

MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL

BOLIVIANO

"Lo que sirve para determinar el valor de un abogado, no es el número de asuntos que atiende, sino el de los que rechaza (Anónimo)"¹

¹ Cabanellas, Ana María . REPERTORIO JURÍDICO de principios generales del derecho, locuciones , máximas y aforismos latinos y castellanos. 4ta Edición. Editorial Heliasta S.R.L. Bs. As.-Argentina. Aforismo No 6237.

CAPÍTULO 1

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO PROCESAL

El deber del abogado es luchar por el derecho, pero el día que se encuentre en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia.

Anónimo

GENERALIDADES.-

En consideración a que el Derecho Procesal Civil es una especie más de lo que se denomina en muchas partes del mundo como Derecho Procesal, creemos pertinente como un tema introductorio, dedicar unas cuantas líneas a dicha disciplina del derecho, con el único fin de que el estimado lector pueda a futuro diferenciar dichos términos y por ende comprender reiteramos a la especie en base siempre del género.

Luego de dichas consideraciones, procedemos a desarrollar el sumario en cuestión en los siguientes términos.

DENOMINACIÓN.-

Con el fin de poder ubicar en el contexto cabal al estimado lector, previamente, indicaremos que la palabra "proceso", etimológicamente deriva del latín *processus*, que significa avance, progreso,² Eduardo Couture, manifiesta que proceso, significa "*desenvolvimiento , acción de ir hacia adelante*", en si mismo todo proceso es una secuencia.

Hugo Alsina sostiene; "*la palabra proceso es más amplia, porque comprende todos los actos que realizan las partes y el juez , cualquiera sea la causa que los origine, en tanto que juicio , supone una controversia, es decir, una especie dentro del genero*"³

Desde un punto de vista jurídico, según Eduardo Couture, "*el proceso es un cúmulo de actos, su orden temporal, su dinámica, la forma de desenvolverse, de la misma forma que un proceso físico, químico, biológico, intelectual, todo proceso jurídico se desenvuelve, avanza hacia su fin y concluye.*"

Si bien se puede hoy en día conceptualizar el termino *proceso*, de forma independiente, el *derecho procesal*, como tal es una rama relativamente nueva, que no tiene una gran tradición académica, y histórica, razón por lo cual en principio diremos que por *derecho procesal*, se sostiene que es aquella rama del derecho que "*contiene los principios y normas que regulan el procedimiento, la administración de justicia ante los jueces y tribunales de las diversas jurisdicciones.*"⁴

² ANTEZANA, Palacios Alfredo. Lecciones de Derecho Procesal Civil. Tomo I, Editorial Tupac Katari. Segunda Edición. Sucre-Bolivia. 2001, Pág. 26.

³ ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo I. Editorial EDIAR S.A. Bs.As-Argentina. Edición 1963.

⁴ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomos III, Editorial Heliasta. Edición 1993, Buenos Aires- República de la Argentina

El derecho procesal , considerado como "**el derecho, para el derecho**", como ya se manifestó es una rama nueva dentro el derecho, por cuanto hasta el siglo XVIII, en los países de cultura latina, se lo denominaba como simple *práctica*, los libros se denominaban Práctica judicial, práctica civil, Praxis Judicium, etc.

Ya en el siglo XIX, la voz procedimiento sustituye al término práctica y el método, frecuentemente exegético al estilo de los comentaristas de los textos napoleónicos, describe el proceso civil y examina los alcances de sus disposiciones.

Algunos tratadistas sostienen que el **DERECHO PROCESAL, "es el que contiene los principio y normas que regulan el procedimiento, la administración de justicia ante los jueces y tribunales de las diversas jurisdicciones"**⁵. En consecuencia se podría decir que la aplicación objetiva de un proceso, (vale decir un derecho procesal , en cualquier rama del derecho), no es sino el logro de lo que se denomina , como **el debido proceso** , misma que es definida como "*el derecho que tiene todo encausada a ser oído y juzgado con las debidas garantías, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial , instituido con anterioridad al hecho y dentro de los márgenes de tiempo establecidos por la ley*", definición que esta plasmada en la SS.CC. 101/2004 ; 1044/2003, etc.

EL DERECHO PROCESAL EN SENTIDO ESTRICTO.-

El profesor Lino ⁶ manifiesta: "*La disciplina que tradicionalmente se conoce bajo la denominación de derecho procesal, estudia por un lado el conjunto de actividades que tienen lugar cuando se somete a la decisión de un órgano judicial o arbitral la solución de cierta categoría de conflictos jurídicos suscitados entre dos o más personas⁷ o cuando se requiere la intervención de un órgano judicial para que constituya, integre o acuerde eficacia a determinada relación o situación jurídica. Es éste sin duda, el sector más importante del derecho procesal y dentro del cual como se verá oportunamente, corresponde ubicar la idea de proceso en sentido estricto.*"

Di dicha definición, debemos resaltar que Derecho Procesal Civil, no solamente esta relacionado a temas jurisdiccionales, sino inclusive administrativos, así por ejemplo señala como expresión de esta disciplina a los procesos arbitrales. De igual forma considera que integra parte del Derecho Procesal no solamente temas controvertidos, sino aquellos asuntos eminentemente voluntarios, como ser la homologación o validación de una situación o relación jurídica.

El profesor Moreno ⁸ señala: "*que el Derecho procesal es el conjunto de normas que regulan los requisitos y los efectos del proceso*" y seguidamente indica: "*Al ser el Derecho procesal el conjunto de normas que regulan los requisitos y efectos del proceso, en él no sólo hay que incluir las que podemos denominar normas procedimentales (normas estrictamente reguladoras del proceso) sino aquellas otras que denominarnos orgánicas, en razón a que regulan la creación de los órganos judiciales, así como la actividad y coordinadas dentro de las cuales actuarán los mismos.*"

EVOLUCION DEL DERECHO PROCESAL.- PROCEDIMIENTO ROMANO.-

El punto de partida es el proceso romano, es decir, el proceso de una civilización que alcanzo el máximo grado de desarrollo y que poco a poco, bajo la influencia de una elaboración profunda, se vino adaptando a las exigencias mas delicadas de esta civilización. Es de advertir, que a cada uno de los tres periodos históricos de Roma correspondió un procedimiento procesal diferente, siendo ello el resultado de la transformación de sus instituciones. Durante la **Monarquía** rigió el procedimiento de las Legis Acciones, en la **Republica** el Procedimiento Formulario y en el **Imperio** se impuso el procedimiento Extraordinario.

⁵ CABANELLAS .ob sit.

⁶ LINO, Palacio.Enrique."Manual de Derecho Procesal Civil.Editorial ABELEDO-PERROT, Edición, 1998-Bs.As.-Argentina

⁷ Nuestro CPC en el Art. 50 los denomina partes.

⁸ MORENO, Catena Victor." Introducción al Derecho Procesal", Editorial País, Madrid-España, Edición 2003.

-Procedimiento de las Legis Acciones o acciones de la ley. Lleva tal denominación porque según el jurisculto Gayo, toda la demanda civil debía deducirse de acuerdo a las siguientes cinco acciones legales⁹: sacramentum, iudicis postulatio, condictio, manus iniectio y pignoris capio. El procedimiento se caracteriza por ser oral y porque el proceso se sustancia en dos etapas: in iure la primera, que se desarrolla por ante el Magistrado a quien le correspondía conocer la fase instructiva de la causa, la misma que comprendía el planteamiento de la demanda y la litis contestatio, fijándose los límites de la contienda en presencia de testigos; la segunda parte, in iudicio, se desarrolla por ante el iudex, quien es una especie de juez privado, debido a su convocatoria por parte de los litigantes, correspondiéndole recibir la prueba y dictar la sentencia.

⁹ El rasgo más llamativo del sacramentum consistía en que lleva aparejada una pena pecuniaria, contra el litigante temerario, que no alcanza a producir ante el juez, la prueba del derecho invocado ante el magistrado -in iure-. Dicha pena que se llamaba "sacramentum" **La iudicis postulatio**, era utilizada según la ley de las XII Tablas, para la actio "familiae esciscundae", es decir la de partición de herencia. **La condictio** A diferencia de las anteriores que proceden de la ley de las XII tablas, fue introducida por la lex Sila para los créditos que tuvieron por objeto una "certa pecunia" (suma de dinero determinada,) y extendida para los que versaran sobre cualquier cosa cierta (certa res) por la lex Calpurnia. **La manus iniectio**, (acción de la ley por aprehensión corporal), representaba los vestigios de la justicia privada y a través del mismo el actor podía solicitar al funcionario, la autorización para ejercer las facultades que le competen sobre la persona del deudor, cosa que sólo puede hacer cuando su crédito conste de un modo claro y sea líquido, en base a los siguientes supuestos: a) Respecto de los créditos en dinero que han sido reconocidos en una sentencia. A este caso se llamará del "iudicatus", equiparándose al del "confessus" es decir aquel que ha reconocido "in iure"; la existencia de la deuda reclamada por el actor y no cumplió voluntariamente con la prestación. En estos casos se habla de "manus iniectio iudicati". b) Respecto de algunos créditos a los que leyes posteriores a las XII Tablas, quisieron rodear de un valor y fuerza ejecutiva, supuestos en que se habló de "manus iniectio pro iudicato". Tales son los casos del crédito del fiador o sponsor contra el deudor principal que dentro de los seis meses no le ha restituido lo pagado en su lugar al acreedor quien puede reclamárselo duplicado (lex Publilia de sponsu) mediante el ejercicio de la actio depensi; el del sponsor a quién siéndolo conjuntamente con otros el acreedor le exigió el pago de la deuda en una proporción mayor que la que le correspondía (lex Furia de sponsu) o el procedente de una multa impuesta por el daño causado en una cosa pública o sagrada que se reclamase por acción popular. c) Aquellos créditos para los cuales otras leyes autorizaron una manus iniectio a la calificó de pura. Así la ley Furia testamentaria la autorizó contra el que, sin estar exceptuado en ella para recibir más, hubiese recibido a título de legatario o por otra causa de muerte de mil ases y la ley Marcia de foeneratores contra los usureros que hubiesen cobrado intereses no permitidos, para obligarlos a devolverlos mediante la aprehensión corporal.

La única manera para el deudor de liberarse de esta acción era obtener un "vindex o fiador", que debía ser solvente -asiduo propietario de tierras o de cierta fortuna de ases -, o bien abonar la deuda. Si esto no ocurriera el pretor autoriza la prosecución de la ejecución contra su persona, pronunciando la palabra "addico", en virtud de la cual el acreedor puede conducir al deudor calificado de "addictus", a su casa, quedando éste prisionero, sujeto con cadenas que no podían exceder de un peso de 15 libras y proporcionarle alimento que no sería inferior a una libra de harina.

La detención privada no podía exceder los 60 días, en cuyo transcurso el acreedor queda obligado a llevar al addictus al foro durante tres días de mercado (estos días se daban uno cada ocho días); donde proclamaba el importe del crédito, a fin de posibilitar la liberación mediante el pago por algún pariente o amigo. Si esto no ocurriera, la persona del deudor queda a merced del acreedor, quien podrá o venderlo como esclavo fuera de Roma, o darle muerte y en este caso si los acreedores fueran varios, distribuirse su cuerpo en proporción al monto de sus respectivos créditos (partis secanto).

Este primitivo rigor, fue atenuándose con el correr del tiempo y así en los supuestos que se señaló como manus iniectio, pura, se permitió al deudor obrar como su propio vindex, eliminándose los efectos de la manus iniectio, provocando un litigio en que se verificara si el ejecutante tenía o no derecho al ejercicio de la, aprehensión corporal. Con posterioridad una lex Vallia, de fecha desconocida, convierte en puras, a todas las "manus iniecciones", excepto para el caso del "iudicatus y el del fiador que ha pagado por el deudor principal. Y como última evolución la ley Poetelia Papiria del 326 a. de C. Mejoró la situación del deudor, prohibiendo que se les encadenara, vendiera o diera muerte, permitiéndose rescatar su libertad mediante el pago de la deuda con su trabajo personal, salvo los supuestos que hubieran contraído su obligación mediante el "nexum".

LA PIGNORIS CAPIO

La "legis actio per pignoris capionem", acción de la ley por toma de prenda, en virtud del cual se autoriza a los titulares de ciertos créditos a apoderarse extrajudicialmente de una cosa mueble perteneciente al deudor, aún en su ausencia y en día nefasto.

Estas características determinó que se dudara que fuera una acción de la ley pues éstas debían realizarse "apud praetorem", es decir ante el pretor "adversario praesens", o sea presente al adversario y "fasto quoque die" es decir en día hábil. Sin perjuicio de ello, Gayo estimó que se trataba de una acción de ley, porque para la toma de la prenda debían pronunciarse determinadas palabras (certis verbis pignus capiebatur). La ley de las XII Tablas, la admitieron en interés del culto, contra el que habiendo adquirido un animal para sacrificarlo a los dioses -hostia- no pagaba el precio prometido (aes hostiarum) y contra el que no pagaba el alquiler de una caballería cuando el arrendador lo hubiese destinado a un sacrificio a los dioses.

Asimismo la "lex Censoria", autorizó esta acción en favor de los publicanos o cobradores de impuestos del Estado, contra los que debían pagarlos. Existen otros supuestos mencionados por Gayo, en que la pignoris capio, estaba autorizada por la costumbre como ser: a) El del soldado a quien no se le ha hecho efectivo el stipendium (Aes militare). b) El del equites, a quienes se adeudaba la suma asignada para la compra del caballo ("aes equestre"). c) El de los mismos caballeros o equites, por el ("aes hordearium"), es decir las sumas que les fueren debidas para adquirir el forraje de sus caballos.

La falta de datos, no nos permite conocer la consecuencia y el destino que había de darse a la cosa tomada en prenda, suponiéndose, algunas de estas tres hipótesis: a) O bien que el acreedor quedare como propietario, de los bienes tomados, satisfaciéndose su crédito. b) O que debiera subastarse en venta pública los objetos tomados. c) O que la prenda fuera tomada sólo como un medio de coerción indirecta contra el deudor, conservando el acreedor únicamente su posesión para forzar a aquél el pago.

-Procedimiento Formulario. Suprimido el sistema de las Legis Acciones por la Lex Julia iudiciorum privatorum, se pone en vigencia el procedimiento Formulario, de trámite similar al anterior con la característica de que la etapa in iure se cierra con la redacción de una formula, la cual constituye una instructiva escrita del Magistrado al iudex por la cual se fijan los elementos que deben ser tenidos en cuenta por éste al dictar sentencia, esto es: el derecho invocado por el actor, el objeto litigioso y las defensas del demandado. En esta fase ya no intervienen testigos, quienes son sustituidos por la formula dictada que permite el tránsito de una a otra etapa del proceso. Según las Instituciones de Gayo, las cuatro partes de la formula son: **a) La demonstratio**, que contiene la enunciación de los hechos que motivan el litigio; **b) La intentio**, que resume la pretensión del demandante; **c) La adjudicatio**, que tratándose de acciones divisorias, persigue la atribución a una de las partes de la propiedad del objeto del litigio; **d) La condemnatio**, que autoriza al iudex a condenar o absolver de acuerdo con el resultado de la prueba. En la etapa in iudicio, se produce la prueba y se exponen por las partes sobre los hechos controvertidos, pronunciándose luego la sentencia por el iudex, previa compulsión de la prueba de acuerdo con su libre convicción.

-Procedimiento Extraordinario. En este sistema se suprimen las dos etapas del proceso el cual se sustancia en una sola bajo la dirección de un Magistrado único que es el pretor, se introduce la escritura en las principales actuaciones, expresándose en forma escrita principalmente la demanda, la contestación y la sentencia; el impulso de parte se sustituye por el impulso oficial, la prueba adquiere mayor formalismo y sufren un debilitamiento los principios de oralidad y publicidad. La sentencia puede ser impugnada mediante el recurso ordinario de la appellatio y por recursos extraordinarios como la supplicatio y la restitutio in integrum, que se conocían y resolvían por el Senado Romano, en algunos casos contra las decisiones de los gobernadores y en otras en única instancia.

PROCEDIMIENTO GERMANO.-

Tal como lo señala Enrique Lino Palacio, durante el denominado periodo franco (Siglos V al XII de nuestra era), en los pueblos germanos el proceso se halla configurado como una lucha entre partes y tiene lugar ante las asambleas populares. Como no tenían leyes escritas, los juicios se resolvían de acuerdo con las tradiciones conservadas por los ancianos. En las asambleas del pueblo residía el poder jurisdiccional, limitándose la función del Juez a dirigir formalmente el debate y a proclamar la sentencia dictada a propuesta de una comisión de miembros peritos en derecho, en los primeros tiempos, y de jueces permanentes especiales (scabini) durante todo el periodo franco.

El proceso se desarrolla de la siguiente manera: citado el demandado por el propio demandante y constituido el tribunal, se interpone la demanda mediante la utilización de palabras exactamente prescritas e invocación a la divinidad, debiendo el demandado contestarla, sea allanándose o negándola en su totalidad. En este último caso, la asamblea dicta la denominada sentencia probatoria, mediante la cual se coloca al demandado en la alternativa de justificarse, probando la sinrazón de la demanda, o de satisfacer la pretensión del actor.

De allí que la prueba, dice el mencionado autor en tanto comporta un ofrecimiento formulado al adversario para demostrarle que carece de razón, reviste dos caracteres fundamentales, a saber. 1º) se dirige al adversario y no al tribunal; 2º) configura un beneficio, no una carga, que corresponde ordinariamente al sujeto atacado, o sea al demandado. Las pruebas, que no tienen por objeto formar la convicción judicial sino provocar el juicio de la divinidad, se reducen, esencialmente, al juramento de purificación prestado por lo común con conjuradores, que son miembros de la misma tribu que declaran sobre la credibilidad que merece el demandado y a los **juicios de Dios** (pruebas de fuego o hierro candente, agua fría, ordalías aleatorias y duelo), consistentes en diversas experiencias en cuyo resultado se cree descubrir la intervención divina. La sentencia –cuyos efectos, dada la forma pública en que es acordada, alcanzan no solo a los contendientes, sino a todos los presentes en la asamblea- es susceptible de ejecución privada, mediante apoderamiento particular de bienes o prenda extrajudicial.

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

EL PROCESO ROMANO CANONICO O PROCESO COMUN.-

Siguiendo la relación histórica que hacen E.L.Palacios y G. Chiovenda, cabe señalar que a raíz de la invasión de los bárbaros penetra en Italia el derecho germánico, que ciertamente desplaza al derecho romano de la época imperial en la medida en que se extiende y consolida el dominio longobardo. Pero a partir del Siglo XI comienza a operarse un resurgimiento cada vez mas intenso del proceso romano, fenómeno que obedece, fundamentalmente, a la subsistencia del derecho romano en importantes regiones de la península, al florecimiento del estudio de las fuentes romanas por obra de la escuela jurídica de Bolonia, a las exigencias del tráfico mercantil y a la extensión cada vez mayor de la jurisdicción de la iglesia, que se valía de un procedimiento judicial esencialmente modelado sobre el tipo romano. Según los mencionados autores, no se retorna precisamente al proceso romano puro u originario, sino que comienza a desenvolverse un tipo especial de proceso –denominado **proceso común, romano canónico o ítalo-canónico**- que es el resultado de la infiltración de elementos germánicos en el proceso romano. Tal infiltración respondió entre otras, a las siguientes circunstancias: 1º) Los glosadores, post-glosadores, comentadores y prácticos que sucesivamente trabajaron, entre los Siglos XIII y XIV, en la elaboración científica del proceso romano, no pudieron substraerse a la influencia del proceso vigente en su época, que era de raíz sustancialmente germánica, y se encontraron a menudo predispuestos a desinterpretar los textos romanos, de suyo difíciles, tratando de adaptarlos a instituciones procesales que les eran familiares y se hallaban excesivamente arraigadas en las costumbres de entonces; 2º) El derecho canónico, no obstante hallarse estructurado sobre bases esencialmente romanas, había receptado numerosas instituciones del derecho germánico; 3º) El elemento germánico era generalmente el dominante en las instituciones procesales reguladas por los estatutos de los municipios y por las constituciones de los príncipes, derecho feudal.

SURGIMIENTO DEL DERECHO PROCESAL COMÚN.-

De la conjunción de estos tres pilares del derecho: el derecho romano, el derecho canónico y el derecho germánico, emergen históricamente el llamado **proceso común o proceso romano-canónico**, denominado así porque regia en cuanto no lo derogasen leyes especiales escritas. Este proceso se halla denominado por el principio del orden consecutivo, o sea por la división del procedimiento en diversas etapas o estadios, destinado cada uno de ellos al cumplimiento de un acto procesal o serie de actos semejantes. A la demanda del actor, que debe formularse por escrito, el demandado puede oponer defensas previas, que son examinadas en un estadio anterior a la discusión sobre el fondo del asunto, e invocar después las restantes excepciones posibles en oportunidad de contestar la demanda. Con posterioridad a la litis contestatio (que carece del sentido que tenía en el proceso romano clásico) se presta el juramento de malicia, que persigue el doble objeto de certificar la buena fe del litigante y de fijar los términos del litigio. Sigue a ella –precedida por la práctica de la confesión mediante absolucón de posiciones- la producción de la prueba, que se halla sometida a rigurosas reglas en cuanto a su clase y valoración. Recibidas las pruebas y luego de plantear las partes sus últimas alegaciones, el Juez cita a aquellas para sentencia, que es dictada en forma pública y oral, procediendo contra ella el medio de impugnación denominado la appellatio en caso de considerársela injusta y la querella nullitatis en el supuesto de objetársela por razones formales, sin perjuicio de los recursos extraordinarios (restitutio in integrum, supplicatio ad principem, revisio). Debe destacarse finalmente, dice Palacio, que este proceso, en virtud de la costumbre de documentar todas las actuaciones en el producidas, termina

por convertirse en un proceso exclusivamente escrito. Por su parte observa Chiovenda, que si bien los principios fundamentales que dominan el proceso común –como los referentes al objeto de la prueba y a la sentencia- son de origen romano, la influencia germánica se advierte en numerosas instituciones, algunas de las cuales han pasado al derecho moderno, como son, por ejemplo, la querella nullitatis (origen del recurso de casación), la prueba legal (entendida como el conjunto de normas vinculantes de la convicción judicial), la división del proceso en dos estadios, antes y después de la contestación de la litis, y la división del procedimiento en una serie de fases preclusivas.

Los residuos de formalismo germánico, dice Chiovenda, contribuyeron a hacer el proceso común excesivamente largo, complicado y difícil, esto explica porque, junto al proceso ordinario, se fuera formando un proceso simplificado, que se llamo posteriormente sumario, proceso indeterminado que se origina por la iniciativa del Papa Clemente V, quien mediante una celebre Constitución denominada Clementina Saepe, regulo en 1306 este modo de proceder, señalando posprincipios de concentración y oralidad como reglas básicas de su tramitación, a mas de reforzarse los poderes del Juez. Junto a este proceso surgen otros indeterminados y especiales, que en suma constituyen el origen de los actuales procesos de ejecución.

NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO PROCESAL.-

El estudio de la naturaleza jurídica del proceso, consiste ante todo *en determinar si este fenómeno forma parte de algunas de las figuras conocidas del derecho o si por el contrario constituye por sí solo una categoría especial*. Así por ejemplo, se trata de saber si el vínculo que une a las partes y al juez constituye un contrato, un cuasicontrato o alguna otra figura jurídica semejante. Y de resolverse este punto en sentido negativo, sería necesario entonces, decidir que es el proceso como fenómeno particular.

Para responder a esta pregunta, relacionada con la naturaleza jurídica del proceso, la doctrina ha formulado, entre otras, cuatro repuestas trascendentales, las cuales reflejan el pensamiento jurídico y político de su contexto histórico, pero que al final solo constituyen hipótesis que tratan de explicar de manera científica sobre un problema que al presente todavía espera de una respuesta definitiva, siendo estas las siguientes:

TEORIA CONTRACTUALISTA.-

A decir de Hugo Alsina, esta teoría supone la existencia de una convención entre el actor y el demandado, en la que se fijan los puntos del litigio y en la que tiene su fuente los poderes del juez. Su antecedente histórico se remonta a la *litis contestatio* del Derecho Romano, que supone en forma expresa o implícita, un acuerdo de voluntades, toda vez, que de la respuesta que daba el demandado, personalmente y ante el juez, respecto a la demanda formulada por el actor, se infería la relación contractual entre partes, la forma como se había trabado la litis y los alcances que debía tener la sentencia.

Dicha relación, se la expresaba en presencia de cinco testigos en el sistema de las *legis actiones* y mediante una formula en el procedimiento formulario. Concepción contractualista que limitaba los poderes del juez por la voluntad de las partes, reduciéndolo al papel de un arbitro, y por la que se admitía, también, la relatividad de la cosa juzgada con referencia a terceros que no habían sido partes en el proceso. En el procedimiento extraordinario del derecho romano, subsistió el principio de la limitación de los poderes del juez. Porque continuaba considerándose al proceso como una institución del derecho privado. Con estos caracteres pasó al Derecho Hispano, señalándose en las Siete Partidas, Partida III, que el fundamento y principio del juicio es la demanda y la contestación.

Participaron de esta teoría tanto la doctrina francesa de los Siglos XVIII y XIX, cuanto los prácticos españoles de igual época (Salgado, Carleval, Conde de la Cañada), quienes conceptuaban el juicio como una convención entre partes, admitiendo que la fuente de la cosa juzgada es el acuerdo de los litigantes llamado contrato judicial, por el cual ambas partes aceptan someter a la decisión del

juez el litigio que los divide. **Establecieron un paralelismo entre el contrato judicial y los contratos del derecho civil**, señalando la asimilación de sus elementos esenciales como: objeto, causa y capacidad. Sin duda alguna, dice Couture, que es la doctrina francesa la que ha permanecido más fiel a esta concepción, siendo su principal exponente Pothier (Obligaciones, 1851), quien siguiendo el pensamiento de Rousseau en su obra El Contrato social, concibe la sujeción de la voluntad individual a la autoridad dentro del proceso, bajo la forma de un contrato judicial. Otros exponentes en la doctrina francesa fueron: Demolombe, Aubry y Rau. Más tarde, y ante la debilidad de la concepción contractual, se habla del proceso como un *cuasicontrato*, atribuyéndose al autor francés Arnault de Gueniveau en su obra *Du cuasi contrat judiciari* (1859) como al inspirador de esta tesis, la misma que se sustenta por simple eliminación de figuras, partiendo de la base de que el juicio no es contrato ni delito, ni cuasidelito; eligiéndose, entonces, dentro de las distintas fuentes de las obligaciones, la menos imperfecta, el cuasicontrato.

La **doctrina moderna rechaza esta teoría** porque considera, que solo sub invirtiendo la naturaleza de las cosas es posible ver en el proceso, situación coactiva, un acuerdo de voluntades.

El actor concurre obligado por la necesidad de obtener la tutela jurídica del Estado, frente a sus intereses; por su parte, el demandado es obligado a contestar e intervenir en el proceso, aún contra sus naturales deseos, es más, el proceso puede desenvolverse y extinguirse contra la voluntad del demandado, e incluso en ausencia de él (por ejemplo en rebeldía art. 68 CPC); en suma, no concurre en la constitución y vigencia del proceso el elemento más esencial del contrato: el consentimiento; consiguientemente, no hay contrato ni algo parecido en el proceso. Otra observación que se hace por la doctrina tiene que ver con la función jurisdiccional, en sentido de que la misma no es el resultado de un previo acuerdo de partes, sino como el ejercicio de un poder inherente a la soberanía del Estado moderno, y al cual las partes se encuentran sujetas con prescindencia de su voluntad. Como corolario de esta crítica, cabe señalar que resulta incoherente pretender que una institución de Derecho público como es el proceso judicial pueda regirse, aunque sea subsidiariamente, por normas de Derecho privado, como son las normas del Derecho Civil que regulan los contratos. En lo demás, tal como lo señala Couture, fuera de su valor puramente histórico, la concepción del proceso como contrato o cuasicontrato ha perdido en el Derecho moderno toda significación.

TEORÍA DE LA RELACIÓN JURÍDICA.-

Esta es la teoría que domina el pensamiento de la doctrina contemporánea, tiene su antecedente en los trabajos de Guillermo Federico Hegel, el cual fue expuesta por primera vez por Osear Von Bülow (1868) en su obra "*La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*", y desarrollada más tarde por la doctrina italiana, entre ellos por Chiovenda y Calamandrei.

Von Bulow, indicaba: "Esta relación **es de carácter público** y aparece desde que la persona, ejercitando su derecho de acción, interpone una demanda solicitando se le atiendan las pretensiones contenidas en ella (derechos subjetivos). **Es también autónoma**, en la medida que tiene vida propia, y si bien debe tener correspondencia con la relación material preexistente, **sin embargo es independiente de ella, pues para que la relación jurídica procesal genere un proceso válido deben cumplirse determinados presupuestos procesales** (capacidad, competencia, etc. Art. 336 y sgtes del CPC)). **Es compleja**, como bien lo refiere Alsina¹⁰, porque comprende un conjunto indefinido de derechos y obligaciones para cada uno de los que intervienen, pero teniendo todos ellos al mismo fin común: **la actuación de la ley**.

¹⁰ ALSINA Hugo, "Tratado teórico y práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial"; Tomo I, parte general, Segunda Edición. Ediar Soc. Anon. Editores, Buenos Aires, 1963. Pág. 417. Refiere este autor que el deber fundamental que constituye como esqueleto de toda relación procesal, es la obligación que tiene el juez de proveer las demandas de las partes, obligación que forma parte de su oficio y que esta garantizada con las penalidades en que incurre con su incumplimiento, señala además que a las partes corresponde la exposición y la prueba de los hechos, en la forma, plazos y condiciones previstas en la ley; agrega que el contenido de la relación procesal, que viene así a comprender el conjunto de derechos y obligaciones que tiene el juez y las partes, esta condicionado por las formas establecidas por la ley para la tramitación de los juicios.

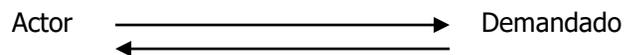
Finalmente concluye con lo siguiente: "**constituida la relación jurídica procesal con la demanda y su notificación, es deber del juez proveer la demanda y, de ser el caso, resolver el conflicto de intereses declarando el derecho de las partes, y el de las partes a prestar toda la colaboración indispensable y a someterse a la actividad común.**"

Pese a la definición de esta doctrina, en torno a la naturaleza del proceso, en los últimos tiempos en lo que se refiere al léxico, la presente teoría a sido constantemente revisada a tal punto que se a establecido que la relación jurídico-procesal y el valor que como tal tiene dentro de la doctrina aquí expuesta pueden determinarse en términos simples.

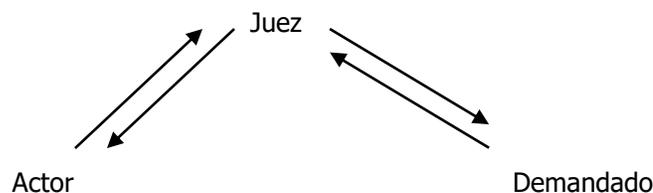
La relación es la unión real o mental de dos términos, sin confusión entre sí. Relación es vínculo que aproxima una cosa a otra, permitiendo mantener entre ellas su primitiva individualidad. La relación jurídica procesal es un aspecto del derecho como relación, es la particular condición que asume el derecho en la zona restringida del proceso.

Se habla entonces de relación jurídica procesal en el sentido apuntado de ordenación de la conducta de los sujetos del proceso en sus conexiones recíprocas; al cúmulo de poderes y facultades en que se hallan unos respecto de otros.

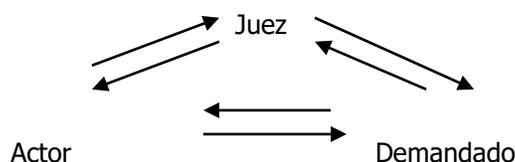
Sobre lo que no se esta de acuerdo en esta teoría, es en torno a la forma en la que se expresa dicha relación jurídica, tal es así que el tratadista Kohler, concibe a esta relación jurídica como dos líneas paralelas que corren del actor al demandado.



Otros tratadistas como ser Hellwic, sostienen que no puede expresarse con líneas paralelas, la relación jurídica, sino en forma de ángulo. En esta relación debe comprenderse al juez, que es un sujeto necesario de ella y hacia el cual se dirigen las partes y el cual se dirige a las partes. No existe en cambio para esta tendencia ligamen ni nexo de las partes entre sí, ellas según esta postura están unidas a través del magistrado.



Finalmente una tercera corriente, considera a la relación jurídica como una relación procesal triangular, indicando que no se trata de una simple relación de las partes al juez y del juez a las partes, sino que las partes entre sí también se relacionan, siendo uno de sus representantes el profesor Wach. Su representación gráfica es la siguiente:



Es indudable que tanto en la doctrina como en la legislación procesal moderna se ha impuesto y domina la concepción de la relación jurídica procesal de carácter triangular, opiniones importantes a partir de Bülow, Chiovenda, Calamandrei., Alsina y Palacio, comparten tal pensamiento, señalándose que no se puede negar la existencia de una relación jurídica en el proceso; que son tres los sujetos de esta relación: actor, demandado y juez; en suma, que es una relación de derecho público que se inicia con la demanda, se integra con la contestación y se desenvuelve en el curso del proceso hasta concluir con la sentencia. El Código de Procedimiento Civil Boliviano en sus Arts. 1, 50 y 353, no es ajeno a esta concepción doctrinal, al contrario, señala claramente que en el proceso participan de manera esencial los mencionados sujetos; que la relación procesal se establece con la demanda, reconvención y respuestas de ambas, la que no podrá ser modificada posteriormente; además, dispone que es deber del juez el otorgar, a nombre del Estado, la tutela jurídica frente a las pretensiones de las partes.

TEORÍA DE LA SITUACION JURÍDICA.-

Esta teoría fue expuesta por primera vez en 1925 por James Goldschmidt, en su libro *El proceso como situación jurídica*, doctrina por la cual se comienza por negar la existencia de una relación procesal. El proceso no es relación, dice, sino *situación jurídica*, entendida como tal la expectativa de las partes a una sentencia favorable; que en consecuencia, no puede hablarse de derechos y obligaciones entre ellas, sino simplemente de cargas y posibilidades, dependiendo de las mismas la expectativa de una sentencia que se incline hacia una u otra de las partes. El juez no tiene para con éstas ninguna obligación, sino que, como órgano del Estado, es quien rige y gobierna el proceso, fallándolo con arreglo a la ley. *"En resumen, se afirma, las partes tienen en el proceso un cúmulo de expectativas y (esperanza de obtener una ventaja procesal sin un acto propio, como la que tiene el demandado de que la demanda sea rechazada por defectuosa, o el actor de que se produzca el allanamiento del demandado); o posibilidades (de obtener una ventaja mediante la ejecución de un acto, como la demanda, excepciones, tacha de testigos, etcétera), todo lo cual se traduce en situaciones del proceso"*⁴¹. Basándose en la metáfora que configura el proceso como una contienda bélica, Goldschmidt advierte *que el espectáculo de la guerra le deparó el convencimiento de que el vencedor puede llegar a disfrutar un derecho que se legitima por la sola razón de la lucha. En tiempo de paz, dice, el derecho es estático y constituye algo así como un reinado intocable: esta situación del derecho político se proyecta en forma idéntica al orden del derecho privado. Pero estalla la guerra y entonces todo el derecho se pone en la punta de la espada: los derechos más intangibles quedan afectados por la lucha y todo el derecho, en su plenitud, no es sino un conjunto de posibilidades, de cargas y de expectativas.* De la misma manera, se dice, también en el proceso, ***el derecho queda reducido a posibilidades, cargas y expectativas***, ya que no otra cosa constituye ese estado de incertidumbre que genera la demanda y que hace que, en razón del ejercicio o de la negligencia o abandono de la actividad, pueda ocurrir que, como en la guerra, se reconozcan derechos que no existen.

Concepción del proceso que fue ampliamente rebatida por la doctrina, entre otros por Radbruch y Calamandrei, señalándose por Alsina que la teoría de la situación jurídica destruye sin construir y por ella se pierde la visión de conjunto que el concepto de relación procesal permite ver en el proceso una unidad. ***Esta doctrina considera el proceso no como debe ser, sino como es a veces en la práctica forense, deformado; es decir, señala Calamandrei, el proceso no sería un medio para actuar el derecho, sino un medio para hacer valer como derecho lo que no lo es, criterio demasiado realista que no puede constituir el fundamento de una doctrina científica.*** Por otra parte, si el juez queda excluido de la relación procesal y no debe

⁴¹ ANTEZANA, Palacios Alfredo. Lecciones de Derecho Procesal Civil. Tomo I, Editorial Tupac Katari. Segunda Edición. Sucre-Bolivia. 2001.

cuenta de su conducta más que al Estado, como se pretende por esta teoría, priva peligrosamente a las partes de todo derecho de control. Al margen de esta crítica, cabe reconocer en justicia, que el concepto de cargas procesales ha sido adoptado en el léxico procesal moderno, prueba de ello resulta ser, por ejemplo, lo dispuesto por los Arts.1283 del Código Civil y 375 de su Procedimiento a propósito de la *carga de la prueba*.

Cabe aclarar a nuestro lector que al margen de estas tres teorías debidamente desarrolladas en lo que se refiere la naturaleza del proceso (y en especial del proceso civil), existen otras teorías que pretenden alcanzar el mismo cometido tal es así , por ejemplo "el proceso como entidad jurídica completa", misma que es relativamente nueva, la cual manifiesta que la particularidad más característica del proceso, es la pluralidad de sus elementos estrechamente coordinados entre sí y desde el punto de vista normativo el objeto de esta teoría es lograr aislar cada uno de los elementos constitutivos del proceso y de esa forma describir su función y sus fines, para lo cual lo divide en un elemento estático y en un elemento dinámico.

Otra teoría es la de considerar al proceso "como institución", siendo sus precursores algunos estudiosos franceses, tesis que no a sido muy difundida , pero que si se desea conocerla se le invita al lector consultar el libro "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", del eminente profesor E. Couture.

FUNCIÓN DEL PROCESO.-

Consideramos que cuando uno pretende estudiar al Derecho Procesal o al Proceso, necesariamente debemos remitirnos al elemento teleológico, pues solamente esta rama del derecho se la puede explicar POR SU FIN, toda vez que el proceso por el proceso no existe.

Es en razón a ello que debemos enfáticamente recalcar que el fin de un proceso es dirimir el conflicto de intereses sometido a los órganos de la jurisdicción.

Ese fin puede ser privado y público, según trataremos de demostrarlo. Satisface al mismo tiempo, el interés individual comprometido en el litigio y el interés social de asegura la efectividad del derecho mediante la obra incesante de la jurisdicción.

FUNCIÓN PRIVADA DEL PROCESO.-

Desprovisto el individuo , por virtud de un largo fenómeno histórico de la facultad de hacerse justicia por su mano, halla en el proceso el instrumento idóneo para obtener la satisfacción de su interés legítimo por acto de la autoridad.

La primera de todas las concepciones sobre la naturaleza del proceso debe ser, pues , una concepción eminentemente privada: el derecho sirve al individuo, y tiende a satisfacer sus aspiraciones , si el individuo no tuviera la seguridad de que existe en el orden del derecho un instrumento idóneo para dale la razón cuando la tiene y hacerle justicia cuando le falta, su fe en el derecho habría desaparecido.

Contemplando el mismo proceso desde el punto de vista del demandado , su carácter privado se presenta todavía más acentuado que desde el punto de vista del actor.

Configurado como una garantía individual, el proceso (civil o penal), ampara al individuo y lo defiende del abuso de la autoridad del juez, de la prepotencia de los acreedores o de la saña de los perseguidores. No puede pedirse una tutela más directa y eficaz del individuo , difícilmente se puede concebir un amparo de la condición individual más eficaz que éste.¹²

FUNCIÓN PÚBLICA DEL PROCESO.-

¹² COUTURE, J. Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil .Editorial By F Montevideo – Buenos Aires. 4ta Edición.,año 2005, páginas 424.

Luego de haber aclarado en primer termino que la premisa del proceso en el derecho , es satisfacer antes que nada una necesidad individual, debemos hacernos cargo de la proyección social que esta tutela lleva consigo.

Con relación a la presente función, el profesor Schonke en su obra "La necesidad de al Tutela Jurídica", establece que "para el proceso civil como institución está en primer lugar el interés de la colectividad , ya que sus fines son la realización del derecho y el afianzamiento de la paz jurídica. El particular puede ocupar el tiempo y las energías de los tribunales estatales solamente y en tanto que para él exista la necesidad de tutela jurídica".

Esta postura es criticada por el Prof. E. Couture bajo los siguientes términos:"*En nuestro concepto , en cambio , el interés de la colectividad no procede al interés privado, sino que se halla en idéntico plano que éste. El Estado no tiene en el proceso un interés superior a la suma de los intereses individuales. Lo que ocurre es que el proceso sirve al derecho como un instrumento de creación vivificante, como una constante renovación de las soluciones históricas forjadas en el pasado .El derecho se realiza cada día en la jurisprudencia. Satisfecha el interés individual, queda todavía un abundante residuo de intereses no individuales que han quedado satisfechos.*

En este sentido y acaso sólo en éste , corresponde compartir la teoría que señala al proceso como el medio idóneo de asegurar la lex continuatatis del derecho , su efectividad en la experiencia jurídica. Ese es , sin duda su fin social, proveniente de la suma de los fines individuales."

IMPORTANCIA DEL DERECHO PROCESAL.-

Consideramos que el derecho procesal en lo que se refiere a su importancia, se resume en la frase expuesta anteriormente, vale decir que es el derecho para el derecho, pero con el fin de resaltar esta situación, algunos autores en lo que se refiere a este aspecto en particular consideran que el derecho procesal civil, es importante por otras varias razones, mismas que las paso a citar:

EL PROCESO COMO PRÁCTICA.-

Se sostiene en doctrina que el derecho Procesal, en cuanto derecho y en cuanto conocimiento del proceso, es en primer término, una práctica que la experiencia siempre será el punto de partida para la ciencia. Piero Calamandrei expresa al respecto que toda la historia del proceso, desde las formulas del derecho romano a las posiciones del derecho común, desde los estatutos italianos a los costumbres francesas, hasta llegar a las codificaciones, constituye sustancialmente la historia de las transformaciones de la practica judicial en derecho procesal. En tal sentido, la tendencia de esta disciplina es considerar la actividad procesal como el arte del convencimiento del Juez, tomar en cuenta la práctica de la persuasión cuando la misma se sustenta en el derecho y la equidad.

EL PROCESO COMO CIENCIA.-

La simple observación empírica de este instrumento jurídico no es suficiente para conocerlo en su esencia, el proceso civil es mucho mas que una práctica, es ciencia. El Derecho Procesal estudia el proceso desde una óptica científica, distingue sus instituciones unas de otras, considera su naturaleza jurídica, sus caracteres y fines, de tal forma que se tenga conciencia y convicciones de las mismas. Como toda ciencia, esta disciplina supone un saber reflexivo, coherente y sistemático del proceso civil, sustentado en principios.

EL PROCESO COMO ETICA.-

Más allá de la práctica y la ciencia, es evidente que el proceso es un instrumento de lucha en el cual la técnica puede ser superada por el engaño, donde no solo las partes sino el mismo Juez pueden ser inducidos al error, tanto la simulación como el fraude pueden vencer a la buena fe. Hoy día la tendencia del Derecho Procesal es tener también una concepción ética del proceso, que este regido por reglas de moralidad. Contenido ético que no es excluyente de su esencia científica.

EL PROCESO COMO POLITICA.-

En su proyección desde el Siglo XIX hasta el presente, se advirtió que el Derecho Procesal en su conjunto resultaba ser, en ultimo término, una forma de realización de las garantías constitucionales, que al ser un instrumento de tutela de los derechos discutidos en el proceso, es en ultima instancia la tutela de los derechos individuales reconocidos por la Constitución Política a favor de todo ser humano. Esta disciplina estudia, por consiguiente, el proceso civil como política, frente a la concepción tradicional, que se detiene en el examen de las instituciones procesales como tales, la examina desde su concepción por el Derecho Constitucional como un régimen reglamentario de garantías constitucionales.

CAPÍTULO 2

EL DERECHO PROCESAL CIVIL

Quando todos los ciudadanos no tienen los mismos derechos en todos los territorios, ya no hablamos de derechos, sino de privilegios.

Rosa Díez

GENERALIDADES.-

En este segundo capítulo, nuestro estudio se centrará en el proceso civil, siguiendo de esta forma el método deductivo, en lo que respecta al desarrollo del primer sumario, es en tal sentido que comenzaremos este tema con los antecedentes históricos y etimológicos del Derecho Procesal Civil.

