplicación de una nueva ley interpretativa de cuestiones procesales, en cambio, la cosa juzgada se resiste a la aplicación de la ley nueva. Esta diferencia se advierte en virtud de que la preclusión es una institución procesal que está destinada a funcionar como medio para asegurar el orden y la rapidez en el desenvolvimiento del proceso, de tal manera, que el órgano jurisdiccional puede aplicar la nueva ley interpretativa que es distinta a la que rige y ordena el proceso, cuando la preclusión no se ha consumado definitivamente y no ha sido llevada a sus últimas consecuencias. Por el contrario, esa nueva ley no tiene aplicación cuando existe cosa juzgada, ya que el bien reconocido o desconocido en la sentencia que ha quedado firme debe permanecer intacto para siempre por razones de seguridad jurídica, no obstante que la ley interpretativa sea completamente distinta a la que tuvo en cuenta el juzgador para fundar su resolución.

Tercera: La preclusión durante el juicio se refiere únicamente a determinado acto o actos procesales; en cambio, la cosa juzgada se refiere a la preclusión de todas las cuestiones procesales que fueron alegadas o que dejaron de alegarse para llegar al pronunciamiento definitivo. Es decir, la preclusión afecta concretamente a una actuación o cuestión procesal sobre la cual produce todos los efectos que le son inherentes para favorecer el

(41) ALSINA. Obra citada. Vol. IV. Pág. 126.

30. Entre la preclusión y la cosa juzgada observamos las siguientes diferencias:

Primera: La preclusión es propia tanto de las sentencias definitivas como de las interlocutorias, así como de todas aquellas actuaciones procesales que por motivos de seguridad o de garantía jurídica deben adquirir la firmeza necesaria para hacer posible el desarrollo ordenado del proceso; en cambio, la cosa juzgada es propia de las sentencias definitivas que adquieren el carácter de inimpugnables.

De acuerdo con la división de las sentencias en definitiva e interlocutorias, únicamente las definitivas son las que pueden producir la cosa juzgada en los dos aspectos estudiados con anterioridad, ya que son susceptibles de producir efectos fuera del proceso en que se originaron; y las interlocutorias, sólo adquieren fuerza de cosa juzgada formal por la preclusión que resulta e impide discutir de nuevo la cuestión decidida en ella y, así mismo, por que no están destinadas a producir efectos fuera del proceso, que es lo que caracteriza a la cosa juzgada material. (41)

Segunda: La preclusión no presenta ninguna resistencia a la aplicación de una nueva ley interpretativa de cuestiones procesales, en cambio, la cosa juzgada se resiste a la aplicación de la ley nueva. Esta diferencia se advierte en virtud de que la preclusión es una institución procesal que está destinada a funcionar como medio para asegurar el orden y la rapidez en el desenvolvimiento del proceso, de tal manera, que el órgano jurisdiccional puede aplicar la nueva ley interpretativa que es distinta a la que rige y ordena el proceso, cuando la preclusión no se ha consumado definitivamente y no ha sido llevada a sus últimas consecuencias. Por el contrario, esa nueva ley no tiene aplicación cuando existe cosa juzgada, ya que el bien reconocido o desconocido en la sentencia que ha quedado firme debe permanecer intacto para siempre por razones de seguridad jurídica, no obstante que la ley interpretativa sea completamente distinta a la que tuvo en cuenta el juzgador para fundar su resolución.

Tercera: La preclusión durante el juicio se refiere únicamente a determinado acto o actos procesales; en cambio, la cosa juzgada se refiere a la preclusión de todas las cuestiones procesales que fueron alegadas o que dejaron de alegarse para llegar al pronunciamiento definitivo. Es decir, la preclusión afecta concretamente a una actuación o cuestión procesal sobre la cual produce todos los efectos que le son inherentes para favorecer el

(41) ALSINA. Obra citada. Vol. IV. Pág. 126.

normal desenvolvimiento y fin del proceso. En tanto, para que se produzca la cosa juzgada, como efecto de la sentencia, es necesario que todas las actuaciones realizadas se encuentren completamente firmes y dispuestas para que el pronunciamiento definitivo se refiera concretamente al reconocimiento o al desconocimiento de un bien de la vida.