ORIGEN ETIMOLÓGICO DEL TÉRMINO DERECHO PROCESAL CIVIL.-

El origen etimológico de la palabra proceso según las voces latinas deriva de **proseko** y **procedere**, "el vocablo **proceso** significa en su acepción común: progreso, acción de ir hacia delante, camino a seguir, desenvolvimiento, trayectoria a recorrer hacia un fin propuesto o determinado".¹³ En tal sentido, el término traduce la idea de un estado dinámico correspondiente a cualquier fenómeno, así por ejemplo puede haber un proceso físico, químico, biológico, histórico, político, etc.: como, así mismo, puede darse el **proceso judicial** cuando ese estado dinámico se traslada a la aplicación de la ley o el derecho a un caso concreto y particular.

La costumbre de utilizar el vocablo **proceso** para denominar la contienda judicial es relativamente nueva, toda vez que desde la antigüedad se identificaba a la misma con el vocablo de **juicio** en alusión a la opinión o criterio por el cual el juzgador resolvía el conflicto de intereses, tal como lo admite Francesco Carnelutti "...si los litigantes supiesen juzgar por sí mismos, no litigarían, pues reconocerían por sí mismos la razón y la sinrazón. El proceso sirve, pues, en una palabra, para hacer que entren en juicio aquellos que no lo tienen...El que hace entrar en juicio, es decir, el que suministra a los otros que lo necesitan, su juicio, es el Juez". Expresión que entro en crisis a partir de la segunda mitad del Siglo XIX, sobre todo por la actividad que desarrollaron dos escuelas de Derecho Procesal Civil en Europa, primero la doctrina alemana y luego la doctrina italiana, escuelas que tuvieron preferencia por el vocablo **proceso** porque, ciertamente, trasunta con mayor propiedad todo cuanto acontece, de principio a fin, en el litigio.

Hoy día, la tendencia del derecho moderno es utilizar esta última expresión en lugar de **juicio** porque importa un concepto global de dicha contienda judicial, razón por la que en gran parte de la legislación procesal contemporánea se prefiere el vocablo **proceso** excepto en el caso aislado de algunos países como España donde todavía está enraizada la costumbre del uso de la voz antigua titulado su procedimiento civil, vigente a partir de 1881, como Ley de **Enjuiciamiento** Civil Española.

¹³ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomos III, Editorial Heliasta. Edición 1993, Bs.As. Argentina

Por todo lo señalado el **Proceso Civil** comprende todos los actos necesarios y legales que se realiza para lograr la dirimición del conflicto de intereses y, por consiguiente, la creación de la ley singular que ha de permitir que el Derecho Civil se realice, cambie o evolucione. A diferencia de lo anterior, el **Procedimiento Civil** constituye a cada una de las fases o etapas que el proceso puede comprender, tiene que ver con el fenómeno externo y rutinario del proceso, en otras palabras, con el desenvolvimiento de la actividad preordenada por la ley procesal, que realizan tanto las partes como el Juez. En consecuencia, la idea de **Proceso Civil** es unitaria, se relaciona íntimamente con el ejercicio de la función jurisdiccional. Para distinguir mejor entre ambas ramas jurídicas, considérese que el **Proceso Civil** puede comprender más de una instancia y por ello recorrer más de un procedimiento de carácter civil, sin embargo, no por ello el proceso pierde su unidad conceptual y sistemática ni se confunde con su situación externa.

Con relación a su denominación moderna, de esta rama del derecho, que por lo demás se llegó a universalizar dentro la ciencia del Derecho, esta se la debe a G. Chiovenda, considerado **el padre del Derecho Procesal Civil Italiano**, quien el 3 de febrero de 1903, al exponer sobre derecho en Bologna, propuso como una denominación técnica y científica el nombre de **Derecho Procesal Civil** a esta nueva rama, bajo los siguientes criterios:

¿Porque Derecho?, Porque considera que constituye un saber razonado, constitucionalizado que se basa en un fundamento científico.

¿Porque procesal?, Porque las normas, reglas, principios de esta rama se refieren al proceso, a la parte adjetivo y no sustantiva del derecho civil.

¿Porque Civil?, Porque estas normas, reglas, principios, se aplican al Derecho Civil, que están para la efectivización, aplicación y materialización del derecho civil sustantivo.

Esta denominación se la divulgo mediante el Código de Procedimiento Civil Italiano de 1940, norma jurídica que fue considerado como base para los Códigos del mundo.¹⁴

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL.-

A partir del Siglo XIV el proceso común pasa de Italia a los demás países de la Europa continental, a decir de Palacio, se produce históricamente el llamado "fenómeno de la recepción". La adaptación de este tipo de proceso, y sus modificaciones posteriores, se operan de distinta manera en cada país. En Alemania se arraiga notablemente en los territorios meridionales y occidentales, en los que alcanza vigencia el llamado proceso cameral, que es tributario de los defectos e inconvenientes mas acentuados del proceso ítalo-canónico; mientras que es resistido en el norte del país, por obra de la escuela sajona. Pero a partir de la sanción del Corpus iuris fridericianum (1681) se inicia un movimiento reformador tendiente a la simplificación del proceso.

En España la recepción del proceso común se produce a partir de la baja Edad Media, habiéndose recogido sus principios en la tercera de las Siete Partidas de Alfonso el Sabio (1258). Durante la Edad Moderna, los ordenamientos procesales que se suceden se mantienen fieles a aquel tipo de proceso, como siempre España, en la línea conservadora y tradicional. Tal cosa ocurre con el Ordenamiento de Montalvo (1480), las Leyes de Toro (1505), la Nueva Recopilación (1567) y la Novísima Recopilación (1805).

De igual manera, en Francia tiene lugar la recepción del derecho común, pero por obra de los parlamentos, especialmente de Paris, se desenvuelve un tipo especial de proceso, que si bien reconoce bases romano-canónicas, con influencia de elementos consuetudinarios germánicos, ofrece características que lo diferencian del proceso vigente en el resto de Europa. Las costumbres judiciales de los Parlamentos, que son recogidas y sistematizadas por la doctrina, constituyen el

¹⁴ Esta norma jurídica corresponde al régimen fascista de Benito Mussolini, vigente en ese tiempo en el país de Italia y que es muy bien explicado por la filosofía del derecho, a través de la "Polinización del Derecho".

punto de partida de la intensa actividad legislativa llevada posteriormente a cabo por las ordenanzas reales referentes a la administración de justicia, como las de Moulins (1566), Blois (1579) que culminan con la famosa *Ordonnance civile* de Luis XIV (1667). Producida la revolución se intenta, mediante diversas leyes, una transformación radical de la justicia y del proceso. Tal iniciativa fracasa en la práctica y, por Ordenanza consular del 18 fructidor del año 1800, se restablece la de 1667, cuyas disposiciones se caracterizan por la sencillez que imprimen al procedimiento y por la consagración de los principios de oralidad y publicidad. A este respecto, Chiovenda señala que con la *Ordenanza* de 1667, puede decirse que se codifica la parte más importante del proceso francés moderno, común desde entonces a toda Francia y a todas las jurisdicciones, reales, feudales y eclesiásticas: resultando de ello que el *Code de Procédure Civile* sancionado por iniciativa de Napoleón el año 1806 y puesto en vigencia a partir del primero 1º de enero de 1807, no es otra cosa que la reproducción mejorada y completada de dicha Ordenanza, cuerpo de leyes que aun rige en Francia con reformas que no han modificado sustancialmente su estructura. El denominado *Code de Procédure Civile*, claramente opuesto a las leyes de las otras naciones, por el carácter dominante de mayor simplicidad y oralidad del proceso y por los principios fundamentales en lo que respecta a la jurisdicción afirmados por la Revolución Francesa, en que se inspira, ejerció la mayor influencia sobre las legislaciones procesales sucesivas del continente europeo en el Siglo XIX, especialmente en los países en que, impuesto por las armas francesas, había servido ya de ley nacional.

Esta experiencia se tiene en Italia, durante la ocupación francesa dicho Código fue tomado como modelo por los códigos que se dictaron con posterioridad a la restauración, como los de Nápoles (1819) y Módena (1852). Proclamado el reino de Italia, se promulga el Código de Procedimiento Civil de 1865, que responde sustancialmente a los principios del código francés. Posteriormente y luego de diversas tentativas de reforma, una comisión integrada por el Ministro de Justicia Dino Grandi, los profesores Francesco Carnelutti, Enrico Redenti, Piero Calamandrei y el Magistrado Leopoldo Conforti, redactó un proyecto que dio lugar a la sanción, en 1940, del nuevo *Codice di Procedura Civile*, puesto en vigencia desde 1942, y luego parcialmente modificado en 1950, 1955 y 1990.

Conforme lo afirma Palacio, también fue decisiva la influencia del Código francés en la elaboración de la legislación procesal alemana del Siglo XIX. Así ocurrió con el Reglamento Procesal Civil de Hannover (1850) y con las Ordenanzas posteriores de Baden (1864) y Wütemberg (1868). La misma influencia se advierte en el Reglamento Procesal Alemán (*Civilprozessordnung*) de 1877, de tipo netamente oral, puesto en vigor el 1º de octubre de 1879, que todavía constituye la base del Derecho Procesal Civil vigente en Alemania. En opinión de Chiovenda, la ley alemana, que fue compuesta, por una parte, con los mejores elementos sacados de la ley francesa, y por otra se aprovechó de la profunda elaboración científica del derecho procesal que tuvo lugar en Alemania en los dos primeros tercios del Siglo XIX, sobre la base del Derecho Romano puro, resultó ser, en cierta manera superior al Código Francés. Esta ley influye en la redacción de la Ordenanza austriaca de 1895 (obra de Franz Klein), conocida también como el *Reglamento Procesal Austriaco* y ambas en numerosas leyes procesales europeas (Dinamarca, Suecia, Hungría, etc.)

A partir de la Constitución de 1818 se sancionan en España diversos ordenamientos procesales destinados a sustituir a las antiguas leyes. La codificación íntegra se concreta recién con la sanción de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855, que fue posteriormente sustituida por la ley del mismo nombre de 1881 aun vigente. El sistema de ambos ordenamientos responde en lo esencial al del

Proceso Común, de carácter escritural y ritualista, manteniendo de tal manera fiel a una tradición de la que pudo apartarse, en buena hora, la restante legislación procesal europea; extremo que no ocurrió con la codificación Latinoamericana, que adoptó, copió y reprodujo, en muchos casos, dicha legislación procesal. Como lo admite E. J. Couture, las Siete Partidas, especialmente la partida III que regula el derecho procesal, va a gravitar, aproximadamente, durante seis Siglos sobre la vida española y sobre la vida colonial. En su texto original primero; en la recopilación, luego; en las

leyes de Indias, mas tarde; y en las instrucciones o reales Cédulas dadas para la Colonia por la Corona de España, por ultimo, el principio jurídico de la Partida III va a dominar la vida del derecho procesal hasta el Siglo XIX. No puede ponerse en duda, dice Couture, que las fuentes españolas, en especial las posteriores al Renacimiento, inspiraron todo el proceso del Nuevo Mundo. Sobre esas bases y al cumplirse el primer tercio del Siglo XIX, se produce en la América española el primer intento de codificación procesal. Por Ley del 14 de noviembre de 1832 se sanciona en Bolivia el Código de Procedimientos de Santa Cruz –mas conocido como el Código de Próceres Santa Cruz-, que a decir de Couture, constituye el primer Código de América y resulta ser el mas curioso e interesante ensayo de coordinación de todos los principios del procedimiento civil y criminal, anticipado en un cuarto de siglo a la ley que sobre esa materia habría de darse España. Su característica, el proceso escrito, desesperadamente escrito.

Al presente Bolivia cuenta con un nuevo Código de Procedimiento Civil que rige a partir del 2 de de abril de 1976, en cuya estructura admite la influencia del *Codice de Procedura Civile* italiano de 1940 y en la formulación de su normativa adopta, en gran porcentaje, las del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina de 1967, en grado menor las de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881 y las demás, de las leyes abrogadas y otras del ordenamiento jurídico nacional. Este código prevé un proceso civil en el que se mantiene el procedimiento escrito y las formas rituales del Derecho hispano, como características más destacables: los poderes del Juez son ampliados, la dirección del proceso le corresponde así como el deber de observar el impulso procesal de oficio, reconociéndosele a éste, amplias facultades para esclarecer los hechos litigiosos; admite la moralización del proceso estableciendo el principio de probidad como deber que se hace extensible a las partes: para repulsar la mala fe procesal se disponen sanciones pecuniarias y la declaratoria de temeridad de los litigantes; para evitar la dilatación injustificada del proceso, se admite el contenido preclusivo de las facultades procesales; y, respecto a la forma de apreciación de la prueba, rige un sistema mixto, la tasación legal y la valoración mediante la sana crítica.

En un sentido particular, vale decir como derecho procesal civil, surge por vez primera a través de normas sistematizadas, en el Derecho Francés, misma que es ideada por Napoleón Bonaparte, se reúne las leyes en cuerpos legales de leyes sustantivas y leyes adjetivas. En 1806 fue elaborado el Código Procesal Civil Napoleónico, gracias al esfuerzo de los procesalistas que sirvió para regir la tramitación de los procesos de instituciones jurídicas.

Bolivia fue el primer país de América Latina que tuvo un código procesal en 1836. Andrés de Santa cruz, asimiló la experiencia de recopilación de las Leyes de Indias, las Siete Partidas, Derecho procesal francés que fue sistematizado en el *CODIGO DE PROCERES SANTA CRUZ*, que viene a constituir el derecho positivo.

Los verdaderos principios y fundamentos del derecho procesal lo constituyeron la doctrina e iniciativa de los procesalistas franceses y a la incansable actividad de la escuela Francesa.

La escuela Alemana , confundía acción con derecho Winsdscheud, o Kólnur, fueron los que establecieron las bases del Derecho Procesal Civil , los principios, la naturaleza jurídica, la razón del ser del proceso, seguidores de esta escuela , a fines de este siglo XIX los italianos (Escuela Italiana) que a través de sus obras conocemos el pensamiento de desarrollo de los tratadistas del derecho , siendo estos Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti y

Con el fin de tener un conocimiento exacto de los antecedentes históricos del Derecho Procesal Civil, es menester indicar que el mismo no es sino el resultado de la amplia experiencia que la humanidad, siendo que toda fue acumulando por siglos, en materia de administración de justicia, desde los procedimientos romano y germano, pasando por los procedimientos feudal e inquisitivo, hasta estructurarse finalmente en la alta edad media el famoso proceso romano canónico, para derivar en el proceso común que constituye el antecedente mas inmediato del proceso civil contemporáneo. Conforme lo expresa G. Chiovenda, se hace necesario bosquejar, aunque sea someramente, los rasgos históricos de esta institución, señalar las condiciones generales y

reacciones de la fusión del elemento romano y germánico, hasta la formación de los últimos productos de su cruce. No es posible, expresar, estudiar las instituciones fundamentales del proceso civil y afrontar sus grandes problemas sin encuadrarlos en esta visión histórica.

DEFINICIÓN DEL DERECHO PROCESAL CIVIL.-

Según Carnelutti, considera que es "*un conjunto de normas que establecen los requisitos respecto del proceso*", en actitud enumerativa Prieto Castro tras declararlo el conjunto de normas que ordenan un proceso, concreta que es el regulador de la competencia del órgano público que actúa en él y de la capacidad de las partes. Establece el mismo los requisitos, forma y eficacia de los actos procesales, los efectos de la cosa juzgada y las condiciones para la ejecución de la sentencia. Según Couture, el Derecho Procesal Civil es "*la rama de la ciencia que estudia la naturaleza, el desenvolvimiento y la eficacia del conjunto de relaciones jurídicas denominado proceso civil.*"¹⁵

CONTENIDO DEL DERECHO PROCESAL CIVIL.-

De la definición precedente, (nos referimos a la de E. Couture) la que es admitida en los sustancial por la doctrina moderna; se concluye que el Derecho Procesal Civil tiene como dogmática, el estudio de los problemas de carácter ontológico, fenomenológico y axiológico del proceso civil. Es preocupación de esta disciplina, en primer termino dar una respuesta coherente y científica a la pregunta que por siglos se han planteado los juristas, de saber ***¿Qué es el proceso?***, pregunta que hace al problema ontológico del proceso y que tiene que ver con su naturaleza jurídica, su esencia, precisar a que categoría jurídica corresponde el mismo. En segundo lugar, esta ciencia trata de encarar el problema fenomenológico del proceso, responder a la pregunta ***¿Cómo es el proceso?***, saber su realidad aparente y visible, estudiarlo en sus formas, en su desenvolvimiento externo. Finalmente esta ciencia pretende satisfacer el problema axiológico del proceso, procura determinar sus fines, fijar su función en el campo del Derecho, en otras palabras, responder a la pregunta: ***¿Para qué sirve el proceso?***

EL CONFLICTO Y SUS MEDIOS DE SOLUCIÓN

La labor más importante de los juzgados y tribunales de justicia es precisamente resolver los conflictos que emergen entre las partes, sea a nivel individual o social, en base a las reglas objetivas de derecho tanto sustantivas como adjetivas.

Pero este desarrollo del derecho y su eficacia social, fue y es producto de un desarrollo histórico social prolongado y hasta la fecha pese a todo ello no es precisamente el campo del derecho el único medio para resolver los varios y múltiples conflictos que surgen día a día en la sociedad. Es en este entendido que se ha logrado identificar tres formas posibles de resolver un conflicto

LA AUTOTUTELA.-

De todas las formas de solución de los conflictos, la "autotutela", autodefensa o autoayuda constituye, sin lugar a dudas, la más primitiva, injusta y peligrosa. Se caracteriza por la solución coactiva del conflicto por la parte más fuerte o que ocupa en él una situación hegemónica. Gráficamente la autotutela se caracteriza mediante una relación vertical o inclinada, en la que la parte más fuerte impone su solución a la más débil. La autotutela es, propia de sociedades primitivas en las que la organización estatal era muy débil, por lo que los particulares se veían obligados a tomarse la justicia por su mano, así por ejemplo en la Edad Media, mediante los duelos. En el momento actual, a nivel internacional y debido a la inexistencia de un Estado mundial o supranacional, desgraciadamente todavía se recurre a este injusto medio de solución de los conflictos entre Estados, a través de la guerra.¹⁶

En nuestra legislación este tipo de practicas o métodos de solución de conflictos están expresamente prohibidas , así por ejemplo el Art. 1282 del Código Civil señala: "*Nadie puede*

¹⁵ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomos III, Editorial Heliasta. Edición 1993, Bs.As. Argentina

¹⁶ Podría citarse como ejemplo el conflicto entre Israel y Palestina.

hacerse justicia por sí mismo sin incurrir en las sanciones que la ley establece". Aunque el mismo legislador admite dos excepciones y que están debidamente desarrolladas en el párrafo II de la misma norma sustantiva: "*Esta prohibición no impide, sin embargo, los actos de legítima defensa permitidos y calificados por la ley, ni los que conduzcan inmediatamente a la intervención de los órganos jurisdiccionales*", concordado con los Arts. 985 y 986 ambos del CC.

LA AUTOCOMPOSICION.-

La autocomposición representa un medio más civilizado de solución de los conflictos. Al igual que en la autodefensa, son las propias partes las que ponen fin al conflicto intersubjetivo, pero se diferencia de ella en que dicha solución no se impone por la fuerza, sino a través del acuerdo de voluntades o del voluntario sacrificio o resignación de una de ellas.

La autocomposición constituye un método lícito para la solución por las partes de los conflictos intersubjetivos, en los que, dada su naturaleza disponible y la vigencia del principio dispositivo, a nadie se le obliga a acudir a

los tribunales para la defensa de su derecho. Tales métodos autocompositivos, vienen integrados por la renuncia del actor a su derecho subjetivo como por ejemplo la condonación de un derecho de crédito o el desistimiento del proceso, el allanamiento del demandado a la pretensión del actor. La mediación y la conciliación se distinguen de las demás fórmulas autocompositivas por la aparición en ellas de un tercero y, entre ellas mismas, exclusivamente por la forma en la que dicho tercero es llamado a contribuir a la solución del conflicto. En la primera interviene de manera espontánea

Pero, en cualquier caso, en estas dos últimas fórmulas autocompositivas, el tercero no impone la solución del conflicto, sino que ejercita sus buenos oficios en punto a obtener la autocomposición del litigio. Dicho en pocas palabras: el tercero actúa *inter partes* y *no supra partes*:

En nuestra legislación nacional, podríamos citar como ejemplo de las formas autocompositivas a la transacción, que estaría regulada en los arts. 945-954 del sustantivo civil y 314,315 del adjetivo civil y en relación a la conciliación, existiría dos clases, la conciliación judicial prevista y regulada en los art. 180-183 del CPC y la conciliación extrajudicial, prevista en la segunda parte de la ley 1770.

Es pertinente resaltar que según la ley 025/2010, "Ley del Órgano Judicial" que fue promulgada el 24 de junio de 2010 años, dentro lo que se refiere la jurisdicción ordinaria, a prevista a la conciliación como un medio previo obligatorio a la solución judicial del conflicto por cuanto el Art. 67 de dicho cuerpo legal establece: "*I.Las juezas y los jueces están obligados a promover la conciliación de oficio o a petición de parte, en todos los casos permitidos por ley*", seguidamente indican: "La juezas o jueces dispondrán que por Secretaría de Conciliación se lleve a cabo dicha actuación de acuerdo con el procedimiento establecido por ley y, con base al acta levantada al efecto, declarará la conciliación mediante auto definitivo con efecto de sentencia y valor de cosa juzgada".

Inclusive se ha creado la figura del denominado "conciliador" (Art. 87 de la LOJ) y dentro lo que implica sus funciones estarían: ¹⁷a) Llevar a cabo el trámite de conciliación, debiendo extremar todos los recursos técnicos para lograr un acuerdo; b) Mantener la confidencialidad; c) Excusarse de oficio, si correspondiere conforme a ley y c) Otras que le comisione la juez o el juez.

En consecuencia la creación del "conciliador", implica no solo un aumento de personal, sino el respectivo equipamiento físico con el cual deberán de contar cada juzgado del país y es por ello que en provincia ya no se esta hablando de juzgados de justicia, sino centros integrales de justicia, por que ahora será todo un equipo el que administre jurisdicción y no solamente el juez.

¹⁷ Dichas funciones u obligaciones como denomina el legislador están previstas en el art. 89 de la LOJ.

Asimismo nuestro legislador a previsto como límites de la conciliación a temas de violencia intrafamiliar o doméstica y pública, temas que involucren el interés superior de las niñas, niños y adolescentes; aquellos en los que sea parte el Estado, en delitos de corrupción, narcotráfico, que atenten contra la seguridad e integridad del Estado y que atenten contra la vida, la integridad física, psicológica y sexual de las personas. (Art. 67 III y IV de la LOJ).

LA HETEROCOMPOSICIÓN.-

Distinta es la situación del tercero en la heterocomposición¹⁸, en la que dicha persona, individual o colegiada, a la que las partes previamente han acudido, es el encargado en virtud de un contrato o por razón de su oficio, de poner fin al conflicto mediante una resolución definitiva. Aquí, pues, el tercero se encuentra situado *supra partes*, configurando una relación triangular

Las fórmulas heterocompositivas vienen determinadas por el *arbitraje* y el *proceso*, en los que el árbitro y el juez imponen, en virtud de su autoridad, que dimana bien de un contrato de arbitraje previamente suscrito por las partes, bien de la potestad jurisdiccional, la solución definitiva e irrevocable a las partes en litigio.

Tanto el arbitraje como el proceso poseen unas raíces históricas comunes ligadas al nacimiento del Estado. De este modo, en la Alta República romana el proceso se asemejaba a un arbitraje, ya que las partes venían obligadas a concertar en la fase *apud iudicem* el contrato de *litis contestatio*, en virtud del cual se comprometían a someterse a la autoridad del Tribunal y a cumplir con la ulterior sentencia; pero en la medida en que el Estado romano se fortaleció, con el advenimiento del Imperio, la ejecución de las sentencias ya no se efectuaba como consecuencia de la suscripción de aquel contrato, o de la *auctoritas* o autoridad moral del Pretor, sino por obra de la potestad o *imperium* del aparato coactivo del Estado que las respaldaba.

De lo dicho se infiere que el proceso, en tanto que instrumento de la jurisdicción para la resolución de los conflictos, está indisolublemente unido a la existencia del Estado. Sin una mínima organización estatal no puede existir ni la jurisdicción ni el proceso, habiendo de acudir las partes a soluciones autodefensivas, auto compositivas o, a lo sumo, arbitrales (por ejemplo, la de los "patriarcas"¹⁹ en determinadas etnias), pero nunca al proceso.

Sin embargo, arbitraje y proceso no constituyen, en el ámbito del Derecho privado, fórmulas excluyentes sino que, al contrario, son complementarias. Es más, la existencia de factores tales como la lentitud y carestía de la justicia civil, unidos a la sobrecarga de trabajo de los tribunales, aconseja al Estado a potenciar este «equivalente jurisdiccional», como se ha denominado al arbitraje, pues los laudos arbitrales gozan de los mismos efectos que las sentencias y suelen emitirse en un período más corto de tiempo.

En materia civil, debemos manifestar en forma expresa, que axiológicamente, el mejor método de resolver cualquier problema a nivel patrimonial y personal es a través de las reglas del Derecho Procesal Civil, las cuales buscan ante todo la igualdad de las partes, la congruencia del fallo, la probidad y decoro entre ellas etc, aclarando finalmente que todas las reglas procesales de dicho cuerpo legal "*son de orden publico por tanto, de cumplimiento obligatorio, salvo autorización expresa de la ley. II Las estipulaciones contrarias a lo dispuesto en este artículo serán nulas.*" (Art. 90 CPC).

PRINCIPIOS QUE REGULAN EL PROCESO CIVIL.-

¹⁸ Moreno, ob cit.

¹⁹ En nuestro país, con la promulgación del NTC, se ha llegado a reconocer la denominada Justicia Indígena Originaria Campesina (art. 190-192) y prácticamente tendría el la misma jerarquía que la jurisdicción ordinaria (art. 179-II), motivo por el cual, surge la interrogante: ¿la aplicación de la jurisdicción indígena en el actual contexto, en el cual prácticamente esta reconocido a nivel del derecho positivo, sería una forma de heterocomposición o no...?

El proceso civil es un método de debate ordenado y sistematizado por la ley, de contenido dialéctico, en el que no cabe la voluntariedad de las partes y menos la arbitrariedad del órgano jurisdiccional, ellos ejercen sus facultades y cumplen sus deberes en el marco de reglas básicas que rigen la tramitación de todo proceso; reglas o mandamientos procesales que reciben la denominación genérica de *principios*, y que están reconocidos tanto por la doctrina como por la legislación procesal universal, sea cual fuere el sistema de administración de justicia. Conceptuando, llámense principios procesales las directivas u orientaciones generales en que se inspira cada ordenamiento jurídico procesal. Aunque muchos de ellos son comunes a la legislación procesal moderna, su vigencia responde a las circunstancias históricas, políticas y sociales imperantes en la sociedad de que se trate. A decir de E. Palacio, los principios cumplen, fundamentalmente, las siguientes funciones:

1º) Sirven de bases previas al legislador para estructurar las instituciones del proceso en uno u otro sentido.

2º) Facilitan el estudio comparativo de los diversos ordenamientos procesales actualmente vigentes, así como el de los que rigieron en otras épocas.

3º) Constituyen instrumentos interpretativos de inestimable valor.

Sobre su enumeración e individualización, no existe criterio uniforme tanto en la doctrina como en la legislación procesal comparada; a cuyo respecto, dice Couture, los principios procesales surgen naturalmente de la ordenación, muchas veces impensada e imprevisible, de las disposiciones de la ley. Por su importancia para los procesos oral y escritural, destacamos los siguientes principios para su consiguiente estudio: *de disposición, economía, igualdad, preclusión, publicidad, probidad, inmediatez, oralidad y escritura.*

PRINCIPIO DE DISPOSICION.-

Por este principio se considera que la iniciación del proceso, el impulso procesal y la disponibilidad del derecho material, se confía a la iniciativa de las partes, quienes en función al propio interés deben estimular la actividad jurisdiccional y aportar los elementos de convicción sobre los cuales ha de versar la decisión del juez.

1º) **Iniciación del proceso civil**, éste solo puede inaugurarse a instancia de parte interesada, conforme ya se tenía establecido en el pasado por el Derecho romano (*nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*) el proceso no empieza sino se interpone la correspondiente demanda por el actor; sin embargo, al presente este principio tiene un alcance limitado en los sistemas procesales modernos, siendo el caso del sistema boliviano que si bien en el Art. 86 del Código de Procedimiento Civil consagra de manera expresa este principio, empero lo relativiza al señalar que también podrá iniciarlo el juez de oficio cuando lo estableciere la ley, norma que es corroborada por los Arts. 31 y 1449 del Código Civil que prevén, precisamente, los casos excepcionales.

2º) **Impulso procesal de parte**, entendiéndose por tal la actividad que las partes deben cumplir para poner en marcha el proceso, de tal manera que puedan superarse los distintos períodos y etapas de que se compone para conducirlo hasta procurar la decisión final. Esta regla subsiste en forma concurrente con el deber que tienen jueces y tribunales de impulsar el proceso de oficio, "...para que las causas no se paralicen y concluyan dentro de los plazos legales (Art.2 CPC)".

3º) **Disponibilidad del derecho material**, las partes como dueñas de la pretensión jurídica incoada en el proceso, pueden formular declaraciones de voluntad que modifiquen o extingan el derecho material en el cual se fundó la acción o excepción; es así que el actor puede *desistir del proceso o del derecho*, como también el demandado puede *allanarse* a la demanda, pero asimismo, ambas partes pueden *transigir o conciliarse*, todo ello en el marco de normas legales como las contenidas en los Arts. 304-315, 347 y 180-183, respectivamente, del citado Procedimiento.

PRINCIPIO DE ECONOMÍA.-

Que comprende todas aquellas previsiones que tienden a la abreviación y simplificación del proceso, evitando que el mismo se tramite con dispendio de gastos, esfuerzos y tiempo. Este principio deriva en los principios de gratuidad, concentración y celeridad. **1º) Gratuidad**, porque conforme lo establece el Art. 180.I de la Constitución Política, concordante con el art. 10 de la LOJ²⁰, no siendo procedente gravar a los litigantes con contribuciones ajenas al ramo judicial ; principio que se traduce en el hecho de que el Estado colabora a la solución económica de los conflictos, primero haciéndose cargo de la remuneración de los jueces y funcionarios auxiliares, luego, reconociendo el beneficio de gratuidad a favor de quien no tuviere medios económicos suficientes para litigar (Arts. 79-85 CPC)²¹, finalmente, proveyendo trámites procesales modestos en proporción a la cuantía del asunto litigioso y aumentándose las garantías a medida que aumenta la importancia económica del conflicto, ejemplo, los procesos de conocimiento: ordinario, sumario y sumarísimo. **2º) Concentración**, por este principio se pretende la abreviación del proceso mediante la reunión de toda la actividad procesal en la menor cantidad de actos y a evitar, en consecuencia, el dispendio de esfuerzos; el CPC lo consagra en su Art.89, cuando señala que se debe procurar "*...abreviar los plazos y concentrar en un mismo acto o audiencia todas las diligencias que fueren menester*". Ejemplo de aplicación efectiva de este principio, puede ser el ofrecimiento de toda la prueba exigida por igual cuerpo de leyes en los procesos de conocimiento (Arts.379.380 y 479-II) y la concentración de las audiencias para la producción de prueba testifical. **3º) Celeridad**, significa que el proceso debe ser tramitado en forma expeditiva, evitando su prolongación injustificada y eliminando trámites superfluos dilatorios. La justicia que tarda no es justicia, para ser tal debe ser rápida y eficiente. El citado Código ritual prevé en su Art. 2 el *impulso procesal de oficio* a cargo y responsabilidad de los órganos jurisdiccionales, y la L.O.J. establece como un principio la Celeridad (Art. 4 num 7) bajo los siguiente términos:"Comprende el ejercicio oportuno y sin dilaciones en la administración de justicia"²².

Aclarando finalmente que el retardo de justicia está tipificado como delito por el Art. 177 del Código Penal , mismo que fue modificado por la ley 004/2010, promulgada el 31 de marzo de 2010 "Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz", habiéndose incrementado para este tipo de delitos la pena de 5 a 10 años de presidio.

PRINCIPIO DE IGUALDAD.-

Por este principio se considera que el proceso civil debe "tener contenido bilateral, que, salvo excepciones de la ley, toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso, debe ser comunicada a la parte adversa para que ésta a su vez tenga la oportunidad de ejercer sus facultades procesales. Oír a la otra parte (Audi alteram partem), decían los romanos, es el precepto que resume los alcances procesales del principio y que en la doctrina es también conocido como el principio de contradicción. Esta regla tiene su origen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948, y por la cual se tiene establecido, en sus Arts. 1 y 2, que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole.

El Art. 180.I de la NCPE, reconoce expresamente como un principio de la jurisdicción ordinaria "La Igualdad de las partes ante el Juez", concordado con el parágrafo III de la misma norma constitucional que establece:"La jurisdicción ordinaria no reconocerá fueros, privilegios ni tribunales

²⁰ El art. 10 de la L.025/2010 establece:"En atención al principio de gratuidad proclamado en la presente Ley, queda suprimido y eliminado todo pago por concepto de timbres, formularios y valores para la interposición de cualquier recurso judicial en todo tipo y clase de procesos, pago por comprobantes de caja del Tesoro Judicial y cualquier otro tipo de pago que se grave a los litigantes".

Aclarar asimismo que la aplicación de este artículo será paulatina y no en forma inmediata, conforme lo indica el propio legislador a través de la disposición transitoria 12º de la misma LOJ.

²¹ En relación a este al Beneficio de Gratuidad previsto en los arts. 79 y sgtes del CPC, consideramos que si bien en la actualidad esta vigente, una vez que se comience a aplicar lo previsto en el art. 10 de la LOJ, el misma prácticamente será innecesario, salvo claro esta para el tema de honorarios profesionales.

²² La ley 1455 "Ley de Organización Judicial", misma que en algunas partes continúa vigente, también se refería al tema de la retardación de justicia en sus Arts. 249 y 250 .

de excepción. Por su parte, el CPC en el Art.3, numeral 3, establece como deber de los jueces tomar las medidas necesarias para asegurar la igualdad efectiva de las partes en todas las actuaciones del proceso; preceptiva que tiene su aplicación cuando se dispone por la ley, que, entre otras medidas, la demanda debe ser comunicada al demandado, que las pruebas deben ser admitidas con noticia del adversario, que ambas partes tienen iguales oportunidades de probanza de los hechos litigiosos, é iguales posibilidades de impugnación de las resoluciones judiciales.

Sin embargo, el principio de igualdad admite algún aplazamiento o postergación de la facultad de ser oído o de controvertir con amplitud, ello sucede excepcionalmente tratándose de la adopción de las medidas cautelares y también en el inicio de algunos procesos de ejecución, ***aplazamiento que se justifica por obvios imperativos de urgencia y efectividad tratándose de las medidas de seguridad y, de otra parte, por la naturaleza jurídica de dichos procesos que se sustentan en títulos dignos de fehaciencia***, trámites procesales que requieren que esas medidas se decreten *inaudita altera pars* (no oída la otra parte), conforme se prevé expresamente en los Arts. 29 y 49-II de la Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia familiar número 1760 que establece: El embargo y cualquier otra medida precautoria se ejecutarán antes de la citación con la demanda al ejecutado." (textual).

PRINCIPIO DE PRECLUSION.-

En los sistemas procesales que tienen su raíz histórica en el proceso romano canónico, como el nuestro, el proceso civil se halla articulado en diversos períodos o fases dentro de cada uno de los cuales deben cumplirse uno o más actos determinados, con la consecuencia de que carecen de eficacia aquellos actos que se cumplen al margen del tiempo y forma que les está asignada por la ley.

Chiovenda define el principio de preclusión " *como la pérdida, o extinción, o consumación de una facultad procesal, como consecuencia de : 1º) no haberse observado el orden señalado por la ley para su ejercicio, como los plazos perentorios o la sucesión legal de las actividades y de las excepciones; 2º) haberse realizado una actividad incompatible con el ejercicio de la facultad, como la proposición de una excepción incompatible con otra, o el cumplimiento de un acto incompatible con la intención de impugnar una sentencia; 3º) haberse ejercitado ya válidamente una vez la facultad.* "

Para Couture, preclusión es lo contrario de desenvolvimiento Ubre o discrecional, en un proceso de desenvolvimiento discrecional, siempre sería posible retroceder a etapas ya cumplidas; en cambio, en un proceso dominado por el principio de preclusión, extinguida la oportunidad para realizar un acto, ese acto ya no podrá realizarse más. En tal sentido, todas las facultades procesales que reconoce la ley tienen contenido preclusivo, así por ejemplo: la contestación a la demanda y la reconvencción deben ser formuladas oportunamente y en las condiciones señaladas por la ley, caso contrario podrá decretarse la rebeldía o improcedencia, respectivamente, de estas instituciones (Arts. 345,346,348 y 349 CPC); las excepciones previas en proceso ordinario deben oponerse, todas juntas, dentro del plazo de cinco días y antes de la contestación (Art. 337 CPC.); los recursos ordinarios y extraordinarios deben interponerse observando el plazo y la forma pertinente, bajo alternativa de producirse la extinción de la facultad de impugnación y la ejecutoria de las resoluciones judiciales.

No debe confundirse la preclusión con la cosa juzgada, si bien es inherente a esta última la incontestabilidad futura del derecho reconocido por una sentencia definitiva, como sostiene Palacio, ella es el resultado de una preclusión, que se halla representada, en el caso, por la pérdida o consumación de las impugnaciones permitidas por ley.

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.-

Por este principio se admite la posibilidad de que los actos procesales sean presenciados o conocidos también por terceros, además de las partes, funcionarios y auxiliares de la justicia. Ha

sido adoptado a nivel universal por los sistemas procesales modernos y tiene su fundamento en la conveniencia de acordar a la opinión pública un medio de fiscalizar la conducta de jueces, abogados y litigantes. La publicidad, dice Couture, " *con su consecuencia natural de la presencia del público en las audiencias judiciales, constituye el más precioso instrumento de fiscalización popular sobre la obra de magistrados y defensores*"²³. En último término, el pueblo es el juez de los jueces. Es en los procesos orales donde este principio se acrecienta y alcanza su máxima efectividad, toda vez que la frecuencia de audiencias tanto para la producción de prueba cuanto para el pronunciamiento de resoluciones, en presencia del pueblo, permite su cumplimiento a plenitud. Sin embargo, el proceso escrito como el nuestro no es ajeno a este principio en vista de que el ordenamiento jurídico del país lo consagra a partir de la propia Constitución Política del Estado (Art. 180.I), la LOJ en su Art. 3 num. 5 establece como un principio que sustenta al Órgano Judicial e indica: " *Los actos y decisiones de los tribunales y jueces son de acceso a cualquier persona, que tiene derecho a informarse, salvo caso de reserva expresamente fundada en la ley*", el CPC (Arts. 102-I y 104); dejándose establecido que las actuaciones judiciales son **públicas**, salvo cuando sean ofensivas a la moral y las buenas costumbres, que en particular las audiencias serán públicas, excepto los casos atendibles, y que de todo proceso se formará un expediente que permanecerá en el juzgado para el examen de las partes y todos los que tuvieren interés legítimo.

PRINCIPIO DE PROBIDAD.-

La Ley del Órgano Judicial en el Art. 3.num 3 se refiere al principio de **imparcialidad y en relación al mismo lo define en los siguientes términos:** " Implica que las autoridades jurisdiccionales se deben a la Constitución, a las leyes y a los asuntos que sean de su conocimiento, se resolverán sin interferencia de ninguna naturaleza; sin prejuicio, discriminación o trato diferenciado que los separe de su objetividad y sentido de justicia", concordado con los principios de armonía social, respeto a los derechos y cultura de la paz, previstos en la misma norma legal. Es decir, que el proceso debe tener un contenido moral acorde con la tendencia del Derecho procesal moderno y las necesidades de la sociedad actual; conforme lo expresa Couture, el proceso resulta ser, en último término, un arma de dos filos, que puede servir tanto al que tiene razón como al que simula tenerla, el Derecho que no encuentre el apoyo de la virtud, renuncia a uno de sus más fuertes puntos de sustentación. Consideramos que la labor de jueces y abogados, principalmente, se resume en una sola palabra: **honradez**.²⁴ Sólo a través de una conducta proba los responsables de la administración de justicia podrán dignificar el debate judicial en procura de convertir el proceso en un instrumento fiable de tutela jurídica.

Las partes también están sujetas al cumplimiento de este principio, así lo entiende y dispone el legislador cuando en el CPC (Art.57), señala que estarán obligadas a comportarse con lealtad, corrección y decoro, bajo las sanciones y responsabilidades que el juez podrá imponer en el curso del proceso o al dictar sentencia. Los Arts.4-7). 184 y 192-6) del citado Procedimiento, disponen sanciones pecuniarias y la declaratoria de temeridad contra litigantes y causídicos que hubieren intervenido sin posibilidad y malicia en el proceso.

PRINCIPIO DE INMEDIACION.-

El principio de intermediación, conceptuado por Alsina, significa que " *el juez debe encontrarse en un estado de relación directa con las partes y recibir personalmente las pruebas, prefiriendo entre éstas las que se encuentren bajo su acción inmediata.*" En cuanto al primer aspecto, que el juez conozca y aprecie las condiciones morales de los litigantes, no sólo porque le permitirá, llegado el caso, ejercitar con eficacia sus facultades de conciliación, sino valorar su conducta durante el proceso cuando ella pudiera ser un elemento de convicción. Respecto a la recepción de la prueba, la experiencia personal del juez resulta ser el principal medio de convicción, recibir el material probatorio sin intermediarios le permite tomar en cuenta los hechos en su real dimensión y considerar ciertos factores que en otra forma pasarían inadvertidos. El principio de intermediación está

²³ COUTURE, Obra citada, página 146.

²⁴ Nuestro legislador a través del art. 8 de la NCPE, prácticamente constitucionaliza determinados principios éticos.

vinculado con el proceso oral, sin embargo, el proceso escrito tampoco se sustrae de su alcance y es así que en la realidad procesal nuestra, actuaciones importantes como la inspección judicial, la recepción de declaraciones confesorias y testificales, se llevan a cabo con la participación directa del juez, observando precisamente dicho principio (Arts.417, 428 y 460 CPC).

PRINCIPIO DE ORALIDAD.-

Ossorio, sostiene a través de su obra "El Alma de la Toga" que todos los procesos debieran de ser orales, por cuanto, cree que este sería un mecanismo excelente de probidad y rectitud en los procesos judiciales, al margen de que permite que aflore el principio de intermediación, mismo que es fundamental para la administración de justicia

Merced a dichas consideraciones con las cuales el suscrito comparte, en materia del derecho procesal civil, ello no puede darse a plenitud, precisamente por que aun estamos inmersos en el sistema procesa eminentemente escritural y utilizo el término "aún", toda vez que desde hace años en el Órgano Legislativo esta radicado el anteproyecto del Código Procesal Civil cuya fuente principal es el Código Modelo para Iberoamérica, de la República del Uruguay, puntualizando que según dicho proyecto nuestro país estaría ingresando dentro lo que es el derecho procesal civil al sistema oral.

No obstante de ello, también debemos admitir que pese a la aprobación de dicho proyecto imperativamente existen actos que deberán de realizarse a través de la escritura, como ser la demanda, contestación, sentencia, etc.

En el sistema actual, también existen varios actos procesales que deberán de hacerse en forma oral, como por ejemplo las audiencias y al respecto creemos pertinente citar lo previsto por el Art. 120.II de la CPE: "Toda persona sometida a proceso deber ser juzgada en su idioma, excepcionalmente, de manera obligatoria, deberá ser asistida por traductora, traductor o interprete", de donde se deduce a criterio del autor, que si una de las partes lo solicita, las distintas audiencias que deban realizarse en el transcurso del proceso civil, pueden efectivizarse en otro idioma y no necesariamente el español.

PRINCIPIO DE ESCRITURA.-

De acuerdo con este principio, el juez conoce las pretensiones y peticiones de las partes, sólo a través de actos escritos: gran porcentaje de los actos procesales se realizan mediante el uso de la palabra escrita, casi todo se conoce y resuelve por escrito. En Bolivia, el proceso civil es de carácter escritural y por consiguiente, se observa en todo su alcance este principio ya sea de manera expresa o implícita, así el Código de Procedimiento Civil de 1976 en su Libro Primero, Título III. Capítulo II. Complementado por los Arts. 187-192, 327, 346, 348, 379 y otros, mantiene el procedimiento escrito que ya estuvo vigente en el sistema abrogado, fiel al Derecho hispano la escritura domina todas las actuaciones procesales, desde los actos preparatorios, pasando por la demanda, la contestación, la reconvenición, ofrecimiento y producción de prueba, conclusiones, solicitudes en general y toda clase de resoluciones.