Cuarta: La preclusión sólo opera durante el proceso en que se produce; en cambio, la cosa juzgada opera para cualquier proceso futuro. En principio, aquella institución tiene lugar sobre una o varias cuestiones procesales. mismas que están comprendidas dentro de un proceso determinado, lo que hace, lógicamente, que su realización o sus efectos se produzcan únicamente en ese proceso y no en otro o para otro. Pero el legislador, tomando en consideración el principio de economía procesal, ha regulado expresamente dos excepciones a esta regla: una que se comprende en la primera parte del artículo 31 del C.P.C., estudiado con anterioridad, por la cual se observa la existencia de un efecto extraprocesal de la preclusión; y otra, igualmente estudiada, es la que se regula en la fracción IV, del artículo 137 Bis, que fue adicionado a nuestro Ordenamiento por el Decreto publicado en el Diario Oficial del día 31 de enero de 1964, que marca la repercusión de los efectos de la preclusión fuera del proceso en que se origina.

Por el contrario, la cosa juzgada es absolutamente válida y eficaz para cualquier proceso futuro; por eso las leyes procesales siempre conceden a las partes acción o excepción para hacerla valer en otro y distinto proceso. Tiene acción la parte que obtuvo resolución favorable para el efecto de pedir la ejecución de la sentencia contra el vencido, o, en su caso, para conseguir la cosa o el bien reclamado de cualquier persona, siempre que no haya prescrito dicha acción ejecutiva; inversamente, tiene excepción el demandado en el nuevo juicio para pedir al órgano jurisdiccional, de manera principal, que resuelva sobre la existencia de la cosa juzgada como razón suficiente o bastante para extinguir ese segundo proceso a fin de que no juzgue por segunda vez sobre la misma cuestión que ya ha sido materia de conocimiento y de resolución por parte de otro órgano jurisdiccional, o quizá del mismo, lo que sería peor.

31. De acuerdo con las consideraciones hechas sobre la caducidad, encontramos que se distingue de la preclusión por presentar las siguientes diferencias.

Primera: La caducidad de la instancia extingue el proceso como relación procesal; en tanto que la preclusión sólo extingue una facultad o un derecho procesal de las partes dentro del procedimiento. En el caso de la

caducidad, se extingue la relación procesal comprendida en dicho proceso, sin perjuicio de entablar nueva acción.

Segunda: La caducidad de la instancia se produce únicamente por la inactividad de las partes observada durante un determinado plazo predefinido; en tanto que la preclusión no sólo tiene como causa el vencimiento de un plazo, sino que, igualmente, puede actualizarse por el transcurso de un término, por la consumación procesal, por el ejercicio irregular de facultades procesales, por haberse realizado una facultad incompatible con la que se pretende ejercitar y, además, por el carácter irrevocable de determinados actos jurídicos desarrollados en el proceso.

Tercera: La caducidad de la instancia sólo produce sus efectos en el proceso caducado; en tanto que la preclusión puede indirectamente producir (aunque sea en forma excepcional) efectos extraprocesales.

Cuarta: La caducidad de la instancia puede interrumpirse cuando median motivos suficientes. Así, por ejemplo, cuando las partes por fuerza mayor se encuentren imposibilitadas para actuar o cuando se está en espera de una resolución sobre determinada cuestión previa; en tanto que la preclusión no se interrumpe, ya que una vez realizadas las causas que la origina, la pérdida o la extinción de los derechos tiene efectos definitivos.

Quinta: La caducidad de la instancia, no obstante que extingue la relación procesal, da margen a la supervivencia de determinadas cuestiones procesales incluidas en ella (sentencias firmes sobre competencia, litispendencia, etc.), que pueden hacerse valer en juicio posterior, en tanto que la preclusión, cuando afecta o extingue determinados derechos procesales, no permite a las partes ninguna posibilidad para actualizarlos o para hacerlos valer con posterioridad en el mismo o en distinto proceso.

CAPITULO VII

32. La preclusión en nuestro Código de Procedimientos Civiles. 33. Regulación de la preclusión en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México. Crítica. 34. Sugerión para reglamentar la preclusión en nuestro Ordenamiento Procesal. 35. Opinión de la Suprema Corte sobre la preclusión.