Según lo hace notar Chiovenda, es difícil concebir hoy un proceso oral que no admita en algún grado la escritura, ni un proceso escrito que no admita en algún grado la oralidad. Que la experiencia de la Historia permite afirmar, sin titubeos, que el proceso oral es con mucho, mejor que el escrito y el que mejor conviene a la naturaleza y a las exigencias de la vida moderna. Contraria a esta opinión es la que sustentan los defensores del proceso escrito, que a su juicio otorga mayor seguridad jurídica y certeza en sus resoluciones.

CLASES DE PROCESOS CIVILES.-

Dentro el Derecho Procesal Civil se a identificado a los denominados procesos arquetipos²⁵, que serian los **Procesos de Cognición o de Conocimiento**, conocidos en el sistema escrito como *procesos ordinario, sumario y sumarísimo*; y en el sistema oral con la denominación de *procesos*

²⁵ Según la doctrina debemos en principio indicar que el término arquetipo proviene del griego αρχη, arjé =, "fuente", "principio" u "origen", y τυπος, typos= "impresión" o "modelo", es el patrón ejemplar del cual otros objetos, ideas o conceptos se derivan.

ordinario, extraordinario y de estructura monitoria.

Su estructura básica comprende tres etapas en primera y segunda instancia: **introductiva** o de planteamiento, **probatoria** -excepto los trámites de puro derecho- y decisoria; en cambio, en recurso de casación -excepto el proceso sumarísimo- comprende solo dos etapas: **introductiva y decisoria**.

Pero en el transcurso del tiempo se ha desarrollado varias otras clasificaciones de las cuales desarrollaremos tres de ellas en la presente oportunidad.

CLASIFICACIÓN DE LOS PROCESOS SEGÚN LA DOCTRINA.- ²⁶

PROCESOS JUDICIALES O ARBITRALES.

El primero a su vez puede dividirse en contencioso o voluntario, según tenga por objeto respectivamente la resolución de un conflicto o el otorgamiento de autenticidad o eficacia a un estado o relación jurídica. En cambio el arbitral es un proceso a través del cual se puede resolver un conflicto, pero sin acudir a las instancias judiciales, sino extrajudiciales y en torno a la voluntad de las partes de someterse al dictamen de esta tercera persona, vale decir el árbitro.

PROCESOS VOLUNTARIOS Y CONTENCIOSOS.

Se denomina contencioso al proceso que tiende a la obtención de un pronunciamiento que dirima un conflicto u oposición de intereses suscitados entre dos personas que revisten calidad de partes. Tiene por objeto una pretensión siendo indiferente que el demandado se oponga a ella o que rehuya la discusión, ya sea no compareciendo (rebeldía Art. 68 PC) o reconociendo la pretensión del actor (Art. 347 PC).

En el proceso voluntario los órganos judiciales cumplen la función consistente en integrar, constituir o acordar la eficacia a ciertos estados o relaciones jurídicas privadas.

PROCESOS DE DECLARACIÓN, EJECUCION Y CAUTELARES.

El proceso de declaración, llamado también de conocimiento o de cognición, es aquel que tiene como objeto una pretensión tendiente a lograr que el órgano judicial dilucide y declare, mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos planteados y eventualmente discutidos.

El proceso de ejecución tiene por objeto lograr el cumplimiento de una determinada prestación, comprometida de inicio y previa al proceso por el demandado a favor del actor, lo cual se logrará mediante la intimación del juez, a través de una sentencia, pudiendo exigirse el cumplimiento coactivo de dicha resolución.

El proceso cautelar tiene por objeto asegurar el resultado práctica de una sentencia que deberá ser dictada en otro proceso judicial, motivo por el cual no son autónomos. En consecuencia solo se limitan estos procesos a asegurar un determinado patrimonio o un hecho en cuanto a su innovación.

PROCESOS ORDINARIOS Y ESPECIALES.

Los primeros son aquellos que no están sometidos a reglas peculiares, sino que tienen un procedimiento común, previsto por el legislador, en cambio los segundos son aquellos que si tienen un trámite especial previsto por el legislador.

PROCESOS SINGULARES Y UNIVERSALES.

Los primeros son aquellos cuyo objeto consiste en una o más pretensiones o peticiones referente a hechos, cosas o relaciones jurídicas específicamente determinadas. Los segundos, en cambio, son los que versan sobre la totalidad de un patrimonio, con miras a su liquidación y distribución.

CLASIFICACION SEGÚN EL CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMERICA.-

En consideración al hecho de que el Código Procesal Civil Uruguayo, esta siendo tomado en cuenta

²⁶ **ORTIZ**, Linares Julio. El Proceso Civil y Los procesos de familia y de la niñez y adolescencia en la doctrina y practica procesal. Tomo I. Pág. 32, Editorial IMAG, Edición 2009, Sucre-Bolivia.

por el parlamento boliviano y mediante el mismo implementar en el futuro el proceso civil oral, es que nos permitimos hacer una breve relación histórica de sus relaciones y su contenido.

El año 1957 se funda en la ciudad de Montevideo, Republica de Uruguay, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal que de principio se denominó "Latinoamericano", iniciativa que fue el resultado de la Primera Jornada de Derecho Procesal que se realizó a convocatoria de la Facultad de Derecho de la Universidad de dicha ciudad, **en homenaje a la memoria de su ilustre Decano y Profesor Eduardo J. Couture, fallecido el año anterior**. A partir de esta iniciativa y con el fin de tratar diversos temas que fueron las preocupaciones de este maestro, se fueron sucediendo otras Jornadas, así fue en la ciudad de Caracas (1967) y con el fin de uniformar la legislación procesal de los países americanos se conformaron dos comisiones de redacción, para preparación de las Bases del proceso penal los profesores argentinos Alfredo Vélez Mariconde y Jorge Clariá Olmedo y para el proceso civil los profesores uruguayos Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Vescovi.

Más tarde y luego de amplias deliberaciones en pasadas Jornadas del Instituto, el año 1988 en la ciudad de Río de Janeiro y tratándose de las XIas. Jornada. Se presenta por la referida comisión el Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica en su relación final.

En la exposición de motivos se deja establecido por los legisladores que el Instituto pretende por esta obra, **"...revertir el sistema actual de proceso escrito en Iberoamérica, desesperadamente escrito como la calificara Couture, lento, pesado, burocrático, alejado de la realidad. Se trata del régimen procesal derivado del Bajo Imperio. Modificado por el Derecho intermedio romano-canónico vigente en la época colonial que heredamos, hace más de un siglo, con ya varios de atraso. En efecto España, con su legislación procesal quedó en retraso en Europa, en su época y es así que la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que nos inspiramos, al haber sido rechazado el proyecto del Marques de Gerona, hace que, en mayor o en menor medida, por lo menos en la práctica judicial de nuestro sub-continente, padezcamos de ese viejo y anticuado sistema."**

Entre otros fundamentos se expresa que no se trata de un anteproyecto definitivo, ni con pretensiones de regir, como tal, en ningún país, que es solamente un modelo, un Código tipo para servir de base a las reformas que encaran todos los países de nuestra área, en definitiva, que la pretensión final del instituto es el mejoramiento de la Justicia de los pueblos Iberoamericanos. Por Ley Nº 15.982. la Republica Oriental del Uruguay adopta a partir del año 1989 el citado Código con la denominación de *Código General del Proceso*, implementando a partir de este hecho el proceso civil oral.

Sin necesidad de agruparlos en categorías, el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica comprende en su libro II los siguientes procesos: 1) *Procesos preliminares*; 2) *Proceso cautelar*; 3) *Procesos Incidentales*; 4) *Procesos de conocimiento* (ordinario, extraordinario y de estructura monitoria); 5) *Procesos de ejecución* (ejecución de sentencias, ejecución de sumas de dinero, otras ejecuciones); 6) *Procesos voluntarios* (la apertura o legalización de testamentos cerrados, especiales u ológrafos, las venias u autorizaciones especiales, la designación de tutores y de curadores, la rectificación de partidas de estado civil, el deslinde y amojonamiento de predios, la partición judicial de bienes sucesorios o de sociedad conyugal); 7) *Procesos concursales*; 8) *Proceso Arbitral* y 9) *Normas Internacionales* (Para la realización de actos procesales de mero trámite, para la ejecución de medidas cautelares y para el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras)

CLASIFICACION SEGÚN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.-

Nuestro Código, vigente a partir del día 2 de abril de 1976, los divide en:

1) PROCESOS DE CONOCIMIENTO (Arts. 316-485), que comprende: *los procesos ordinario, sumario y sumarísimo*.

2) PROCESOS DE EJECUCIÓN (Arts. 486-561 PC., y art. 48 al 51 de la ley N° 1760), que comprende: *los procesos ejecutivo, de ejecución coactiva civil de garantías reales, ejecución de sentencias y ejecución de sentencias dictadas en el extranjero.*

3) PROCESOS ESPECIALES (Arts. 562-786 PC., 52-59 Ley N° 1760), que comprende: I) *los procesos concursales* (concurso necesario y concurso voluntario); II) *los procesos interdictos* (interdicto de adquirir la posesión, de retener la posesión, de recobrar la posesión, de obra nueva perjudicial y de daño temido); III) *los procesos de desalojo* (desalojo de vivienda y desalojo de locales de comercio, industria y otros); IV) *los procedimientos voluntarios* (declaratoria de herederos, renuncia de herencia y aceptación con beneficio de inventario, comprobación, apertura y protocolización de testamentos, inventarios, división de herencia y de otros bienes comunes, mensura y deslinde, rendición de cuentas, declaratoria de ausencia y presunción de muerte, bienes vacantes y mostrencos, oferta de pago y consignación); V) *los procesos arbitrales*; VI) *procesos de conciliación.*

CAPÍTULO 3 DEL JUEZ

La tarea de los jueces tiene tanta importancia, como que en una comunidad son los únicos que están a cargo de poner el derecho al servicio de lo justo y no a la justicia al servicio de las leyes.

Rafael A. Bielsa

GENERALIDADES.

Francesco Carnelutti a manera de parábola indica: " en un párrafo del nuevo testamento se cuenta que hubo una mujer a quien se la estaba por lapidar por haber sido infiel a su pareja, en eso interviene nuestro señor Jesús , quien alza una piedra y luego en voz alta a todos los que estaban a punto de tirar su piedra, les dijo: El que este libre de pecado que tire la primera piedra a lo cual todos se miraron entre sí y nadie se sintió capaz de cumplir el requisito que exigía Jesús, para que poder juzgar a su semejante y decidieron irse"²⁷

Asimismo Piero Calamandrei, dice: " por más grande que sea el abogado litigante, puede ser destruido por el juez más pequeño"²⁸ Considero que estas dos citas de tan eminentes procesalistas italianos, reflejan la importancia capital de la figura del juez , dentro el proceso civil, motivo por demás importante para avanzar el presente tema.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.-

Los jueces en Roma, antes del período imperial, no eran expertos en derecho, tenían un poder muy limitado, debiendo asesorarse por medio de jurisconsultos. Durante el período imperial su función principal era la aplicación de la voluntad del emperador. Fue en los tiempos medievales y prerrevolucionarios cuando su poder estuvo menos limitado y su actuación era similar a la de los actuales jueces ingleses.

No obstante, con las revoluciones, la construcción de los Estados, las soberanías nacionales y la separación de poderes, se restringió categóricamente la función judicial, los jueces ya no podrían hacer el derecho, rechazándose la doctrina del "stare decisis"²⁹. Así el juez del Derecho continental, era una especie de empleado experto (un mero empleado público), cuya función consistía

²⁷ **CARNELUTTI**, Francesco. Las Miserias del Derecho Penal. Editorial Kipus, Edición 2006 Cochabamba-Bolivia.

²⁸ **CALAMANDREÍ**, Piero.- Elogio a los jueces. Editorial Purrua. Edición 2004 Buenos Aires – Argentina. "El mismo autor en relación a los jueces y abogados señala: "El juez es la madurez del abogado y el abogado es la juventud del juez".

²⁹ Stare decisis es una locución latina, que se traduce como "mantenerse con las cosas decididas", utilizada en derecho para referirse a la doctrina según la cual las sentencias dictadas por un tribunal crean precedente judicial y vinculan como jurisprudencia a aquellas que se dicten en el futuro.

simplemente en encontrar la disposición legislativa correcta. Sin embargo desde la creación de los Tribunales Constitucionales, ideados por Kelsen, la tarea interpretativa, ha llevado al derecho de tradición constitucional a esferas realmente liberales, en las cuales, la justicia esta al alcance de todos.

Mientras en el Common Law el juez aplica el razonamiento deductivo e inductivo para dar una resolución, sustentada en las leyes; precedentes o derivada del derecho natura; es decir, sustentadas en verdades autoevidentes y que no transgredan las leyes establecidas, a menos que estas leyes queden demostradas deductiva o inductivamente que son invalidas; que siendo el caso, serán desechadas o modificadas. Eso sin embargo se ve limitado, ya que el precedente judicial, se convirtió en una fuente que limita el poder creador del juez, a lo que antes se ha dicho en la materia, llegando a ser mas tiranico que el positivismo mas pertinaz.

Aunque hay similitudes entre ambas clases de jueces, en sus funciones propiamente tales se logra apreciar una vasta diferencia, que por razones históricas se ha originado. El profundo cambio que sufrió el derecho, después de la unidad jurídica que compartía toda Europa, el Derecho romano, se deriva a los sistemas jurídicos actuales, tan diferentes, pero a la vez análogos entre sí; y en esta misma transformación los jueces tomaron distintos rumbos, marcándose decisivamente los papeles interpretativos y creativos que en estos sistemas se ejecutan.

En nuestro sistema como en todos los sistemas procesales, universalmente se lo coloca al juez como director del proceso, de este modo realiza una tarea más dinámica, situación que no es extraña a nuestra procedimiento civil, conforme indica el art. 87 del CPC, postura que tiene su antecedente en la "Ley de Enjuiciamiento Civil Española", misma que el juez es el Director del proceso y esta posición ha sido ratificada por la "Ordenanza Austriaca" de 1855. Estas normas reconocen que el juez es: "**quien dinamiza el proceso, con diligencias propias para recibir pruebas y juzgar con justicia**".

CONCEPTO.-

Etimológicamente **la voz de Juez**, según Cabanellas , posee como etimología el latin "**judex**"³⁰ que apenas ha experimentado pequeña deformación fonética. Caravantes opina que judex está compuesto de **jus** y **dex**, lo primero con el significado de derecho y lo segundo como abreviatura de vindex, porque el juez es el vindicador del derecho, el que lo declara o restablece. De ahí que se define como el magistrado, investido de imperio y jurisdicción, que según su competencia pronuncia decisiones en juicio. Es el que decide, interpretando la ley o ejerciendo su arbitrio, la contienda suscitada o el proceso promovido.

En los países de habla castellana se hizo común el termino juez, gracias a la partida III, título IV, ley primera que dice: "*Los juzgadores ha nombre de jueces , que quiere tanto decir como hombres buenos que son puestos para mandar y hacer derecho*".³¹

Según Eduardo Couture: "*El juez es aquel magistrado integrante del poder judicial investido de la autoridad oficial requerida para desempeñar la función jurisdiccional y obligados al cumplimiento de los deberes propios de la misma, bajo responsabilidad que establecen la constitución y las leyes*".

Escribiché manifiesta "*que la palabra juez, es genérica y comprensiva de todos los que administran justicia; pero los que desempeñan los cargos con autoridad superior y más especialmente los que ejercen en los tribunales de alzada se distinguen con los nombres de magistrados, ministros y en algunas pares de América se les designa con el de camaristas*".

³⁰ Dos aforismos latinos con este vocablo inicial, definen con precisión el ámbito de las funciones judiciales en el espacio y en el tiempo."Dice el primero: Judex extra territorium est privatus" (fuera de su jurisdicción el juez es un particular), por tanto no puede juzgar , lo cual no impide que opine.Dice el segundo:Judex, semel sententia dicta desinit esse judex"(una vez que dicta sentencia , el juez deja de serlo).

³¹ CABANELLAS, Guillermo. Ob cit.

Por nuestra parte proponemos el siguiente concepto: " *El juez es aquella persona que personifica la facultad jurisdiccional del estado y es en torno a ella que admite, conoce y resuelve una controversia , con imparcialidad e idoneidad, en total apego a la ley y la constitución política*".

CARÁCTER GENERAL DE SU PERSONALIDAD.

Se distingue de otros funcionarios del estado por tres características fundamentales con relación al juez:

FUNCIONARIO DEL ESTADO.-

La NCPE regula todo lo relativo a los servidores y servidoras públicas a través de los Arts. 232-240, situación esta que no estaba prevista en la anterior CPE y el referido capítulo es aplicable a todos los jueces del Estado Plurinacional, por mandato expreso de los Arts. 18 al 23 de la LOJ. Por lo tanto es imperativo que el juez o magistrado, tome conciencia que laboralmente su estatus es de un servidor público y que a diferencia de otros servidores públicos estatales, el ejercicio de la labor jurisdiccional, esta siendo mucho más controlada y si bien en aplicación de la ley 1178, debe responder por todos sus actos u omisiones, pudiendo ser dichas responsabilidades a nivel administrativo (Arts 9 de la LOJ), penal (Arts. 142-152, 166-179 y otros del CP) o civil (Art. 31 ley SAFCO), en el caso de los jueces, sus sanciones prácticamente se han penalizado pues no otra cosa significa la promulgación de la ley 004/2010 (L.M.Q.S.C.), que incrementa las penas de varios delitos destinados a la función judicial y la ley 007/2010 que prácticamente modifica el Art. 392 del CPP y establece que "los jueces serán juzgados de conformidad al procedimiento común. Sólo serán suspendidos de su cargo por el Consejo de la Judicatura, cuando sean formalmente imputados ante el juez de instrucción", norma legal que consideramos afecta enormemente al principio de independencia que debe tener todo administrador de justicia y asimismo al principio de presunción de inocencia, por cuanto sabemos que la imputación formal simplemente es el inicio de la etapa preparatoria (S.C. 1036/2002), vale decir que recién se estaría oficialmente empezando a investigar y que para imputar simplemente precisa el Ministerio Público determinados indicios de responsabilidad, de ahí que nuestra crítica a esta disposición y en función a ello es que nos parecía mucho más coherente lo previsto en el anterior CPP que señalaba que dicha suspensión se aplicaba pero cuando existía acusación , acto procesal que significa que ya se ha investigado todo y que existen evidencias objetivas que el sujeto es responsable de los hechos o actos que se le acusa penalmente.

CULTURA PROFESIONAL.-

Una de las profesiones que exige mas cultura es la de los abogados, la administración de justicia es cada vez mas compleja por lo tanto se considera en la doctrina que el juez debe tener una basta cultura pues de esa forma estará en condiciones de emitir dictámenes. No es suficiente la cultura jurídica especializada, pues además se requiere de cultura general para la resolución de conflictos. Y este requisito creemos que ahora más que antes esta más presente por cuanto el NTC, nos trae varias disposiciones que para interpretarlas acorde a su naturaleza imperativamente debemos poseer conocimientos siquiera mínimos de histórica, sociología, antropología, etc., de ahí que la visión keynesiana del derecho se la ha relegado y en su lugar a emergido lo que se a denominado como justicia plurinacional.

DIGNIDAD DE VIDA.-

Se considera que quien juzga a los demás debe estar por encima de ellos, los jueces son entonces el blanco de la sociedad y consideramos que uno de los pilares para lograr el presente requisito es la idoneidad, misma que según la LOJ, se la define como : "la capacidad y experiencia , son la base para el ejercicio de la función judicial.Su desempeño se rige por los principios ético-morales de la sociedad plural y los valores que sustenta el Estado Plurinacional", disposición que tiene total relación con el Art. 8 de la NCPE. La toga nos sirve para marcar la diferencia entre quien es el juez y quien no lo es.

DEBERES Y FACULTADES DEL JUEZ.-

El artículo 3 y 4 del CPC., claramente establece cuales son los deberes y facultades del juez , en materia procesal civil, disposiciones estas que debemos entenderlas en base a lo previsto por el Art. 90 del adjetivo civil y la disposición final única de la ley 007/2010 misma que indica: "La autoridad jurisdiccional o administrativa que tenga que aplicar una norma del ordenamiento jurídico boliviano, deberá hacerlo, en todos los casos , con sujeción a la Constitución Política del Estado tomando en consideración los principios , valores y fines que sustentan al Estado, siéndole vinculante la jurisprudencia constitucional, solo en aquello que no contradiga dichos postulados de la norma suprema", disposición ultima que esta en total relación con lo señalado por el Art. 4.II de la ley 003/2010:

DEBERES DEL JUEZ.-

Administrar justicia. Esencial función del juez. Ningún juez puede negar justicia a nadie (Art.1 parg. II CPC), especialmente en materia civil, toda vez que cualquier vacío legal, debe ser cubierto por el juez de la causa.

Impulso procesal de oficio. Para el desarrollo del proceso se necesita del impulso de las partes y además del juez , conforme indica el Art. 2 del CPC., motivo por el cual en aplicación a lo señalado en el Art. 87 del mismo cuerpo legal tiene la obligación imperativa de hacer que se cumpla lo dispuesto en el Art. 139 parágrafo I, del mismo cuerpo legal

Tramitar sin vicios el proceso. El juez es el director del proceso y como tal en virtud a lo previsto en el Art. 410 de la NCPE, esta obligado a que en todo proceso que tramite, se respete todos los derechos fundamentales y garantías jurisdiccionales, previstas en la Carta Magna, así lo prevé también el Art. . 3 num. 1), 87, 90, 251 todos del CPC, las disposiciones transitorias de la ley 1760 y recientemente el Art. 17 de la ley 025/2010, misma que establece que los jueces de oficio deberán de revisar las actuaciones procesales y dicha norma rescata los principios de legalidad, especificidad, convalidación y trascendencia , de las nulidades procesales que ya fueron debidamente desarrolladas por la jurisprudencia ordinaria.

Observar el principio de igualdad. Los jueces tienen el deber de asumir las medidas necesarias que deban aplicarse a cada una de las partes, en estricto cumplimiento de lo previsto por el Art. 180.III de la NCPE y lo previsto en el Art. 5 del C.P.

Control disciplinario. Además de administrar justicia deben ejercer acciones administrativas, vale decir que debe de supervigilar la labor de sus sub alternos, deber que en estos últimos tiempos se lo a delegado en gran parte a las Unidades de Régimen Disciplinario , existentes en las distintas capitales de Departamento dependientes del Consejo de la Judicatura y próximamente a denominarse Consejo de la Magistratura, aclarando que la labor disciplinaria dentro lo que es el Órgano Judicial, continuara siendo ejercida por dicha institución, tal cual lo previsto por el Art. 9 de la ley 025/2010..

Convocar a conciliación.

Esta deber esta previsto en el Art. 67.I de la LOJ que señala: "Las jueces y los jueces están obligados a promover la conciliación de oficio en todos los casos permitidos por la ley."

En lo referente a sus características de este instituto procesal, los mismos fueron desarrollados en el sumario dos, del presente libro, dentro lo que se denomino la autotutela.

FACULTADES.

Declarar la perención de instancia y rebeldía. conceptualmente la Perención de la Instancia es la extinción del proceso que se produce por su paralización durante un año, en el que no se realiza acto de impulso procesal alguno la perención es el correctivo legal de la crisis de actividad que supone la detención prolongada del proceso, El fundamento del instituto de la Perención de la Instancia reside en dos distintos motivos, de un lado la presunta intención de las partes de

abandonar el proceso, que se demuestra en la omisión de todo acto de impulso y de otro, el interés público de evitar la pendencia indefinida de los procesos.

El interés procesal esta llamando a operar como estímulo permanente del proceso. Si bien la demanda es la ocasión propicia para activar la función jurisdiccional, no se puede tolerar la libertad desmedida de prolongar al antojo o reducir la dinámica del juicio a un punto muerto, la función pública del proceso exige que éste una vez iniciado, se desenvuelva rápidamente hasta su meta natural que es la sentencia.

Este instituto esta debidamente regulado en el CPC, en los Arts. 309 al 313 de y su declaratoria, conforme se acredita es facultativa del juez de la causa, vale decir que puede hacerlo de oficio o a solicitud expresa de parte.

En lo referente a la rebeldía , Lino Palacio, señala: "en sentido estricto, la rebeldía o contumacia es la situación que se configura respecto de la parte que no comparece al proceso dentro del plazo de la citación, o que la abandona después de haber comparecido ". Características que las podemos encontrar en el Art. 68 del CPC.

Y todo lo referente a su procedencia y efectos esta previsto en los Arts. 68 al 74 del CPC. Al igual que la perención la declaratoria de rebeldía puede ser realizada por el director del proceso de oficio o a solicitud de parte.³²

En conclusión debemos manifestar que la perención prácticamente es una sanción al actor negligente y la rebeldía de igual forma es una forma de sanción pero al demandado.

Reprimir Incidentes Injustificados. El juez tiene la facultad de poder reprimir incidentes injustificados e incluso el de sancionar a aquella parte que hubiera propuesto incidentes de toda índole solamente con el objeto de dilatar el tramite del proceso o en palabras criollas, "chicanear".³³ Esta facultad de reprimir incidentes esta expresamente prevista en el art. 155 parágrafo II del CPC.

Rechazar Actos de Inconducta. Si bien es cierto que cuando uno acude ante un juez, en la mayoría de los casos existe controversias que hacen a las partes incluso llegar a enemistarse , aspecto que también ocurre muchas veces con los abogados de dichas partes, ello no es razón para que entre ellas o con el juez, se falten el respecto o rompan las reglas de la educación y decoro, obligación que esta prevista para las partes en el Art. 57 del adjetivo civil y que si el juez observa que no se esta cumpliendo esta norma , tiene varios mecanismos legales para lograr que si se lo cumpla como ser , los Arts. 4 num. 7), 192 num. 6) ambos del CPC.

Disponer Diligencias para mejor Proveer. Esta facultad es un resabio del derecho canónico y del procedimiento inquisitivo, toda vez que es mediante esta situación que el juez, puede aprovechar o extralimitarse en el poder que ejerce, aclarando que en realidad esta facultad de mejor proveer , tiene su naturaleza en el art. 378 del adjetivo civil.

DE LA EXCUSA.-

Debemos indicar necesariamente que en la actualidad, el tramite de la excusa y la recusación, se rige en aplicación de la ley 1760, norma jurídica que llegó a modificar el CPC., razón por lo cual ese es el tramite que a continuación se explica en el presente subtítulo.

³² Se aclara que la frase " y constituirá una presunción de verdad respecto a los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo que se la declare", correspondiente al art. 69 del CPC, a sido declarado inconstitucional.

³³ El profesor Miguel Angel Ossorio, en su obra el Alma de la Toga, con un criterio amplio, propone que existe dos tipos de chicana, la buena y la mala, postura que como comprenderán es digna de un gran comentario.

La excusa tiene origen en el vocablo latino "*in excusatio*" que significa rehusarse o inhibirse de algo. Eduardo Couture a esta figura jurídica la conceptualiza indicando que "*constituye la acción y efecto mediante el cual el juez espontáneamente se aparta de conocer un asunto de su competencia, en razón de impedimento legal*".

Otros autores lo conceptualizan indicando que "*la excusa es una actitud voluntaria que asume un juez, apartándose del conocimiento de determinada causa o proceso por motivos que la ley reconoce como válidos para tal decisión*." En este concepto se destacan algunos elementos, como ser el hecho de que esta institución como se comprenderá esta exclusivamente al servicio de los jueces cuando estos se encuentren dentro una causal de impedimento previsto por la ley. Vale decir que la excusa es una facultad potestativa que tienen los jueces y no así las partes.

El Art. 3 de la ley 1760, ley de abreviación procesal y asistencia familiar, claramente establece las once causales de excusa (*y a la vez de recusación, toda vez que son las mismas causales*) que existen en nuestro ordenamiento procesal civil, aclarando que en materia penal (Art. 316 al 322 del CPP), existe causales específicas de excusa , lo mismo ocurre con la ley nueva ley del Tribunal Constitucional Plurinacional(Art. 48-52). Realizada dicha puntualización las once causales de excusa

1. El parentesco del juez con alguna de las partes, sus abogados o mandatarios hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o el derivado de los vínculos de adopción.³⁴
2. El parentesco del juez o algún miembro del tribunal de segunda instancia con el juez que hubiere dictado la sentencia o el auto impugnado, dentro de los grados establecidos en el numeral 1.³⁵
3. Tener el juez o alguna de las partes, relación de compadre, padrino o ahijado, proveniente de matrimonio o bautizo.
4. Tener el juez amistad íntima con alguna de las partes, que se manifestaren por trato y familiaridad constantes.
5. Tener el juez enemistad, odio o resentimiento con alguna de las partes, que se manifestaren por hechos conocidos. En ningún caso procederá la recusación por ataques u ofensas inferidas al juez después que hubiere comenzado a conocer el asunto.
6. Ser el juez acreedor, deudor o garante de alguna de las partes, excepto de las entidades bancarias y financieras.
7. La existencia de un litigio pendiente del juez con alguna de las partes, siempre que no hubiere sido promovido expresamente para inhabilitar al juez.
8. Haber sido el juez abogado, mandatario, testigo, perito o tutor en el proceso que debe conocer.
9. Haber manifestado su opinión sobre la justicia o injusticia del litigio antes de asumir conocimiento de él.^{36,37}
10. Haber recibido beneficios importantes o regalos de alguna de las partes.
11. Ser o haber sido el juez denunciante o querellante contra una de las partes o denunciado o querellado por cualquiera de estas con anterioridad a la iniciación del litigio.³⁸

TRAMITE DE LA EXCUSA.-

³⁴ El parentesco se rige en base a los art. 7 al 13 del Código de Familia.

³⁵ Esta causal al margen del parentesco se funda en el riesgo de que dentro de distrito judicial, por razones de parentesco o de familiaridad se conformen clanes que manejen y manipulen la administración de justicia, aclarando asimismo que según el art. 9 de la LOJ, esta situación esta prohibida y por lo tanto considerada como causal de incompatibilidad para el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

³⁶ "*Según el profesor E.L.P. la norma no es aplicable , según la jurisprudencia con respecto a las opiniones expresadas por los jueces en sus sentencias, sobre los puntos cuya dilucidación requirieron los jueces en que fueron dictadas, aún en el supuesto de que se plantearan nuevamente cuestiones idénticas o análogas a las ya resueltas , o las opiniones abstractas, vertidas en trabajos de índole teórica. Tampoco con relación a las decisiones que no recaigan sobre la cuestión de fondo debatida en el pleito , como ser por ejemplo las que se pronuncian sobre la admisión o rechazo de una medida cautelar.*" PALACIOS , Lino Enrique. Manual de Derecho Procesal Civil. Tomo I, pág. 195. Editorial Porrua. Bs.As.-Argentina.

³⁷ Asimismo el profesor Castellano Trigo Gonzalo, con un criterio acertado indica que "no sería causal de excusa o recusación el hecho de haber conocido en el proceso ejecutivo y que posteriormente se ordinarice o en el caso de conocer un proceso interdicto y luego conocer el proceso de conocimiento sobre el derecho de propiedad".

³⁸ En aplicación de lo previsto por el art. 286 del Cód.Pdto.Pen., se puede dar esta situación, no por voluntad del juzgado, sino por una obligación que tiene de denunciar en calidad de funcionario público."

Cuando se presenta una acción ante cualquier juzgado, lo primero que hace el juez de la causa, es revisar dicha demanda a objeto de saber por ejemplo si es competente, si falta algún requisito de forma o de fondo, y asimismo establecer si esta o no comprendido dentro de alguna de las causales previstas en el art. 3 de la ley 1760 y si lo está lo correcto es que inmediatamente se excuse mediante una nota y por ende instruya se remita al siguiente llamado por ley³⁹ y luego de que dicha causa llegue al otro juzgado, este inmediatamente debe ordenar su radicatoria⁴⁰ y por ende continuar con el trámite de ley.

Otra alternativa es que este juez observe la excusa de su otro colega por considerarle ilegal y sin fundamento alguno estuviera impedido por una de las causales que arriba se mencionan, en la primera actuación, inmediatamente debe decretar su excusa y disponer que lo obrado pase a conocimiento del suplente legal. Seguidamente existen dos posibilidades:

Primera.- El juez suplente debe disponer la radicatoria del proceso en su despacho y por ende continuar con el trámite de este.

Segunda.- Cuando el juez suplente verifica que el juez titular se excusó sin fundamento, observando la actuación de su colega dictará resolución realizando observaciones acerca de la excusa y remitirá al juez superior. El juez superior tiene un plazo de seis días para resolver dicho asunto dictando una resolución que declare legal o ilegal la excusa. Si la excusa es ilegal, será con multa al juez que se excusó. Si la excusa es legal se debe disponer una sanción pecuniaria para el juez observante. De cualquier forma sea declarada legal o ilegal la excusa, el juez que en principio se excusó, no podrá volver a tramitar el proceso.

CASO ESPECIAL DE EXCUSA.-

En caso de excusa de todos los vocales de una corte de distrito o de todos los miembros de la Corte Suprema de Justicia, el presidente no obstante haberse excusado, convocar a los jueces o conjuces para que resuelvan lo que corresponde.

DE LA RECUSACIÓN.-

La palabra recusación viene del de un vocablo latino "*recusatio*" que al ser traducido a nuestra lengua es entendido como: "repudio o desprecio". Considerado por la doctrina como una institución procesal al servicio de las partes: demandante y demandado. Eduardo Couture al respecto manifiesta: "*La recusación es el acto procesal mediante el cual el litigante provoca el alejamiento del juez del conocimiento de un asunto sometido al mismo, en razón de mediar causa de impedimento legal que le impide juzgar imparcialmente*". Otros autores sostienen que la recusación es "la facultad que les asiste a las partes para hacer que determinado juez no intervenga en la tramitación de su proceso, por considerar que éste tiene algún impedimento legal para ello "(interés, familiaridad, opinión anticipada, etc.)⁴¹

PROCEDENCIA. -

La recusación procede por las mismas causales señaladas en el art. 3 de la Ley N° 1760. Por otro lado será también procedente cuando el juez no se "excusa", habiendo motivo fundado para ello. Si es de conocimiento previo del litigante, este deberá hacer uso de este acto procesal en su primera actuación.

Si la causal fuera sobreviniente, es decir surgida después de la iniciación del juicio, para tal efecto se entiende por causa sobreviniente cuando es ajena a la voluntad de las partes porque éstas no pueden crearla al solo efecto de fundar la recusación, la misma debe ser elegido dentro del tercer día en que llego a su conocimiento, pero antes de sentencia.

³⁹ Corresponde en este punto aclarar que en algunos juzgados se remite al siguiente llamado por ley, por ejemplo que si cayó la causa al juzgado segundo de instrucción y este se excusa, pasa la causa al tercero de instrucción. En otros juzgados cuando ocurre la excusa, se remite el expediente a la secretaria de causas nuevas para que se vuelva a sortear y de esta forma es muy probable que no siempre caiga al siguiente llamado por ley, sino a otro juzgado.

⁴⁰ Salvo que este juez, también se excuse.

⁴¹ PÉREZ, Alfredo Alvarez. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Editorial Tupac Katari. Edición 2008. Sucre-Bolivia. Págs.235.

AUTORIDAD COMPETENTE PARA TRAMITAR LA RECUSACION.-

El incidente de recusación debe deducirse ante el juez o magistrado que oportunamente no se ha excusado de conocer el proceso, pero la procedencia de aquélla no puede, en ningún caso (salvo que se allane), ser decidida y resuelta por el juez o magistrado recusado; sino, por el juez o tribunal jerárquicamente superior en caso de recusación a juez o por el mismo tribunal al que pertenece si se trata de un vocal o ministro. Por consiguiente el recusante no puede interponer directamente ante el superior.

Cuando la recusación se plantea contra un juez instructor de cualquier materia, el competente es el juez de partido de la misma materia⁴²

Tratándose de jueces de partido, la Corte Superior en la sala de la materia que corresponda, si fuere deducida contra un vocal, corresponderá su conocimiento por turno, a una de las salas de la Corte Superior de la que no forme parte el recusado, y al pleno de la Corte Suprema cuando el recusado sea un ministro.⁴³

Finalmente debemos manifestar que el juez, tribunal o conjuer que deba de conocer y resolver la recusación no puede ser recusable.

TRAMITE DE LA RECUSACIÓN.-

La recusación será presentada en vía incidental, ante el juez que se pretende recusar, mismo que podrá voluntariamente aceptar la recusa y separarse del conocimiento de la causa para remitir obrados al juez legal para conocer del proceso. En caso que el juez recusado no admitiera la recusa, dentro del plazo de tres días elaborará informe ante el juez superior fundamentando el derecho y el hecho por el cual rechazó dicha recusación

Si en la recusación no se alegare concretamente, alguna de las causas o si la invocada fuere manifiestamente improcedente, o no se hubiera observado los requisitos formales previstos en el párrafo I del Art. 10 de la ley 1760 o si se presentare fuera de la oportunidad prevista en el art. 8 de la ley 1760, este incidente de recusación inmediatamente será rechazado por el juez o tribunal competente.

Admitida la demanda por el juez o tribunal competente este señalará día y hora para audiencia, que tendrá lugar en el plazo máximo de diez días computables desde la recepción por aquél. El recusante comparecerá a la audiencia en forma personal, salvo motivo fundado que justifique la comparecencia por representante. El recusado lo hará personalmente, la incomparecencia del recusante o su representante dará lugar a la declaratoria de desistimiento de la demanda, con expresa condenación en costas, la del recusado, no impedirá la continuación de los procedimientos. Instalada la audiencia, el recusante ratificará su demanda y ambas partes producirán la prueba ofrecida en audiencia.

Posterior a la producción de la prueba, el juez o tribunal resolverá la recusación y si se tratara de un tribunal colegiado, no es preciso sortearse el proceso,, por cuanto en la misma audiencia en forma oral se dictara y redactará la misma en el acta de la audiencia.

La resolución que declare probada la recusación, separara definitivamente al recusado del conocimiento de la causa y la desestimatorio, condenara en costas y multa al recusante. Esta

⁴² Excepto en materia penal, por cuanto según la ley 1970, no existe los jueces de partido y el régimen de recusación es distinto, al de materia civil, familiar, etc.

⁴³ En relación a la ley 1770, corresponde indicar que los árbitros y amigables componedores, también pueden ser recusados por las mismas causales previstas en el art. 3 de la ley 1760 y la autoridad competente para resolver esta situación será el juez o tribunal que hubiera debido conocer la causa de no mediar el arbitraje.

resolución no admite recurso ulterior.⁴⁴

Finalmente deseo puntualizar que conforme el art. 10 parágrafo V de la ley 1760, indica: ***“la recusación no suspenderá la competencia del juez y el trámite del proceso continuará hasta que éste llegue al estado de pronunciarse auto interlocutorio definitivo o sentencia .Los actos procesales cumplidos serán válidos aun cuando fuere declarada probada la recusación”***

CAPÍTULO 4 DE LAS PARTES DEL PROCESO

*El que tiene un derecho no obtiene
el de violar el ajeno para mantener el suyo.*

José Martí

CONCEPTO Y GENERALIDADES

El proceso por su misma esencia, requiere la existencia de un sujeto imparcial (juez) y dos sujetos parciales (las partes). La actuación del derecho objetivo en el caso concreto por los órganos jurisdiccionales, sólo se realiza por medio del proceso y éste es necesariamente *actus trium personarum*⁴⁵

El profesor Castellanos, manifiesta: “en todo proceso participan e intervienen dos partes, una que pretende en nombre propio o en cuyo nombre se pretende la actuación de una norma legal, que se llama actor o demandante y otra frente a la cual esa actuación es exigida, por lo que se llama demandada”.

El profesor Chiovenda, indica: “es parte aquel que pide en propio nombre (o en cuyo nombre se pide)” la actuación de una voluntad de la ley, y aquél frente al cual es pedida. La idea de parte viene dada, por consiguiente, por la litis misma, por la relación procesal, por la demanda; no hay que irse a buscarla fuera de la litis y, en particular, a la relación sustantiva que es objeto de controversia..... “por consiguiente, inferimos, tiene calidad de parte quien como actor o demandado pida, dentro del proceso, la tutela de una pretensión jurídica por los órganos jurisdiccionales.⁴⁶ De dichos conceptos se infiere junto a Palacios, que esta institución procesal se caracteriza por lo siguiente:

⁴⁴ Si bien en la vía ordinaria no existe recurso ulterior, en la vía constitucional si corresponde, conforme indica la S.C. No 585/2005 que dice: “Dentro los procesos judiciales o administrativos, en curso, la vía del amparo constitucional se activa en los supuestos en que se produzca una lesión al derecho al debido proceso, en cualquiera de sus elementos, entre ellos el derecho al juez natural, lesión que podría motivarse por las siguientes circunstancias, entre otras ;b) un juez o los miembros de un tribunal no se aparten del conocimiento de una causa habiendo concurrido causales de impedimento legal, por el que debieron formular su excusa o habiéndose planteado la recusación, la misma sea declarada improbadamente a pesar de existir las causales respectivas.” Magistrado Relator Dr. José Antonio Rivera Santibáñez.

⁴⁵ CASTELLANOS Gonzalo Trigo. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial del Código de Procedimiento Civil Boliviano. Editorial Gaviota del Sur SRL Sucre-Bolivia. 2006

⁴⁶ Según el Profesor Palacios, este aspecto se explica en virtud al principio de dualidad, mediante el cual se establece que no se puede concebir con una sola parte, ni con más de dos un proceso.

Otros autores manifiestan que son tres los principios que definen la postura de las partes, que serán, la dualidad, igualdad y contradicción, o en otras palabras, en todo proceso, las partes se hallan situadas en una posición jurídica, doble igual y contradictoria.

- a) Que la noción de parte se halla circunscrita al área del proceso, es parte quien reclama, o frente a quien se reclama la protección jurisdiccional o sea, quienes de hecho intervienen no figuran en el proceso como sujetos activos y pasivos de una determinada pretensión.
- b) Que solo es parte quien actúa en nombre propio (o en cuyo nombre de quien se actúa), no reviste tal calidad, en consecuencia, quien, como el representante (legal o convencional) actúa en el proceso en nombre o por interés ajeno.
- c) Que el concepto de partes es aplicable sólo a los procesos contenciosos, de contenido bilateral, pues únicamente es ellos cabe hablar de partes en sentido estricto. En los procedimientos voluntarios del concepto de parte debe ser remplazado por el de peticionarios, dado su contenido unilateral, en contra posición del principio de dualidad.

CAPACIDAD PROCESAL

El Art. 52 del CPC. Establece: "Toda persona legalmente capaz podrá intervenir en el proceso y pedir la protección jurídica del estado, ya sea directamente o mediante apoderado" precepto que está en total concordancia con los Art. 4 part. II y 804 del C.C., 54 y 319 del PC.

De la lectura del Art. 52 antes citado, parecería que el único requisito para poder interponer una demanda, es ser mayor de edad, tal cual lo explica el art. 4 parg II del sustantivo civil, **pero ellos no es suficiente, por cuanto al margen del requisito de la edad**, si uno pretende accionar, debe tener un interés legítimo, vale decir que tenga relación con el objeto de la litis, así por ejemplo, en un de recobrar la posesión, solo puede accionar la persona que estaba poseyendo o caso contrario su representante.

Esta es la razón por la que el profesor Palacios indica: "no todas las personas que tienen capacidad para ser partes se hallan dotadas de capacidad procesal, o sea de la aptitud necesaria para ejecutar personalmente actos procesales válidos"⁴⁷

Por contrario sensu el Art. 53 del PC indica: "las personas legalmente incapaces, solo podrán intervenir por medio de sus padres o sus tutores", norma que esta en concordancia con el art. 5 del CC, lo cual hace que surja la hipótesis de que una persona que no es capaz de obrar, si puede tener capacidad procesal, tal es el caso de la emancipación por matrimonio previsto en el art. 360 del Cód. Fam.

En conclusión a diferencia de la capacidad de goce o jurídica que se adquiere en el caso de las personas naturales con el simple nacimiento, capacidad de obrar que se adquiere con la mayoría de edad y en el caso de las personas jurídicas se debe tramitar la misma, la capacidad procesal es "aquel atributo que tiene cualquier persona sea natural o jurídica, que sea plenamente capaz (tanto de goce y de obrar) y además tenga el respectivo interés legítimo en relación al proceso en cuestión" y aquella persona que no tenga dicha capacidad procesal no podrá ser actor o demandado, situación esta que si bien pudiera ser no observada por el director del proceso al inicio del litigio, si se lo podrá observar en el transcurso del mismo.

Y aquellas personas que no tengan la capacidad plena, como ser los interdictos o menores de edad (Art. 53 CPC), pero si tengan interés legítimo, podrán ejercer sus derechos procesales a través de sus representantes legales.

ADQUISICIÓN SOBREVINIENTE DE LA LEGITIMACIÓN PROCESAL.-

En la precisión académica de Chiovenda, se encuentra el hecho de que si bien para iniciar una acción se precisa de capacidad procesal, puede ocurrir que en el transcurso del proceso una de las partes (principio de dualidad⁴⁸) no pueda continuar con el mismo, sea por que ha fallecido o esta impedida para hacerlo.