32. En nuestro Ordenamiento procesal no encontramos ninguna disposición que regule expresamente el instituto que me ocupa; sin embargo, se presenta con todas sus características, funciones y efectos a través del articulado que lo integra, especialmente, cuando dispone las formalidades procesales que deben observar las actividades de las partes y, en ocasiones, las del órgano jurisdiccional en el desarrollo de todo proceso.

Así, con relación al vencimiento de los plazos, tenemos el artículo 280 que dispone un plazo perentorio de diez días como período de ofrecimiento de pruebas, mismos que principiarán a correr desde el siguiente a aquel en que quedó cerrado el debate. Otro ejemplo se contiene en el artículo 433 que dispone, para los juicios sumarios, un plazo perentorio de cinco días para que el demandado produzca su contestación a la demanda una vez que ha sido notificado y emplazado a juicio.

Estos plazos, como todos aquellos que pueden mencionarse por tener una duración perentoria fijada por la ley, o bien, por el órgano jurisdiccional, producen la preclusión de los derechos o facultades que pudieron ejercitarse en ellos, sin que sea necesario, para continuar el desarrollo del proceso o para que se actualice la preclusión, la petición correspondiente de la parte interesada, debido a la disposición que se contiene en el artículo 133.

Con relación al transcurso de los términos, carecemos de una regulación que expresamente determine la producción de la preclusión; por lo cual, decimos que ésta se actualiza una vez que pasa el momento (término) que

previamente es fijado por el órgano jurisdiccional. Así, pueden precluir determinadas facultades de las partes cuando no asisten a la audiencia en que serán recibidas las pruebas ofrecidas (artículo 299); en la misma forma, cuando dejan de concurrir a un reconocimiento o inspección judicial, en el que pueden presentar las observaciones que estimen pertinentes para la defensa de sus intereses (artículo 354).

En cuanto a la existencia de la preclusión por consumación procesal, citamos el artículo 267, del cual, haciendo una forzada interpretación, desprendemos la vigencia del principio de consumación procesal, al disponer que en los escritos de réplica y dúplica deberán fijarse definitivamente los puntos de hecho y de derecho objeto del debate, pudiendo las partes modificar o adicionar los que hayan consignado en la demanda y en la contestación, "con tal de que a ello dé mérito un hecho, o dicho en la respuesta del colitigante y no se cambie el objeto principal del juicio". Aquí, la consumación procesal opera para las actuaciones que contienen la demanda y la contestación, que jamás podrán repetirse, modificarse o adicionarse con actuaciones posteriores tendientes al mismo fin, fuera de la excepción que señala este artículo con la correspondiente limitación.

Aparte de esta disposición, no tenemos otra que más claramente prohíba a las partes un nuevo ejercicio de la misma facultad hecha valer con anterioridad. Es decir, el C.P.C., al señalar temporalidades para realizar determinadas actuaciones procesales, o al dividir el proceso en distintas etapas o fases procesales, nada nos dice en cuanto si es o no posible presentar dos o más actuaciones con el mismo fin. De ahí que sea necesario reglamentar el principio de consumación procesal como causa suficiente para que se actualice la preclusión (salvo únicamente aquellos casos que impliquen hechos o derechos supervenientes), para evitar trabajos y esfuerzos innecesarios, tanto a las partes como al órgano jurisdiccional, por la acumulación de dos o más actuaciones presentadas con la misma finalidad.

Por lo que respecta a la existencia de la preclusión por el ejercicio irregular de facultades o derechos procesales, tenemos los artículos 74, 75 y 77 que disponen la nulidad de las actuaciones procesales. De estos artículos se desprende que la nulidad puede acarrear la preclusión cuando las actuaciones adolezcan de las formalidades esenciales, o bien, cuando la misma nulidad no sea reclamada por la parte perjudicada en la forma legal correspondiente, es decir, en la primera actuación o en la siguiente después de la nulidad.