⁴⁷ PALACIO. Lino Enrique. OB. Tomo I, Pág. 264

⁴⁸ El principio de dualidad se lo conceptualiza indicando que "un proceso contencioso no se concibe con una sola parte ni con más de dos"

Al respecto es imprescindible que el lector no confunda la figura de la sustitución procesal, misma que se caracteriza por el hecho de que la parte sustituida no podrá retomar su lugar, con el de la representación procesal, por cuanto el representante actúa en nombre ajeno y en la sustitución procesal, el sustituto actúa en nombre propio y es parte del juicio: como tal responde de las costas, es incapaz de declarar como testigo, etc.

Como lo señala Alsina, durante la tramitación del proceso la relación procesal puede sufrir cambios en los sujetos principales, sea respecto al juez, sea respecto de las partes.

El cambio del juez por vacancia del cargo, ya sea por fallecimiento, renuncia, remoción o ascenso; tiene importancia desde el punto de vista de la relación, sólo en cuanto permite a las partes hacer uso de la recusación contra el nuevo juez, por causa legal. Por el contrario. El cambio de partes, produce efectos más importantes, porque supone la transmisión de las facultades y deberes procesales que esa posición significa. En este último caso se produce la llamada sustitución procesal por el hechos de que una persona comparece en el proceso en nombre (y, por lo tanto, como parte) por un derecho ajeno.

Así la llamada sustitución procesal, favor de terceros que inicialmente no fueron comprendidos en la relación jurídica sustantiva y menos en la relación procesal, y que sustituían circunstancialmente en el proceso a las partes, en sus facultades y deberes; tal sustitución contingente deriva en definitiva en la denominada legitimación procesal, la misma que de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico puede reproducirse en dos casos: **1)** por puede de una de las partes y **2)** por acto de subrogación y que el derecho comparado existe una tercera clase, 3) la cual se da por la enajenación de la cosa.

LEGITIMACIÓN PROCESAL SOBREVINIENTE POR FALLECIMIENTO DE PARTE

Cuando uno muere una de las partes se produce la suspensión temporal del proceso, pero no su extinción, toda vez que jurídicamente se considera que el heredero continúa la persona de su causante en aquel, los derechos y obligaciones no se extinguen con la muerte, salvo los derechos personalísimos, conforme lo prevé el artículo 1003 del CC. En consecuencia, aún cuando hay un cambio de carácter físico en el proceso, del heredero que sustituye a su causante, en realidad persiste la unidad jurídica del mismo porque la relación procesal no ha sido alterada. Procesalmente, la sustitución de parte por causa de muerte procede en nuestro sistema de acuerdo a las reglas del Art. 55 del CPC, disposición legal que examinamos específicamente para efectos de la legitimación procesal y no así frente a la contingencia de la incapacidad del litigante, situación está que puede dar lugar al institución de la representación legal, que es otra cosa y sobre cuyos alcances se explicará posteriormente.

Sin embargo, advertimos cierta contradicción en el legislador cuando en el nomen juris del art. 55 de adjetivo Civil, confunde la legitimación procesal con la representación legal, misma que se da producto de la incapacidad.

No obstante, haciendo abstracción de tal incongruencia remar amos que lo dispuesto en ésta norma legal que la letra dice: "I cuando la parte que actuare personalmente falleciere....., comprobado el hecho el juez suspenderá la tramitación y citará a los herederos.... Mediante edictos para que el plazo de treinta días se hagan presentes y asuman la defensa, prosiguiendo el juicio en el estado en que se encontrará".

De esta disposición se entiende que si los herederos no se presentaren en el plazo señalado, se declarará la perención de la instancia o rebeldía, según quien haya premuerto, si el actor o el

demandado, respectivamente, y luego de designárseles un defensor de oficio, continuará el trámite del proceso.⁴⁹

Es menester indicar asimismo, quien en aplicación del Art. 132 del PC, para este tipo de legitimación procesal, que si el demandado falleciere antes de haber contestado a la demanda, se deberá de citar nuevamente con la demanda a sus herederos, baja causal de nulidad.

LEGITIMACIÓN PROCESAL SOBREVINIENTE POR SUBROGACIÓN O ACCIÓN OBLICUA.-

La presente forma de legitimación procesal, se la explica de mejor forma en virtud a lo previsto por el Art. 1445 del CC, el cual indica: "I el acreedor, para preservar sus derechos, puede ejercer en general, por la vía de acción judicial, los derechos que figuren en el patrimonio de su deudor negligente, excepto los que, por su naturaleza o por disposición de la ley, sólo puede ejercer el titular. II el acreedor, cuando accione judicialmente, debe citar al deudor cuyo derecho ejerce contra un tercero. III la acción oblicua favorece a todos los acreedores"⁵⁰, de otra parte el artículo 1335 de igual cuerpo de leyes. Deja establecido que los bienes del deudor que se ha obligado personalmente, constituyen la garantía de sus acreedores. Por tales disposiciones legales se faculta a los derechos y acciones de sus deudores, excepto los personalísimos cuando ellos son descuidados por negligencia manifiesta. A este respecto, Messineo comentando los alcances del artículo 29000 del Código Civil Italiano, fuente del citado artículo 1445, señala que la acción subrogatoria presupone que el deudor descuide sus intereses patrimoniales de manera que derive de ello perjuicio para su patrimonio, con el acreedor para la conservación primero y para la satisfacción, después, de los propios derechos.

Para la acción oblicua se justifique por parte del acreedor, no es necesario que el deudor permanezca absolutamente inerte en la tutela de sus intereses, suficiente que, aún ocupándose de ellos los descuide. Tal extremo podría ocurrir en el proceso ya iniciado por el propio deudor. Especificando, no son materia de subrogatoria por parte de los acreedores aquellos derechos y acciones de carácter personalísimo del deudor, por ejemplo las acciones relativas al estado civil de las personas y las que se refieran a bienes inembargables de acuerdo al perspectiva del artículo 179 CPC (asistencia familiar, patrimonio familiar, etc.)

CASO DE LEGITIMACIÓN PROCESAL SOBREVINIENTE EN EL DERECHO COMPARADO, POR ENAJENACIÓN DE LA COSA LITIGIOSA.-

En la legislación procesal extranjera, como el Código Procesal Civil y Comercial de la nación Argentina en su artículo 44 y el Código de Procesal Civil de la República del Uruguay en su artículo 35, numeral dos, prevén la sustitución procesal cuando durante la tramitación del proceso una de las partes enajenare o cedere el objeto de litigio a favor de un tercero; sin embargo, tal sustitución sale siempre y cuando el adversario de su expresa conformidad.

El precepto legal uruguayo dispone: "la sucesión de parte: en caso de transmisión por actos entre vivos de la cosa litigiosa, el sucesor podrá sustituir a la parte en el proceso salvo que se oponga la contraria, en cuyo caso el tribunal resolverá. Ello sin perjuicio de la subrogación y del derecho a comparecer como tercero o litis consorte de la parte, si se dan las circunstancias requeridas por este código". En Bolivia no está prevista, expresamente, esta forma de sustitución procesal en el actual código adjetivo, empero, hacia la efectividad de las figuras jurídicas que pueden dar lugar a la misma, como por ejemplo la subrogación, la sesión de créditos y contratos (art. 324-326, 384-394 y 539-542 CC), se justifica su reglamentación procesal en la legislación del futuro, considerándose además el delito de estelionato sancionado por el artículo 337 del Código Penal.

⁴⁹ En este punto el art. 55 manifiesta que los herederos deben continuar el proceso "en el estado en que se encontrase", pero entiendo que en este punto se debe de abrir el debate sobre el alcance de este término, vale decir, se refiere al estado del proceso, pero al momento en que fallece una de las partes o al momento del proceso en que el juez se percate del fallecimiento de una de las partes. Este punto lamentablemente no ha encontrado un criterio uniforme dentro el que hacer forense.

⁵⁰ **MORALES**, Guillen Carlos. Código Civil Concordado y Anotado, Tomo II, Editorial Gisbert y Cia. La Paz Bolivia 1987 Pág. 1859. "la acción oblicua, llamada también indirecta o subrogatoria, es aquella mediante la cual el acreedor, está autorizado por la ley a ejercer los derechos y acciones del deudor negligente, con excepción de las acciones personalísimas que sólo esa puede ejercer (Capitant)"

FACULTADES Y DEBERES DE LAS PARTES.-

Para que el acto jurisdiccional se realice, el Estado exige de las partes la observancia de un comportamiento decoroso, que signifique ejercer facultades y cumplir obligaciones en el marco de la ley, el derecho y la moral. Sólo de esta manera se puede esperar que el proceso, como instrumento de la jurisdicción, se constituya también como un medio que garantiza los derechos reconocidos por la constitución a las personas, es en tal sentido que nuestro legislador ha previsto en Art. 57 del CPC, mediante el cual establece: "las partes al hacer uso de todas las facultades que les otorgaren las leyes, estarán obligadas a comportarse con lealtad, corrección y decoro, bajo las sanciones y responsabilidades que el juez podrá imponer en el curso del proceso o al dictar sentencia", norma jurídica que esta concordada con los Arts. 184 y 192 núm. 6) ambos del Cód. es razón a ello que consideramos imprescindible que se conozca que facultades y obligaciones tienen las partes en un proceso.

FACULTADES.-

Desde el punto de vista de la doctrina, las partes tienen las facultades siguientes:

DE ACCIONAR.- Tomando en cuenta que la justicia directa está proscrita expresamente por el art. 1282 del CC, el estado le reconoce a toda persona el derecho esencial de formular peticiones individual o colectivamente ante los órganos públicos, con la finalidad de obtener la tutela jurídica su pretensión, derecho consagrado por el Art. 24 de la CPE, 1281 y 1449 ambos del CC, concordados con los arts. 8 y 10 de la declaración Universal de Derechos Humanos, los cuales prescriben: "toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos reconocidos por la constitución o por la ley", "toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia", por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para examen de cualquier acusación contra ella..."

Dentro de un sistema procesal dispositivo como el nuestro, las partes son titulares de la acción y es por su voluntad que se promueve y forma el proceso civil tal cual lo dispone el art. 86 del CPC., ellas pueden plantear libremente sus pretensiones y articular el proceso dentro de los límites legales, de tal manera que sus derechos sean protegidos.⁵¹

DE RECUSAR.-

De igual manera, las partes tienen los siguientes deberes:

DE RESPETO A LA AUTORIDAD JUDICIAL.- Se infringe este deber cuando el litigante o sus representantes, en cualquier acto procesal, asumen actitudes o utilizan expresiones reñidas con la autoridad, dignidad o decoro de los jueces. El trato considerado y respetuoso que deben prodigar las partes al órgano jurisdiccional, es exigido implícitamente por normas como aquellas contenidas en el Art. 4 numerales 2, 5 y 6 del CPC cuando se dispone el rechazo de memoriales, amonestaciones y otras sanciones por conducta irrespetuosa a la autoridad.

El Art. 17 del Código de Ética Profesional para el Ejercicio de la Abogacía, dispone: "el abogado, deberá observar en todo momento una conducta intachable, ser honesto, ecuánime, digno y respetuoso de la Constitución Política del Estado y las leyes de la República", su actitud para con los jueces y magistrados deber ser respetuosa y considerada, manteniendo con independencia su libertad de criterio, en el ejercicio de profesión, tal proceder debe reflejarse en el comportamiento que asumen los litigantes en el proceso, quienes en definitiva reciben asesoramiento y pautas de conducta por parte de sus abogados.

DE OBSERVAR UNA CONDUCTA PROCESAL PROBA.-

⁵¹ Dice Alsina: la fuerza que impulsan las partes es el interés de obrar para obtener un pronunciamiento judicial en su favor, su actuación en el proceso es, por tanto decisiva: ellas provocan la intervención judicial y preparan el material de conocimiento.

El Art. 57 del CPC, cuyo nomen juris es "obligaciones y responsabilidades", concordado con el Art. 90 del mismo cuerpo legal y reforzado por el Art. 108 de la CPE dispone: "las partes al hacer uso de todas las facultades que les otorgaren las leyes, estarán obligadas a comportarse con lealtad, corrección y decoro, bajo las sanciones y responsabilidades que el juez podrá imponer en el curso del proceso o al dictar sentencia". Consiguientemente, se infringe este principio, primero cuando se opone injustificada resistencia a la marcha del proceso, mediante actos que solo tienden a obstruir o dilatar su normal trámite; así por ejemplo, haciendo uso abusivo de chicanas o argucias jurídicas, promoviendo incidentes y recursos de manifiesta improcedencia. También se transgredí este deber, cuando se deducen acciones o excepciones sin fundamento alguno, de manera temeraria, a sabiendas de su sin razón; este comportamiento anómalo ha de ser calificado y declarado en sentencia para imponerse a litigantes y abogados intervinientes la multa correspondiente por su malicia o temeridad, que conforme lo prevé el artículo 192 numeral 6) del citado CPC

De igual manera, se incumple este deber cuando en exposiciones orales o escritas se ofende ala parte adversa o a terceros con expresiones irrespetuosas que dañan su dignidad y honor.

DE CUMPLIR CON LOS MANDATOS JUDICIALES.-

Durante la sustanciación, definición y ejecución del proceso, las partes deben sujetarse a las resoluciones dispuestas por el juez o tribunal, sena éstas de mero trámite, interlocutorias o de fondo.

El Art. 184 del CPC, dispone que los jueces y tribunales pueden imponer sanciones pecuniarias, compulsivas y progresivas tendientes a que se cumplan los mandatos judiciales, cuyo importe beneficiará a la parte perjudicada por el incumplimiento. Este deber esta ligado al principio de autoridad de los jueces, a quienes les asiste la facultad de hacer cumplir sus determinaciones jurisdiccionales, principalmente aquellas que tienen el sello de la cosa juzgada.

De acuerdo al Art. 517 del CPC., estas resoluciones se hacen cumplir por el juez en forma co – activa y no se suspende su ejecución por ningún recurso ordinario o extraordinario ni por ninguna solicitud que pretendiera dilatar o impedir sus cumplimiento.

En suma, el acatamiento a los mandatos judiciales implica también una forma de disciplina procesal que deben observar las partes, excepto la auto composición permitida por ley.

REPRESENTACIÓN EN EL PROCESO CONCEPTO.-

Conceptualmente Couture dice que la representación procesal "es la relación jurídica, de origen legal, judicial o voluntaria, por virtud de la cual una persona llamada representante, actuando dentro de los límites de su poder, realiza actos a nombre de otra, llamado representando, haciendo recaer sobre ésta los efectos jurídicos emergentes de su gestión".

De donde se infiere que las partes si bien pueden intervenir personalmente en el proceso, para asumir la defensa de sus derechos, sin embargo, puede ocurrir que en algunos casos, ésa intervención **sea delegada voluntariamente a un tercero** por decisión del mismo litigante; en otros, **por carecer la parte de capacidad de hecho**, la ley delegue esa representación a la persona que integra procesalmente su capacidad; finalmente, tratándose de salvar situaciones de incapacidad temporal, debido aun impedimento circunstancial del litigante, **procede también la representación sin mandato** como otra forma de representación legal.

CLASES DE REPRESENTACIÓN PROCESAL.-

Por lo señalado precedentemente se concluye que en el proceso civil se admiten tres clases de representación; la convencional, la legal y la sin mandato. Conforme a la perspectiva del Art. 58 del CPC., constituye presupuesto procesal a todas estas formas de representación, que el

representante justifique su personería presentando la documentación que sea pertinente, sobre cuyas características se especificará infra en cada una de sus especies, en el primer escrito.⁵²

REPRESENTACIÓN CONVENCIONAL.-

Esta forma de representación tiene como característica y fundamento esencial, la voluntad del representado; en el sistema nacional al igual que en la realidad procesal de otros países, se consagra el principio de libertad de comparecencia; en sentido de que los litigantes que tienen capacidad de obrar pueden intervenir en el proceso en forma directa o mediante apoderado (Art. 52 PC), a diferencia de otros sistemas que han establecido la representación procesal obligatoria, tal como ocurre en Francia donde es obligatoria la intervención de los llamados "avoués") una especie de procuradores oficiales asignados en calidad de representantes de las partes. La representación convencional está prevista en el Código Civil (Arts. 834-837) con la denominación de mandato judicial, y en el CPC (Arts. 52, 58, 60-64) como representación por mandato.

Merced a lo expuesto, debemos previamente indicar que ambos cuerpos legales, cofunden dos institutos jurídicos como ser el mandato y el poder, figuras que son totalmente distintas, por cuando el mandato no es sino según palabras de Messineo un negocio jurídico o según nuestra legislación "un contrato por el cual una persona, se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta del andante"⁵³, el profesor León Mazeaud de igual manera lo conceptualiza indicando que: "el mandato es el contrato por el cual una persona, el mandante, encarga a otra persona, el mandatario que acepte cumplir un acto jurídico en el cual la represente. La representación es la esencia del mandato, el mandatario no obra por si mismo, sino en nombre y por cuenta del mandante"⁵⁴, en cambio el poder es un acto jurídico unilateral del cual deriva la fuerza, por su sola voluntad, "facultad para hacer o abstenerse de hacer algo o para mandar algo"⁵⁵

Realizada dicha aclaración y por las características que tiene esta forma de representación procesal en nuestro ordenamiento jurídico, de fuente italiana, consideramos que en puridad se trata de la institución del mandato judicial y no del apoderamiento, conforme se infiere del Art. 834-II del CC

La representación convencional conforme lo previsto por la ley del Notariado de 5 de marzo de 1858 años y el Art. 835 del párrafo II del CC., se constituye mediante poder otorgado ante notario de fe pública, debiendo de ser el mismo específico, expreso y por lo tanto preciso, tal cual se indica en el Art. 62 del CPC, en consecuencia, el mandatario o apoderado, según el léxico patrio, acreditará su personería en el proceso presentando testimonio o fotocopia legalizada de la escritura pública que contenga el poder conferido.

Cuando se confiere un mandato judicial, el mismo deber facultar al mandatario a que éste pueda impugnar las resoluciones judiciales mediante el uso de recursos ordinarios y extraordinarios autorizados por ley; asimismo, debe comprender la facultad de intervenir en los incidentes que se promueven y a ejercitar todos los actos procesales que por su naturaleza requieran de poder especial⁵⁶, en consecuencia al momento de faccionar el instructivo del mandato, la persona que lo redacte debe de conocer, entendemos, de forma precisa el proceso para el cual se utilizará el mandato judicial, por cuanto el límite de facultades que tenga el apoderado, será determinado en función al contenido del poder, aclarando una vez más que los poderes generales no son válidos en materia procesal, tal cual lo previsto por el Art. 62 del adjetivo civil.

⁵² Aclarando asimismo, que sin importar cual de las tres clases de representación sean, si emergen las mismas en el transcurso del proceso, el representante debe de señalar su domicilio procesal, por cuanto estaríamos ante su primer escrito, tal cual lo previsto por el Art. 101 del adjetivo civil.

⁵³ Cód. Civ. Art. 804

⁵⁴ Chacolla, Favio Huanca. Teoría General de los Contratos. Editorial Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Sucre- Bolivia 2006

⁵⁵ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual: Editorial Heliasta T- VI Edición 1987 Bs. As.- Argentina.

⁵⁶ Un ejemplo de esta situación es lo previsto en el Art. 405 del Cód. Pdto. Civ., referente a las confesión mediante mandatario.

Admitido el apersonamiento del apoderado, éste asume en el proceso todas las responsabilidades que las leyes le imponen y sus actos obligan al mandante como si él personalmente los practicara, en todos sus trámites mientras no cese legalmente en la representación, las citaciones y notificaciones que se le hicieren surtirán los mismos efectos tal como si lo hicieren al mismo poderdante, salvo las excepciones de ley.

Como expresa Piero Calamandrei, "está en el proceso no en su propio interés ni en su nombre propio, sino en interés y a ombre de su representando", por consiguiente, de acuerdo al Art. 821 del CC, y 61 del CPC, el mandante o poderdante está sujeto a cumplir las obligaciones contraídas por el mandatario, dentro de los límites del poder otorgado. Asimismo, corresponde señalar que el mandatario es responsable civil y penalmente por el indebido ejercicio del mandato, a más de responder por las cosas causadas por culpa o negligencia en la representación, responsabilidades que pueden ser compartidas por el abogado según determinación del juez.⁵⁷

CESACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN CONVENCIONAL.-

Conforme lo reglamenta el Art. 63 del PC, la representación convencional puede cesar por revocación del mandato, por renuncia del apoderado, por haber cesado la personalidad con la que litigaba la entidad poderdante, por haber concluido la causa por muerte o incapacidad del poderdante, y por muerte o inhabilidad del apoderado. Otras emergencias y especificaciones de la cesación, están claramente señaladas en la norma legal citada.⁵⁸

REPRESENTACIÓN LEGAL.-

Es "la que el derecho positivo establece con carácter imperativo y complementario de la capacidad de determinadas personas, sin posibilidades físicas o mentales plenas, o por causas especiales"⁵⁹, como las previstas en el Art. 5 del Cód. Civ., concordante con el Art. 53 de su procedimiento, personas que son incapaces de obrar, tales como los menores de edad y los interdictos declarados, quienes solo podrán intervenir en el proceso por medio de sus padres o tutores, respectivamente.

Los menores de edad, quienes no hayan cumplido los dieciocho años (Art. 4 Cód. Civ. Modificado por la ley 2089 del año 2000), son representados procesalmente por sus padres en ejercicio de la patria potestad (Art. 265 C.F.) y en defecto de ello, por su tutor (Art. 299 C.F.) cuando se abre la tutela en su favor por motivos que prevé la ley como el fallecimiento de sus padres la pérdida o

⁵⁷ Art. 64 del Cód. Pdto. Civ. (responsabilidad de costas) sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal por el ejercicio del mandato, el mandatario deberá responder a su poderdante por las costas causadas por su culpa o negligencia exclusivas. El juez podrá de acuerdo con las circunstancias, establecer la responsabilidad solidaria del mandatario con el abogado patrocinante. El presente artículo esta concordado con el Art. 469 y 470 del Cód. Civil.

⁵⁸ Art. 63.- (cesación de la representación) la representación de los apoderados cesará:

- 1) Por revocación del mandato que conste en el expediente. En este caso, el poderdante deberá comparecer por si constituir nuevo apoderado bajo pena de continuarse el proceso en rebeldía. La resolución que así lo dispusiere deberá notificarse por cédula en el domicilio del mandante.
- 2) Por renuncia, caso en el cual el apoderado deberá, bajo pena de daños y perjuicios, continuar las gestiones hasta que venciere el plazo fijado por el juez al poderdante para reemplazar al apoderado o comparecer por si. La fijación del plazo se hará bajo apercibimiento de continuarse el juicio en rebeldía. La resolución que así lo dispusiere deberá notificarse por cédula en el domicilio del mandante.
- 3) Por haber cesado la personalidad con que litigaba la entidad poderdante.
- 4) Por haber concluido la causa par la cual se le otorgo el poder
- 5) Por muerte o incapacidad del poderdante. En estos casos:

El apoderado continuará ejerciendo su personería hasta que los herederos o el tutor tomen la intervención que corresponda en el proceso.

Mientras tanto, comprobado el deceso o la incapacidad, el juez señalará un plazo para que los interesados concurran a estar a derecho, citándolos directamente si se conocieren sus domicilios, o si no, por edictos durante dos días consecutivos, bajo apercibimiento de continuar el proceso en rebeldía en el primer caso y de nombrar tutor ad litem en el segundo.

Cuando el deceso a la incapacidad del mandante hubiera llegado a conocimiento del mandatario, éste deberá dar aviso al juez o tribunal dentro del plazo de tres días, bajo pena de perder el derecho a cobrar los honorarios que devengará con posterioridad. En la misma sanción incurrirá el mandatario que omite indicar el nombre y domicilio de los herederos, o del tutor, si los conociere.

6) Por muerte o inhabilidad del apoderado. Producido el caso, se suspenderá la tramitación del proceso y el juez fijará al mandante un plazo para comparecer por si o por nuevo apoderado citándolo en la forma dispuesta en el inciso anterior. Vencido el plazo sin que el mandante cumpliera con el requerimiento, se continuará el proceso en rebeldía.

⁵⁹ GUILLERMO Cabanellas. Ob cit. Tomo VII

suspensión de la autoridad de sus padres y cuando la situación familiar de los menores no esta establecido (Art. 283 C.F.).

En cambio, tratándose de incapaces por razones de salud, personas naturales mayores de edad o menores emancipados que adolezcan de enfermedad habitual de la mente, la representación procesal en su favor es ejercida por el tutor nombrado legalmente (Arts. 343 y 346 C.F.) la personería se justificará en estos casos de la siguiente manera: por parte de los padres, para acreditar la relación familiar, presentando sus documentos de identidad, en originales o reproducciones autenticadas, el certificado de matrimonio cuando sea necesario, y los certificados de nacimiento de los menores. Por parte de los tutores, se justificará dicha representación presentando el nombramiento judicial para ejercer el cargo (Art. 287 y 346 C.F.)

En el caso de las personas jurídicas, más concretamente las especificadas en el Art. 52 del código civil, si bien tienen de principio capacidad jurídica y capacidad de obrar, dentro de los límites fijados por los fines que determinaron su constitución, conforme lo reconoce el Art. 54 del mismo cuerpo de leyes. Como persona de existencia ideal o ficción de la ley, adolecen de una virtual incapacidad de hecho para el ejercicio de sus derechos, dada su naturaleza abstracta, de existencia no visible, requieren para obrar válidamente en el proceso de la representación procesal que asumen sus personeros o representantes legales (Art. 56 CPC).

Así también lo entiende Piero Calamandrei quien explica "la necesidad de la representación legal en el caso de las personas colectivas, señalando que éstas, aún siendo idealmente consideradas por la ley como sujetos autónomos de derechos y obligaciones, sólo pueden actuar en el mundo sensible mediante la voluntad de las personas individuales o físicas, que constituyen los órganos necesarios de su actividad"⁶⁰

Los representantes de estas personas jurídicas⁶¹ deben justificar su personería como representantes mediante la presentación de los estatutos o escrituras de constitución; tratándose de personas jurídicas de existencia posible como las sociedades civiles y comerciales (art. 754 y 756 Cód. Civ., y 127-129 Cód. de Com.) "los representantes de las sociedades deberán justificar su carácter de tales con los estatutos o con los contratos testimoniados en forma, en los que conste su designación y la extensión de sus facultades..." "A.S. Nº 22, de 6 de febrero de 1987, sala civil II", "según el informe jurisprudencial, los poderes de las personas jurídicas como son las sociedades anónimas, deben estar munidos de todos los antecedentes legales inherentes a la representación que entrañan, acreditando: la constitución de la sociedad, su existencia legal, las atribuciones de sus administradores en la forma prevenida por sus estatutos" (G.J. Nº 1623., p. 152)

Tratándose de funcionarios públicos en general, que representen a personas jurídicas de existencia necesaria, como son todas las entidades públicas reconocidas por la constitución política y leyes de la república, mediante la presentación de los correspondientes instrumentos públicos de designación o nombramiento.

El Art. 329 del procedimiento civil, dispone: (demanda de persona jurídica).- la demanda que se iniciare por una persona jurídica deberá estar acompañada por el documento que demostrare la personería del representante".

Como caso excepcional de incapacidad, temporal o absoluta, se considera la situación del ausente, cuya representación procesal se delega por ley a curador nombrado por el juez, a falta de cónyuge o apoderado que los represente (Arts. 31 y sgts CC.) similar situación se presenta respecto al demandado cuyo domicilio se ignora o se desconoce su identidad, a quien se le nombra defensor

⁶⁰ **MORALES**, Carlos Guillen. Ob. Cit. Tomo I

⁶¹ Corresponde aclarar que por falta de coordinación y concordancia el Cód. Civ. Las denomina personas colectivas y el Cód. Pdto. Civ., las denomina personas jurídicas.

oficial que lo represente en el proceso por su incomparecencia, después de haber sido citado y emplazado mediante edictos (Art. 124 y sgts. CPC.).

REPRESENTACIÓN SIN MANDATO.-

Esta representación tiene su antecedente histórico en el derecho romano, a propósito de la representación que asumía a nombre del demandante el llamado procurador, quien ante el temor de que no obrase sin mandato, tenía que garantizar al demandado que su representado ratificaría el resultado del proceso, otorgando a este efecto la caución denominada "ratan rem dominum habiturum" (conocida también como cautio de rato et grato).

Otro antecedente importante se tiene en las siete partidas de Alfonso X el Sabio, habiéndose comprendido en la Partida III. En la legislación comparada es destacable lo dispuesto en esta materia del art. 41 del Código General del Proceso de la república del Uruguay, que bajo la denominación de **procuración oficiosa**, señala con mayor amplitud que en la legislación boliviana, se puede comparecer judicialmente en nombre de una personas de quien no se tenga poder siempre que den las condiciones:

- 1.- que la persona por la que se comparece se encuentre impedida de hacerlo o ausente del país;
- 2.- que quien comparezca se a su ascendiente, descendiente, pariente por consaguinidad o afinidad hasta el segundo grado, cónyuge, socio o comunero o que posea algún interés común que legitime esa actuación;
- 3.- que si la parte contraria los solicitare, preste caución suficiente de que su gestión será ratificada por el representado o caso contrario, pagará los daños y perjuicios si así correspondiere.

En nuestro sistema procesal, el artículo 59 del PC establece "I. El esposo o esposa por su cónyuge, los padres por los hijos y viceversa, el hermano por el hermano, los suegros por sus yernos y nueras y viceversa, podrán demandar, contestar y reconvenir siempre que no se tratare de acciones de carácter personalísimo, pero con protesta de que el principal, hasta antes de la sentencia, dará por bien hecho lo actuado en su nombre; prestará fianza de estar a las resultas.

II. Si el principal no se hiciere presente hasta antes de la sentencia, se tendrá por inexistente lo actuado, condenándose al representante al pago de costas y en su caso al de daños y perjuicios"⁶² Cabe indicar que la representación sin mandato, conocida también como voz y caución en el léxico forense, es una institución establecida a favor de los cónyuges, padres, hijos, hermanos, suegros, yernos y nueras de manera recíproca.

Representación procesal autorizada por ley, que faculta al representante oficioso a interponer demanda, formular contestación y plantear reconvencción a nombre del representado, siempre que no se tratare de acciones de carácter personalísimo como: el divorcio o las referidas a la filiación.

Dicho precepto no señala como condición, el motivo o causa que puede dar lugar a esta forma de representación; ante este vicio inferimos de acuerdo a criterio doctrinal, la misma se justifica por la incapacidad circunstancial de representado y por la necesidad imperiosa de que sus derechos, patrimonio e intereses sean tutelados.

La procedencia y validez de la representación sin mandato para que surta efectos jurídicos válidos debe cumplir con las siguientes condiciones: que el representante justifique su personería presentando las certificaciones del registro civil y los documentos pertinentes que acrediten su relación familiar con el representado, el representante establecerá en forma expresa que hasta antes de la sentencia el representado dará por bien hecho todo lo actuado a su nombre, que el representante preste fianza de resultas y que el representado se apersona al proceso hasta antes de que dicte sentencia y de su conformidad con lo obrado, caso contrario se invalida lo actuado.

⁶² "la voz y caución prestada por el hijo no excluye de la causa al padre que es parte principal y son válidas las notificaciones que a éste se hacen por cédula" (G. J. N° 739, p. 21)

PLURALIDAD DE PARTES.-

Tradicionalmente se concibe el proceso civil sobre una base bipolar, como una relación jurídica de las partes simples: actor demandado, y con una pretensión simple: el primero contra el segundo que la contradice. Sin embargo, así como el proceso puede contener varias pretensiones⁶³ de igual manera, éste puede estar integrado por varios sujetos procesales activos y pasivos, incluso pueden integrarse terceros con un interés individual o coadyuvante. De esta situación procesal compleja, con pluralidad de partes, deriva el estado de litis consorcio.

LITIS CONSORCIO.- CONCEPTO.

El vocablo litis consorcio tiene su origen etimológico en las voces latinas "litis-consortium" que significan: litigantes, comunidad de destinos. El profesor Palacio señala que "existe litisconsorcio cuando por mediar co titularidad activa o pasiva con respecto a una pretensión única o un vínculo de conexión entre distintas pretensiones, el proceso se desarrolla con la participación (efectiva o posible) de más de una persona en la misma posición de parte"⁶⁴

El profesor Alsina indica que el "litisconsorcio se forma al comienzo del pleito mediante la acumulación subjetiva de acciones, sin embargo, el litisconsorcio puede surgir durante el desarrollo del proceso, sea por fallecimiento de una de las partes cuando deja varios herederos sea por la intervención de un tercero en la relación procesal, sea como consecuencia de la acumulación de autos"⁶⁵

Calamandrei refiere: "para que haya proceso, es necesario que haya por lo menos dos partes en las dos posiciones antagónicas: actor o parte que ataca y demandado o parte que resiste. Esto no supone que necesariamente haya en el proceso solamente dos. Pueden ser más de dos y, entonces, aparece el fenómeno del proceso con pluralidad de partes o litisconsorcio".

Según la posición que cada parte asuma, se distingue entre litisconsorcio activo, cuando varios actores actúan contra un solo demandado; litisconsorcio pasivo, cuando varios demandados figuran contra un solo actor, y litisconsorcio mixto, cuando concurren una pluralidad de actores frente a una pluralidad de demandados.⁶⁶

REQUISITOS PARA LA LITIS CONSORCIO.-

El estado de litis consorcio requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

I) Que exista una relación procesal única, con pluralidad de sujetos que actúan como actores o demandados. II) Que en lo sustancial, exista conexitud de las acciones ya sea por el título, por el objeto de las mismas, o por ambos elementos a la vez.

III) Que exista unidad de competencia, es decir, que el juez de la causa sea competente para conocer las acciones deducidas por cada litisconsorte.

IV) Que los litisconsortes actúen con autonomía, de tal manera que los actos de unos no aprovechen ni perjudiquen a los otros, salvo la relación jurídica sustantiva entre ellos que implique, por ejemplo, obligaciones solidarias. Como lo señala Alsina, cada parte debe tener capacidad procesal para actuar en el proceso, las excepciones y defensas deben ser considerados individualmente, pues ellas ni mejoran ni empeoran la situación de los litisconsortes.

⁶³ 328.- (Pluralidad de peticiones). En una demanda podrán plantearse todas las acciones que no fueren contrarias entre si y pertenecieren a la competencia del mismo juez

Jurisprudencia "cuando en una demanda se solicita varios extremos, contradictorios entre si, es evidente una palmaria inobservancia del art. (328)" del p. c. G.J. N° 1565, p. 77"

⁶⁴ PALACIO, Lino Enrique. Manual de Derecho Procesal Civil. Tomo I Editorial Porrúa, Edición 1997 Bs. AS.- Argentina

⁶⁵ PALACIO, Lino Enrique. Manual de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Editorial Porrúa, Edición 1997 Bs.As.- Argentina

⁶⁶ Los actores distinguen también el litisconsorcio necesario del litisconsorcio facultativo. En el primero, la relación sustancial controvertida es sólo una (Carnlutti, Calamandrei), por ejemplo en el desconocimiento de la filiación legítima (art. 189, c. f.) respecto del cual la relación entre padre e hijo implica la relación entre el hijo y la madre y también entre ésta y el padre. Otro ejemplo es el de la comunidad (de los derechos patrimoniales) frente al proceso de la división (arts. 160, 171, 1233 del Cód. Civ. Y 671 del Pdto. Civ.).

UNIFICACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN.-

La unificación de la representación prevista en el art. 65 del Cód. Pdto. Civ.^{67 68} emerge cuando existe pluralidad de partes y la razón de su regulación es esencialmente por motivos de economía procesal, para evitar de alguna manera el retardo en la administración de justicia y toda su secuela, que el proceso se realice con orden, expeditivamente, limitando la cantidad de traslados, notificaciones, uno de medios probatorios, recursos, en general toda forma de duplicidad de actuaciones atentatorias a normal desarrollo del proceso.

Habiendo pluralidad de partes, la unificación de la representación puede realizarse voluntariamente o judicialmente. **Voluntariamente**, cuando los litisconsorte deciden de manera espontánea delegar sus representación procesal o representante común, valiéndose para el efecto de tal mandato judicial o representación convencional (arts. 834-837 Cód. Civ.), conforme se tiene explicado supra. **Judicialmente**, si no hay acuerdo de partes, el juez determinará la unificación designando como representante a una de las partes que concurran en la pluralidad,⁶⁹ menos en el caso de excepción que señala el párrafo II Art. 65, en ausencia de acuerdo de partes sobre la dirección letrada en proceso ordinario, caso en el cual, ha de entenderse que el proceso debe proseguir sin la unificación de representación.

⁶⁷ (unificación de la representación). I. cuando actúen en el proceso diversos litigantes con un interés común, el juez, de oficio o a petición de parte y después de contestada la demanda, les intimará a unificar su representación siempre que hubiere compatibilidad en ella, que el derecho o fundamento de la demanda fuere el mismo o iguales las defensas. A este efecto fijará una audiencia, y si los interesados no concurrieren o no se avinieren en el nombramiento de representante único, designará eligiendo entre los que intervinieren el proceso.

II. La unificación no podrá disponerse si tratándose de un proceso ordinario, las partes en el mismo acto, no llegaren a un acuerdo sobre la persona que ha de asumir la dirección letrada.

III. Producida la unificación, el representante único tendrá, respecto a sus mandantes, todas las facultades inherentes al mandato.

⁶⁸ Este precepto no es, en rigor, novedad en el ordenamiento jurídico nacional. Aparece regulada en el art. 35 de la L.O.J. Abrog., y su primer antecedente en la legislación nacional es la prevista en la Orden de 7 de Feb. De 1834, la cual se utilizaba para los pueblos y comunidades indígenas a objeto de obligarles a que unifiquen su representación para intereses comunes.

⁶⁹ “Cuando las acciones sustentadas en un proceso por dos o más personas son idénticas, deben éstas ser intimadas, aún de oficio, a constituir un solo procurador, a fin de evitar la duplicación en recurso, complicaciones en los trámites y dilaciones en al causa” (G. J. N° 1274, p. 114)

CAPITULO 5 DILIGENCIAS PREPARATORIAS

Todo derecho que ha existido en el mundo debió ser adquirido por la lucha; los principios de Derecho que están hoy en vigor han tenido que ser impuestos por la lucha a quienes no los aceptaban; por ello todo derecho de un pueblo como el de un individuo, suponen que sus titulares, el pueblo y el individuo, estén constantemente dispuestos a defenderlo.

Rudolf von Jhering

GENERALIDADES.-

Debe observarse, desde luego, el desafortunado cambio de denominación de este instituto , objeto de nuestro estudio en el presente tema, por cuanto actualmente nuestra legislación civil las ha venido a denominar como medidas preparatorias , siendo que nuestra CPC. abrogado en su art. 323 las denominaba como diligencias preliminares, denominación empleada también por la Ley de Enjuiciamiento Civil Española en su Art. 497 y sgts.

La atinencia de la expresión medidas *(en su único sentido aplicable al procedimiento)*, **a las disposiciones o prevenciones precautorias**, no se extiende a las actuaciones *(diligencias)* judiciales que preparan la interposición de una demanda.

El propio texto de las normas del Código confirman la observación, tal es así que el art. 156, hablando, de las precautorias, **dice que pueden pedirse las medidas**, esto es, las disposiciones del juez, en tanto que el art. en examen (319), **señala que todo proceso podrá prepararse**, noción que implica una actuación o diligencia y no una disposición del órgano judicial.

Luego de haber realizado esta observación de denominación, entendemos que por doctrina y semántica procesal lo correcto es que se las denomine diligencias preparatorias.

En lo referente al concepto o definición de este instituto procesal, diríamos que “*son determinados procedimientos judiciales encaminados a facilitar el ejercicio de la futura acción o excepción, a deducirse en el proceso de tal manera que se averigüe su eficacia.*”

FUNDAMENTO.-

Las diligencias preparatorias se fundan en los siguiente criterios:

CRITERIO PREPARATIVO.- Todas las diligencias sirven para preparar el proceso y la demanda con el objeto de encontrar una eficacia jurídica real, ejemplo autenticación de firmas, declaración jurada.

CRITERIO CONSERVATORIO.- También sirve para conservar medios probatorios o el objeto de la litis, que serán utilizados en el proceso, ejemplo inspección judicial, mensura judicial, etc, .

CARACTERÍSTICAS DE LAS DILIGENCIAS PREPARATORIAS.-

Las características esenciales de toda diligencia preparatoria, dentro el derecho civil son las siguientes:

SON EXCEPCIONALES.- Las diligencias preparatorias son diligencias excepcionales pues no están dispuestas de manera obligatoria para todos los procesos, es decir, el litigante solo puede usarlas en casos determinados.

NO SON INTRODUCTIVAS DE LA CAUSA.- Esto significa que su trámite no inicia el proceso puesto que el proceso comienza solo con la demanda ⁷⁰, en otras palabras son previas al proceso.

NO DETERMINA LA COMPETENCIA DEL JUEZ.-

La Uniforme jurisprudencia ordinaria, a establecido que lo resuelto en una diligencia preparatoria, no tiene calidad de cosa juzgada y que por lo tanto , puede ser modificado en un futuro proceso, de ahí es que se ha llegado a entender que no es imprescindible que la medida preparatoria deba de realizarse siempre ante el juez que sería competente para resolver la futura demanda, como erradamente señalaba el Art. 118 de la L.O.J. de la ley 1455, de forma tal que uno puede tramitar la respectiva diligencia preparatoria ante un determinado juez , claro esta de la materia, como por ejemplo , un juez instructor y luego formalizar la futura demanda ante un juez de partido, esto en razón de que una diligencia preparatoria no determina la competencia de un juez, sino que el único medio que puede determinar dicha situación es la ley y en el caso de las diligencias preparatorias no es aplicable lo previsto por el Art. 130 num. 1 del adjetivo civil.

PROCEDEN EN TODA CLASE DE PROCESOS.-

Las diligencias preliminares proceden en todo tipo de procesos, como ser civiles, familiares, laborales, penales, etc.

REQUISITOS DE ADMISIÓN Y VALIDEZ.-

Con el objeto de que la futura demanda no sufra vicio alguno, imperativamente y bajo causal de nulidad deberá de pedirse al juez que tramita la respectiva diligencia preparatoria, el emplazamiento y la respectiva citación de la futura parte demandada, bajo causal de nulidad, en estricto cumplimiento de lo previsto por el Art. 325 y 326 del CPC⁷¹

⁷⁰ “La medida preliminar de demanda como su nombre lo indica, no constituye proceso como tal, es simplemente una diligencia preliminar encaminada a facilitar el ejercicio de determinadas acciones para asegurar la eficacia jurídica de estas .Pero de ninguna manera puede ser confundida o equiparada a un proceso que aun no existe, de ahí que toda resolución que recaiga sobre esta diligencia no tiene carácter de definitiva porque no pone fin a ningún litigio”A.S. No 73 del 11 de febrero de 2003.

⁷¹ Art. 325.- (Requisitos de la solicitud y resolución). I. En la solicitud de mediadas preparatorias se indicará el nombre de la parte contraria futura, su domicilio si fuere conocido y los fundamentos de la petición.

II. El juez accederá a la solicitud si estimare justas las causas en que ella se fundare, denegándola en caso contrario. *La resolución será apelable, sin recurso ulterior, únicamente cuando se denegare la solicitud.*

De igual forma deberá de acreditar el actor en forma precisa su interés legítimo , por cuanto si bien no se trata de una demanda sino solo de una diligencia preparatoria, no por ello se puede obviar una de las características de la capacidad procesal y ello es el interés legítimo.

CLASES DE DILIGENCIAS PREPARATORIAS.-

Consideramos que se puede clasificar en diligencias preliminares innominadas que son aquellas no previstas de forma específica por nuestro ordenamiento procesal civil, como ser el caso de la toma de muestra de ADN, la realización de mensura pericial, etc., y las diligencias preliminares nominadas que serían las siguientes:

DECLARACIÓN JURADA⁷².-

Mediante esta diligencia se podrá citar y emplazar a la futura parte adversa con el objeto que declare sobre situaciones personales. La solicitud la conoce el juez competente quien dispone citación y emplazamiento a cuyo efecto fija día y hora para la audiencia de prestación de declaración.

Con esta medida preparatoria se autoriza al actor a pedir que la persona contra quien se propone dirigir la demanda preste declaración jurada sobre algún hecho relativo a su **personalidad** sin cuyo conocimiento no puede entrarse en el proceso, es decir, la declaración solo puede versar sobre aquellas circunstancias relativas a la legitimación del futuro demandado, con prescindencia de los hechos relativos al fondo del litigio .La medida es admisible , por ejemplo para determinar si el demandado es mayor o menor de edad, casado, si aquél es propietario del edificio que amenaza ruina o del animal que causó el daño, o heredero de determinada persona, etc. ⁷³

En esta diligencia preparatoria el juez señalará día y hora para que quien ha de ser demandado preste el juramento pedido si el emplazado no concurriere se le dará por confeso a menos que justifique su incomparecencia por causa justa, caso en el cual el juez señalará nuevo día y hora o e trasladará al domicilio del impedido, tal cual lo indicado en el Art. 321 del CPC.