Con relación a los actos irrevocables emanados del órgano jurisdiccional, podemos decir que son todos aquellos que tienden a desenvolver o a finalizar el proceso, sin que exista recurso alguno para modificarlos o revocarlos. Así, el auto que ordena recibir el juicio a prueba (artículo 277), el que resuelve una revocación (artículo 685) y, en general, todas aquellas resoluciones que no dan lugar a un nuevo conocimiento o a un nuevo examen sobre las mismas cuestiones resueltas (artículo 426).

33. Dentro del estudio comparado que he realizado, se encuentra, como algo excepcional, el Código de Procedimientos Civiles en vigor para el Estado de México que, en su artículo 227, regula expresamente la preclusión usando los siguientes términos: "Consiste la preclusión en la pérdida del derecho que compete a las partes en juicio para realizar determinados actos procesales después de que se han ejecutado otros actos procesales o ha transcurrido cierto término legal y tiene por objeto dar precisión y seguridad al procedimiento y atribuir firmeza a las resoluciones que, sin producir excepción de cosa juzgada, tiene efectos que han de ser respetados en el procedimiento mismo en que se dicten, cuando dichas resoluciones no ameriten recurso alguno".

A simple vista esta disposición denota la inseguridad que tuvo el legislador al reglamentar la preclusión, por hacer de ella una enunciación abundante teóricamente y escasa en contenido dispositivo u ordenatorio; y, además, por omitir algunas de las características que la identifican en el proceso. Otra circunstancia que nos proporciona esta disposición, para enterarnos del poco dominio que se tiene sobre ella, es la que resulta por regularla en el capítulo rubricado "Sentencia Ejecutoria y Preclusión"; desde luego, no negamos las relaciones que tiene la preclusión con la sentencia ejecutoria que pasa a ser cosa juzgada, pero al regularse unida a esta última institución procesal, no podemos dejar de criticar su colocación o disposición cuando sabemos que la preclusión se hace más patente durante el desenvolvimiento del proceso (debido a la regulación que tiene sobre la actividad que desarrollan las partes y el órgano jurisdiccional), que en la terminación del mismo por sentencia definitiva.

34. En virtud de que son incalculables los problemas que acarrea en la práctica forense la falta de un conocimiento completo sobre la preclusión y tomando en cuenta que nuestro Ordenamiento procesal no la regula expresamente, considero que no resultaría redundante o por demás que se dispusiera explícitamente, no obstante que su existencia se desprende del contenido de distintas disposiciones procesales.

Igualmente, podemos citar el artículo 260, que prescribe que las excepciones que tenga el demandado, cualquiera que sea su naturaleza deberá hacerlas valer precisamente en la contestación a la demanda y nunca después, a no ser que fueren supervivientes. Con base en esta disposición, puede actualizarse la preclusión de la facultad procesal que tiene el demandado para excepcionarse en el juicio, si la excepción o las excepciones no las hace valer en debida forma precisamente al contestar la demanda.

Son más escasas aún las disposiciones que tienden a prohibir el ejercicio de aquellas facultades o derechos procesales que son incompatibles con otras facultades o derechos ejercitados con anterioridad. Entre estas disposiciones está la que se contiene en el artículo 167 que, referido al 163, que a su vez prescribe que las cuestiones de competencia podrán promoverse por inhibitoria y por declinatoria, dispone que el *litigante que hubiere optado por uno de estos medios para promover una cuestión de competencia*, no podrá abandonarlo y recurrir al otro, ni tampoco podrá usarlos sucesivamente. Por lo cual, se deduce que este artículo hace precluir a la parte que planteó una cuestión de competencia, usando uno de los medios citados, la facultad de utilizar el otro con posterioridad o subsidiariamente, en virtud de que resultan incompatibles por los efectos procesales que producen, tanto por su interposición como por el procedimiento a seguir para alcanzar su resolución.

Tomando en consideración que en el curso del proceso existe la posibilidad de que se ejerciten o se pretendan ejercitar facultades o derechos incompatibles con otros ya ejercitados, estimo que es necesario reglamentar en forma general y explícita esta causa que motiva la preclusión para que, con fundamento legal, tengamos mayor interés en desenvolver uniformemente el proceso, sin el obstáculo de las dilaciones o contradicciones que pueden enmarcarse en el trámite de la causa que lo comprende.