5.2) AUTENTICACION DE FIRMAS Y RÚBRICAS DE DOCUMENTOS PRIVADOS.-

El Art. 1297 del CC. , indica: "*El documento privado reconocido por la persona a quien se opone o declarado por la ley como reconocido, hace entre los otorgantes y sus herederos y causahabientes, la misma fe que un documento público , respecto a la verdad de sus declaraciones*", de ahí emerge el hecho de que un documento quirografario no es lo suficientemente eficaz como para iniciar una demanda judicial (Ej., Art. 399 num. 2); 487 num. 2) ambos del PC).

Por otro lado debemos solo a objeto de poder comprender mejor el presente instituto procesal , decir que la firma es la representación gráfica del nombre y que puesta la misma en un documento , acredita que el contenido del mismo procede de quien lo ha firmado y por ende que esta de acuerdo con el tenor del mismo. En cambio la rúbrica, no es sino el resumen de la firma.

Hecha esta aclaración semántica, debemos indicar que existe dos formas de reconocer nuestras firmas o rúbricas, la primera que es la voluntaria , prevista por los Arts. 17 y 18 de la ley 1760 y que se la efectiviza frente a una notaria de fe pública y la otra forma de reconocer una firma o rúbrica es ante el juez, siendo esta la que nos corresponde analizar y por ende explicar.

El reconocimiento de firmas o rúbricas, judicialmente hablando se la realiza mediante una diligencia

Art. 326.- (Citación). Toda diligencia que se pidiere como preparatoria, se practicará precisamente con citación de la parte contra quien ha de dirigirse la acción, bajo pena de nulidad.

⁷² Art. 319.- (Enumeración). Todo proceso podrá prepararse por quien pretendiere demandar o por quien, con fundamento, previere que será demandado, pidiendo:

1.-Que la persona contra quien se propusiere dirigir la demanda preste **declaración jurada** sobre algún hecho relativo a su personalidad, comprobación sin la cual no pudiera entrarse en juicio.

⁷³ CASTELLANOS, Gonzalo Trigo obra citada Tomo II.

preparatoria , para lo cual junta a nuestro escrito de demanda, se debe imperativamente adjuntar el documento original que se pretende sea reconocido y luego de admitido el mismo , el juez ordenara se cite y emplace al demandado para que al día siguiente de su legal citación se haga presente en su juzgado y de esta forma pueda reconocer su firma o rubrica.

Como se entenderá emergen dos posibilidades, si acude al juzgado, la primera es que reconozca, situación que se lo acreditara mediante un acta y la segunda opción es que no reconozca dicha firma o rúbrica, en cuyo caso ya sea de oficio o a instancia de parte, el juez ordenará se practique un estudio técnico caligráfico y si luego de este trámite pericial, se declara que dicha firma si corresponde a la persona esta será condenada a pagar costas.

En el caso de que no acuda al juzgado luego de haber sido legalmente citado y emplazado, el juez del proceso a petición de parte o de oficio lo dará por reconocido dicho documento, en su rebeldía, tal cual lo establecido en el Art. 19 de la ley 1760. En el caso de documentos otorgados por analfabetos se sigue la regla prevista por el Art. 1299 y 1300 del CC. y si el suscribiente falleció, serán citados y emplazados sus herederos, al amparo de lo previsto por el Art. 524 del CC.

EXHIBICIÓN DE LA COSA OBJETO DE LA ACCIÓN.-

Dicha diligencia preparatoria, consiste en que se exhiba la cosa mueble (común o sujeto a registro) que ha de ser objeto de la acción , vale decir, que esta diligencia preliminar tiene por único objeto facilitar el examen de la cosa mueble a reclamarse para formalizar con más claridad la demanda y también impedir que la misma pueda mudarse , transportarse , ocultarse, adulterarse, etc.

La exhibición de la cosa mueble se hará en el tiempo , modo y lugar que determine el juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso, ya que si por la naturaleza y cantidad del material , su exhibición en la sede del juzgados es imposible, debe indicarse el lugar en donde se encuentra dicho bien y de esta forma se pueda cumplir dicha diligencia, aplicando claro esta la regla prevista en el Art. 326 del adjetivo civil.

EXHIBICIÓN DE TESTAMENTOS O CODICILIOS.-

El profesor Mazeaud, indica que el *"testamento es un acto jurídico excepcional , unilateral y solemne, esencialmente revocable y cuyo objeto es dar a conocer la voluntad de su autor , para después de su muerte y dentro de los límites que la ley señalase lo pueda cumplir , tanto desde el punto de vista extra patrimonial como económico"*⁷⁴

Y el codicilo, se lo define *"como la última voluntad hecha antes o después del testamento y con menos solemnidad que éste, sea para instrucciones secundarias o con el objeto de añadir , quitar aclarar con respecto a aquel documento o anularlo."*

Luego de haber realizado estas consideraciones debemos indicar que mediante la presente diligencia preparatoria, solamente se pide la exhibición de un testamento o codicilo cuando el solicitante se crea heredero, coheredero o legatario siempre que no se lo puede obtener de otra forma de ahí se entiende que esta diligencia solo se aplica a los testamentos ológrafos o cerrados y no así a los testamentos abiertos que son otorgados por ante un notario de fe pública y mediante un testamento.

EXHIBICIÓN DE TÍTULOS O DOCUMENTOS EN CASO DE EVICCIÓN⁷⁵.-

⁷⁴ MAZEAUD, Hermanos. Resúmenes de Mazeaud. Editorial Pierrot. Bs. As. –Argentina 1990

⁷⁵ CHACOLLA , Favio Huanca. Teoría General de los Contratos. Editorial Departamento de publicaciones de la Facultad de Derecho ,ciencias políticas y sociales. Edición 2006 Sucre-Bolivia; *Solo a objeto de ubicar al lector, corresponde indicar que el profesor Capitant, manifiesta que la evicción es "la perdida de un derecho sobre una cosa por el hecho de un tercero, a quien se reconoce sobre la misma cosa un derecho que aniquila al primero."* M. Puigamau, dice: *"evicción es quitar algo por derecho, venciendo."* Para Messineo, *" la evicción presupone que la cosa vendida sea ajena, y que por tanto, el tercero que hace uso de la evicción tenga un derecho valido y ejercitable respecto del comprador, de manera que éste no pueda eficazmente defenderse e impedirla"* Como se

Esta diligencia preparatoria consiste en que , en caso de evicción , se exhiba los títulos u otros documentos referentes a la casa vendida, puede promoverse por el comprador o por el vendedor. Pero la acción no es igual en todos los casos para uno y para otro, conforme advierte Reus. En efecto, al comprador le corresponde la acción en todo caso, aún cuando el vendedor no se haya obligado a sanear la evicción (Art. 624, II, C.C.), y al vendedor sólo en caso de haberse obligado al saneamiento. La diferencia se explica, dice Reus, en que el comprador, como primer interesado, debe procurarse todos los medios de defensa y si ellos están en poder del vendedor, éste debe exhibirlos, ya porque ningún perjuicio sufre con hacerlo, ya también porque debió haberlos entregado cuando otorgó la venta (Art. 617, CC.); mientras que el vendedor, sólo en caso de evicción puede exigir la exhibición al comprador precisamente para salir en defensa de la cosa vendida. En suma, las palabras en caso de evicción, se refiere sólo al vendedor.

En esta medida también es aplicable la improcedencia de exhibición , que determina el Art. 320 del PC. y la negativa de la exhibición que prevé el Art. 323 del mismo procedimiento .Finalmente en caso que el requerido a la exhibición no los tuviere en su poder deberá indicar al juez , sin conoce el lugar en donde se encuentra, para liberarse de tal obligación y no responder por daños y perjuicios por la negativa de la exhibición.

EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS DE SOCIEDAD O COMUNIDAD⁷⁶.-

Esta diligencia tiene por objeto que el socio o comunero a quien tuviere en su poder los documentos de la sociedad o comunidad, los exhiba, de manera que el solicitante pueda fundar una acción relativa a los mismos o defenderse en juicio promovido por un tercero , sea que la sociedad hubiera sido o no resuelta legalmente.

Hugo Alsina justifica esta diligencia indicando que " *los documentos relativos a las operaciones sociales o donde consten gestiones realizadas en común no pertenece a los que estén en posesión de ellos , sino a todos los interesados en la sociedad o comunidad.*"

NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR DEL AUSENTE PRESUNTO.-

En principio debemos aclarar que el lector no confunda esta diligencia con la declaración de ausencia, cuyo trámite esta previsto en el Art. 69 y sgts del adjetivo civil y el Art. 31 y sgts del sustantivo civil.

Mediante esta diligencia lo que ocurre es que a solicitud de parte interesada ,el juez, nombra a un defensor del ausente presunto que habrá de ser demandado, previa justificación de la ausencia en el término prudencial que fije el juez y en la misma forma se nombra defensor de bienes desamparados.⁷⁷

NOMBRAMIENTO DE TUTOR AD-LITEM⁷⁸.-

observara la evicción es una obligación principal del vendedor prevista en el Art 614 num 3) del Cód.Civ.En todo caso , al momento de someterse el vendedor a la evicción, esta garantizando que en caso de que un tercero afecte el derecho propietario o la posesión del comprador (que se presume de buena fe), el vendedor, saldrá a sanear dicha evicción, motivo por el cual se entiende que el termino saneamiento o sanear, esta unido al de evicción, siendo una relación de causa y efecto,(nuestro c.c. utiliza el termino RESPONSABILIDAD, termino que por lo demás y por una tradición jurídica no tiene cabida, en cambio el termino SANEAMIENTO SI,) es por ello que a continuación citaremos algunas definiciones de saneamiento.Se llama sanear al acto de reparar y remediar alguna cosa (Scaevola) resumiendo el saneamiento es el complemento necesario de la entrega tanto en lo que se refiere a la propiedad plena y sus desmembraciones (evicción) como a las cualidades intrínsecas de la cosa(vicios) objeto del contrato.

⁷⁶ Conforme lo previsto por el Art. 125 del Cód.Com., "Hay contrato de sociedad comercial cuando dos o más personas se obligan a efectuar aportes para aplicarlos al logro del fin común repartirse entre sí los beneficios o soportar las pérdidas". De acuerdo a nuestro derecho comercial, las sociedades pueden ser: 1)Soc.Colectiva; 2) Soc.en Comandita Simple; 3)Soc. de Resp.Ltda.;4)Soc.anónima; 5)Soc. en Comandita por acciones,6)Asociaciones accidentales o de cuentas en participación; 7) Las Soc.Irregulares y de Hecho, aunque estas últimas se reputarán existentes solamente para los efectos de la responsabilidad respecto de terceros y para ejercer los derechos emergentes de contratos válidos celebrados , como dispone el art. 134 del Cod.Com.

⁷⁷ CASTELLANOS, Gonzalo Trigo. Ob cit.T-III

⁷⁸ "Si una madre no cumple sus deberes y obligaciones, procede el nombramiento de curador ad litem en observancia del art. 197 de la Const." (G.J. N° 1297, pág. 96).

"No procede el nombramiento de curador ad-litem si existe tutor" (G.J. N° 1344, p. 13).

Esta diligencia busca que se designe a un tutor para el proceso, cuando se demandare a un incapaz que carece de representante legal o éste se hallare ausente o cuando un menor de edad deba de demandar a su propio padre por intereses propios. Vale decir que esta diligencia se la llevo a crear a objeto de poder deslumbrar la incertidumbre de aquellos incapaces que no tienen un tutor o curador.

DECLARACIÓN ANTICIPADA DE TESTIGOS.-

La declaración anticipada constituye prueba viva, pues se la realiza solo con la concurrencia del testigo y procederá en tres casos: por razón de salud del testigo, cuando el testigo en persona anciana y cuando se tenga temor cierto de que el testigo pueda ausentarse del país

Se presentará dicha demanda ante juez competente, se acompañada el cuestionario, luego el juez señalará día y hora de audiencia con citación a los testigos y a las partes (Art. 325 y 326 del CPC), Una vez instalada la audiencia se procederá a tomar juramento e interrogar al testigo levantando un acta circunstanciada del interrogatorio. La tacha a estos testigos se la realizara en el término probatorio, vale decir una vez formalizada la demanda, teniendo como un principal objetivo la presente diligencia preparatoria el hecho de conservar la prueba.

5.10) CITACIÓN AL EVENTUAL DEMANDADO PARA QUE CONSTITUYA DOMICILIO PROCESAL.-

Si el demandado presunto estuviere por ausentarse de la República sin constituir domicilio procesal, se le hace citar y emplazar mediante esta diligencia preliminar para que el presunto demandado pueda constituir domicilio procesal en el plazo de tres días bajo conminatoria de tener por constituido el domicilio en la puerta del juzgado o tribunal donde se practicará la citación con la demanda.

Actualmente, especialmente las instituciones crediticias en la facción de sus documentos de crédito utilizan el Art. 29 parágrafo II del CC

EXHIBICIÓN EN CASO DE REIVINDICACIÓN.-

Lo que se logra mediante la presente diligencia preparatoria es que quien hubiere de ser demandado por reivindicación u otra acción para la que fuere necesario conocer el carácter en virtud del cual ocupa la cosa objeto del juicio a promoverse, exprese a qué título la tiene.

MENSURA JUDICIAL.-

Consideramos al igual que en los otros casos, preciso previo a explicar esta diligencia, conceptualizar el termino mensura y es en tal sentido que Palacio indica" mensura es la operación técnica consistente en ubicar con precisión el título de propiedad sobre el terreno y en comprobar a través del plano que se trace, la coincidencia o diferencia entre la superficie consignada en el título y la efectivamente poseída, determinando eventualmente , en cuál de las propiedades linderas se halla la parte faltante"

La presente diligencia preparatoria procede cuando un propietario considera necesario aclarar en todo o en parte los linderos de su propiedad rústica o urbana no edificada, en cuyo aso se presentará al juez con todos sus documentos en orden que acrediten su derecho propietario sobre el predio.

"No es preciso nombrar curador ad-litem, existiendo la madre que tiene la representación legal de los menores por derecho propio" (G.J. N° 1343, p. 28).

Esta medida solo satisface la necesidad unilateral del actor y de ninguna forma constituye derechos de posesión o propiedad, para los cuales deberá de remitirse a otro tipo de procesos.

INSPECCIÓN JUDICIAL.-

Se justifica la inspección judicial cuando existe necesidad de verificar el estado en que se encuentran los bienes que serán objeto del futuro proceso, este medio será considerado como prueba directa durante el proceso. El juez señalará día y hora de audiencia de inspección con o sin la concurrencia de peritos y llevará a cabo la audiencia de acuerdo a las normas del código de procedimiento civil. De esta forma el juez tendrá una percepción más cercana y veras de las cosas muebles o inmuebles y se levantará acta de todo lo acontecido en la audiencia.

CONCILIACIÓN.-

El juez competente que conoce esta diligencia preparatoria, señalará día y hora de audiencia ordenando además citación a la parte adversa. Esta forma de auto composición por la cual las partes se avienen para solucionar sus controversias se da una vez instalada la audiencia intimando el juez a las partes y reflexionándoles. Si producirá conciliación esta constará en el libro de conciliaciones del juzgado. La doctrina a establecido además la conciliación extrajudicial que puede ser realizada por conciliadores privados asesorados por el juez competente para conocer la causa.

CAPÍTULO 6

LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS

*"El derecho es la voluntad de la
clase dominante erigida en ley."
Karl Marx*

GENERALIDADES.-

La terminología usada para estudiarlas y tratarlas, varía según los sistemas procesales por cuanto es diversa, así por ejemplo nuestro CPP. las denomina cautelares, otras legislaciones las llama medidas de seguridad, medidas de garantía, acciones preventivas, aseguramiento de bienes litigiosos, etc.

Son medidas precautorias aquéllas que pueden ser pedidas por el actor o demandante-, en cualquier estado del juicio, aún antes de que este sea citado con la demanda⁷⁹ o cuando no esté contestada la demanda, con el fin de asegurar el resultado de la acción.

El Art. 156 claramente indica: " Pueden pedirse antes de presentar la demanda o durante la sustentación del proceso"

Chiovenda manifiesta que "la finalidad esencial del instituto, es evitar que el actor se vea burlado en sus derechos: la actuación de la ley en favor del actor, se manifiesta así en medidas especiales determinadas por peligro o urgencia"

⁷⁹ Leer el Art. 29 de la Ley 1760

“Desde que se interpone la demanda hasta que se dicta la sentencia - dice Alsina - media un espacio de tiempo cuyas consecuencias no deben ser soportadas por quien tiene razón para litigar, sino por quien infundadamente sostiene una pretensión contraria”

Otros autores manifiestan que las medidas precautorias, son “actos procesales mediante los cuales el actor busca asegurar el cumplimiento de una obligación o la efectividad de un proceso, ya sea afectando un bien o conservando un hecho”

CLASES DE MEDIDAS PRECAUTORIAS.-

Nuestro CPC reconoce dos tipos de medidas precautorias, las **nominadas**, que son las que están expresamente previstas en la enumeración del Art. 156 y reguladas separadamente en los Arts. Siguintes y las medidas precautorias **innominadas** previstas en el Art. 169.

CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDA PRECAUTORIAS.-

Couture, sostiene que las medidas precautorias, tienen las siguientes características:

PROVISIONALIDAD.-

Como generalmente se decretan sumariamente y a gestión unilateral, son en consecuencia, siempre, provisionales y, por lo tanto, susceptibles de modificación Arts. 175 y 176).

ACCESORIEDAD.-

Como sólo se justifican por el riesgo que corre el derecho que se litiga o ha de litigarse en el proceso principal, son forzosamente accesorias de ésta. Si el proceso principal no es promovido, cesa la medida (Art. 177).

PREVENTIVIDAD.-

No juzgan ni prejuzgan sobre el derecho a litigarse y su extensión debe limitarse a lo estrictamente indispensable (Arts. 157, 158 y 159, I).

RESPONSABILIDAD.-

Las medidas precautorias siempre se las decretan bajo responsabilidad de quien las pide, que debe resarcir el daño que indebidamente ocasione con su pedido, el mismo que ha de ser establecido de conformidad a la regla del Art. 984 del CC, porque el ordenamiento jurídico nacional no admite la llamada responsabilidad objetiva, sino la que proviene del dolo y la culpa (Arts. 173 y 178).

LA ANOTACIÓN PREVENTIVA⁸⁰.-

También conocida como **anotación de litis**, esta medida precautoria tiene por objetivo dar publicidad a los procesos “relativos a bienes inmuebles y bienes muebles sujeto a registro, aspecto que se logra haciendo registrar dicha medida precautoria en Derechos Reales, lo cual implica cumplir con lo previsto en el Art. 1538 del CC. y en el caso de los vehículos en la Dirección de Tránsito.

La anotación preventiva solamente puede ordenarse una vez deducida la demanda de fondo o simultáneamente con ésta, pero nunca antes a la demanda por cuanto no cumpliría su objetivo último que es el de dar publicidad al proceso litigioso.

A diferencia del embargo preventivo, la anotación preventiva, no impide la libre disposición del bien afectado (excepto en lo referente a vehículos).

⁸⁰ Art. 157 (Anotación Preventiva). I Quién demandare la propiedad de inmuebles o la constitución o extinción de un derecho real sobre inmuebles u obtenga embargo podrá pedir la anotación preventiva conforme a lo dispuesto en el Art: 1552 del Código Civil.

II. También procederá la anotación preventiva en acciones sobre muebles sujetos a registro.

Las sujetos facultados para solicitar la anotación preventiva, conforme indica el Art. 1552 que fue modificado por la ley 004/2010 son los siguientes:

-Quien demanda en juicio la propiedad de bienes inmuebles o que se constituya, declare, modifique o extinga cualquier derecho real.

-Quien obtiene a su favor providencias de secuestro o mandamiento de embargo ejecutado sobre bienes inmuebles del deudor.

-Quien en cualquier juicio obtiene sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada por el que se condena al demandado a que cumpla una obligación.

-Quien deduce demanda para obtener sentencia sobre impedimentos o prohibiciones que limiten o restrinjan la libre disposición de los bienes, disposición concordada con el Art. 1540.4 del sustantivo civil.

-Quien tenga un título cuya inscripción definitiva no pueda hacerse por falta de algún requisito subsanable, disposición que tiene su fuente en la Ley de Derechos Reales de Bolivia y su respectivo Decreto Reglamentario.

-La Procuraduría General del Estado y el Ministerio de Transparencia Institucional y Lucha contra la Corrupción , para efectos de protección del Patrimonio del Estado.

TERMINO DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA.

En cuanto se refiere a la caducidad de la anotación preventiva en estricto cumplimiento de lo previsto por el Art. 1553 del C.C., modificado por la ley 004/2010, se establece dos casos.

1.-La anotación preventiva caducará si a los dos años de su fecha no es convertida en inscripción.⁸¹ el juez puede prorrogar el término por un nuevo lapso de un año, que no perjudicará a tercera (persona)si no se asienta a su vez en el registro.

Dicha inscripción se la podrá realizar una vez que se presente la sentencia favorable pasada en autoridad de cosa juzgada, en el caso de procesos judiciales y cuando se demuestre haberse subsanado la causa que impedía momentáneamente la inscripción en el caso de los tramites administrativos, como por ejemplo DD.RR. Todos los efectos del registro definitivo se retrotraerán a la fecha de la anotación preventiva, sin perjuicio de cualquier derecho inscrito en el intervalo.

2.- La anotación preventiva a favor del Estado caducará a los cuatro años, prorrogables a dos años más, si no es convertida en inscripción definitiva.

EL EMBARGO PREVENTIVO⁸².-

⁸¹ La anotación preventiva se convierte en inscripción definitiva, cuando se presenta la sentencia favorable dictada en la causa (G:J. N° 1256, p. 65).Nuestro legislador al utilizar el término inscripción definitiva se refiere a la Hipoteca Judicial, que esta regulada en el C.C.

⁸² Art. 158.- (Embargo preventivo). El acreedor de una deuda en dinero o especie podrá pedir el embargo preventivo cuando:

- 1) El deudor no tuviere domicilio en la República
- 2) La existencia del crédito estuviere demostrada por documento público o privado reconocido y siempre que la obligación no se encontrare suficientemente garantizado
- 3) El coheredero, el condómino o el socio, con respecto a los bienes de la herencia, del condominio o de la sociedad, respectivamente, si acreditaran la verosimilitud del derecho y el peligro de la demora.
- 4) Se hubiere de pedir, respecto del bien demandado la reivindicación, división de herencia, nulidad de testamento o Conc: Cod. Civ. 1470 y sgtes. Y Cód. Pdto. Civ., 159,497-506

Según Palacio, "constituye la medida cautelar en cuya virtud se afectan e inmovilizan uno o varios bienes de quien es o ha de ser demandado en un proceso de conocimiento, especial o en un proceso de ejecución, a fin de asegurarla eficacia práctica de la sentencia que en tales procesos se dicen".

Reus dice "que es la ocupación, aprehensión o retención de bienes, hechas con mandato de juez competente, por razón de duda o delito" (Arts.1470,. CC.). Embargos preventivos, que también se llaman provisionales o retenciones –agrega el citado comentarista español- son los que se decretan interinamente, mientras se presenta la oportuna demanda, para asegurar las resultas del juicio, cuando hay temor de que el demandado o deudor distraiga u oculte sus bienes o la cosa que ha de ser litigada, para burlar los derechos y reclamaciones del demandante.

Su objeto es la inmovilización del bien para que el actor pueda hacer efectivo su derecho una vez que le sea reconocido por sentencia (Alsina).

Siendo el embargo preventivo, sólo una medida provisional y de precaución el que lo ha obtenido debe entablar la acción principal en la forma y en el tiempo que la ley ordena, porque no puede dejarse indefinidamente al deudor embargado en una situación que es realmente anormal. Por ello, la ley fija un término para que el embargo preventivo

Adquiera otro carácter y para que el deudor embargado se coloque en situación de poder contestar a las pretensiones de su acreedor, puesto que le trámite de la medida –cuando oído para nada, situación que sólo puede justificarse con la subsiguiente e inmediata formalización de la demanda, entablada con todas las formas legales. Ese plazo para formalizar legalmente la demanda, para cuyo éxito se ha utilizado el embargo preventivo, **es el de cinco días a partir de la ejecución del mismo** (Art. 177). La caducidad se produce de pleno derecho, con las consecuencias que el ap. LI del citado art. Señala: costas y resarcimiento de daños e improcedencia de plantear nuevamente la medida por la misma causa.

En lo **referente al mandamiento de embargo**, contendrá la indicación de que el embargo deberá limitarse a los bienes necesarios para cubrir el crédito reclamado y las costas; la autorización a los funcionarios encargados de ejecutarlo para solicitar el auxilio de la fuerza pública y el allanamiento en caso de resistencia (con la limitante del Art. 25 de la C.P.E.); la constancia de que se previene al deudor a abstenerse de cualquier acto respectivo de los bienes objeto de la medida que pudiere causar disminución en la garantía del crédito, bajo el apercibimiento de la ley.

El deudor podrá continuar con el uso de la cosa mientras no se dispusiere el secuestro o la administración judicial de lo embargado.

Con relación al depósito, corresponde indicar que cuando los bienes embargados fueren muebles se designara depositario, pero si lo muebles susceptibles al embargo fueren los de la casa en que vive el deudor, este será constituido en depositario de ellos, a menos que por circunstancias especiales ello no fuere posible.

El depositario de los bienes embargados deberá sin excusa alguna, bajo conminatoria de apremio presentarlos dentro de las veinte y cuatro horas de haber sido intimado judicialmente⁸³. Asimismo se aclara que la persona fue designada, depositaria, puede en cualquier momento ser removida de dicho cargo ya sea de oficio o a petición de parte⁸⁴.

⁸³ En relación a lo previsto en el Art. 161 del Cod. Pdto. Civ., el TC. A emitido varios SS.CC llegando a tener a la fecha un línea uniforme en este caso, vale decir que si bien se faculta al Juez emitir mandamiento de apremio, si el depositario no exhibe los bienes que estaban bajo su custodia en el plazo estipulado, en la práctica lo que ocurre es que máximo se los puede detener veinte y cuatro horas. Plazo en el cual se lo debe remitir al M^oP^o, para que en esta instancia se le inicie un proceso penal tal cual indica las SS.CC N° 820/2000; 1198/200; 631/2001, 178/2005.

⁸⁴ "El depositario nombrado de oficio, puede ser removido por el juez del mismo modo" (G.J. N° 219. p. 1204).

INEMBARGABILIDAD DE BIENES^{85 86}

La generalidad de los términos de Art. 1335 del CC., que constituye en prenda común de los acreedores todos los bienes, muebles e inmuebles, presentes y futuros del deudor, está limitada por la excepción de la inembargabilidad de algunos de ellos que por disposición expresa del Art. 1336 del citado código sustantivo, son los comprendidos en el Art. 179 del CPC., y 48.IV de la CPE

Generalmente se da como fundamento de la inembargabilidad, una idea humanitaria (Planiol y Ripert), misma que se refleja a través de la ley, como bienes inembargables, los cuales serían todos objetos necesarios para la vida del deudor, ya que privársele de ellos equivaldría a condenarle a morir de hambre o, por lo menos, reducirle a la mendicidad. Los casos 1 a 8 del art., responden, en general, a la idea invocada como fundamento de la inembargabilidad de algunos bienes, considerados esenciales para la subsistencia y actividad creadora o productora (trabajo) del hombre.

Esta limitación o excepción prevista en el Art. 179 del PC, resultan, sin lugar a duda, sin justificación atendible, en lo referente a la asistencia familiar, si se tiene en cuenta que el código de familia (Art. 14) define la asistencia familiar como indispensable para la sustento, habitación, vestido y atención médica (y educación, en caso de menores), condiciones por las cuales el Art. 24 del mismo código especial, declara el derecho a la asistencia familiar, además de irrenunciable e intransferible, inembargable, salvo el supuesto taxativo de quienes proveen al beneficiario de los alimentos y servicios que conforman precisamente a la asistencia (Art. 25, C.F.).

No cabe duda que ha fallado, también en este punto, la necesaria coordinación de concordancia en la formulación de los diferentes códigos. Sin embargo, para el caso, tiene aplicación el principio de derecho que atribuye a la ley especial aplicación preferente a la general.

EL SECUESTRO ⁸⁷.-

El Art. 869 del Cód. Civ., dice: "El secuestro es el depósito de una cosa litigiosa en poder de un tercero hasta que se decida el litigio sobre la cosa, para entregarla a quien corresponda".

⁸⁵ Art.179 (Bienes inembargables). Son bienes inembargables:

- 1) El ochenta por ciento del total percibido por concepto del sueldo o salario, excepto el caso de la asignación por asistencia familiar en que el embargo podrá ser mayor a dicho porcentaje.
- 2) Las pensiones, jubilaciones, montepíos, rentas de vejez, invalidez y demás beneficios sociales establecidos legalmente excepto el caso de la asignación por asistencia familiar.
- 3) Los animales y productos agrícolas indispensables para el sustento del deudor y su familia.
- 4) Las prendas de uso personal del deudor o la familia que viviere bajo su amparo y protección.
- 5) Los muebles imprescindibles para guarnecer su vivienda y de la de su familia.
- 6) Los libros destinados al ejercicio profesional del deudor.
- 7) Las máquinas, herramientas, instrumentos y otros objetos de trabajo indispensables al deudor para el ejercicio de su profesión u oficio y para la enseñanza de alguna ciencia, profesión, arte u oficio.
- 8) El patrimonio familiar, conforme al art. 32 del Código de Familia y lo previsto en la Constitución Política del Estado.
- 9) Las maquinarias, útiles, herramientas, instrumental y los materiales de fábricas, manufacturas y talleres que sólo admiten intervención. Los productos serán embargados.
- 10) Los bienes de servicio público pertenecientes al Estado, municipalidades y universidades.
- 11) Los mausoleos.

⁸⁶ Art. 48.IV, CPE : "Los salarios o sueldos devengados, derechos laborales, beneficios sociales y aportes a la seguridad social no pagados tienen privilegio y preferencia sobre cualquier otra acreencia y son inembargables e imprescriptibles."

⁸⁷ Art. 162.- (Secuestro). I. Procederá el secuestro de muebles y semovientes en los casos que siguen:

- 1) Cuando el embargo no asegure por sí solo el derecho invocado por el solicitante, y siempre que se presentase documento que hiciera verosímil el crédito cuya efectividad se quiere garantizar.
 - 2) Con igual condición, toda vez que fuere indispensable proceder a la guarda o conservación de bienes para asegurar el resultado de la sentencia.
 - 3) Cuando se tratase de cosas que el deudor ofreciere para su descargo.
- II. El juez, al disponer el secuestro, designará depositario con las responsabilidades que la ley señala.

Palacio, dice: "*en sentido estricto, denominarse a la medida cautelar en cuya virtud se desapodera a una persona de un bien sobre el cual se litiga o se ha litigado o de documento necesario para deducir una pretensión procesal*".

Podetti sostiene que "*hay un secuestro cuando se sustrae al uso y disposición del sujeto aquejado por la medida una cosa generalmente mueble, sobre la cual se litiga o se va a litigar, poniéndola en manos de un custodio judicial mientras se resuelva la controversia*"⁸⁸.

Una vez concedida la medida precautoria del secuestro, ésta se ejecuta mediante el mandamiento de secuestro, la cual debe cumplir con los mismos requisitos que el mandamiento de embargo. El secuestro se lleva adelante mediante el desapoderamiento de modo tal que el poseedor o tenedor queda impedido de usar o disponer de la cosa o bien, motivo por el cual a objeto de que no exista ningún tipo de irregularidad se debe de individualizar el bien que se va a secuestrar, en lo referente a lo previsto en la segunda parte del Art. 162, el mismo se aplica también al secuestro, vale decir que se designa a un depositario.

El secuestro no procederá cuando el demandado tuviere título de propiedad o posesión por más de un año, siendo suficiente cualquiera de éstos requisito, tal cual lo previsto por el Art. 163 del Cód. Pdto. Civ.

LA INTERVENCIÓN JUDICIAL⁸⁹.-

Interventor es la persona que interviene en la administración de los bienes objeto del pleito y que lleva una cuenta de entradas y gastos de los bienes sujetos a su intervención.

Palacio manifiesta: "*denominarse intervención judicial a la medida cautelar en cuya virtud una persona designada por el juez, en calidad de auxiliar externo de éste, interfiere en la actividad económica de una persona física, sea para asegurarla ejecución forzada o para impedir que se produzcan alteraciones en el estado de bienes*."

Nuestra legislación procesal civil, la aplica como medida precautoria a todos los casos en que se litigue sobre bienes que producen rentas o frutos, no obligatoriamente, sino a iniciativa de parte interesada. Esta extensión, parece, sin duda, justificada, habida cuenta que ha de tener cumplida aplicación, particularmente, en los casos de arrendamiento de cosas productivas, regulado por los Arts. 723 y sigtes del CC., así como en los de los comuneros o socios que demandan la cosa común o piden cuenta al comunero o socio que administra.

La finalidad del precepto ha de entenderse dirigida a imponer que se intervenga judicialmente la administración de un bien productor de rentas o frutos, que no puede ser objeto de embargo preventivo o secuestro o depósito, con arreglo a las disposiciones examinadas anteriormente, porque al ser objeto de un litigio y no tener aplicación a él dichas disposiciones, es fundado temer que la mala fe del deudor lo destruya o deteriore.

El interventor tiene las siguientes facultades, 1) Vigilar la conservación del activo y cuidar de que los bienes no sufrieran deterioro. 2) Comprobar los ingresos y egresos de lo que administra, 3) Dar cuenta inmediata al juez de toda la irregularidad que advirtiera en la administración y 4) Informar periódicamente al juez sobre la marcha de su administración.

⁸⁸ CASTELLANOS Gonzales Trigo O. Tomo I.

⁸⁹ Art. 164.- (Intervención judicial). Podrá ordenarse la intervención judicial a la falta de otra medida precautoria eficaz o como complemento de otra ya dispuesta.

-A pedido del acreedor si hubiere de recaer sobre bienes productores de rentas o frutos.

-A pedido de un socio o comunero, si los actos u omisiones de los administradores o poseedores de los bienes de la sociedad o en condominio, le pudieren ocasionar grave perjuicio o pusieren en peligro el normal desarrollo de las actividades de la sociedad.

Conc. Cód. Civ. 781 Cód. Com. 456 – 1571 – Cód. Pdto. Civ. 156 – 165 – 166.

El juez limitará las funciones del interventor a lo indispensable y.*según las circunstancias, podrá ordenar que actúe exclusivamente en la recaudación de la parte embarcada, sin injerencia alguna en la administración.

Asimismo se aclara que la actividad del administrador es remunerada, por lo cual es el juez quien fijará el salario del interventor, quien sólo podrá percibirle con carácter definitivo cuando su gestión hubiere sido judicialmente aprobada.

Si su actuación excediere de seis meses se le podrá autorizar, previo conocimiento de parte, a percibir periódicamente sumas con carácter de anticipo en adecuada proporción con el salario total y los ingresos de la sociedad o comunidad.

PROHIBICIÓN DE INNOVAR⁹⁰.-

Palacio señala *"la medida de no innovar encuentra justificación en las garantías constitucionales, de la defensa en el juicio y de igualdad ante la ley, pero también halla fundamento en el principio de moralidad o de la buena fe con la cual deben proceder los litigantes.*

Sería contrario a un mínimo de buena fe procesal, ya que mientras por un lado se busca que los jueces resuelvan el litigio, reconociendo o declarando las cuestiones controvertidas, por otro se modifique el status jurídico o de hecho de los bienes discutidos, procurando obtener una ventaja de esta actitud"⁹¹.

Esta medida precautoria procede en todo tipo de procesos y cualquiera sea la etapa en que estos se encuentren, teniendo básicamente el objeto de conservar los hechos en un mismo estado.

PROHIBICIÓN DE CONTRATAR⁹².-

La prohibición de contratar, es una derivación de la prohibición de innovar, circunscrita a la facultad contractual de la persona.

Esta medida como bien indica la segunda parte del Art. 168, caduca dentro los cinco días de haber sido dispuesta y no se hubiere formalizado la demanda o en cualquier momento si se demostrare su improcedencia.

FACULTADES DEL JUEZ

Toda medida precautoria, siempre causa un perjuicio a la parte que lo soporta y es en razón de ello que nuestro legislador a través de los Arts. 87 y 170 del adjetivo civil, tiene la potestad de limitar en forma oficiosa una determinada medida precautoria que hubiera sido solicitada y por ende ejecutada, bajo el justificativo de evitar mayores daños o perjuicios a la parte que los soporta.

El juez a objeto de evitar dichos daños, puede ordenar no solo la modificación, sino también el reemplazo de una medida precautoria por otra, conforme lo previsto por los Arts. 171 y 172 del CPC, mismas que podrán ser aplicadas por el juez según las circunstancias particulares de cada caso.

⁹⁰ Art. 167.- (Prohibición de innovar). Podrá decretarse la prohibición de innovar siempre que:

-El derecho fuere verosímil.

-Existiere peligro de que si se alterare la situación de hecho o de derecho, pudiera influir en la sentencia o hiciera ineficaz o imposible su ejecución. Conc. Cód. Civ. 495 – Cód. Pdto. Civ. 156 – 168 – 605.

⁹¹ PALACIO, Lino Enrique Ob. Cit. Tomo II

⁹² Art. 168.- (Prohibición de contratar). I. Cuando por ley o contrato o para asegurar la ejecución forzada, o de los bienes objeto del litigio, procediere la prohibición de contratar sobre determinados bienes, el juez ordenará la prohibición individualizando lo que sea objeto de ella y disponiendo su inscripción en el registro correspondiente, y se notifique a los interesados y terceros que señale el solicitante. La medida quedará sin efecto si quien la obtuvo no dedujere la demanda dentro de los cinco días de haber sido dispuesta y en cualquier momento en que se demostrare su improcedencia.

Por ejemplo si se llegó a embargar un comercio de expendio de carnes, ello implicaría que dichos bienes no pueden disponerse lo cual causaría grandes perdidas a la parte afectada en razón de ello podría disponerse se deje sin efecto el embargo y en su lugar se intervenga el referido comercio, intervención que también es una medida precautoria.

PELIGRO DE PÉRDIDA O DESVALORIZACIÓN.-

Si hubiere peligro de pérdida o desvalorización de los bienes muebles afectados o si su conservación fuere gravosa o difícil, el juez, a pedido de parte y previo traslado a la otra con un plazo que fijará según la urgencia del caso, podrá ordenar la venta en la forma más conveniente, abreviando los trámites y habilitando días y horas.

CAPÍTULO 7

DE LA DEMANDA

*HACER UNA CORONA ES MUCHO MÁS FÁCIL
QUE HALLAR UNA CABEZA DIGNA DE
LLEVARLA.*

Johann Wolfgang Von Goethe

GENERALIDADES.-

La demanda, dice Reus, " es el primer paso del pleito, De tal modo que éste sólo por su virtud comienza y no puede comenzar de otra manera ".

"Demandar, es la forma característica de la actividad de la parte, así como el proveer es la actividad característica del juez, y considerada desde este punto de vista funcional, la demanda es la incitación que la parte hace al juez a fin que provea" (Carnelutti).

Chiovenda, da esta noción general: "acto con que el actor, afirmando la existencia de una norma concreta de la ley, que le garantiza un derecho, invoca la autoridad del órgano jurisdiccional, a fin de que la ley sea actuada frente al demandado".

“ El lenguaje práctico, se entiende por demanda toda petición hecha al juez, para obtener la satisfacción de un interés (Alcina), noción que no distingue en absoluto la petición del actor que ejercita una acción o la del demandado que opone una defensa, porque ambos casos se reclama la protección jurisdiccional, fundada en una disposición de la ley”⁷⁷ (art.1449, cód. Civil.).

El derecho a demandar tiene su antecedente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 24 de la CPE que establece: “toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva , sea oral o escrita, y a la obtención de respuesta formal y pronta. Para el ejercicio de este derecho no se exigirá más requisito que la identificación del peticionario”.

EFECTOS E IMPORTANCIA DE LA DEMANDA .-

La importancia de la demanda radica en lo siguiente:

-La demanda constituye un acto introductorio de la instancia, es decir abre la instancia, inicia el proceso y por principio jurídico procesal a nadie se le puede obligar a iniciar una demanda, con excepción de la prevista en el art. 177, norma que se aplica para quién ha obtenido alguna medida precautoria.

-La demanda fija el contenido y la extensión de la pretensión del actor y por ende limita el poder del órgano jurisdiccional bajo el principio de congruencia, previsto en el Art. 190 y asimismo el demandado esta limitado en cuanto a su defensa tal cual se indica en los Arts. 346 y 370 y solo podrá pronunciarse respecto al contenido de la demanda.

-La importancia en cuanto al derecho pretendido por las partes es que interrumpe la prescripción (Art. 1503 C.C. el planteamiento de la demanda y la citación.

REQUISITOS DE LA DEMANDA.-

La doctrina tiene la virtud de ordenar y sistematizar los requisitos que no están en la ley en lo referente a la demanda y es en tal sentido que se ha llegado a establecer que toda demanda debe contener dos requisitos:

DE FORMA O INTRINSECOS.-

En virtud al Art. 99 del CPC, los secretarios o actuarios están facultados para observar y por ende rechazar determinados escritos que no cumplieran con los requisitos de forma, siendo estos los siguientes:

REDACCIÓN.-

El idioma oficial es el Español, conforme lo indica el Art. 92 del adjetivo civil⁹³ y el memorial de demanda se lo debe hacer en dicho idioma, pudiendo ser a máquina de escribir o a computadora, en caso extremo puede ser manuscrita, debiendo hacerlo en papel bond tamaño oficio, cuyos márgenes son en la parte superior 5.5 cm., interno 4cm., y externo 2cm. Con un interlineado de espacio y medio, tal cuál se llego a reglamentar a través de una circular, emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al haber sido eliminado el papel sellado, mediante D.S. No 27002 del 17 de abril de 2003 años.

FIRMA DE LAS PARTES Y EL ABOGADO.-

Al pie del memorial de demanda y en suma de cualquier otro memorial, imperativamente debe de consignarse la firma de la parte interesada y en caso de que el interesado no sepa o no pueda firmar, pondrá su impresión digital y comparecerá personalmente indicando que su abogado u otra persona firmo a ruego, por ella, lo cual se hará constar en el cargo (aclaramos que en lo referente

⁹³ En relación a este punto, cabe realizar el siguiente comentario: “En la NCPE, se reconoce la pluriculturalidad y asimismo se reconoce las 36 nacionalidades , de igual forma se ha llegado a constituir como requisito habilitante para ocupar un cargo público, el dominio de un idioma originario de la zona, finalmente el Art. 120.II, exige que toda persona sometida a proceso debe ser juzgada en su idioma ...”, bajo estos argumentos, considero que ahora si se puede presentar un escrito no solo en idioma español, sino también en uno de los idiomas constitucionalmente reconocidos y del lugar.”.

a la comparecencia personal, la misma no ocurre en la práctica, entendemos por una razón fundamental y esta es la de no burocratizar la administración de justicia).

En lo referente a la firma del abogado, esta deberá de estar acompañada de su sello o datos de identificación, como ser número de matrícula, número de NIT, etc. Etc. Y si un profesional abogado inicio el proceso no podrá en el transcurso del proceso ser reemplazado por otro profesional abogado, salvo que se presente la respectiva autorización profesional, prevista por el Art. 2.III del D.S. 100/2009 que establece: "*Esta prohibido patrocinar una causa que previamente fue encargada a otro abogado sin que exista renuncia o autorización para la contratación de un nuevo abogado. Si el abogado encargado de la causa no diere la autorización, con la debida justificación se solicitará al Ministerio de Justicia autorización por escrito para la contratación de nuevo abogado*".⁹⁴

Por otro lado corresponde manifestar, que en transcurso del proceso, el abogado puede prescindir de la firma de su cliente, si se trata de presentar memoriales que tengan por objeto situaciones de mero trámite, como por ejemplo presentar el interrogatorio para los testigos (Art. 380.3) o pedir una fotocopias legalizadas o simples de alguna pieza del expediente para lo cual necesariamente deberá de invocar el Art.93 del CPC⁹⁵

INDICACIÓN DEL JUEZ.-

En todo memorial es elemental la indicación del órgano jurisdiccional (Art. 92 P.C.), de no cumplirse este requisito conforme al Art. 99 del adjetivo civil no se debiera de recibir dichos escritos.

SUMA.-

Constituye la síntesis de la preparación jurídica formulada en la demanda y juntamente a ese resumen se anuncia la presencia de otrosíes.

INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS SUJETOS.-

Primero el sujeto activo, con todos sus nombres y apellidos, datos inherentes a su personalidad, así mismo del sujeto pasivo del proceso además del domicilio que tenga.

En caso de personas jurídicas al representante o personero legal también individualizado.

Cuando hay necesidad de plantear demanda contra personas desconocidas, la ley no dice nada explícitamente pero si de modo implícito Art. 124 C.P.C. (citación por cédula)... "bajo apercibimiento de nombrársele defensor de oficio con quién se seguirá el proceso. Ll.- de igual modo se procederá si la demanda estuviera dirigida contra personas desconocidas".

DOMICILIO AD-LITEM.-

El demandado y los demás que comparecieren en el proceso estarán obligados para los efectos de juicio, a constituir en su primer escrito, domicilio procesal o para la litis, dentro del radio de 10 cuadras con respecto local del juzgado en las capitales de departamento y de 3 en las provincias, en estricto cumplimiento del Art. 101 del CPC. Este domicilio reputará subsistente para todos los efectos legales mientras no se haya designado otro, pues no otra cosa significa lo señalado en la última parte del referido artículo.

En todo planteamiento de demanda existe la obligación de señalar domicilio especial que suele ser el estudio jurídico del abogado patrocinante. El acompañamiento de copias necesarias de la demanda deberá de ser legible.

⁹⁴ En este punto corresponde indicar que en ninguna parte de dicha norma se menciona el termino PASE PROFESIONAL, denominación que es mas acorde a la disciplina de fútbol, por cuanto nuestra norma legal (L.A.). HABLA DE AUTORIZACIÓN LEGAL O RENUNCIA, términos que deben ser utilizados de forma y no como pase.(Nota, el referido D.S. deroga al D.L. 16793 del 19 de julio de 1979, conocida también como L.A.)

⁹⁵ En relación a la solicitud de fotocopias simples o legalizadas, estas se podrán pedir incluso en forma verbal, conforme lo indicado en el Art. 129 de la LOJ.

HONORARIOS DEL ABOGADO.- En el primer escrito que presentase el abogado patrocinante, juntamente con su cliente, deberá de establecer con total precisión cual es la forma a través de la cual se estaría regulando sus honorarios, pudiendo ser a través del arancel mínimo del Ilustre Colegio de Abogados de dicho lugar , debidamente aprobado o a través de una iguala profesional que no es sino un contrato de prestación de servicios , el cual puede adjuntar en ese momento a su escrito o presentarlo posteriormente, Este aspecto es fundamental a objeto de que a futuro se sepa con total precisión en virtud a que se regulara dichos aspectos y ante la eventualidad de que se pretenda la aplicación de la S.C. 1846/2004.

REQUISITOS DE FONDO O INTRÍNSECOS.-

La inobservancia de los requisitos de fondo, podrá ser causa de observación por parte del juez en virtud al Art. 333 del CPC o incluso la parte contraria podrá interponer excepciones previas, tales como la de obscuridad, contradicción o imprecisión en la demanda. Dichos requisitos son los siguientes:

LA COSA DEMANDADA.-

Es el objeto, bien o inmueble sobre la cual versa el litigio, debe ser debidamente precisada, individualizada y no quepa duda de que se trata de la cosa demanda pues de lo contrario se rechaza la demanda.

LOS HECHOS.-

Exposición sucinta, precisa de los hechos que fundan la demanda, pretensión jurídica del actor como base de sustentación de l demanda. En roma decían que había de darle a conocer los hechos al juez, exponerlos. Para esto existían dos teorías: la teoría de la sustentación de los hechos, que dice que deben exponerse los hechos de la demanda, en cuanto a la individualización de los hechos; y la otra sostenida por los alemanes es la teoría de la individualización de los hechos, que dice que no es necesario sustanciar los hechos ante el juez sino individualizar la relación jurídica de los demás que ha motivado la demanda. Aclarando que no solamente se debe relatar los hechos, sino ante todo estar conscientes de que de ser preciso se debe probar los mismos, bajo el aforismo español que dice: “demostrar los hechos y el juez os dará el derecho”.

EL DERECHO.-

Toda demanda tiene su fundamentación jurídica, es necesario utilizar la ley, la doctrina, el derecho comparado para dar luces, referencias de justicia. “lura nevit Curia”. El juez puede subsanar los errores de derecho no los de hecho, el derecho lo conoce el juez.

CUANTÍA.-

En relación a este aspecto, debemos aclarar que según el tipo de organización institucional previsto para el Poder Judicial en la ley 1455, todavía existen en materia civil los juzgados de instrucción y los juzgados de partido, asimismo cabe puntualizar que esta norma sigue vigente según entendemos por las disposiciones transitorias de la ley 025/2010 dos años más , a partir del 24 de junio de la presente gestión que es fecha de la promulgación de la nueva LOJ.

Con estos antecedentes debemos indicar que la cuantía en materia civil es una forma más de determinar la competencia de los jueces, de ahí que debemos especificar este aspecto al iniciar una acción y conforme lo previsto por la circular de 2004 años, emitido por la Corte Suprema de Justicia, en estricto cumplimiento del num. 33 del Art. 55 de la ley 1455, las demandas cuya cuantía sea de 1 a 80.000 Bs., deberán de ser presentadas ante los juzgados de instrucción y las de 80.001 hasta el infinito ante los juzgados de partido y aquellas demandas que tengan una cuantía indeterminada en aplicación del Art. 134 num. 2) de la ley 1455 serán presentadas ante los juzgados de partido.

Aplicando la ley 025/2010, la cuantía prácticamente ya no es asumida como un elemento que determina la competencia de los jueces, por cuanto desaparecen los juzgados de instrucción y de partido y simplemente existiría los juzgados públicos por materia en capitales de departamento y los juzgados públicos mixtos en provincias, así como los juzgados de contravenciones, pero reiteramos que ello deberá de ocurrir recién en 24 meses, en estricto cumplimiento de las disposiciones transitorias de la ley 025/2010

LA PETICIÓN.-

Es la parte central de la demanda , es la pretensión jurídica deducida ante el juez, que si bien es corta en su extensión , es fundamental así por ejemplo, "merced a todos estos antecedentes, demando la resolución del contrato..." o "interpongo en la vía sumaria demanda de nulidad del título de propiedad antes indicado".

Se puede identificar dos clases de peticiones: a) **Principal**, es la pretensión principal y la segunda es la situación emergente de la petición principal; b) **Accesoria** que surge como consecuencia de la misma. Por ejemplo, "Demando reivindicación, más entrega de inmueble y el pago de daños y perjuicios."

En relación con lo indicado es coherente señalar que la **Plus petitio**, surge cuando se da a entender que el actor ha demandado por mas de lo que se debe, motivo por el cual puede rechazarse o moderarse la demanda, así como también, en determinadas circunstancias, eximirse de las costas al vencido o imponerlas al vencedor. Nuestra legislación aclara que en caso de acreditarse la plus petitio, vale decir demandar sin tener razón o derecho, incurrir en temeridad (Art. 192-6) debiéndosele imponer en sentencia una multa en el caso de declararse temeridad o malicia por parte de los litigantes o profesionales intervinientes.

La **Pluralidad de Peticiones**, es procedente en materia civil y su fundamento radica en el principio de economía, para lo cual deberá de cumplirse a cabalidad con los requisitos previstos en el Art. 328 del CPC que precisa: "En una demanda podrán plantearse todas las acciones que no fueren contrarias entre si y pertenecieren a la competencia del mismo".

DOCUMENTACIÓN DE LA DEMANDA.-

En lo referente a una demanda realizada por una persona jurídica, esta tiene la obligación de acompañar a su memorial de demanda toda la documentación que acredite la personería de su representante, tal cual lo establece el Art. 329 , concordado con los Arts. 52, 56 y 58 todos del adjetivo civil.

Independientemente de los documentos que acrediten su capacidad procesal, aclaramos que la prueba documental preconstituida, también deberá de acompañarse al primer escrito, sea esta de demanda o de contestación.

Si al momento de presentar el referido escrito , no pudiera contar físicamente con dicha prueba documental, la deberá de individualizar indicando su contenido, lugar, archivo y oficina o persona en poder de quién se encontrare, conforme lo previsto por el Art. 330, concordado con los Arts. 331, 390 y 479 todos del P.C.

Esto es muy importante, por cuanto luego de iniciado el proceso, no se podrá presentar mayor prueba documental, salvo las excepciones precisas señaladas por nuestro legislador.

DEMANDA DEFECTUOSA.-

La omisión de los requisitos de fondo o de forma en el planteamiento de la demanda, la hace defectuosa, debiendo de subsanarse la misma, tal cual lo indicado en el art. 333 del Cod.Pdto.Civ. que dice: "Cuando la demanda no se ajuste a las reglas establecidas podrá el juez ordenar de oficio, se subsanen los defectos dentro del plazo prudencial que fije y bajo apercibimiento de que si

no se subsanaron se la tendrán por no presentada”, concordado con el Art. 139 parágrafo II del mismo cuerpo legal.

De igual forma podrá ser rechazada por un funcionario de apoyo, conforme lo explicado en el Art.99 del PC.

AMPLIACIÓN Y COMPLEMENTACIÓN DE LA DEMANDA.-

Toda demanda puede ampliarse, modificarse hasta antes de la contestación por parte del demandado. No se puede cambiar la demanda a título de modificación.⁹⁶

CAPITULO 8

FORMAS DE COMUNICACIÓN PROCESAL

*Nadie es lo suficientemente
pequeño o pobre como para ser
ignorado.*

Henry Valentine Miller

GENERALIDADES.-

Las actuaciones procesales se deben hacer conocer a las partes y a terceros (depositario, perito, testigos, etc.) que tienen necesidad de conocer estas tramitaciones del proceso y a estas maneras

⁹⁶ Art.332.- (Modificación y ampliación de la demanda). El demandante podrá modificar o ampliar la demanda únicamente hasta antes de la contestación, caso en el cual el plazo para éste se computara desde que se notificare la modificación o ampliación Conc: Cód.Pto. Civ. 303 – 345 -350.

de hacer conocer dichas actuaciones procesales, se las ha venido a denominar "*Formas de comunicación procesal*", por cuanto de no existir esta forma sería prácticamente imposible que el proceso avance por cuanto no existiría comunicación entre las partes y el Juez.

Asimismo, es importante conocer estas formas de comunicación procesal, por cuanto una vez que las mismas se llegan a efectivizar comienzan a correr los plazos para ejercer cualquier derecho que pretenda la parte que fue debidamente comunicada. Por otro lado, es menester aclarar que, en esta parte, nuestro ordenamiento procesal civil ha dispuesto un sinnúmero de formalidades en cada una de las formas de comunicación procesal a tal punto que de no ejercer dichas formalidades, implicaría que dicha comunicación puede ser sancionada con nulidad, tal cual lo indica el Art. 128 del adjetivo civil, es por ello que se debe en lo posible conocer al detalle cada una de las formalidades y procedimientos de las distintas formas de comunicación procesal y de esta forma no ser sorprendidos por dilaciones dolosas.

DISTINGO ENTRE CITACIÓN, NOTIFICACION Y EMPLAZAMIENTO⁹⁷

Para algunos no hay deferencias pero cada uno tiene su propio alcance y características la doctrina también establece estas diferencias, es en tal sentido que manifestaremos.

LA CITACION

Proviene del latín CION que significa, convocar, llamar. Es aquel llamado o convocatoria del Órgano Jurisdiccional que se hace a las partes para que se presente, apersonen o cumplan determinada diligencia social o en caso asumir defensa al contenido de la demanda. (Se cita a las partes con la demanda)

Cabanellas indica. "*citación es la diligencia por la cual se hace saber a una persona el llamamiento hecho de orden del juez para que comparezca en juicio a estar a derecho*".⁹⁸

LA NOTIFICACION

Es el acto procesal por el cual se hace saber a las partes y a terceros sobre proveídos y actuaciones procesales realizadas en el proceso. Por ejemplo en la dictación de sentencia.

El mismo Cabanellas indica que "*La notificación es la diligencia por la que se hace saber una resolución judicial no comprendida en los otros casos*" es decir que será notificada una de las partes con toda comunicación judicial que no sea con la demanda. Es por ello que algunas legislaciones a la citación la mana primera notificación y a las demás simplemente notificaciones.

Jesús Cuadrao, expresa que "La Notificación es el acto mediante el cual se pone en conocimiento de las partes o de tercero una resolución judicial. Tiene una importancia extraordinaria dentro del proceso señaladamente cuando este es escrito".

EMPLAZAMIENTO.-

Continuando con Cabanellas, "*el emplazamiento es el requerimiento o convocatoria que se hace a una persona por orden de un juez, para que comparezca en el tribunal dentro del término que se le designa, con el objeto de poder defenderse de los cargos que se le hacen, oponerse a la demanda, usar de su derecho o cumplir lo que se le ordene*"

⁹⁷ El Código Pdto.Pen. Abrogado, en su redacción llego a identificar jurídicamente estas tres instituciones indicado Art. 95.- CITACION La citación tiene por objeto poner en conocimiento de las Partes o de terceros en su caso, una orden del Juez o Tribunal, para que en un tiempo determinado estén a derecho o realicen una actuación procesal, bajo apercibimiento de ley. Art. 96.- NOTIFICACIÓN.- La notificación tiene por objeto hacer saber a las partes que intervienen en el proceso o a terceros las providencias o resoluciones judiciales, a fin de que surtan efecto con relación a las personas a quienes se comunican. Art. 97.- EMPLAZAMIENTO.- El emplazamiento tiene por objeto llamar a las partes y aún a extraños con señalamiento de día y hora determinados, para practicar una diligencia o acto procesal, con la conminatoria legal del caso (es solo el primer párrafo)

⁹⁸ CABANELLAS, Guillermo. Ob citada. Tomo II

Cabanelas establece que la diferencia principal entre emplazamiento y citación reside en que la citación señala día y hora para presentarse ante la autoridad judicial, mientras que el emplazamiento no fija sino el plazo dentro el cual es lícito acudir al llamamiento del tribunal. De acuerdo a esto la citación con la demanda no debería de llamarse citación, sino emplazamiento.

CLASES DE CITACION.-

CITACION PERSONAL.-

El funcionario idóneo para poder citar a una de las partes es el oficial de diligencias⁹⁹ sin perjuicio de que los secretarios o actuarios lo hagan.

En este entendido debemos manifestar que la citación personal, es aquella que se realiza en forma legal, directa a la persona citada, por parte del oficial de diligencias y la entrega de la copia de la demanda y el auto de admisión, sellada y firmada por el secretario o actuario del Juzgado, en su domicilio.

Con el objeto de acreditar esta diligencia, la parte citada, firma el formulario de citaciones, poniendo la fecha y hora de su citación, a efectos de poder determinar lo previsto por el Art. 143 del adjetivo civil, asimismo firma el señor oficial de diligencias.

En caso de que se niegue a firmar el citado se hace constar estas circunstancias y asimismo firma un testigo instrumental para acreditar este extremo, tal lo indicado en la segunda parte del Art. 120 del CPC. Si el citado no sabe firmar, se colocará en el formulario de citaciones su impresión digital y firmará un testigo de actuación.

CITACION CEDULARIA¹⁰⁰.-

La citación por cédula se la aplica cuando, no habiendo sido encontrado el demandado en su domicilio real, no obstante de que sí vive allí, el oficial de diligencias debe ante esta situación, dejar un pre aviso en el cual indique el juzgado, el proceso por el cual se le esta pretendiendo citar y asimismo cuándo retornará el oficial para citarlo.

Este documento se deberá de dejar a una persona mayor de catorce años, quien deberá de ser vecino de la persona a quien se desea citar.

Posteriormente, el señor oficial de diligencias, deberá devolver el día indicado al domicilio de demanda y así en esta segunda vez, tampoco le llega a ubicar, el oficial deberá de realizar un informe o representación al señor de la causa y si no existe observación alguna, el señor juez ordenará se lo cite mediante cédula judicial, la cual deberá de dejarse en el domicilio real del que no pudo ser encontrado.

⁹⁹ Leer el Art. 213 num 1) de la L.O.J.

¹⁰⁰ Art. 121.- (Citación por cédula). I. Si el que debe ser citado no fuere encontrado en su domicilio o en el que para tal efecto hubiere indicado el demandante, el oficial de diligencias o el funcionario comisionado para practicar la citación dejará aviso escrito a cualquiera de los familiares o dependientes mayores de catorce años, y en su defecto a un vecino del que debe ser citado, con la advertencia de que éste será buscado nuevamente el día siguiente a hora determinada.

II. Si no pudiere ser hallado esta segunda vez, el funcionario formulará representación escrita haciendo constar las circunstancias anotadas, en vista de las cuales el juez ordenará que la citación se practique por cédula, con intervención de la policía judicial o en su caso de un testigo que será debidamente identificado y firmará también en la diligencia. La cédula será entregada a cualquiera de las personas mencionadas en el parágrafo I o fijada en la puerta del domicilio.

III. Si la citación por cédula se hubiere hecho en el domicilio indicado por el demandante y tal domicilio resultare ser falso, la diligencia será nula.

Art. 122.- (Contenido de la cédula). I. La cédula de notificación contendrá los datos siguientes inequívocamente expresados.

- 1) El nombre y domicilio de la persona a quien se va a notificar
- 2) Juzgado que tramita el proceso
- 3) Naturaleza del Proceso
- 4) Objeto de la notificación
- 5) Transcripción de la parte pertinente de la resolución
- 6) Firma y sello del secretario o actuario que le expide

II. Pueden constituir cédula, las copias de escritos, informes de peritos y liquidaciones que contuvieren la transcripción de la respectiva providencia o resolución del Juez, autenticadas con la firma y sello del secretario o actuario

Como se entenderá, esta forma de comunicación procesal, cuenta con tres pasos y el que ordena la cédula no es el oficial de diligencias, sino el juez de la causa.

En lo referente al contenido de una cédula, dicha situación está perfectamente explicada en el Art. 122 del P.C.

CITACION POR COMISIÓN¹⁰¹.-

Si el actor conoce la dirección del domicilio real de demandado, pero di el mismo esta fuera del distrito judicial o jurisdicción territorial del juez, a quien se presento la causa en el primer escrito de demanda, por el mismo hecho de que la competencia territorial del juez esta plenamente delimitada, es que no se puede proceder a citar a los demandados o demandado, razón por lo cual se activa el Art. 113 y 114 del PC., vale decir que se comisiona a una autoridad jurisdiccional de igual, mayor o menor jerarquía o autoridad administrativa que se encuentre en el lugar del domicilio del demandado para que de esa forma pueda diligenciar la citación al demandado.

Si bien el Art. 114 del adjetivo civil indica la forma en la cual de realizarse dicha comisión, en la práctica se ha establecido que si la comisión es a una autoridad administrativa, o de menor jerarquía, se la hace mediante una orden instruida, si es de igual jerarquía, exhorto y si la autoridad comisionada es de mayor jerarquía debe ser exhorto suplicado.

CITACION POR EDICTOS¹⁰².-

La citación mediante la publicación de Edictos, procede básicamente en dos casos 1) cuando se ignora el paradero o domicilio del demandado o persona citada 2) cuando se desconoce la identidad de la persona contra quien se ha planteado la demanda.

Una vez solicitada la citación mediante edictos al juez o tribunal, este mediante resolución judicial ordenará que se facciones dicho efecto, previo juramento de desconocimiento de domicilio que realice la parte solicitante¹⁰³. Este edicto debe publicarse por el término de treinta días en el tablero

¹⁰¹ Art. 123.- (Citación por comisión). I. cuando el que deba ser notificado no tuviere su domicilio o no se encontrare en el lugar donde se le demanda, será citado por comisión.

II. Si el demandado residiere fuera de la República, la citación se hará por comisión mediante exhorto o conforme a los acuerdos internacionales y reglamentaciones correspondientes.

¹⁰² Art. 124.- (Citación por edicto). I. La citación a persona cuyo domicilio se ignore se hará mediante edicto, bajo apercibimiento de nombrársele defensor de oficio con quien se seguirá el proceso.

II. De igual modo se procederá cuanto la demanda estuviese dirigida contra personas desconocidas.

III. en cualquier de los caso antes señalados el juez dispondrá la citación por edicto sólo después de que el demandante hubiere prestado juramento de ser ciertas las circunstancias anotadas.

IV. Si transcurridos treinta desde la primera publicación del edicto, el citado no compareciere, se le nombrará defensor que lo represente en el proceso. El defensor deberá tratar de hacer llegar a conocimiento del interesado la existencia de la demanda.

Conc. 241 Cód.Pdto.Civ.

Art. 125.- (Publicación del edicto). I. el edicto se fijará por el término de treinta días en el tablero especial de la casa de justicia y se publicará durante el mismo término en el diario autorizado por la Corte Superior del Distrito, por tres veces, con intervalos no menores de cinco días. Cuando en la localidad no existieren publicaciones diarias, el edicto se publicará en la radiodifusora autorizada por loa Corte Superior del Distrito con el término e intervalos antes indicados. A falta de diarios y radiodifusoras el juez podrá disponer la publicación del edicto en la forma que asegure su mayor difusión.

II. La publicación y la radiodifusión de los edictos se acreditarán agregando al proceso los números del diario correspondientes a la primera y tercera vez, o el certificado de la emisora con el texto del edicto.

Art. 126.- (Contenido del edicto). El edicto contendrá los datos siguientes:

- 1) Nombre de la persona a quien se va citar
- 2) Juzgado que tramita el proceso
- 3) Naturaleza del proceso
- 4) Síntesis de los puntos esenciales de la demanda
- 5) Transcripción de la resolución del juez

¹⁰³ Los tres artículos citados no señalan las consecuencias que derivan de una falsa afirmación del demandante - en su demanda y en su juramento - respecto del desconocimiento del domicilio de su demandado, pero se entiende que si resulta falsa la afirmación sobre la ignorancia del domicilio del demandando, se sanciona el hecho con la anulación de todo lo actuado a costa del demandante, en aplicación de los previsto por el Art. 121 parágrafo III del cuerdo legal. Pero asimismo a nuestro criterio entendemos que dicha norma legal debía de prever la mala fe del actor y por ende sancionarlo. El incidente de nulidad puede ser promovido por el demandado, si se presenta, o por el

del juzgado y simultáneamente debe de publicarse en un órgano de prensa autorizado por la Corte Superior con intervalos no menores de cinco días de publicación a publicación de los treinta días se computa desde la primera publicación y luego de los treinta días si no se apersona el citado o una persona con interés legítimo, el juez de la causa designará a un defensor de oficio.

La publicación de los edictos no solamente se hace mediante un medio escrito, sino se lo puede hacer, mediante la televisión, revistas, Internet, etc., siguiendo el criterio previsto por el Art. 125 última parte del PC., por cuanto en este aspecto el legislador fue amplio y no restrictivo.

NULIDAD DE CITACIÓN.-

El presente subtítulo corresponde al nomen juris del Art. 128 del Adjetivo Civil, el cual dice: “*Sera nula toda renuncia a la citación, con la demanda o la reconvencción. Asimismo será nula toda citación que no se ajuste a los preceptos establecidos en el capítulo presente*”, al respecto corresponde manifestar que dicho artículo supone dos situaciones definidas y diversas. La primera importa la declaración de nulidad de toda renuncia a la citación, esto es, con la demanda o reconvencción. Esta es una aplicación de la regla general sustantiva que subordina la libertad contractual a los límites impuestos por la ley y a la realización de intereses dignos de protección jurídica (Art.454, II y 519 del C.C.).

La segunda parte del Art. 128 del PC, esta referida al principio de legalidad prevista por el Art 251, de las citaciones (noción comprensiva, para el caso, de las notificaciones y emplazamientos) que no se practiquen con el arreglo a lo dispuesto en esta sección. Basta que falte un requisito, tan solo uno, de los preceptuados, para que invalide la actuación. Para que comprenda la nulidad por falta de forma en la citación, ella debe ser reclamada oportunamente (Art. 129, I). Esta nulidad, no puede declararla de oficio el juez.

La parte que se crea perjudicada es quien ha de pedir la nulidad y demostrada que sea, el juez la decretara. La interpretación dada aquí, además de lo dispuesto en el Art. 129, I, (infra), deriva de los principios que informan el recurso de casación que, para ser admitido por quebrantamiento de forma – como en las faltas relativas a la citación o emplazamiento- es indispensable que se haya pedido la subsanación de la falta en la misma instancia en que cometió ella (Art,254, casos 4 y 7).

EFFECTOS DE LA CITACION.-

La citación con la demanda o reconvencción producirá los efectos siguientes:

-Una vez que demandado es citado el juez adquirirá prevención en el conocimiento de la causa (Arts. 7 y 10 del C.P.C.) El citado por el juez no podrá ser citado luego por otro juez, “*que no sea superior, agrega Escriche Y con razón, habida cuenta el principio de que la jurisdicción mayor absorbe a la menor, establecido ahora expresamente en el nuevo régimen procesal*” (Art. 336 num. 3) CPC)

-La citación interrumpirá la prescripción y causara los efectos previstos por el C. C. Situación que está en total concordancia con lo previsto en el Art. 1503

-Hará correr los intereses legales (Art. 414 C.C.) a falta de los convencionales, desde el día de la citación, salvo disposición contraria de la ley.

-Hará moroso al deudor en las obligaciones sin termino ni condición dando lugar a los daños, perjuicios y costas (Art. 311 y 340 del C. C.)

-Obligará al poseedor a restituir los frutos percibidos después de la citación (Art. 94 del Cod. Civ)

mismo defensor (aplicación del inc. IV in fine, del Art. 124), correspondiendo a éstos, en su caso, la carga de la prueba de la felicidad impugnada.

CLASES DE NOTIFICACIONES.- NOTIFICACIÓN PERSONAL.-

Si bien no está expresamente previsto en nuestro ordenamiento procesal civil, por analogía con la citación se podría indicar que la notificación personal es aquella en la cual el que está siendo notificación con alguna resolución judicial en el transcurso del proceso, debe estampar su firma o huella digital o en un caso extremo se le deja las copias y al negarse a firmar el oficial de diligencias representa esta situación al juez, con la presencia de un testigo mayor de catorce años.

NOTIFICACIÓN CEDULARIA.-

Es menester aclarar que en este caso en específico, a diferencia de la citación cedularía en la cual debía de cumplirse tres pasos formales, en la notificación cedularía, se deja directamente la cedula judicial en el domicilio procesal señalado en obrados¹⁰⁴. El Art.137 del C.P.C.¹⁰⁵, claramente indica en que casos debe ocurrir esta situación.

NOTIFICACIÓN AUTOMÁTICA.-

Los Arts. 14 y15 de la ley 1760 establecen que las partes en un proceso tienen la obligación de apersonarse todos los martes y viernes al juzgado en donde se tramita su proceso a objeto de poder notificarse con las resoluciones que pudieren haber sido tramitarse mucho más rápido.

De ahí la explicación procesal por la cual los señores de diligencias de los juzgados no pueden salir estos días de la semana. Vale decir que si por ejemplo el juez emite una resolución el día lunes y una de las partes o las dos partes no acuden a estrados judiciales el día martes, al día siguiente hábil, o sea el día miércoles el oficial de diligencias puede darles por legalmente notificados al amparo del Art. 14 de la ley 1760 y de esta forma el expediente se pondría al corriente y no se llegaría por la negligencia o pasividad de las partes.

Se aclara que este tipo de notificación solamente se aplica para providencias de mero trámite, por cuanto el límite a lo dispuesto en el art. Antes citado es precisamente lo dispuesto en el137 del adjetivo civil.

NOTIFICACIÓN TACITA.-

Cuando una de las partes o los abogados sacan el expediente (Art. 107 C.P.C.) ya sea para realizar sus conclusiones (Art. 394) o preparar la respuesta a un recurso, etc., el legislador presume (jure et de jure) que están notificados con todos los actuados del proceso, tal cual lo indicado en el Art. 136 del mismo cuerpo legal.

NOTIFICACIÓN POR EDICTOS.-

Tomando en cuenta que el art. 124 y los siguientes del adjetivo civil permite poder citar a aquella persona de la cual se desconoce su domicilio real o a personas desconocidas mediante edictos y en virtud a lo previsto por el Art. 70 del CPC. y sabiendo que con la demanda y la reconvenición se

¹⁰⁴ Se recomienda leer el art. 30 de la ley 1760 como un ejemplo de que no siempre las cédulas o diligencias citatorias se las debe de hacer en la oficina de su abogado o el domicilio real, sino también en estrados judiciales

¹⁰⁵Art. 37.- (Excepción). I. La notificación en la forma dispuesta por el artículo 135 no podrá practicarse cuando se trate de las resoluciones siguientes:

- 1) La que ordenare absolución de posiciones o confesión provocada.
- 2) La que ordenare asistencia personal de las partes o de una de ellas.
- 3) La que declare la cuestión de puro derecho y la que ordenare la apertura de prueba
- 4) Las sentencias y autos interlocutorios definitivos.
- 5) Las que contuvieren conminatorias u ordenaren reanudación de términos, aplicaren correcciones disciplinarias hicieren saber medidas precautorias o su modificación o levantamiento.
- 6) La primera providencia que recayere en el pedido inicial de ejecución de sentencia.
- 7) La que dispusiere citación a personas extrañas al proceso.
- 8) La que concurriere en traslado excepciones tendientes a destruir la acción
- 9) La que corriere en traslado la presentación de documentos hecha en el caso del artículo 331.
- 10) Las providencias expresamente dispuestas por juez.

II. Las notificaciones en todos estos casos se harán por cedula en los domicilios señalados por las partes para los efectos del proceso, a menos que ellas hubieren sido notificadas personalmente.

cita y con los demás actuados se notifica, entiendo que una de las formas de notificación por edictos es precisamente aquella la cual se logra citar con la sentencia a una persona desconocida o a aquella de la cual se desconoce su domicilio real y otro ejemplo sería el previsto en el art. 55 del tantas veces mencionado C.P.C.

CAPITULO No 9 DE LAS EXCEPCIONES

El sentido común es la capacidad de ponerse en el lugar del otro, lamentablemente es el menos común de los sentidos.

Francisco Bedregal

GENERALIDADES.-

Si bien el instituto de las excepciones tiene su origen histórico en tiempos de la antigüedad, académicamente su discusión y por ende estudio, sufrió un relanzamiento con la obra "La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales", publicada en 1868, por el jurista alemán Oscar Von Bulow, entendiéndose como tales a los supuestos de hecho o derecho sin los cuales el proceso no tiene existencia jurídica ni validez formal y por tanto, sin su presencia no podría constituirse una relación jurídica y tampoco podría obtenerse un pronunciamiento de fondo sobre el asunto en cuestión.

En base a esta tesis, surge un debate entre los estudiosos del derecho por pretender interpretar y desentrañar el real alcance de lo que se llegó a denominar por presupuestos procesales. Por ejemplo algunos autores entienden que el alemán Von Bulow, formuló una distinción entre las excepciones y los presupuestos procesales. En concreto distingue que los impedimentos procesales serían aquellas circunstancias que impiden la marcha del proceso diferenciándolos de los presupuestos procesales en cuanto a la forma de su declaración; si es de oficio son los presupuestos procesales y si es a petición de parte se trataría de excepciones.

Von Bulow, insistió en que al constituirse una relación jurídica, es determinante analizar los requisitos a que se sujeta su nacimiento, siendo pertinente saber entre qué personas tendrá lugar a que objeto se referirá, que hecho o acto es necesario para realizar determinado acto y en que momento se puede realizar el proceso.¹⁰⁶

Con el objeto de definir que son los presupuestos procesales, Castillo Montoya ¹⁰⁷ señala: "constituyen los supuestos previos que necesariamente han de darse para constituir una relación jurídica procesal regular o válida, identificado como tales a la competencia, la capacidad procesal de las partes y a los requisitos de la demanda."

El Italiano Chioventa, los define como las condiciones necesarias para conseguir una sentencia cualquiera, sea favorable o desfavorable a una parte."

En conclusión debemos afirmar que las excepciones en varias partes del mundo son consideradas como una variante de los presupuestos procesales propuestos por Von Bulow.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS EXCEPCIONES.

El antecedente más remoto de este instituto, se lo encuentra en el segundo periodo del Derecho Romano, concretamente bajo el procedimiento formulario, mediante la iniciativa del pretor, para atenuar ciertas consecuencias demasiado rigurosas del derecho civil. La historia identifica como las primeras excepciones a las siguientes: *dol mali*; *metus causa* y *pacti conventi*; posteriormente aparecen las de *justi domini*; *legis cinea* y de división.

El Digesto, al referirse a este instituto, lo conceptualiza en forma muy genérica en los siguientes términos: "Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae Inter. Opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationem vedeductum est" (la excepción directa es como cierta exclusión, la cual se suele oponer a la acción sobre cualquiera cosa, para desvanecer lo que es propuesto como fundamento de la condena).

En el Derecho Canónico, surge la excepción de defensa, por la cual se negaban los hechos o se desconocía el derecho. Posteriormente surgen las distintas divisiones y clasificaciones como procesales o materiales, con la clásica subdivisión de dilatorias (del latín *dilatorius*, que implica alargar o extender algo) o perentorias (*peremptorius*, que equivale a destruir, último plazo).

CONCEPTO DE EXCEPCIONES.

Eduardo Couture sostiene que a la concepción de acción, como atributo propio del derecho, que faculta al actor demandar, se opone la concepción de excepción, también como atributo propio del derecho, que faculta al demandado defenderse"

¹⁰⁶ YAÑEZ, Cortés Arturo. Excepciones e Incidentes., Editorial Talleres Gráficos Gaviotas del Sur s.r.l., Edición 2009, Sucre-Bolivia.

¹⁰⁷ Presupuestos Procesales. En la revista jurídica, Cajamarca .www.revista jurídica.com.

Según Vásquez Rossi, es : "el motivo jurídico mediante el cual el accionado intenta detener o hacer ineficaz la acción

Por nuestra parte indicaremos que son actos procesales que el demandado los puede ejercer, en contra de la pretensión del actor, a objeto de observar determinados requisitos de forma (procesales) u observar elementos específicos de fondo (sustanciales), de forma tal que los primeros tienen como efecto que el actor subsane dichos aspectos y los segundos tienen por finalidad destruir la pretensión del actor.

DIFERENCIA ENTRE EXCEPCION Y DEFENSA.-

La defensa es el derecho subjetivo individual, mediante el cual se deberá de pronunciar en forma expresa y directa, sobre las pretensiones del actor (Art. 346 CPC), existiendo prácticamente una controversia con los argumentos de la demanda.

En cambio las excepciones si bien pueden tener como efecto , el destruir la pretensión del actor, en cuanto se refiere a su argumentación, no consideran directamente la pretensión del actor, sino que basan su fundamento en faltas procedimentales incumplidas por el actor o defectos materiales que hacen inviable la acción del demandante.

Otros autores, como por ejemplo en el sistema procesal francés, distinguen entre contestación y excepción de la siguiente forma: "llaman defensa (contestación) a la contradicción al derecho del actor, es decir al fondo de la acción y excepción a las oposiciones en cuanto a la forma del procedimiento".

CLASES DE EXCEPCIONES.-

SEGÚN LA DOCTRINA.-

ABSOLUTAS O REALES Y RELATIVAS O PERSONALES.-

Esta clasificación radica su fundamento en el hecho de poder lograr hacer valer la excepción planteada, por todos los demandados o contra todos los actores o solamente por algunos o contra algunos. Ejemplos; de la primeras, la prescripción, la transacción de las segundas, el beneficio de excusión, pacto de no pedir (Chiovenda, Reus)

SUSTANCIALES Y PROCESALES.-

Las procesales, son los medios de defensa que atacan al procedimiento a la forma del proceso pues son medios de defensa contra el tramite procesal que se esta observando de sanear ciertos errores y no pretender una defensa de fondo o en contra del derecho en cambio son sustanciales, son medios de defensa de fondo que atacan al derecho por el actor pues buscan extinguir el derecho incoado.

EN EL DERECHO COMPARADO.-

EXCEPCIONES DILATORIAS.-

Son medios de defensa que buscan observa el procedimiento, vale decir atacan a la forma de la pretensión y no así al fondo o a la pretensión del actor, de ahí que semánticamente entendemos que lo correcto debía de ser en cuanto a su denominación excepciones procesales y no dilatorias, aunque debemos admitir el hecho de que alguna personas utilizan esta excepciones para precisamente dilatar el proceso, aunque esa no es la naturaleza de las mismas.

EXCEPCIONES PERENTORIAS.-

Etimológicamente viene de perenare = destruir y precisamente el objeto de estas excepciones, es destruir la pretensión o el derecho del demandado.

EXCEPCIONES ANOMALAS O MIXTAS.-

Tienen doble naturaleza jurídica, pueden ser utilizadas como dilatorias o perentorias, atacan la forma o el proceso o el derecho del actor.

EN EL SISTEMA BOLIVIANO.-

Erradamente nuestra legislación procesal civil reconoce en el art. 335 solamente dos excepciones, siendo estas las previas y las perentorias, pero luego nos percataremos que existen también las mixtas o anómalas, típicas y atípicas.

Con relación a las excepciones previas debemos indicar que son defensas previas, planteadas al comenzar el proceso (in limine litis) y como indica Couture, versan normalmente sobre el proceso y no sobre el derecho alegado por el actor. Tiende a corregir errores que obstaculizarán a una correcta y fácil decisión, como ser (litispendencia); a impedir un juicio nulo (incompetencia, falta de capacidad o personería).

En cambio la excepción perentoria, supone defensa sobre el derecho, no sobre el proceso. Es el contra – derecho extintivo que opone el demandado al hecho constitutivo afirmado por el actor. A diferencia de las dilatorias, las excepciones perentorias no se definen in limine litis y su resolución puede postergarse para la sentencia.

Reus precisa la diferencia entre las excepciones previas y perentorias, así: La excepción previa o dilatoria no produce el efecto de rechazar y contrarrestar la acción; sólo produciría un aplazamiento del juicio, una dilación – de ahí su nombre – que ahora ya no lo produce, porque no interrumpe ni el plazo para contestar; es causa de un incidente, propiamente hablando; resuelta la cuestión incidental y reparada la falta que le dio margen, el proceso continúa. La excepción perentoria es de mayores consecuencias; admitido que existe, ya no hay lugar, en manera alguna, al ejercicio de la acción. Por eso, concluye Reus, la excepción perentoria se ha llamado también perpetua.¹⁰⁸

EXCEPCIONES PREVIAS.- Copia de la Legislación Argentina, son excepciones ataques mezclados pues atacan al derecho y al proceso. No hay conceptualizaciones de excepciones previas. El legislador no dice nada. *Las excepciones previas son todas aquellos medios de defensa dispuestos a favor del demandado que requiere urgente e inmediata resolución, porque atacan al procedimiento y también al derecho pretendido por los actos.* En el C.P.C. existen once excepciones previas entremezcladas con las dilatorias y mixtas Art. 336 C.P.C. (Excepciones Previas). Las excepciones previas serán:

INCOMPETENCIA.- La competencia es un presupuesto sin el cual no existe relación procesal válida, de ahí que toda demanda debe interponerse ante juez competente de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico y cuando de la demanda resultare que la cuestión no es de competencia del juez, deberá rechazarla de oficio. Si no la rechaza por descuido o inadvertencia o que esté en duda su actuación territorial, la parte a quien perjudica puede oponer la excepción previa de incompetencia, ante de contestar a la demanda. Se denomina también declinatoria y es de previo y especial pronunciamiento porque define si el juez es competente o no para conocer y decidir un asunto planteado ante su juzgado¹⁰⁹.

INCAPACIDAD O IMPERSONERÍA DEL DEMANDANTE O DEMANDADO O DE SUS APODERADOS.-

Esta excepción implica la falta de capacidad procesal que señalan los Art. 52 y 53 del CPC, en el actor o en el demandado o la insuficiencia de la representación legal o convencional, de los apoderados. Siendo la capacidad de las partes un presupuesto de la relación procesal, hace falta

¹⁰⁸ Aclaremos que en materia civil, prácticamente las excepciones están reguladas en tres lugares, art. 335 y sgtes. Del Cod.Pdto.Civ. siendo estas las que se utilizan para impartir el tema; art. 507 del mismo cuerpo legal, indicando que son excepciones que solamente proceden en procesos ejecutivos y asimismo las excepciones previstas en el art. 49 de la ley 1760 que son exclusivas para el proceso coactivo civil y sin pretender deformar el concepto genérico de las excepciones debemos indicar que este instituto existe en todas las materias del derecho, por ejemplo art. 308 del Cod.Pdto.Pen

¹⁰⁹ **ORTÍZ**, Linares Julio, obra citada Tomo I, pág. 216.

que ellas tengan las condiciones que la ley exige para comparecer en juicio, porque de no tenerlas lo adjuntado es nulo.

LITISPENDENCIA.-

Se estará ante un caso de litispendencia cuando exista otro proceso anterior entre las mismas partes, proceso que al compararse con el actual, deberá de establecer una triple identidad, puesto que deberá de ser la misma causa, el mismo objeto y las mismas partes. El fundamento de esta excepción es que no se la procese a una persona dos veces por el mismo asunto.

Probada la excepción, el juez ordenará que el proceso nuevo se acumule al anterior y por ende se lo tramite en forma conjunta. Se aclara que al momento de pretender plantear esta excepción, el demandado deberá de adjuntar a su escrito la suficiente prueba preconstituida que acredite la existencia de dicho proceso anterior, bajo causal de no admitirse la misma.

OSCURIDAD, CONTRADICCIÓN O IMPRECISIÓN EN LA DEMANDA.-

En la legislación argentina se conoce como "defecto legal en el modo de proponer la demanda", denominación que creemos es más precisa que la nuestra, pues solamente procede cuando en la formulación de la demanda, el actor no hubiera cumplido con los requisitos del Art. 327 del CPC.

Asimismo se debe puntualizar el hecho de que son tres excepciones reunidas bajo un solo numeral. La oscuridad se adecua al inciso 5º del Art. 327 vale decir que no se llegó a designar la cosa demandada con toda exactitud y la relación de los hechos es confusa. La contradicción tiene relación con el num. 6º y ocurre cuando no se exponen con claridad los hechos en que se funda la demanda y se oponen entre sí y la 7º Imprecisión, cuando no se expone debidamente el derecho lesionado o demandado.¹¹⁰

CITACIÓN PREVIA AL GARANTE DE EVICCIÓN

La referida excepción se la debe estudiar en estrecha relación con lo previsto en el Art. 75 del CPC que señala: "el demandado podrá pedir la citación de evicción dentro del plazo para oponer excepciones previas. La denegatoria será apelable sin recurso ulterior".

Como excepción lo esencial es la citación y no la intervención que tome o no el citado, al margen de la voluntad de la contraparte. Si el citado de evicción no concurre a la defensa del demandado, la citación de evicción planteada como excepción sirve para someter al vendedor a las responsabilidades del saneamiento que emerge de su participación en el acto y de su incomparencia para aclararlas.

Si comparece, el garante de evicción debe asumir defensa dentro del término de la contestación, en cumplimiento del Art. 627 del C.C.

Dicha responsabilidad del vendedor por la evicción y por los vicios de la cosa, tiene lugar aunque no se haya expresado en el contrato.¹¹¹ Este es el fundamento sustantivo que origina esta excepción previa.

DEMANDA INTERPUESTA ANTES DE OCURRIDO EL VENCIMIENTO DEL TÉRMINO O EL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN.-

Existen situaciones en las cuales determinados sujetos voluntariamente a través un contrato, establecer determinados términos o condiciones para que se produzcan o nazcan derechos u obligaciones, En consecuencia se deduce que si no se llega a efectivizar dichos términos o condiciones, el derecho de accionar no le correspondería al futuro acreedor, en relación al deudor, así por ejemplo en los procesos ejecutivos el Art. 486 del Código de Procedimiento Civil exige como uno de sus requisitos para la procedencia de la demanda, que la suma sea exigible o sea de plazo vencido. Por

¹¹⁰ ORTÍZ, Linares Julio, obra citada Tomo I, pág. 217.

¹¹¹ ORTÍZ, Linares Julio, obra citada Tomo I, pág. 218.

lo tanto , a través de la presente excepción previa el demandado puede hacer notar al juzgador la inexistencia de algún requisito para que prospere la acción del actor.

EXCEPCIONES PERENTORIAS.

Continuando con el desarrollo de los once numerales del Art. 336 del adjetivo civil, debemos manifestar que a partir del numeral siete estarían comprendidas las denominadas excepciones perentorias o sustanciales, las cuales procedemos a desarrollar.

COSA JUZGADA.-

A través del planteamiento de esta excepción el demandado puede hacer conocer al juzgador que el actor estaría actuando deslealmente por cuanto la demanda que interpuso en su contra, ya fue resuelto en otro juzgado o tribunal, proceso en el cual ya existe una sentencia debidamente ejecutoriada.

La similitud con la litis pendencia es que debe existir de igual forma entre los dos procesos, ante el anterior como el actual la triple identidad, tanto de sujetos, objeto y acción.