Por último, con relación a la existencia de la preclusión por el carácter irrevocable de determinados actos jurídicos, manifiesto, que en nuestro Ordenamiento encontramos aisladamente un conjunto de actos, tanto de las partes como del órgano jurisdiccional, que adquieren la firmeza necesaria para surtir plena y eficazmente en el proceso. Respecto a los actos irrevocables realizados por las partes, están principalmente los que favorecen el desarrollo del proceso o, en su caso, los derechos del colitigante; así, por ejemplo, la confesión judicial hecha por las partes en los escritos de demanda o de contestación (artículo 402 y 406), el desistimiento de la acción o el de la demanda con el consentimiento del demandado (artículo 34).

Para llevar a cabo esta proposición, pienso que su regulación debería incluirse dentro del Título Segundo denominado "Reglas Generales", sea en su capítulo adicional, en virtud de que en este apartado se encuentran reguladas las principales formalidades procesales que rigen la actividad de las partes y del órgano jurisdiccional, o, más concretamente, dentro del Capítulo II (del mismo Título) rubricado "De las Actuaciones y Resoluciones Judiciales", por la relación que guarda la preclusión con las reglas que deben observarse para la efectividad de las actuaciones procesales y para la autoridad que deben adquirir las resoluciones judiciales.

Continuando con nuestra proposición, la preclusión puede regularse tomando en cuenta los siguientes elementos que la caracterizan:

Consiste la preclusión en la pérdida de un derecho procesal por su no ejercicio, o bien, por la existencia de un obstáculo jurídico.

La preclusión se actualizará en el proceso en los siguientes casos: 1º Por el vencimiento de los plazos o por el transcurso de los términos procesales. 2º Por haberse realizado válidamente y con anterioridad la misma actuación procesal que se pretende realizar. 3º Por el ejercicio irregular de facultades o derechos procesales. 4º Por haberse ejercitado una facultad o un derecho que es incompatible con la facultad o con el derecho que se pretende ejercitar; y 5º Por el carácter irrevocable de determinados actos jurídicos procesales.

Desde luego, esta sugestión debe complementarse con las demás características que he estudiado ampliamente con anterioridad, con el fin de que la regulación propuesta resulte conforme a la naturaleza jurídica, a las funciones y a los efectos que le corresponden dentro del proceso.

PALLARES (42) nos dice que la preclusión se encuentra reconocida en el artículo 133 del C.P.C., que dispone: "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; salvo los casos en que la ley disponga otra cosa".

Sin lugar a dudas, esta disposición señala, en términos generales, la existencia de la preclusión por el vencimiento de los plazos fijados para realizar determinados actos procesales; por lo cual, es de gran utilidad durante el trámite de los procesos al sancionar el vencimiento infructuoso de los plazos con la pérdida del derecho que dentro de ellos debió ejercitarse.

Por la importante función que desempeña esta disposición, nos damos cuenta de la necesidad que tenemos para regular expresamente los demás

(42) "Obra citada".

casos que dan lugar a la existencia de la preclusión, que, al igual que el anterior, tienen como finalidad acelerar y ordenar el normal desenvolvimiento del proceso, ya que aparte del artículo 133, no encontramos otras disposiciones que se refieran tan explícitamente a la existencia de la preclusión por el transcurso de los términos por la consumación procesal por el ejercicio irregular de facultades o derechos procesales, etc.

35. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en diferentes ejecutorias, se ha referido a la preclusión como medio para proveer el desenvolvimiento ordenado del proceso, al regular la ejecución de los actos jurídicos procesales de las partes y del órgano jurisdiccional con el fin de hacer posible el pronunciamiento de la resolución definitiva.

Así lo entendemos cuando nos dice (43) que “la preclusión consiste en la pérdida del derecho que compete a las partes para realizar determinados actos procesales, o, en general, actos procesales después de que se han ejecutado otros actos o han transcurrido ciertos términos. Esta institución tiende a regular el desarrollo de la relación procesal, dándole precisión y firmeza al proceso, para hacer posible la declaración definitiva de los derechos y para garantizar su exacto cumplimiento”.