Otra similitud es que al igual que en la litis pendencia, en la presente excepción deberá igualmente de adjuntarse al escrito , la respectiva documental preconstituida mediante la cual se acredite que evidentemente existe una sentencia ejecutoriada dictada por otro juez o tribunal, bajo apercibimiento de rechazarse dicha excepción (Art. 340 CPC).

La diferencia en el hecho de que en la litispendencia, todavía existe el proceso anterior, en cambio en la cosa juzgado el referido proceso anterior, ya culminó.

Finalmente debemos manifestar que la excepción de cosa juzgada a sido constitucionalizada a través del art. 117.II de la CPE , norma legal que señala: "Nadie será procesada más de una vez por el mismo hecho."

TRANSACCIÓN.-

La transacción es un acuerdo eminentemente bilateral y consensuado entre las partes del proceso, a través del cual se podría finalizar con el conflicto , acuerdo que deberá de transcribirse en un documento acorde a las reglas previstas en los Art. 945 y sgtes del C.C., 314-315 del adjetivo civil. De forma tal que luego de resuelto el mismo, se lo deberá de presentar al juez de la causa, en vía de excepción perentoria.

PRESCRIPCIÓN, CUANDO PUDIERE RESOLVERSE COMO DE PURO DERECHO.

Las obligaciones patrimoniales se extinguen en virtud a la inacción del acreedor, en relación al deudor, vale decir a través de la denominada prescripción extintiva (Art. 1492 y sgtes del C.C.). En consecuencia si el deudor considera que la obligación que pretende el acreedor que cumpla en forma judicial a prescrito, el medio idóneo para dar a conocer este aspecto al juez es a través de la presente excepción, con la aclaración que para su respectiva procedencia, imperativamente deberá de adjuntar prueba documental preconstituida, mediante la cual se pueda evidenciar dicha situación a objeto de que la misma sea tramitada como excepción de puro derecho.

Asimismo cabe puntualizar que la presente excepción puede ser planteada en cualquier instancia del proceso, inclusive en ejecución de sentencia, tal cual lo previsto por el Art. 1497 del C.C.

CONCILIACION.-

Al igual que la transacción, esta es una forma paralela de resolver una controversia entre las partes, acudiendo para ello imprescindiblemente al principio de disposición y asentimiento de ambas partes, con la aclaración de que la conciliación puede ser judicial o extrajudicial, tal cual se estableció en el sumario dos del presente libro.

DESISTIMIENTO DEL DERECHO.

El desistimiento del derecho, prevista en el Art. 305 del CPC, básicamente es la expresión objetiva del principio de disposición, a través del cual el actor en forma totalmente unilateral puede retractarse de haber iniciado el proceso en cuestión y ello implica la finalización de la demanda.

En consideración a lo manifestado anteriormente y asumiendo que las excepciones son medios de defensa que el legislador dispone a favor del demandado, considero que no debería de considerarse al desistimiento como parte de las excepciones, no por el efecto, sino por la forma de efectivizarlo toda vez que el desistimiento es una facultad privativa del actor y no del demandado.

Es por esta razón que creemos totalmente coherente que el legislador haya establecido al desistimiento en el título referente a "la conclusión extraordinaria del proceso" (ver Art. 303 y sgtes):

TRÁMITE DE LAS EXCEPCIONES PREVIAS.-

Con el objeto de contextualizar la explicación, debemos indicar que luego de citados con la demanda, en los procesos ordinarios, el demandado tiene 15 días para contestar a la demanda como máximo y cinco días perentorios para interponer excepciones previas, de forma tal que antes de contestar puede interponer dentro el término fatal de los cinco días todas las excepciones previas que considere pertinentes.

Si decide juntamente interponer las excepciones y contestar lo puede hacer, pero ello implica que estaría renunciando a los 10 días de plazo que le restaban para contestar.

Una vez que el juez admite las excepciones previas, las correrá en traslado a objeto de que pudieran ser respondidas por la parte actora en el mismo plazo (Art. 338.I). Con o sin respuesta y luego de tres días mediante auto interlocutorio definitivo el juez de la causa resolverá las mismas declarándolas probadas o improbadas.

Contra dicha resolución en aplicación del Art. 24.1 de la ley 1760, procede el recurso de apelación el efecto diferido, estando descrito su procedimiento de dicho recurso en el Art. 25 del referido cuerpo legal.

En los procesos sumarios, por disposición expresa del Art. 481 del CPC, las excepciones previas deberán de plantearse juntamente con las contestación en el plazo de cinco días, computables a partir de la citación y de conformidad a las reglas antes señaladas.

TRAMITE DE LAS EXCEPCIONES PERENTORIAS.-

En los procesos ordinarios, el plazo para interponer las excepciones perentorias es de 15 días a partir de la citación excepto las señaladas en los numerales 8,9 y 10 que pueden ser ofrecidas en cualquier etapa del proceso, como excepciones sobrevinientes, al amparo del Art. 344 del CPC..

De lo señalado se puede inferir que normalmente en la practica forense, tanto la contestación, como el planteamiento de las excepciones perentorias se las hace en forma conjunta y luego de admitirlas el juez corre traslado a la parte actora para que en similar plazo conteste a las mismas. En consecuencia lo señalado en el Art. 341 del CPC, no es una situación imperativa, sino facultativa de las partes, por cuanto es evidente que no esta obligado a contestar si a interpuesto excepciones perentorias, pero al ser prácticamente distintos los enfoques de una excepción y de una contestación, es recomendable asumir ambos mecanismos de defensa en forma conjunta, ya que no son excluyentes.

Luego de contestadas las referidas excepciones, se tramite el proceso conforme a derecho, para que finalmente se resuelva las excepciones en sentencia, de donde se deduce que esta resolución será pasible de impugnación a través del recurso de apelación en efecto suspensivo e incluso puede ser resuelto en casación.

En los proceso sumarios, al igual que las excepciones previas, las perentorias también deberán de plantearse juntamente con la contestación en un solo acto.

EXCEPCIONES ANÓMALAS.-

Indicamos líneas arriba que las excepciones anómalas o mixtas son aquellas que simultáneamente son previas , pero también perentorias, ante esta eventualidad, debemos señalar que por el efecto nunca podrán ser mixtas las excepciones en nuestra legislación ya que las descritas en los incisos 1 al 6 del Art. 336 tienen un fin distinto a las previstas en los incisos 7 al 11. Pero en cuanto se refiere al tramite de las mismas, las excepciones perentorias pueden ser tramitadas (pero no resueltas), como previas, en virtud a que el Art. 342 del adjetivo civil en su última parte establece que las previstas en los incisos 7 al 11 pueden ser presentadas como previas y este es el fundamento por el cual se señala que las excepciones de los incisos 7 al 11 son técnicamente anómalas o mixtas.

EXCEPCIONES ATÍPICAS.-

En materia procesal civil los procesos ejecutivos, cuentan con sus propias excepciones (Art 507), el proceso coactivo civil de igual forma (Art. 49 de la ley 1760) y asimismo nuestro legislador a previsto especialmente para los procesos de conocimiento once clases de excepciones a través del Art. 336 del CPC.

Pero debemos aclara que dicha descripción no es una limitante para poder ofrecer otras excepciones, toda vez que el Art. 342 expresamente indica: "Al contestar la demanda, el demandado podrá oponer todas las excepciones que pudiera invocar contra las pretensiones del demandante, inclusive las señaladas en los incisos 7 al 11 del artículo 336..." Es en base a dicha normativa que en la practica forense se plantean excepciones atípicas, como ser "Incoherencia de fundamentación legal en su pretensión", "Falta de acción y Derecho", etc.

CAPITULO 10 CONTESTACION A LA DEMANDA

Todo hombre tiene derecho a que se lo combata lealmente.
Zhou Enlai

GENERALIDADES.-

La contestación es un acto procesal que actualmente a sido ampliamente constitucionalizada a través de los Art. 117.I que establece: "Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y

juzgada previamente en un debido proceso ", asimismo el Art. 119.I. indica: "Las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan, sea por la vía ordinaria", seguidamente el párrafo dice: "Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa".

Citamos estas disposiciones constitucionales en razón de que la contestación es un acto procesal inherente de la defensa y es por ello fundamental consideramos que todo abogado conozca a cabalidad el alcance de este derecho y ahora garantías jurisdiccional a nivel constitucional..

CONCEPTO.-

Alsina señala que "la contestación tiene para el demandado la misma importancia que la demanda para el actor, porque fija el alcance de sus pretensiones, la demanda, también importa el ejercicio de una acción ya que busca como la demanda, la tutela del órgano jurisdiccional"

Por nuestra parte consideramos que : "La contestación es aquel acto procesal en virtud del cual el demandado tiene la oportunidad de exponer todos los argumentos idóneos mediante los cuales puede desvirtuar o reconocer en forma total o parcial la pretensión incoada por el actor"

EFFECTOS DE LA CONTESTACION.

El estudioso Carlos Morales Guillen¹¹² señala que sus efectos serían los siguientes:

a) Queda integrada la relación procesal , es decir, fija los términos de litigio, estableciéndose entre el demandante y el demandado lo que el sistema procesal abrogado llamaba el cuasicontrato de litis¹¹³, cuyas cláusulas o límites obliga a ambos como al órgano jurisdiccional. Fija los hechos que deben ser objeto de prueba (Arts. 370 y 371), y sobre los que debe recaer la sentencia, de cuyos términos ésta no podrá apartarse pena de nulidad (Art. 190-192, 3).

Ha de tenerse bien presente la trascendente importancia del efecto comentado en este punto: la contestación a la demanda encuadra, cierra los límites de la relación procesal delineados por ésta, que ni las partes ni el juzgador pueden desconocer, menos alterar. Aun después de presentada la demanda y de citada con ella el demandado, dice Reus, no puede verdaderamente decirse que el proceso ha empezado hasta que el demandado presente su contestación (salvo el caso de rebeldía, que no es precisamente lo normal). Así en la demanda y en la contestación quedan fijados los puntos de hecho y de derecho objeto del debate, emergiendo de esta forma el principio de congruencia, que es el límite a la arbitrariedad del juzgado.

b) Afirmar la competencia del juez, de tal manera que si no la tuviere, por ella la adquiriría. El demandante al presentarse su demanda, somete ante el juez a quien acude el conocimiento del litigio y se obliga a acatar su decisión¹¹⁴. El demandado, al contestar, también se obliga a ello. Si no lo ha hecho antes de contestar, no puede observar la competencia del juez y ambos, actor y demandado, no pueden recusar el juez fundándose en causas anteriores a la demanda o a la contestación. Sólo podrán hacerlo por causas posteriores , reguladas en el Art. 8.II de la ley 1760

EFFECTOS DE LA FALTA DE CONTESTACION.-

Asumiendo que la contestación es un acto procesal que no solamente interesa al demandado , sino al propio proceso del cual es director el juez de la causa, es que nuestro legislador a previsto mecanismos de coerción a través de los cuales pueda lograr la respectiva contestación a la demandada por parte del demandado , pero también a prevista sus excepciones. Realizada dichas consideraciones, procedemos a desarrollar los mismos:

¹¹² MORALES, Guillen Carlos. Código de Procedimiento Civil , concordado y anotado. Editorial Gisberth. , Edición 1987 La Paz-Bolivia.

¹¹³ Se sugiere a objeto de profundizar la figura del cuasicontrato, remitirse al sumario número uno del libro .

¹¹⁴ Salvo claro esta que haya simultáneamente interpuesto alguna excepción por ejemplo previa y simultáneamente conteste, lo cual es viable (Art. 481), como ser por ejemplo incompetencia.

SE LO DECLARA REBELDE.-

En materia procesal civil, aquella persona que tenga domicilio real conocido y que haya sido legalmente citado con la demanda y pese a ello no haya contestado dentro el plazo previsto por ley se lo declarará rebelde , en estricto cumplimiento del Art. 68 del CPC.

Con la resolución que lo declara rebelde se lo notificara personalmente en su domicilio real y se proseguirá con el proceso, pudiendo esta persona asumir en cualquier etapa su defensa, pero en el estado que se encuentre el proceso y previo pago de una multa impuesta por el juez de la causa. Se aclara que la última parte del Art. 69 del CPC fue declarado inconstitucional por el T.C. y por lo tanto derogada dicha frase.

Finalmente aclarar que la declaratoria de rebeldía a la falta de contestación solo es procedente en los procesos ordinarios y sumarios, en los demás procesos, precisamente por que no existes la opción expresa de contestar, sino de oponer excepciones o por ser procesos especiales no procede la declaratoria de rebeldía.

EN EL CASO DE LOS CITADOS POR EDICTOS.

Nuestro legislador permite la posibilidad de poder demandar a personas desconocidas de quienes se sobre entiende que se desconoce su domicilio real, de forma tal que se los cita mediante edictos en aplicación de lo previsto por el Art. 124 y sgtes del CPC. Si luego de 30 días de la primera publicación no se apersonan al juzgado, no se los declara rebeldes, simplemente se les asigna un defensor de oficio quien tendrá la obligación de contestar a la demanda del actor y de esta forma no se interrumpe la prosecución del proceso.

REQUISITOS DE LA CONTESTACIÓN.-

En materia civil al ser un procedimiento eminentemente escritural y asumiendo que se trata del primer escrito, al igual que la demanda, se ha llegado a identificar dos requisitos:

REQUISITOS EXTRINSECOS O DE FORMA.

Son prácticamente los mismo que se llevo a desarrollar en el sumario siete del presente libro, de forma tal que se sugiere al lector remitirse a cada uno de dichos subtítulos, para lograr cumplir a cabalidad con estos requisitos al momento de contestar.

REQUISITOS INTRINSECOS O DE FONDO.-

El Art. 346 del CPC, establece cuales son estos requisitos y es en virtud a ello que procedemos a desarrollarlos.

RECONOCER O NEGAR EN FORMA EXPLÍCITA Y CLARA LOS HECHOS EXPUESTOS EN LA DEMANDA.

Al momento de redactar la contestación, el demandado puede negar en forma total todo lo demandado por el actor, asimismo puede allanarse en parte y negar en parte dicha pretensión, situación esta que deberá de ser redactada en forma muy precisa.

En consecuencia al referirnos al allanamiento , debemos entender como tal al reconocimiento expreso que hace el demandado sobre la pretensión del actor, misma que tiene calidad de prueba plena, por ser confesión espontánea siendo su efecto sumamente efectivo y regulado a través del Art. 347 que señala:” (Confesión del demandado). Si el demandado confesare clara y positivamente la demanda el juez, pronunciará sentencia sin necesidad de otra prueba ni trámite. Si confesare una parte sólo en ésta se tendrá por probada, debiendo proseguir el proceso sobre los demás puntos demandados.”

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA OFRECIDA POR EL ACTOR.-

Se sobreentiende que para poder redactar una contestación adecuada, mínimamente deberá de revisarse no solo el escrito de demanda, sino toda la prueba documental preconstituida que llegó a acompañar el actor a su escrito y es ahí en donde el legislador encuentra su fundamentación para exigir al demandado que al momento de responder a la acción, deberá de pronunciarse expresamente sobre dicha prueba, pudiendo objetarla si el caso Emerita, sea por cuestiones de forma, como por ejemplo fotocopias simples que no tienen validez al amparo del Art. 1311 del C.C. o por ser una prueba impertinente.

Nuestro legislador considera el cumplimiento del presente requisito fundamental ya que estable como una sanción: " Su silencio, evasivas o negativas meramente general podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos a que se refieren dichos documentos" Art. 346.2) del CPC

EXPONER CON CLARIDAD Y PRECISIÓN LOS HECHOS QUE ALEGARE COMO FUNDAMENTO DE SU DEFENSA.

En el caso hipotético de negar sea en todo o en parte la pretensión del actor, dicha negación deberá de ser adecuadamente argumentada y no en forma omisa o negligente, por cuanto ahí radicará en parte los hechos a probar para su defensa y que serán adecuadamente expuestos en el auto de relación procesal

PLAZO ORDINARIO PARA CONTESTAR.-

Es aquel plazo previsto por nuestro legislador para cada uno de los procesos y que difiere de uno a otro proceso, así por ejemplo , en los procesos ordinarios el mismo es de 15 días, en los procesos sumarios es de 5 días, en lo que se refiere a las excepciones en procesos ejecutivos es de 5 días, lo mismo ocurre para las excepciones en los procesos coactivo civiles, en los interdictos, es de 3 días, de modo tal que estos serán adecuadamente desarrollados en los próximos sumarios.

PLAZO EXTRAORDINARIO PARA CONTESTAR.-

Se refiere al plazo de la distancia, el cual esta regulado en el Art. 146 del CPC y de su lectura se extrae dos situaciones:

-Se ampliara el plazo ordinario a razón de un día por cada 200 kilómetros o fracciones no menores a 100 kilómetros en aquellos lugares donde exista transporte aéreo, ferroviario o de carretera. Aclarando claro esta que dicha distancia esta en relación al lugar en donde deberá de ser presentado la contestación.

-Para aquellos lugares donde no existe ningún tipo de transporte, lo que en la jerga popular se conoce como "caminos de cabra", se ampliará en un día por cada sesenta kilómetros de distancia".

**CAPITULO N° 11
LA RECONVENCIÓN**

*No es analfabeto aquella persona que no sabe leer,
sino aquella persona que sabiendo leer, no lee.*

Anónimo

GENERALIDADES.-

En lo que se refiere los procesos de conocimiento, cuando una persona es citada con una demandad, como anteriormente señalamos, puede excepcionar, asimismo contestar o no contestar y finalmente puede reconvenir, siendo técnicamente este último instituto " la demanda del demandado", es una contrademanda, una nueva demanda, que conforme lo previsto por el Art. 352 del CPC, deberá de tramitársela juntamente con la demanda principal.

El fundamento de este instituto es básicamente el principio de economía y el de concentración en razón a que a través del mismo se permite tanto al actor, como al demandado poder concentrar en un solo procesos sus acciones.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.-

Se remota al Derecho Romano, Pantano hablaba de que el demandado podía contraatacar con otra demanda, confundiendo de esta forma a la reconvencción como una variante de la **compensación**, idea que estuvo vigente en los primeros momentos de existencia del presente instituto y que con el tiempo se lo supero.

La figura de la reconvencción, luego del Derecho Romano, fue asimilada por el Derecho Canónico porque a través de estas instituciones se resolvía todas las situaciones en conflicto,

En el derecho Germano, durante la Edad Media también se acogieron todas las disposiciones inherentes a la reconvencción y en lo que se refiere a América Latina, debemos manifestar que esta instituto llego a nuestras legislaciones a través de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855 y 1881 respectivamente es merced a todos estos antecedentes que en la actualidad prácticamente todas las legislaciones procesales en materia civil reconocer la figura de la Reconvencción.

CONCEPTO.-

La reconvencción es la petición o demanda accesoria que formula aquella persona que ha sido demandada en juicio frente al demandante aprovechando la oportunidad del procedimiento iniciado, siempre que sea procedente por la naturaleza del procedimiento y de la competencia del Juez, al objeto de resolverse en una misma sentencia

DISTINCIÓN ENTRE LA COMPENSACIÓN Y LA RECONVENCIÓN.-

Carnelutti, destaca la noción de reconvencción como pretensión contrapuesta por el demandado a la pretensión del actor, con éstos ejemplos: Ticio, contra el cual Cayo reclama el pago de un crédito de 100 liras, no sólo pone en compensación un contra crédito de 500 liras, sino que reclama el pago de la diferencia; o bien, Ticio, demandado por Cayo el pago del precio de ellas¹¹⁵.

Estas consideraciones sobre cierto paralelismo entre compensación y reconvencción, que llevan a veces a confundir ambos términos cuando se dice que toda compensación es reconvencción, porque aquélla también es una mutua petición han determinado que los tratadistas distingan ambos conceptos, estableciendo, según Reus, las diferencias siguientes:

-En la compensación quien la opone confiesa el crédito lo que no hace el que reconviene.

-La compensación sólo alcanza hasta la concurrencia con la cantidad demandada; mientras la reconvencción abraza todo el crédito que reclama el demandado reconvincente, características que

¹¹⁵ MORALES, Guillen Carlos.ob cit

se aplica a los procesos de ejecución en los cuales se pide en cumplimiento de una obligación de dar o de hacer, lo cual no puede ser aplicado a los procesos constitutivos o declarativos.

-La compensación es una excepción dirigida a enervar la demanda; la reconvencción es una acción que persigue la condena del demandante reconvenido, lo cual es posible por ser la reconvencción una acción independiente de la principal.

-El reconviniendo vencido no puede pretender lo mismo en otro proceso, el vencido en la compensación si puede, característica que es coherente por cuanto al ser la reconvencción una demanda independiente a la principal, se le aplica tanto la litispendencia, como la excepción de cosa juzgada , institutos estos que fueron debidamente explicados.

DOBLE LEGITIMACIÓN.- A través de la reconvencción es viable la doble legitimación, misma que consiste en que el actor y por ende el demandado en su propia individualidad son simultáneamente demandantes y demandados.

**PROCEDENCIA.-
EN LOS PROCESOS ORDINARIOS.-**

En aplicación del Art. 348 del CPC, dentro los procesos ordinarios procede la demanda reconvenccional, debiendo observarse en principio para su admisibilidad lo señalado por el Art. 349 del adjetivo civil que indica:” La reconvencción sólo será admisible en los procesos ordinarios y siempre que correspondiere , por la razón de la materia a la competencia del juez que conociere la demanda, aunque por la cuantía debiera ventilarse ante un juez inferior”.

Con relación al alcance tanto del Art. 348 y 349 existe criterios divergentes, algunos consideran que si bien no señala nuestro legislador que imperativamente la demanda reconvenccional deba estar referida en cuanto a su objeto a la demanda principal, por analogía debería de aplicarse lo previsto en el Art. 480 del mismo cuerpo legal y en razón de ello señalan los seguidores de este criterio REDUCCIONISTA, que solo se puede en procesos ordinarios contrademandar asuntos relacionados con la acción principal, por ejemplo si el actor demanda la nulidad de un contrato de anticretico, el demandado puede reconvenir, pero una acción relacionada al contrato de anticretico. En criterio del autor, la interpretación coherente de dichas dos normas y que la hemos denominado como IRRESTRICTA, basado en el principio de legalidad y especificidad, al no exigirnos en el tema de reconvencciones dentro los procesos ordinarios nuestro legislador sino dos requisitos para ser admitidos (Art. 349) y en ninguno de ellos se hace mención como un requisito de admisibilidad que el objeto de la nueva litis tenga relación con la demanda principal es que consideramos que si por ejemplo el actor demanda la reivindicación de un predio , el demandado puede reconvenir la entrega de un bien mueble, y que no tiene relación con la petición principal, de forma tal que el juez de la causa no puede observar este aspecto y simplemente debiera de limitarse a lo previsto en el Art. 349 para su admisibilidad.

EN LOS PROCESOS SUMARIOS.-

En cumplimiento al Art. 480 debemos señalar que la reconvencción es procedente en los procesos sumarios, pero a diferencia de los procesos ordinarios, nuestro legislador imperativamente exige como requisito de admisibilidad que el objeto de la litis de la reconvencción tenga relación con la demanda principal.

Se aclara asimismo que en los procesos de desalojo, pese a tener un tramite sumario no procede la reconvencción por disposición del Art. 626 del CPC.

TRÁMITE Y EFECTOS

La demanda reconvenccional prácticamente es una nueva demanda de forma tal que todas las posibilidades desarrolladas en el sumario correspondiente a la contestación se aplican al actor demandado.

Con relación a los requisitos que debe cumplir una acción reconvenzional, estos son de dos clases, los intrínsecos y los extrínsecos que fueron ampliamente desarrollados en el sumario siete del presente libro y que sugerimos al actor revisarlos a objeto de complementar el presente tema.

Por lo tanto debemos señalar que la acción reconvenzional, es prácticamente una nueva demanda que se la tramita conjuntamente a la acción principal, conforme indica el Art. 352 del adjetivo civil.

RECONVENCION DE RECONVENCION

No es procedente la reconvección a la reconvección, toda vez que esta situación es sumamente ilógica y contraproducente al principio de economía y celeridad , aclarando que esta situación esta implícitamente regulada en el Art. 352 del CPC, puesto que no da cabida a una segunda reconvección.

MODIFICACIÓN Y AMPLIACIÓN.- Al igual que la demanda puede modificarse y ampliarse hasta antes de la contestación (Art. 331 del CPC).

CAPITULO 12 INTERVENCION DE TERCEROS Y LAS TERCERIAS

No cuentes los días, haz que los días cuenten.

Muhammad Ali

GENERALIDADES.-

El Art. 50 del CPC, expresamente establece que tanto el actor, como el demandado son las partes esenciales de un proceso, juntamente con el juez, en calidad de director del mismo (Art. 87 CPC). Dicha dualidad que se da dentro un proceso es coherente, pero ocurre en muchas ocasiones que un tercero ajeno al proceso, durante el desarrollo del proceso sea de forma espontánea o provocada se incorpora a él ha fin de hacer valer derechos o intereses propios, pero vinculados con la causa o el objeto de la pretensión.

Esta posibilidad nuestro legislador lo admite a través del Art. 194 del CPC, cuando se refiere al alcance de la sentencia en los siguientes términos: "Las disposiciones de la sentencia sólo comprenderán a las partes que intervinieren en el proceso **y a las que trajeren o derivaren sus derechos de aquella**"

Realizada esta introducción a continuación procederemos a desarrollar las dos clases de intervenciones de terceros.

INTERVENCIÓN OBLIGADA O COACTIVA.-

Conforme señala Lino Palacio ¹¹⁶ esta intervención tiene lugar cuando el juez de oficio o a petición de alguna de las partes, dispone que se cite a un tercero para participar en el proceso a fin de que la sentencia que en él se dicta pueda serle eventualmente opuesta.

En nuestra legislación procesal civil, tendríamos como un caso de intervención obligada o coactiva, la citación de evicción que esta prevista en los Arts. 75 al 78 del CPC.

INTERVENCIÓN VOLUNTARIA.-

El profesor Lino Palacios, señala que la doctrina, contempla generalmente tres categorías de este tipo de intervención, siendo estas:

PRINCIPAL O EXCLUYENTE.-

-En la intervención principal o excluyente, el tercero hace valer un derecho propio y una pretensión incompatible con la interpuesta por el actor. Por ejemplo si en un juicio en el que las partes discuten acerca de la propiedad de una cosa, el tercero alega ser su propietario o si tratándose de un proceso referente al cobro de una suma de dinero, el tercero invoca la titularidad del crédito respectivo.

Es imperativo aclarar, que este tipo de intervenciones no debe ser confundido con las "tercerías", por cuanto en estas últimas, como se podrá desarrollar más adelante, el tercero se limita a hacer valer su derecho de dominio sobre algún bien que haya sido embargado en el proceso principal o el derecho a ser pagado con preferencia al ejecutante con motivo de la venta de la cosa embargada y en tanto no deduce una pretensión incompatible o conexa con aquella sobre que versa la litis a cuyo resultado por lo demás es indiferente no pidiere su condición de tercero, en la intervención excluyente en cambio, el tercero asume la calidad de parte.

ADHESIVA AUTÓNOMA O LITISCONSORCIAL.-

En este tipo de participación, el tercero en el proceso tiene por objeto hacer valer un derecho propio frente a alguna de las partes originarias, adhiriéndose a la calidad asumida por el otro litigante. Como ejemplos de esta clase de intervenciones pueden mencionarse el del acreedor solidario que interviene en el juicio entablado por un acreedor contra el deudor o el caso recíproco del codeudor solidario no demandado, el del socio que interviene en el juicio promovido por otro socio impugnando la validez de una asamblea de accionistas o solicitando la extinción de la sociedad, etc.

¹¹⁶ LINO, Palacio Enrique. Ob cit. Pág. 284.

La doctrina señala que lo más resaltante y característico de esta clase de intervención es que el tercero habría gozado de legitimación propia para demandar o ser demandado en el proceso a título individual o juntamente con el litigante a quien adhiere y sobre esta base es que se puede señalar en la legislación boliviana como un ejemplo de este tipo de participación a la litisconsorcio que estaría previsto en el Art. 67 del CPC.

DE LAS TERCERIAS.-

Lamentablemente nuestro legislador no diferencia y menos regula en forma sistemática y acorde a la doctrina actual, las figuras de "intervención de terceros" y "las tercerías" propiamente dichas, por cuanto esta situación fue consideramos claramente diferenciada líneas arriba.

En tal sentido nuestro legislador directamente procede a regular las tercerías a través de los Arts. 355 al 369 del CPC y que procedemos a desarrollar

CONCEPTO DE LAS TERCERIAS

Se denomina tercería "a la pretensión en cuya virtud una persona distinta a las partes intervinientes en un determinado proceso, reclama el levantamiento de un embargo trabado en dicho proceso sobre un bien de su propiedad o el pago preferencial de un crédito con el producido de la venta del bien embargado".¹¹⁷

Este concepto hace referencia dentro lo que es el ordenamiento jurídico nacional tanto a la tercería de domino excluyente, como de derecho preferente de pago.

Escriche entiende por *tercería*: "La oposición hecha por un tercero que se presenta en un juicio entablado por dos o más litigantes, ya sea coadyuvando el derecho de alguno de ellos, ya deduciendo el suyo propio, con exclusión de los otros". Caravantes, por su parte, expresa que se "se entiende por *tercería* la acción o pretensión que opone una persona en un juicio entablado por dos o más litigantes, diferentes de las pretensiones de éstos; y también se da aquel nombre al procedimiento que se sigue con motivo de la nueva oposición. Haciendo aquella persona el papel de un tercero entre el demandante y demandado, y oponiéndose a las pretensiones de alguno de ellos, se le llama *tercer opositor*".

FUNDAMENTO DE LAS TERCERIAS.-

El Art. 356 del CPC, expresamente señala: "El tercerista deberá fundar su intervención en un interés propio y en un derecho positivo y de existencia cierta, aunque su ejercicio se hallare pendiente de plazo y condición".

De lo precedentemente señalado con total precisión se establece que quien pretende deducir una tercería está obligado a acreditar su interés o su derecho legítimo, además de la identidad y certeza de ese interés o ese derecho. En la coadyuvante, puede calificarse de interés legítimo el del garante de evicción, que acuda aún sin ser citado al proceso. En la de dominio, importa el ejercicio de la acción reivindicatoria cuando en un proceso se afectan los derechos del propietario. En la de derecho preferente implica el mejor derecho que tiene el tercerista para reclamar el pago de un crédito, con preferencia al ejecutante, una vez realizados los bienes embargados.

CLASES DE TERCERIAS EN NUESTRA LEGISLACIÓN.-

Nuestro legislador identifica tres clases de tercerías, las cuales procedemos a desarrollarlas.

TERCERÍA COADYUVANTE.

Es la que se opone contra alguno de los litigantes, apoyando la acción o derecho de alguno de ellos, bien sea del ejecutante o del ejecutado, buscando obtener algún interés común. Morales

¹¹⁷ LINO, Palacios Enrique. Obra citada. 288.

Guillén, citando a Chiovenda, señala que es¹¹⁸, la que se opone contra alguna de las partes (demandante o demandado), favoreciendo la posición de la otra. Supone una intervención adhesiva accesoría *ad adiuvandum* en el proceso, con la cual el coadyuvante, que debe tener un interés para ello, interviene en una causa en desarrollo, en ayuda de una de las partes, por lo que, todo lo que hace en ella, lo hace por un derecho ajeno. No actúa como representante de la parte coadyuvada, porque ésta es ya parte en el proceso.

El tercerista coadyuvante, se reputará como una misma persona con el litigante principal; es decir, hacen causa común en el proceso. No contando con facultades especiales, una vez apersonado, deberá tomar la causa en el estado en que se halle; no pudiendo hacer retroceder ni suspender el curso de ella, ni alegar, ni probar lo que estuviere prohibido al principal por haber pasado el término o por cualquier otro motivo.

IMPROCEDENCIA DE LA TERCERÍA COADYUVANTE.

Por expresa disposición del Art. 513 del CPC, la tercería coadyuvante no es procedente en procesos ejecutivos y por analogía tampoco en los procesos coactivos civiles, cuyo trámite está previsto en la ley 1760, en razón de corresponder ambos procesos a los denominados procesos de ejecución.

TERCERÍA DE DOMINIO EXCLUYENTE.

Es aquella tercería a través de la cual se reclama un derecho exclusivo con relación al objeto de la litis y oponible sea en forma parcial o total, a las partes del proceso, vale decir al actor y al demandado, así por ejemplo podemos citar el caso de la esposa, quien se percató que el acreedor, de su conyuge llegó a embargar la totalidad del inmueble que es ganancial, motivo por el cual a través de esta tercería, argumenta tener derecho propietario sobre el 50 % del referido inmueble, derecho que es oponible a ambas partes del litigio.

En otras palabras, esta tercería es la¹¹⁹ intervención, principal no accesoría, del tercero que se opone en su propio interés y preferible a la de ambos litigantes.

Por su característica este tipo de tercería también es conocido como tercería de acción real, por cuanto persigue precisamente un derecho real sobre un determinado bien.

TRÁMITE Y RESOLUCIÓN DE LA TERCERÍA EXCLUYENTE

En principio debemos aclarar que las tres clases de tercerías reconocidas por nuestro legislador tienen un trámite en común, conforme lo previsto por el Art. 364 del CPC, en este sentido lo que se establece es que una vez interpuesto el escrito de tercería y admitido el mismo, el juez de la causa correrá en traslado a las dos partes del proceso a objeto de que las mismas respondan dentro del término de tres días, conforme ocurre con cualquier incidente y luego de ello podrá el juez de la causa si considera que existe algún hecho controvertido abrir un término probatorio o caso contrario dictar resolución, aspectos estos que son en muchos casos complementados por lo previsto en el Art. 149 y sgtes del CPC.

Pero al margen de estas reglas generales, nuestro legislador ha previsto determinados casos y situaciones puntuales para cada tercería y la presente no es la excepción, motivo por el cual procedemos a estudiar cada uno de esos casos, aplicables, claro está a las tercerías de dominio excluyente.

TRÁMITE DE LAS TERCERÍAS DE DOMINIO EXCLUYENTE DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO

¹¹⁸ **MORALES** Guillen Carlos, obra citada página 428.

¹¹⁹ Ídem., obra citada, página 429.

El Art. 358.I. del CPC, dispone: *“Al tercero opositor en proceso ordinario se concederá en causas de hecho y sólo en primera instancia, un término de prueba de diez a veinte días que será común a las partes”*

Como se podrá advertir esta disposición solo será procedente cuando el proceso ordinario sea de hecho, vale decir que exista controversia y no de derecho, calificación que ocurre al momento de dictar el respectivo auto de relación procesal.

Otra cuestión que debe tomarse en cuenta, es que dicho término probatorio, independientemente de que el proceso ordinario haya sido declarado como de hecho, solo podrá ser concedido en primera instancia y no en segunda instancia.

De donde se deduce que si el tercerista presenta su pretensión en segunda instancia, estaría conminado a demostrar la misma con prueba idónea y documental, precisamente por que no podrá en esta instancia demostrarla con otros medios probatorios circunstanciales.

Complementando lo anterior, el párrafo II del Art. 358 del CPC, establece: *“Si la tercería fuere presentada antes del vencimiento del plazo probatorio, en lo principal se la substanciara sin interrumpir este plazo, vencido el cual podrá proseguir al adicional hasta completarlo”.*

En los procesos ordinarios, si se califica el mismo como de hecho, en aplicación del Art. 354 del CPC, el juez puede fijar un término probatorio de 50 días como máximo y 10 días como mínimo. En consecuencia si la tercería se la presente antes de que concluya el referido plazo, se tramitará la tercería sin interrumpir el mismo y luego de vencido el mismo y se requiere mayor tiempo para acreditar determinados aspectos de la tercería, se fijará el plazo complementario que señala el párrafo anterior, esto es, diez a veinte días.

El párrafo III, indica que *“Si la tercería fuere presentada después de vencido el plazo de prueba en lo principal o en segunda instancia, será sustanciada como incidente de puro derecho”.* Nótese que el párrafo contiene dos aspectos que es preciso aclarar: **a)** si la tercería es presentada después de vencido el plazo que señala el Art. 354 o en segunda instancia, se la tramita como incidente de puro derecho (Arts. 364.II) y no de hecho, **2)** el término de prueba únicamente se abre cuando se la presenta antes o durante la vigencia del término de prueba y si se lo presente luego, pudiendo ser esta posibilidad en primera instancia o en segunda instancia, ya no se puede abrir ningún término probatorio.

TRAMITE DE LA TERCERÍA DE DOMINIO EXCLUYENTE EN PROCESOS EJECUTIVOS.

Conforme lo previsto por el Art. 513 del CPC, es viable la presente tercería y en razón de ello debemos señalar que en primera instancia su trámite se lo realiza conforme lo previsto por el Art. 364 del CPC, siempre que sea calificado como incidente de puro derecho y si es de hecho se aplicará las reglas del Art. 152-154 del adjetivo civil.

TRAMITE DE LA TERCERÍA DE DOMINIO EXCLUYENTE EN SEGUNDA INSTANCIA.

El tercero que no ha sido parte en un proceso tiene todavía un medio de defensa contra la sentencia que se pretende ejecutar en su perjuicio, para lo cual, tiene expedita la oportunidad de oponerla en segunda instancia, acreditando el derecho con título auténtico debidamente inscrito en el Registro de Derechos Reales o en cualquier otro registro público, como por ejemplo en el caso de los teléfonos COTES, movibilidades Unidad Operativa de Transito, etc., siempre que el registro se haya realizado antes de la inscripción del embargo o del título contra el que se plantea la tercería.

El trámite que debe seguirse en segunda instancia esta regulado por el Art. 359 del CPC, que señala: *“Toda tercería excluyente interpuesta en segunda instancia, será tramitada en la forma indicada en el párrafo III del artículo precedente (358). Para ser admitida, deberá estar*

acompañada precisamente de un documento público o privado reconocido que demuestre el dominio sobre el inmueble o mueble sujeto a registro, debidamente inscrito en la repartición que corresponde con anterioridad a la inscripción del embargo o del título contra el cual se opusiere”

De dicha norma se establece , a) Que imperativamente el tercerista deberá de adjuntar a su escrito o memorial, prueba documental idónea mediante la cual demuestre objetivamente su derecho real sobre el bien objeto de la litis; b) No se podrá pedir la apertura de ningún término probatorio, por cuanto se lo tramitará como incidente de puro derecho en virtud a lo previsto por el Art. 364.II del CPC.

TRAMITE DE LA TERCERÍA DE DOMINIO EXCLUYENTE EN EJECUCION DE SENTENCIA.

El presente trámite se aplica prácticamente a todos los procesos judiciales, tanto de conocimiento, como de ejecución y especiales.

El Art. 360.I indica: *“En ejecución de sentencia sólo procederá la tercería de dominio excluyente. Se le dará el trámite de incidente de puro derecho”.*

Este primer párrafo normalmente provoca confusión, por cuanto de la lectura del mismo parecería que en esta instancia procesal solamente se puede presentar la tercería de dominio excluyente, pero ello es errado, por cuanto las tercerías de derecho preferente de pago también pueden ser presentadas y tramitadas en esta etapa de ejecución, en virtud a lo previsto en la última parte del Art. 363 del CPC.

En la segunda parte del párrafo, se aclara que al igual que en segunda instancia, en esta etapa procesal no se podrá abrir ningún término probatorio y su tramite será el de un incidente de derecho.

El párrafo II del referido Art. Dice: “El tercerista además de probar, en la forma prevista por el artículo precedente su derecho y dominio sobre los bienes embargados, deberá acompañar, con la demanda, un depósito judicial bancario por el valor del cinco por ciento de la base en que hubiere de realizarse la subasta”.

Si sobre el bien objeto de la tercería, ya se habría ejecutado las diligencias previas al remate (Art. 536 del CPC), consideramos que es viable este depósito, por cuanto conocemos a cabalidad cual es la base de la subasta, pero que ocurre si se ha llegado a declarar ejecutoriada la sentencia, pero no existe aún las diligencias previas al remate, ¿Cómo se puede saber a cuanto haciende el mencionado 5 %...?.

Como se podrá evidenciar este calculo no puede ser subjetivo, en razón a que el párrafo III de la misma norma legal nos advierte que si la tercería se declara improbadada dicho depósito pasa a favor del Poder Judicial. Merced a estos antecedentes y admitiendo la necesidad de sancionar al tercerista de mala fe que con el único objeto de suspender el remate pudiera indiscriminadamente presentar esta clase de tercerías , sugiero que se deba de complementar el párrafo II del Art. 360 y se establezca que si no existe dicho avalúo, al momento de interponerse la Tercería, el juez de oficio pueda emplazar bajo sanción pecuniaria a que en un plazo perentorio, tanto el tercerista juntamente con el demandado, deban de cancelar a prorrata y por ende presentar el respectivo avalúo sobre el bien objeto de la litis. Solo de esta forma creemos se podrá establecer en forma objetiva el monto exigido por nuestro legislador, que reiteramos deberá de calcularse en virtud a la base del remate o sea el avalúo.

OPORTUNIDAD DE LA TERCERÍA DE DOMINIO EXCLUYENTE.

Todo acto procesal, en el ámbito del Derecho Procesal Civil, esta sujeto a un tiempo y espacio, precisamente porque esa es una característica esencial de todo proceso, activándose en cada etapa la denominada preclusión.

Merced a dichos antecedentes debemos puntualizar el hecho de que luego de haber repasado las distintas situaciones probables en la tramitación de esta tercería, la misma por mandato expreso del Art. 363 solo puede ser interpuesta:

En el caso de los bienes inmuebles o muebles sujetos a registro, hasta antes de dictarse el auto de aprobación del remate.(Art. 545.II CPC).

En el caso de bienes muebles, hasta el remate propiamente dicho, aclarándose que en relación a los bienes muebles, imperativamente deberá de demostrarse el interés legítimo a través de la prueba documental (Art. 361 CPC), estando proscritos los otros medios probatorios.

TERCERÍA DE DERECHO PREFERENTE.

El tercerista básicamente solicita al juez o tribunal que se le reconozca el derecho preferente de pago que tuviera en relación al bien mueble o inmueble que le pertenecería al deudor y que estaría siendo afectado por el actor y acreedor , dentro el proceso, vale decir que la tercería de derecho preferente de pago es el medio idónea mediante el cual se estaría pretendiendo hacer prevalecer el derecho de preferencia de crédito, que esta ampliamente regulado por el Art. 1341 y sgtes del C.C. Por esta razón en la doctrina se conoce a esta tercería con el nombre de tercería personal o de crédito.

TRÁMITE Y PROCEDENCIA DE LA TERCERIA DE DERECHO PREFERENTE DE PAGO.

El Art. 362.I. del CPC, señala que dentro de un mismo proceso sea este de conocimiento o de ejecución, solamente se podrá proponer hasta dos tercerías de derecho preferente de pago”, determinación esta que en la practica forense no se cumple por cuanto podemos encontrar casos en los cuales dentro un mismo proceso se tramita hasta cinco o seis tercerías de derecho preferente de pago y la razón fundamental es que el bien de propiedad del deudor, a sido gravado a favor de varios otros acreedores quienes enterados de la existencia de un proceso en aplicación del principio de prelación, presentan estas tercerías y el juez de la causa no les observa.

Por otra parte el límite de dos tercerías en un solo proceso, tiene su fundamento en el Art. 565 del CPC, por cuanto esta norma claramente indica que si existe tres o más acreedores sobre un mismo deudor, es viable la tramitación de un proceso concursal, iniciación que no puede ser de oficio sino a solicitud expresa de parte.

En consecuencia y refiriéndonos a la primera parte de este subtítulo, si existiría más de dos acreedores lo correcto desde el punto de vista legal, es que se interponga un proceso concursal y no se pretenda el cobro de sus créditos mediante la presentación de una tercería de derecho preferente de pago, pero ello no ocurre así y el juez tampoco puede limitar esta situación, por cuanto el Art. 362 del CPC, no indica que deberá de rechazarse por decir al tercero tercerista y si el término “podrá” se lo interpretaría en sentido imperativo prohibitivo, la mayoría de los jueces del país no lo interpretan en este sentido.

El parágrafo II del Art. 362 señala:“El tercerista deberá acompañar a su demanda los documentos que demuestren la prioridad del registro de sus derechos sobre los bienes embargados”, requisito este que es prioritario, por cuanto solo a través de la presentación de documentación idónea y acorde a derecho será admitida la tercería. En el caso de los bienes muebles sujetos a registro y los bienes inmuebles, no existiría mayor problema por cuanto existe una oficina de registros públicos en donde puede uno obtener una certificación del grado de prelación de su gravamen en relación al bien objeto del litigio, pero con relación a los bienes muebles propiamente dichos, ello no es posible, razón por lo cual consideramos que lo coherente sería acompañar al escrito de tercería, un documento idóneo que acredite su derecho del acreedor con relación al bien mueble, como por ejemplo el acta de embargo debidamente legalizado por el juez de la causa, documento en donde se establece la fecha del embargo o el mandamiento de secuestro debidamente ejecutado.