La misma ejecutoria señala que es preciso no confundir la preclusión con la cosa juzgada; agregando, para diferenciarlas, que la preclusión es la base práctica para la eficacia de las sentencias; que es una institución general en el proceso con aplicaciones en muchos casos distintos a los de la cosa juzgada; que limitan sus efectos al proceso en que tiene lugar, es decir, no rebasa los límites de la relación procesal en que los mismos efectos se producen y que se basa en sentencias que reconocen sólo un bien procesal, sin importancia en el comercio de la vida, y, por lo tanto, no vincula al órgano jurisdiccional de procesos futuros. En cambio, la cosa juzgada, aunque contiene la preclusión de cualquier cuestión futura, tiende a desarrollar sus efectos fuera del proceso, ya que el bien reconocido en la sentencia debe valer precisamente como tal fuera del proceso, es decir, en el comercio de la vida.

Con estos conceptos comprendemos que el estudio realizado por la Suprema Corte es sumamente deficiente y, desde luego, criticable en los siguientes puntos: a) Por confundir la preclusión con la cosa juzgada formal. b) Por referir únicamente el nacimiento de la preclusión en el

(43) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Año 1933. Pág. 1303.

proceso al transcurso de los plazos y al ejercicio anterior de otros actos procesales; y c) Por afirmar que la preclusión sólo tiene efectos dentro del proceso en que se produce.

Por último, me permito transcribir dos ejecutorias más dictadas por la misma Suprema Corte en los meses de enero y abril de 1946, respectivamente, de las cuales, igualmente, se desprende que las únicas causas que originan la preclusión en el proceso se refieren al transcurso de determinados plazos procesales y al ejercicio anterior de otros actos.

“La preclusión supone la consolidación de determinada situación jurídica procesal por no haber sido combatida dentro de cierto tiempo, mediante un recurso o medio de defensa, o bien, la pérdida de un derecho, beneficio o facultad, por no haberse ejercitado dentro de los términos procesales.” (44)

“La preclusión tiene la finalidad de dar firmeza al procedimiento, haciendo posible la declaración definitiva y garantizar su exacto cumplimiento; pero la preclusión consiste en que después de la realización de determinados actos o de transcurridos algunos actos, no pueden ya las partes realizar ciertos actos procesales, esto es, queda precluso el derecho de realizarlos, de la preclusión no nace generalmente sino una situación jurídica que las partes están obligadas a respetar, sin perjuicio de que en ocasiones surja también el derecho propiamente hablando, como en el caso de la *actio iudicati*.” (45)

(44) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Tomo LXXXVII. Pág. 290.

(45) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Tomo LXXXVIII. Pág. 950.

CONCLUSIONES

I. La preclusión es una institución jurídica procesal que data desde el Derecho Procesal Romano, Germánico y Romano Canónico;

II. La preclusión se presenta en el proceso como una situación jurídica producida por la pérdida de un derecho procesal que incumbe a las partes litigantes;

III. La preclusión garantiza el normal desarrollo del proceso y, una vez concluido, asegura la inmutabilidad de la resolución correspondiente;

IV. La preclusión es un instituto procesal autónomo, cuya vigencia se observa principalmente en todos los procesos contenciosos;

V. La preclusión produce efectos positivos y negativos en el proceso, y, en consecuencia, derechos, obligaciones y cargas procesales;

VI. La preclusión normalmente refleja sus efectos dentro del proceso en que se origina, pero, excepcionalmente, pueden repercutir o existir fuera del mismo;

VII. La preclusión no ha sido estudiada en forma uniforme por los tratadistas que se han ocupado de ella;

VIII. La preclusión se actualiza por el ejercicio o por la omisión de los actos procesales que corresponden o que desarrollan las partes, el órgano jurisdiccional y los terceros que eventualmente intervienen en el proceso;

IX. La preclusión se regula en los ordenamientos legales de acuerdo con las necesidades materiales y procesales que implican los distintos procesos que comprenden;

X. La preclusión se relaciona con la cosa juzgada y con la caducidad de la instancia, en cuanto que éstas implican la extinción definitiva de todos los derechos procesales;

XI. La preclusión debe regularse explícitamente para evitar dilaciones o desórdenes procesales, no obstante que en nuestro Ordenamiento Procesal, así como en la mayoría de los ordenamientos procesales, se encuentra establecida en forma implícita, y

XII. La preclusión, como pérdida de un derecho procesal por su no ejercicio o por la existencia de un obstáculo jurídico, se actualiza en el proceso por las siguientes causas:

A) Por el vencimiento de los plazos o por el transcurso de los términos procesales.

B) Por haberse realizado válidamente y con anterioridad la misma actuación procesal que se pretende realizar.

C) Por el ejercicio irregular de derechos procesales.

D) Por haberse ejercitado un derecho que es incompatible con el que se pretende ejecutar.

E) Por el carácter irrevocable de determinados actos jurídicos procesales.

(Esta última conclusión la planteo como sugerencia para una reforma legislativa, que confiamos venga en breve, ya que tantos aspectos del Código Procesal Común la ameritan y el estado actual de los estudios la exigen.)

BIBLIOGRAFIA

- ALSINA HUGO. "Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial". B. Aires, 1956.
- CALAMANDREI PIERO. "Estudios Sobre el Proceso Civil". B. Aires, 1962. Traducción de Santiago Sentís Melendo.
- CARNELUTTI FRANCESCO. "Instituciones del Proceso Civil". B. Aires, 1959. Traducción de Santiago Sentís Melendo.
- CARNELUTTI FRANCESCO. "Sistema de Derecho Procesal Civil" B. Aires, 1944. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora.
- CASTILLO LARRAÑAGA JOSE Y RAFAEL DE PINA. "Instituciones de Derecho Procesal Civil". Cuarta edición. México, 1958.
- CHIOVENDA GIUSEPPE. "Instituciones de Derecho Procesal Civil". Madrid, 1954. Traducción de Emilio Gómez Orbaneja.
- CHIOVENDA GIUSEPPE. "Principios de Derecho Procesal Civil". Madrid, 1922. Traducción del profesor José Casais y Santaló.
- COUTURE J. EDUARDO. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Tercera edición. B. Aires, 1958.
- D'ONOFRIO PAOLO. "Lecciones de Derecho Procesal Civil". Editorial Jus. México, 1945.
- GUASP JAIME. "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil". Madrid, 1943.

- GOLDSCHMIDT JAMES. "Derecho Procesal Civil". Barcelona, 1936. Traducción de Leonardo Prieto-Castro.
- KISCH W. "Elementos de Derecho Procesal Civil". Madrid, 1940. Traducción de Leonardo Prieto-Castro.
- MANZINI VICENZO. "Tratado de Derecho Procesal Penal". B. Aires, 1951. Traducción de Santiago Sentís Melendo.
- MASSARI EDUARDO. "El Proceso Penal en la Nueva Legislación Italiana". Nápoles, 1934.
- MASSARI EDUARDO. "Lineamientos del Proceso Penal Italiano". Segunda edición italiana. Nápoles, 1948.
- MEDINA IGNACIO. (Conferencia de 20 de julio de 1949.) "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia". Tomo XII, números 47 y 48, página 177 y siguientes.
- ROMERO MAURO MIGUEL. "Principios del Moderno Derecho Procesal Civil". Valladolid, 1931.
- PALACIOS RAMON. "La Cosa Juzgada" Puebla, 1953.
- PALLARES EDUARDO. "Tratado de Derecho Procesal Civil". México, 1961.
- PALLARES EDUARDO. "Diccionario de Derecho Procesal Civil". Segunda edición. México, 1956.
- PANNAIM REMO. "Las Sanciones de los Actos Procesales Penales". Nápoles, 1933.
- PETIT EUGENE. "Tratado Elemental de Derecho Romano". México, 1953.
- PRIETO-CASTRO LEONARDO. "Manual de Derecho Procesal Civil". Madrid, 1959.
- RICCIO STEFANO. "La Preclusión Procesal Penal". Milán 1951.

ROCCO ALFREDO. "La Sentencia Civil". México, 1944.

ROSENBERG LEO. "Tratado de Derecho Procesal Civil". B. Aires, 1955.
Traducción de Angela Romera Vera.

SODI DEMETRIO. "La Nueva Ley Procesal". México, 1933.

WYNESS MILLAR ROBERT. "Los Principios Formativos del Procedimiento Civil". B. Aires, 1945. Traducción de Catalina Grossman.