El párrafo III del Art. 362, dispone expresamente que la presentación de esta tercería no suspende la subasta del bien objeto de la litis, situación totalmente distinta a la tercería de dominio excluyente, lo cual es lógico puesto que a diferencia de la anterior tercería, en la presente el tercero busca el pago de su crédito y ello solo es viable a través de una cantidad de dinero, de forma tal que si se monetiza el bien , es favorable a sus intereses.

Son tercerías de preferencia que buscan obtener que se pague preferentemente un crédito con el producto de los bienes embargados.

Al respecto, nuestra legislación prescribe que en un proceso ejecutivo o de conocimiento, se pueden plantear hasta dos tercerías de derecho preferente al pago, así lo dispone el párrafo primero del art. 362. Se aclara que cuando la norma se refiere al pago, parecería que únicamente rige para los ejecutivos lo que no es evidente ya que no especifica en ese sentido.

El párrafo segundo, condiciona su procedencia al acompañamiento de prueba documental para probar la prioridad del registro de los derechos del tercerista sobre los bienes embargados, obviamente con anterioridad al embargo. Esta tercería, llamada también de mejor derecho, por regla general emana siempre de un privilegio especial, es decir, de la situación en que un crédito se encuentra con relación a otro, frente a determinados bienes, lo que implica siempre prueba documental preconstituida. Se caracteriza porque en ella el tercerista no dice que los bienes embargados son de su propiedad, sino que, tratándose de un proceso ejecutivo por citar un ejemplo, demuestra que tiene derecho preferente frente al ejecutante o frente al ejecutado, para cobrar otro crédito del producto de la cosa vendida judicialmente. Es decir, aduce la existencia de otro crédito a su favor sobre el bien hipotecado de propiedad del ejecutado o demandado y que, producida la subasta debe cobrar con preferencia frente a cualquier otro crédito. Esto justifica que una vez opuesta la tercería, la subasta no se suspende conforme dispone el último párrafo de la norma en análisis.

OPORTUNIDAD.-

Conforme lo previsto por el Art. 363 del CPC, las tercerías de derecho preferente de pago , solamente serán viables en su admisión y tramitación, hasta antes del pago al ejecutante, lo cual ocurre una vez que se ha aprobado el respectivo remate (Art. 531 CPC).

EFFECTOS DE LA RESOLUCION QUE RESUELVE TANTO LA TERCERÍA DE DOMINIO EXCLUYENTE, COMO DE DERECHO PREFERENTE DE PAGO.

El Art. 364.III establece que si la tercería de dominio excluyente es declarada probada, se ordenara el desembargo inmediato del bien o la cancelación de cualquier otra medida precautoria que exista sobre el mismo. Vale decir que se estaría extrayendo al referido bien , del litigio.

Y a su vez el acreedor podrá ampliar la ejecución sobre otros bienes que pudiera tener el deudor o el fiador, en estricta aplicación de los Arts. 156 y sgtes, así como el 506 y otros del CPC.

Con relación a la tercería de derecho preferente de pago debemos indicar que si la misma es declarada probada , el juez ordenara se le cancele en efectivo su acreencia, con el producto del remate.

Finalmente indicar que si una tercería de dominio excluyente o derecho preferente es interpuesta dentro un proceso ordinario y en primera instancia, independientemente de su resultado , sea declarada probada o improbada, luego de declararse su ejecutoria, la misma adquirirá calidad de cosa juzgada material, vale decir que no podrá modificarse su resultado en otro proceso posterior.(Art. 366.I)

Si cualquiera de estas dos tercerías fuera interpuesta en segunda instancia, en ejecución de sentencia o en proceso ejecutivo, tendrá el valor de cosa juzgada formal y por ende podrá ser

anulada o modificada en otro proceso posterior el cual deberá de ser formalizado dentro el término fatal de treinta días a partir de la ejecutoria de la resolución que resolvió la tercería, aclarando que dicha modificación o anulación será procedente ya sea cuando se admitió o se rechazó la tercería.

INADMISIBILIDAD DE LAS TERCERIAS.

Nuestro legislador expresamente señala a través del Art. 365 del CPC que en la etapa de casación no será admisible ninguna clase de tercerías.

COSTAS PROCESALES

El Art. 367 establece: "En la resolución que declare improbada la tercería se condenará en costas al tercerista. En la que declare probada la tercería se condenará en costas al demandante principal o ejecutante".

En relación a esta disposición cabe realizar las siguientes consideraciones:

Raúl es una persona que llegó a prestar a Jorge la suma de \$us. 5.000 y tiene a su favor una hipoteca sobre un inmueble que cuesta \$us. 60.000. Lo peculiar de esto es que en primer lugar con un gravamen hipotecario esta Banco Sol, institución que gravó la suma de \$us. 10.000 y luego en segundo lugar esta Raúl a quien no se le cancelo un solo centavo, de forma tal que decide iniciar el respectivo proceso judicial y en su primer escrito, enterado de la existencia de un gravamen anterior a él, reconoce expresamente a través de dicho memorial que si se llega a subastar el referido inmueble , primero se cancele el crédito de Banco Sol y con el remanente se pague su deuda.

No obstante de esta situación, en el transcurso del proceso Banco Sol a través de sus representantes, opone tercería de derecho preferente de pago, la cual en aplicación del Art. 1393 del C.C., se la declara probada y con costas a la parte ejecutante.

Esta situación en la practica forense es muy común y ello nos parece que no es equilibrado, es por ello se sugerimos se modifique la redacción del Art. 367 del CPC de forma tal que si el actor reconoce expresamente y en forma voluntaria, antes de la presentación de la tercería, especialmente de derecho preferente de pago, el derecho de ese tercero, no debiera de imponérsele costas procesales puesto que no se le esta causando ningún agravio al tercero.

LA COLUSIÓN.-

EL Art 368 del CPC señala: "Si resultare evidente que el tercerista actúa en colusion con el demandado el juez ordenará pasar antecedentes al juez en lo penal para el enjuiciamiento respectivo, sin perjuicio de que tanto a aquellos como a sus abogados se les imponga sanciones disciplinarias por obrar contra los deberes de lealtad , buena fe y probidad."

Con el objeto de evitar fraude , nuestro legislador advierte a través del presente artículo que esta prohibido que un tercerista confabule con el demandado , en perjuicio no solo del actor , sino de la administración de justicia, pudiendo ser sancionados no solo en la vía penal, sino también disciplinario.

FACULTAD DEL TERCERISTA.-

El Art. 369 del CPC establece: "El tercerista en cualquier momento hasta antes de aprobarse el remate, podrá obtener el desembargo del bien pagando el capital, interese, y costas en caso de no haber probado que los bienes embargados le pertenecían", disposición que esta en relación con lo previsto por el Art. 541 del CPC.

De la lectura de esta disposición se extrae, a) Que no cualquier persona, "un tercero", puede pagar el crédito del deudor, sino imperativamente aquella persona sobre la cual se haya declarado improbada su tercería; b) Que esta facultad no procede sino con la tercería de dominio excluyente; c) Deberá de cancelar la totalidad del crédito, más las costas procesales. Solo después de ello logrará que se liberen los bienes embargados.

Cabe argumentar no por el hecho de que el tercero pague la totalidad del crédito del deudor, los bienes pasan a su propiedad, sino simplemente logra que no se ejecute los mismos y luego si considera conveniente, el tercerista podrá realizar por ejemplo una acción de repetición en relación al deudor, para recuperar dichos dineros.

CAPITULO 13

DE LOS INCIDENTES Y LAS COSTAS PROCESALES

Toda norma jurídica deberá estar constituida en virtud a la Validez, Justicia y Eficacia.

Norbertho Bobbio

GENERALIDADES.

En todo proceso, la acción o pretensión principal normalmente es propuesta por el actor y a la vez esta es respondida por el demandado, de forma tal que es en torno a dichos aspectos que se tramita el proceso.

Pero en el desarrollo del mismo, se pueden presentar determinados asuntos que incumben a las partes , pero no tienen relación con el proceso principal, vale decir que son cuestiones accesorias al proceso, es una especie de contienda, dentro de otra contienda.

No obstante de ser una cuestión accesoria al proceso principal, el juez de la causa debera de resolverlos en forma inmediata y expresa por cuanto de no hacerlo no podrá avanzar el proceso en cuestión y por ende no podrá dilucidar el tema de fondo.

A estas cuestiones accesorias se las a llegado a denominar incidentes están previstas hoy en día en varias áreas del derecho, como ser en materia penal, civil, constitucional, etc.

CONCEPTO DE INCIDENTE.

Etimológicamente deriva del latín "incidens" o "incidere" que significa cortar , interrumpir, suspender.

El procesalista Hugo Alsina establece que incidente es " lo que sobreviene accesoriamente en algún asunto o negocio fuera de lo principal y, jurídicamente hablado, la cuestión que sobreviene entre los litigantes durante el curso de la acción principal "

Carnelutti, considera que incidente "son todas las cuestiones que caen entre la demanda y la decisión, en el sentido de que deben ser resueltas antes de que se decida la litis, habida cuenta que la decisión de la litis, a su vez, no se resuelve en otra cosa que en la solución de cuestiones."

Nuestro legislador, comparte dichos conceptos y los expone a través del Art. 149 del CPC que establece:"(Principio). Toda cuestión accesoria que sugiere en relación con el objeto principal de un litigio se tramitará por la vía incidental"

Palacio señala: "Denominase incidentes a todas las cuestiones contenciosas que puedan surgir durante el desarrollo del proceso y guarden algún grado de conexidad con la pretensión o petición que constituye el objeto de aquel".¹²⁰

REQUISITOS DE TODO INCIDENTE.-

Si bien nuestro legislador no hace referencia a este aspecto, según la doctrina ecuatoriana, representada por Peña Herrera, señala que todo acto que pretenda ser catalogado como incidente deberá de cumplir con los siguientes requisitos:

1. Deben tener relación directa con el asunto que se ventila, en la forma y en el fondo
2. Aunque relacionados al asunto, si fueran incompatibles con el estado o naturaleza del proceso deben ser rechazados.
3. En algunos casos corresponde someterlos a prueba.

CLASES DE INCIDENTES.-

Según la doctrina se ha establecido varias clases de incidentes:

INCIDENTES AUTÓNOMOS¹²¹.

Son todos aquellos incidentes que han sido objeto de una específica reglamentación legal por parte del legislador, encuanto se refiere al modo en que deben sustanciarse, como por ejemplo, la recusación o las tercerías. Según algunos autores también se denomina a este tipo de incidentes como originarios.

INCIDENTES GENÉRICOS.

Son aquellos incidentes que no tienen un trámite específico e imperativamente deberán de someterse a las reglas genéricas previstas para este tipo de incidentes por parte del legislador, como por ejemplo , incidentes de nulidad, de desembargo, etc., los cuales deberán de resolverse en virtud a las reglas previstas en el Art. 149 y sgtes del CPC. Denominados por algunos autores estos incidentes como especiales.

INCIDENTES SUSPENSIVOS

Según la doctrina, los incidentes no debieran de suspender el trámite principal , pero existen algunos que por sus características, si tienen este efecto .Este tipo de incidentes es reconocido en nuestra legislación a través del Art. 150 que señala: " Los procesos no suspenderán la tramitación del proceso principal, a menos que hubiere disposición expresa de la ley o que en casos excepcionales, así lo resolviere el juez cuando fuere indispensable por la naturaleza de la cuestión planteada."

De lo transcrito se entiende que el efecto suspensivo de un incidente podrá ser determinado LEGALMENTE , por ejemplo lo previsto en el Art. 544.II del CPC o a través del CRITERIO JUDICIAL del juzgador, como por ejemplo lo señalado en el Art. 440.II y III.

INCIDENTES NO SUSPENSIVOS.-

La regla es que ningún incidente suspenda el trámite especial , vale decir que la mayoría de los incidentes son de esta clase y su fundamento en la legislación nacional la encontramos en la primera parte del Art. 150 que establece: " Los incidentes no suspenderán la tramitación del proceso principal..."

INCIDENTES DE DERECHO.-

¹²⁰ LINO, Palacio Enrique. Obra citada , Pág. 804.

¹²¹ LINO, Palacio Enrique. Obra citada Pág. 805.

Son aquellos incidentes para cuya resolución no se precisa de ningún término probatorio en razón a que son lo bastante claros en cuanto a su procedencia o no procedencia, debido en parte a la prueba preconstituida con la que fueron presentados o por los argumentos expuestos tanto en la presentación como en la contestación.

Nuestro legislador reconoce esta clase de incidentes a través del Art. 152 del CPC que establece: "*Si el incidente fuere admitido se correrá traslado a la otra parte para contestarlo dentro de tres días perentorias, vencido los cuales **si hubiere cuestiones de hecho que probar el juez abrirá de inmediato el plazo probatorio de seis días***"¹²²

Conforme se puede apreciar, la clasificación de un incidente de hecho y otro de derecho, el legislador lo a dispuesto a criterio del director del proceso, lo cual nos parece adecuado, asumiendo que es él quien deberá de resolver el mismo.

INCIDENTE DE HECHO.

Son todos aquellos en los cuales si bien existe controversia, para dilucidar la misma es insuficiente lo argumentado, tanto en la presentación como en la contestación, razón por lo cual a fin de resolverlo en base a criterios objetivos y conforme al principio de congruencia, el juez de la causa deberá de abrir un termino probatorio, en el cual las partes, ofrecerán y producirán sus pruebas, en estricto cumplimiento del principio de la carga de la prueba.

Este tipo de incidentes esta previsto en nuestra legislación a través del Art. 152 y 153 del CPC.

FORMAS DE RESOLUCIÓN DE UN INCIDENTE.

El Art. 154.I del CPC, es preciso al respecto por cuanto nos indica: "Contestado el traslado, vencido el plazo o recibida la prueba o si ninguna de las partes la ofreciere ni se ordenare de oficio, el juez sin más trámite, dictará resolución"

Básicamente dicho párrafo prevé las dos posibilidades previstas para los incidentes de derecho y las dos posibilidades para los incidentes de hecho y luego de concluidas las mismas el juez de la causa deberá mediante un auto interlocutorio declarar probado o rechazado el incidente.

En caso haberse presentado simultáneamente varios incidentes, los mismos podrán ser resueltos en un solo acto a través del respectivo autor interlocutorio, lo cual se justifica en virtud al principio de economía, concentración y celeridad.(Art. 154.II)

La parte que se sienta agraviada con dicha resolución podrá interponer recurso de apelación en virtud a los Arts. 219 del CPC y el 180.II de la NCPE., no siendo viable el recurso de reposición por tratarse de un auto interlocutorio definitivo.

RECHAZO DEL INCIDENTE

Asumiendo que un incidente tiene por objeto tratar una cuestión accesoria del proceso, muchos abogados se exceden en el uso de este instituto procesal y prácticamente incidentan de las cuestiones más inimaginables, como por ejemplo, la falta de uno de los nombres del impetrante, el no cumplimiento de los márgenes en los escritos, etc.

Es con estos antecedentes que el juez desde el primer momento de la presentación del incidente ya puede acudir a los mecanismos que el legislador lo ha otorgado a través de la ley para regular el uso de este instituto procesal.

¹²² Dentro lo que se refiere los incidentes autónomos, como es el caso de las Tercerias, también se ha previsto los incidentes de derecho y los de hecho.(ver 364.II CPC)

Por lo tanto si el director del proceso considera manifiestamente improcedente o impertinente el incidente, no tiene siquiera la obligación de admitirlo o correr traslado, sino que directamente pueda rechazar dicho incidente. (Art. 151).

Pero dicho rechazo no es simple, sino más por el contrario en aplicación del Art. 155.I, dicho rechazo contendrá la imposición de costas procesales y una multa pecuniaria a favor del tesoro del poder judicial.

Dicha multa podrá ser aumentada progresivamente y en forma geométrica, vale decir que si le multan con Bs. 50 la primera vez, en la segunda será Bs. 100 y luego Bs. 200, etc.

El referido auto interlocutorio de rechazo podrá ser impugnado a través del recurso de apelación en cumplimiento del Art. 219 del CPC y 180.II de la NCPE, aclarando que no procedería recurso de reposición por tratarse de un auto interlocutorio definitivo.

COSTAS Y SANCIONES EN CASO DE DECLARARSE IMPROBADO EL INCIDENTE.

Luego de haber sido admitido el incidente y tramitado acorde a las normas procesales, el juez de la causa deberá resolver el referido incidente de dos formas, declarándolo probado o improbadado el incidente.

La parte que se considere agraviada con dicha resolución podrá interponer en el término previsto por ley el respectivo recurso a fin de revertir el mismo.

Para el caso de autos, es imprescindible que estudiemos los efectos de una resolución de que declara improbadado el incidente y ante esta eventualidad debemos manifestar que si fue declarado improbadado, al margen de imponerle costas procesales al incidentista, conforme indica el Art. 155, se le impondrá una multa pecuniaria fijada por el juez de la causa, la cual aumentará progresivamente y en forma geométrica, situación que fue explicada gráficamente líneas arriba.

Estableciendo expresamente el juez de la causa que previa a la presentación de cualquier otro escrito, deberá de realizar el respectivo depósito de la multa impuesta en dependencias de tesoro judicial, lo cual se acreditará a través de la papeleta de depósito.

Si el juez de la causa observara en la conducta de los sujetos procesales y sus abogados, conductas contrarias a las reglas de probidad, independientemente de las costas procesales y las multas a ***favor del tesoro judicial***, podrá declarar la temeridad de dichas conductas, imponiéndoles en forma individual a cada uno o en forma conjunta (cliente y abogado, pese a que este último no es parte del proceso, Art. 51 CPC), multas pecuniarias ***pero a favor de la parte victoriosa***, independientemente de lo señalado en el Art. 196.6 del CPC.

COSTAS PROCESALES ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Es en el Derecho Romano que por vez primera se habla de los gastos del litigio, con la aparición de procedimientos más complicados extensibles inclusive a los magistrados mediante las "spot las" que constituían una manera de retribución económica.

La legislación francesa vigente en la Edad Media es la pionera en instituir el pago de una multa contra quien perdía el juicio. Con el transcurrir del tiempo la cotidiana aplicación la convierte en costumbre y muchas ordenanzas de la época la adoptan para condenar al perdedor al pago de los gastos del pleito.

Posteriormente, España, Italia y otros países de Europa, incluyeron en sus códigos procesales el pago de los gastos del juicios denominados por primera vez como costas, correspondiendo cancelarlas a los que litigaron con temeridad, culpa o mala fe.

Con el tiempo las legislaciones modernas establecer la gratuidad de la justicia y los operadores de la ley, que son los jueces reciben en estipendio pagado por el Estado en retribución a su labor de administrar justicia a partir de entonces el pago de los gastos y costas , solamente beneficia a la parte victoriosa como sucede hasta nuestros días.¹²³

CONCEPTO DE COSTAS PROCESALES.

Reus indica: " la palabra costas, implica todos los gastos que ocasionan la sustanciación de un proceso ,incluyendo los derechos que devengan los funcionarios determinados en los Aranceles , los honorarios de los abogados, de los peritos, comisiones del martillero, etc."

Lino Palacios: "Denominase costas a las erogaciones o desembolsos que las partes se ven obligadas a efectuar como consecuencia directa de la tramitación del proceso y dentro de él, como son el sellado de actuación, el impuesto de justicia, los honorarios de los abogados y procuradores o de los peritos, etc".

Continua el profesor Lino Palacios, diciendo: "Antiguamente los gastos judiciales se dividían en costas y costos, según se tratase de gastos fijos (papel sellado , remuneración de los actuarios, etc) o a fijarse (honorarios de los profesionales intervinientes)".

Nuestro legislador llega a conceptualizar el sentido de la palabra costas a través del Art. 199 y establece: "las costas del proceso comprenderán los diversos gastos justificados y necesarios hechos por la parte victoriosa, tales como los de papel sellado , timbres y otros reconocidos por el arancel de derechos procesales. Asimismo comprenderán el honorario de abogado y los salarios de las personas a quienes se refiere el parágrafo II del Art. 51."

Definición que nos parece sumamente acertada en cuanto se refiere al contenido y alcance de las costas procesales en materia civil, pero solo a fin de no provocar ninguna mala interpretación en el parágrafo III de dicho Art. Establece: "Los gastos correspondientes a pedidos desestimados serán de cargo de la parte que los formuló aunque la sentencia le fuere favorable en lo principal".

FUNDAMENTO DE LAS COSTAS PROCESALES.

Chiovenda, indica: "que la justificación de este instituto encuéntrase en que la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte a favor de la cual se realiza, siendo interés del comercio jurídico que los derechos tengan un valor posiblemente puro y contante.

La teoría desarrollada por dicho autor, según la cual el fundamento de la condenan en costas no es más que el hecho objetivo de la derrota, sitúa a la institución en el terreno estrictamente procesal y descarta la aplicación de teorías extraídas del derecho privado , que como la fundada en la presunción de culpa, no se aviene con la licitud que reviste el principio , el ejercicio del derecho de acción, ni con el alcance de dicha conocida que se limita a los gastos directa e inmediatamente producidos por el proceso y no comprende otros daños que puedan ser consecuencia de aquél.

La conclusión de Chiovenda, en efecto sólo remite a la necesaria incolumidad que debe revestir el derecho reconocido por una sentencia judicial por cuanto " el juicio , como medio de conseguir el ejercicio del derecho, no puede conducir sino a la declaración de éste en su mayor y posible integridad el derecho... debe reconocerse como si lo fuese en el momento de interponerse la demanda, todo lo que fue necesario para ese reconocimiento es disminución del derecho y debe reintegrarse al sujeto del derecho mismo a fin de que este no sufra detrimento por causa del pleito."

DOS SISTEMAS DE REGULAR LAS COSTAS . SISTEMA SUBJETIVO DE LA TEMERIDAD O MALA FE.

¹²³ **ÓRTIZ**, Linares Julio .Carácter indemnizatorio de las costas procesales. Dialogo Jurídico 5/2008., Editorial Consejo de la Judicatura. Edición 2008, Sucre-Bolivia.Pág.40.

Este sistema tiene su antecedente en la legislación española y se caracteriza por que solamente condena en costas a una de las partes cuando actúa temerariamente o con mala fe, es decir cuando conoce o notoriamente debe conocer que carece de razón, pero no obstante de ello demanda.

Si no se dan estas circunstancias, no se impone costa procesal alguna, de forma tal que cada parte costea sus respectivos gastos si son individuales y si eran actos conjuntos a prorrata se dividen los mismos.

Este sistema es criticado por ser en principio subjetivo, toda vez que hace depender la tasación e imposición de las costas a la apreciación del juez.

SISTEMA OBJETIVO DEL VENCIMIENTO.

Fue ampliamente estudiado y por ende desarrollado por el profesor Chiovenda y se caracteriza básicamente por que el perdedor es quien deberá de cancelar las costas procesales a favor del victorioso, prescindiendo de que su actuación pueda o no calificarse de dolosa o culposa, por que el que ha originado el proceso es en todo caso el vencido, directamente si es el demandante que actuó sin causa bastante o bien indirectamente si es el demandado por haber dado lugar a la litis por su actitud antijurídica.

Nuestra legislación procesal civil si bien aplica ambos sistemas, por el que tiene mayor preferencia es por el sistema objetivo, Así por ejemplo podemos citar ejemplos del sistema subjetivo a los Arts. 155.II, 198.II, etc de CPC y como ejemplos del sistema objetivo tenemos a los Arts. 237.1); 367.II; 511.I; 594 y otros más, de donde se deduce que nuestra legislación tiene mayor preferencia por el sistema objetivo.

CONDENACIÓN DE COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA.

El sistema objetivo esta presente en prácticamente todos los procesos contenciosos, excepto en los procesos de conocimiento (Ordinarios y Sumarios), de forma tal que explicaremos en forma precisa cual la forma en la cual se regula las costas en primera instancia en estos procesos.

El Art. 198.I. establece: "Cuando la sentencia declarare improbadamente la demanda en todas sus partes, se condenará en costas al demandante". De esta disposición se entiende con total claridad que si por ejemplo Pedro ha llegado a interponer en la vía ordinaria o sumaria cualquier tipo de demanda en contra de Rosa y luego de tramitada la misma acorde a derecho, se dicta sentencia declarando IMPROBADA la demanda de Pedro, se lo condenará a que pague a favor de Rosa las respectivas costas procesales, situación esta que nos parece coherente y acorde al sistema objetivo.

Pero el conflicto surge en lo previsto por el párrafo II del mencionado Art, el cual señala: "Será condenado en costas el demandado contumaz contra quien se hubiere pronunciado sentencia condenatoria". Con el fin de explicar lo antes citado continuemos con el ejemplo. En el hipotético caso de que la demanda de Pedro se la declare PROBADA, ello no es suficiente para que el juez le imponga a pagar costas procesales a Rosa que sería la demandada, por cuanto la norma antes citada, exige que el demandado cumpla dos requisitos para poder ser sancionado a pagar costas, a) por un lado que pierda la demanda y b) por el otro que haya sido declarado contumaz, vale decir rebelde, situación esta que nos parece reñido con el principio de igualdad que debiera estar presente en todo proceso judicial, por cuanto la demandada a sabiendas que perderá el proceso con el simple hecho de responder dentro el plazo previsto por ley o no abandonar el mismo, si bien perderá la demanda, con esa mínima participación habrá evitado pagar las costas procesales.

Merced a estos antecedentes se sugiere que tanto el párrafo I y II del Art. 198 sean derogados y en su lugar exista una disposición que establezca con precisión que en primera instancia, pagará costas la parte perdedora a favor de la parte victoriosa.

Continuando con el comentario del Art. 198 y toda vez que en los procesos de conocimiento esta permitido la reconvencción , a través del párrafo III, nuestro legislador indica que independientemente del resultado de la sentencia en procesos dobles no se procederá a la condenación de costas procesales.

Finalmente aclarar que según la practica forense cuando alguna institución gubernamental es declarada perdidosa en un determinado proceso judicial, en aplicación de las normas procesales a nivel civil, imperativamente deberá de ser condenada al pago de costas procesales, lo cual creemos es coherente con los principios de igualdad entre las partes, pero de un tiempo atrás, en el foro sucense, varios jueces manifiestan que el Estado esta liberado de pagar costas procesales en caso de ser perdidoso y su argumento lo encuentran en el Art. 39 de la ley 1178 que señala: "Los procesos administrativos y judiciales previstos en esta ley, en ninguno de sus grados e instancias darán lugar a condena de cosas y honorarios profesionales, corriendo estos a cargo de las respectivas partes del proceso" la S.C. 0021/2007.

En nuestro criterio al tratarse de un proceso ordinario, es inaudito que el Estado tenga este tipo de prerrogativas y más aun si la propia CPE en su Art. 180.III establece: "La jurisdicción ordinaria no reconocerá fueros, privilegios...", asimismo el Art. 113.II prevé : "En caso de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial de daños y perjuicios, deberá interponer la acción de repetición contra la autoridad o servidor público responsable de la acción u omisión que provoco el daño". Si bien sabemos que los daños y perjuicios no están comprendidos dentro lo que se denomina como costas, lo previsto en el Art. 113, es una muestra palpable que el Estado no es inmune a contraer obligaciones , a instancias de un jueces por ello que consideramos que si el Estado a través de cualquiera de sus instituciones a sido vencida en un proceso judicial, debiera de condenársele al pago de costas, por cuanto estoy seguro que si sería en forma inversa el particular si pagaría dichas costas a dicha institución y este criterio no nos parece ecuánime.

CONDENACIÓN DE COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Por disposición del Art. 237 del CPC, existen cuatro formas de resolver un recurso de apelación, aclarando que cada una de estas formas tiene repercusión gravitante en lo que se refiere a las costas procesales.

-Si se confirma totalmente la resolución impugnada, implica ello que quien interpuso el recurso de apelación , no fue favorecido con el auto de vista y ante esta eventualidad , el legislador a establecido que se le deba de condenar a pagar las costas procesales correspondientes a esta instancia. La frase "con costas en ambas instancias", solamente es aplicable a los procesos de conocimiento, en razón a que según el Art. 198.II, pudiera darse que la parte perdidosa, no haya sido condenada a pagar costas en primera instancia por no haber sido declarada contumaz, pero si esta parte recurrió la sentencia y la misma se confirmo en forma total, deberá de pagar tanto las costas de primera instancia, como de segunda instancia.

-Sin se confirma en forma parcial, la resolución impugnada , se sobreentiende que quien interpuso el recurso logro demostrar a través del recurso de apelación haber sufrido , aunque minimamente un agravio de la resolución de primera instancia. Ante esta eventualidad no se le condena al pago de costas.

-Si se revoca en forma total o parcial la resolución, ello implica que el apelante si tuvo razón para impugnar la resolución de primera instancia, de forma tal que no se le impone al pago de ningún tipo de costas en segunda instancia y se sobre entiende que en primera instancia, las costas impuestas quedan sin efecto.

-Finalmente si se anula la resolución de primera instancia, ello no implica para las partes del proceso, ningún tipo de condenación de pago de costas y más por el contrario a quien se le impondrá una multa es al juez a quo.

Finalmente al igual que lo previsto en el Art. 198.III del CPC, el párrafo II del Art. 237 establece que si existe doble apelación no habrá condenación de costas.

CONDENACIÓN DE COSTAS PROCESALES EN CASACION.

El Art. 273 del CPC, establece que si se declara infundado el recurso, debido a no encontrarse violación alguna a la ley o leyes acusadas, el recurrente, será condenado al pago de costas, correspondiente a esta instancia procesal.

TASACIÓN Y ORDEN DE PAGO.-

Aclarar en principio que tanto la tasación como la orden de pago corresponden a la instancia de ejecución, vale decir que la resolución en la cual se llegó a condenar en costas se la ha declarado ejecutoriada y lo que corresponde es simplemente efectivizar o materializar el pago de dichas costas procesales.

De igual forma cabe puntualizar y recordad que acorde al Art. 199 del CPC, las costas procesales básicamente comprenden dos aspectos los gastos indispensables para la tramitación del proceso¹²⁴, como ser valores judiciales, timbres, etc, y los honorarios de terceros, entre los cuales estarían los profesionales abogados.

Realizada esta puntualización y acorde al Art. 200, se entiende que la tasación no es sino el calculo que debe realizar el secretario o actuario de un juzgado o tribunal por orden del juez , de todos los valores judiciales que se llegó a gastar y que se encuentran dentro el expediente. El plazo que otorga nuestro legislador a dicho funcionario judicial para que realice la respectiva tasación (calculo) de esta parte de las costas es de 48 horas, tiempo en el cual elaborara la respectiva planilla de costas procesales.

Esta planilla sera corrida en traslado a ambas partes del proceso a fin de que puedan observar en el plazo de 24 horas y de no existir una observación se declarará ejecutoriada dicha planilla o tasación.

Luego de ello recién puede el interesado pedir al director del proceso la respectiva regulación de los honorarios profesionales del abogado o de otras personas (Arts. 201,199 y 51 CPC), regulación con la cual nuevamente se deberá de correr en traslado, para que se le emplace al condenado a que dentro el término de tres días a partir de su legal notificación pueda voluntariamente depositar en estrados judiciales los dineros correspondientes, expresados tanto en la planilla de costas, como lo referente a los honorarios profesionales.

Sin dentro de dicho término no cancela voluntariamente el obligado ese monto se podrá exigir el cumplimiento coactivo de dicha resolución.

LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN TORNO A LA REGULACIÓN DE HONORARIOS PROFESIONALES DE LOS ABOGADOS.

Como manifestamos en el tema siete, existen dos formas de regulación de honorarios de un abogado, por un lado a través de un contrato de iguala o prestación de servicios profesionales y por el otro es mediante el Arancel Mínimo del Ilustre Colegio de Abogados.

Merced a estos antecedentes, cuando en el primer escrito se establecía que los honorarios se regulaban conforme al Arancel, al momento de pedir en ejecución de sentencia, la regulación de dichos honorarios, simplemente el juez regulaba los mismos en base a dicho arancel , así por

¹²⁴ Lo manifestado en esta parte creemos que deberá de ser revisado una vez que entre en vigencia lo señalado por el Art. 10 de la ley 025/2010

ejemplo en el caso de Sucre, este arancel menciona que para los procesos ejecutivos es Bs. 500, más el 10 % del monto demandado.

Pero luego de la emisión de la sentencia constitucional 1846/2004, que es una sentencia básica, se ha establecido que el arancel del colegio de abogados, solo tiene validez para regular los honorarios entre el abogado y su cliente y no repercute a terceros, de forma tal que no están obligados los jueces a regular dichos honorarios en base a dicho arancel.

Dicha sentencia en cuanto a sus efectos es sumamente negativa y la razón es simple: "los jueces si bien tienen la obligación de regular los honorarios del abogado de la parte victoriosa", lo regulan en virtud a criterios eminentemente subjetivos , llegando al absurdo de que en el caso por ejemplo de una tercería, un juez le regula sus honorarios en Bs. 300 y el otro en Bs. 800. En consecuencia considero pertinente que dicha línea jurisprudencial debiera de modificarse y establecer que si se ha cumplido el fin último proyectado al inicio del proceso , debiera de acatarse lo señalado en el arancel, pero si ello no fue así, se le debe regular en base a lo efectivamente realizado, actitud que se funda en el principio de proporcionalidad y efectividad.

CAPITULO 14 DE LA PRUEBA EN GENERAL

Si llevas a cabo una acción vergonzosa, no esperes mantenerla oculta. aunque lograras esconderla de los demás, tu conciencia siempre sabrá dónde está.

Isócrates

GENERALIDADES.

El aforismo español que precisa: "demostrarme los hechos y os diré sus derechos ", consideramos que resume la esencia misma de todo proceso judicial contencioso, en razón a que , las dos parte del proceso (actor – demandado), imperativamente argumentarán cuestiones contrarias, razón por lo cual el juez , de la única forma en la cual podrá administrar justicia, vale decir "dar a cada quien lo que le corresponda", será a través de la producción de la prueba y este es el razonamiento expuesto por nuestro legislador a través del Art. 190 del CPC.

Por tanto y sin temor a equivocarnos debemos aceptar que "toda norma jurídica condiciona a la producción de sus efectos a la existencia de determinada situación de hecho"¹²⁵, por consiguiente, la parte que en base a su argumentación pretende construir una determinada verdad formal, deberá de asumir el reto de contrastarla con la verdad real y ello solamente se lo puede hacer a través de la prueba.

La verdad real, muchas veces solamente es conocida y conservada en la memoria de uno mismo y de un ser supremo, al cual según su propia palabra ,nada se lo puede esconder y es precisamente ese el reto que debe vencerse en un proceso judicial, vale decir lograr que el juez de la causa sea capaz de llegar a conocer la verdad real, aspecto que en forma material no lo podrá hacer, pero es labor de las partes de un litigio construir la verdad formal que deberá de ser en la medida de lo humanamente posible fiel reflejo de la verdad real, situación que solo se puede lograr a través de la prueba.

CONCEPTO DE LA PRUEBA.-

Hugo Alsina sostiene: "La prueba es la comprobación judicial por los modos que la ley establece de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que pretenden las partes"

¹²⁵ PALACIO, Enrique Lino. Obra citada pág. 393.

Palacio establece: "la prueba es la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios establecidos por la ley y tendientes a crear la convicción judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones o defensas".

OBJETO DE LA PRUEBA.-

El objeto fundamental de toda prueba es acreditar la verdad o falsedad de determinados hechos y es en virtud a ello que la doctrina a logrado identificar dos clases de hecho, los que deberán de ser imperativamente probados y aquellos hechos excluidos de la prueba, mismos que pasamos a desarrollar.

HECHOS INCLUIDOS EN LA PRUEBA.

En principio debemos manifestar que son los **hechos afirmados**, por los litigantes (en sus primeros actos demanda – contestación), pueden constituir objeto de la prueba. Pero aquellos deben ser además de afirmados: a) controvertidos o sea afirmados por una de las partes y desconocidos o negados por la otra (afirmación unilateral), b) conducentes para la decisión de la causa. Puede suceder, en efecto que un hecho haya sido afirmado, pero que carezca de relevancia para resolver las cuestiones sobre las cuales versa la litis .En tal caso se dice que el hecho es inconducente.

HECHOS EXCLUIDOS DE LA PRUEBA.

Son aquellos **hechos no afirmados** por ninguna de las partes, dado que debe existir una ineludible correlación entre el contenido de la sentencia y las afirmaciones formuladas por las partes (Art. 190, CPC), es obvio que el juez no puede hacer mérito de un hecho que no haya sido afirmado por ninguna de ellas.

La regla por lo tanto es: "no podrán producirse pruebas sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos", conforme indica Carnelutti "los hechos no afirmados no son para el juez".

También están excluidos de la prueba **los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra**, toda vez que al ser admitidos ya no son controvertidos (afirmados bilaterales) y no precisan de ser probados .Pero esta regla tiene su excepción y sería dentro el proceso de divorcio, por cuanto no es suficiente para admitir la veracidad de determinados hechos la confesión de la parte contraria, sino que imperativamente deberá de demostrarse este aspecto mediante otros medios probatorios.

Finalmente están **excluidos los hechos notorios**, a los que Calamandrei, define como aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos , con relación a un círculo social o a un lugar o momento determinado, en la oportunidad en que ocurre la decisión.

CONCEPTO DE LOS MEDIOS PROBATORIOS.-

De inicio debemos señalar que la prueba y los medios probatorios no son lo mismo y en razón de ello debemos indicar que Palacio, dice: "*Son medios de prueba los modos u operaciones que referidos a cosas o personas, son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia o inexistencia de una o más hechos.*"

Del concepto antes citado, se infiere que todo medio probatorio, **a)**Entraña una actividad procesal, referida a un instrumento real o personal, sobre el cual recae la percepción judicial. **b)** Actúa como vehículo para lograr un dato a través del cual el juez determina la existencia o inexistencia de un hecho .Son fuentes de prueba en ese orden de ideas, las características de la cosa reconocida , el hecho consignado en el documento , el declarado por la parte, el testigo o el informante o aquél sobre el cual versa el dictamen pericial.

CLASES DE MEDIOS PROBATORIOS.

EN LA DOCTRINA.-

PRECONSTITUIDA.- Se llama prueba preconstituida, por que es una prueba que existen antes de la iniciación misma del proceso, así por ejemplo tenemos a la prueba documental.

CIRCUNSTANCIAL.- Estos medios de prueba imperativamente deberán de constituirse en el mismo proceso , sea a solicitud de las partes o por disposición del juez, por ejemplo, la testifical, pericial, inspección judicial, etc.

DIRECTA.- Por que de manera inmediata y sin necesitarse de intermediarios estos medios permiten al juez de la causa constatar los hechos, denominados por muchos como medios plenos, siendo un ejemplo de los mismos la inspección judicial.

INDIRECTOS.- Son aquellos medios , en los cuales el juez de la causa si bien conoce la situación de los hechos a probar, dicho conocimiento lo realiza a través de intermediarios , entre ellos tenemos a la prueba testifical, pericial, etc.

REPRESENTATIVOS DEL HECHO. Son aquellos medios que permiten gráficamente y en forma palpable poder conocer con gran precisión los hechos que se desea demostrar, entre ellos tenemos por ejemplo, las fotografías, las filmaciones, las reconstrucciones. Algunos autores las denominan también pruebas históricas.

NO REPRESENTATIVAS.- Son contrarias a las anteriores y se sobre entiende que estos medios no coadyuvan a establecer en forma precisa al juez la situación de los hechos, denominadas también por otros autores como impertinentes.

PLENAS.- Algunos medios probatorios, por sus características y naturaleza desde el punto de vista legal tienen mayor validez que otros medios probatorios, por ejemplo, la confesión , los certificados públicos, etc.

SEMIPLENAS.- Siguiendo con el criterio de la prueba tasada, debemos indicar que existen determinados medios probatorios dentro el derecho civil que no tienen tanta validez como otros, por ejemplo, la prueba testifical, los documentos privados, etc.

CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA

Nuestro legislador a través del Art. 373 del CPC, a establecido expresamente que son dos las clases de medios probatorios permitidos en nuestra legislación:

LOS MEDIOS PROBATORIOS MORALMENTE LEGÍTIMOS, AUNQUE NO ESPECIFICADOS EN EL CÓDIGO.

Si bien esta clase de medios probatorios en principio permite una amplitud de posibilidades a las partes para poder ofrecer determinados medios probatorios, según palabras del estudioso Morales Guillen tienen su fuente en la legislación argentina y a criterio de dicho doctrinario, nuestro legislador se hubiera "excedido" en preveer este tipo de medios probatorios, por cuanto se estaría dejando la posibilidad de admitir o no un determinado medio probatorio al criterio subjetivo del juez de la causa, por cuanto el tema moral, consideramos es un tema personal.

Contra poniéndonos a este criterio y asumiendo que nuestra actual legislación data de hace más de 25 años, creemos que a través de esta clase de medios probatorios se permitiría a las partes acudir a determinados medios probatorios que al momento de la promulgación de la norma procesal no existían, así por ejemplo el Consultor que es un medio probatorio cuyas raíces las encontramos en el Derecho Penal , pero que consideramos puede ser aplicable al Derechos Civil.

LOS MEDIOS PROBATORIOS LEGALES.-

Una segunda clase de medios probatorios previstos en el Art. 373, son precisamente los legales, que serían aquellos medios específicamente regulados en la legislación tanto adjetiva, como sustantiva civil, aclarando que nuestro legislador a través del Art. 374 del CPC, a señalado algunos de ellos, como ser, la prueba documental, confesión, inspección judicial, peritaje, testificación, presunciones y decimos algunos en razón de que el Art. 1285 del C.C, señala: "Son medios probatorios los que se establece en el título presente así como los señalados en el Código de Procedimiento Civil ", asumiendo que dicha disposición esta en concordancia con el Art. 373 y 374, también serían considerados como medios probatorios legales, el juramento (Art. 1324-1326) y la reconstrucción prevista en el Art. 439.3) del CPC.

REGLAS SOBRE SU ADMISIÓN Y VALIDEZ

El juez de la causa, no esta obligado como director del proceso a admitir cualquier medio probatorio , solamente por que este previsto en la legislación civil, imperativamente deberá de evidenciar si dicho medio probatorio cumple o no los requisitos tanto de admisión, como de validez, en este sentido , cabe puntualizar que los mismos son dos:

-LA PERTINENCIA DE LA PRUEBA.-

Cualquier medio probatorio ofrecido por las partes o producido de oficio , imperativamente deberá de ceñirse a los puntos de hecho fijados por el juez, por ejemplo si el juez solicita a la parte actora que demuestre, "que él llevo a poseer el terreno objeto de la litis desde hace diez años", al momento de ofrecer sus medios probatorios, el actor, no deberá solo de ofrecer los mismos, sino explicar al juez que es lo que pretende demostrar con estos conforme lo previsto en el Art. 380 que establece: "El escrito de proposición de prueba contendrá. 1) El hecho que se tratare de demostrar , con indicación de los medios de prueba que se ofrecieren", de no cumplirse con este requisito de la pertinencia, en aplicación del Art. 381, el juez podrá rechazar dichos medios probatorios, disposición esta que esta en total concordancia con el Art. 376 ultima parte.

La parte contraria, luego de haber sido notificada con el ofrecimiento de su prueba, en aplicación del Art. 382 del CPC, podrá objetar la misma en el término de tres días, por dos situaciones:

-Por no encontrarse la prueba propuesta de acuerdo con los hechos fijados por el juez, vale decir por ser impertinente.

-LA FORMA.

Todo los medios probatorios fundamentalmente legales, imperativamente tanto al momento de su ofrecimiento, como en la producción de los mismos exigen determinadas solemnidades, la cuales deberán de ser cumplidas a cabalidad, bajo causal de rechazo, así por ejemplo en el caso de la confesión, en aplicación del Art. 415 del CPC, al momento de ofrecer dicho medio probatorio, deberá de adjuntarse en sobre cerrado el interrogatorio o cuando se ofrece un perito (Art. 380.4), se deberá de señalar el número de su matrícula, etc.

En conclusión, diremos que los requisitos de admisión y validez de todos los medios probatorios previstos en nuestra legislación, son básicamente la forma y la pertinencia.

OBJECCIÓN A LA PROPOSICIÓN DE LA PRUEBA.

El juez en calidad de director del proceso , si bien puede de oficio rechazar la prueba que considere impertinente o que no cumpla con la forma (Art. 376,381), puede ocurrir situaciones en las cuales no lo haga, motivo por el cual correrá en traslado a la parte contraria, para que esta parte, dentro el término de tres días a partir de su notificación pueda objetar la misma en virtud a dos situaciones:

-Por no encontrarse la prueba propuesta de acuerdo con los hechos fijados por el juez, vale decir por ser impertinente, objeción que dará lugar a una resolución previa del juez, la cual podrá ser apelada en efecto devolutivo sin recurso ulterior.(Art. 382.II CPC).

-Por existir óbices legales en los medios probatorios ofrecidos, vale decir falta de forma, situación en la cual , el notificado, vale decir la parte que esta objetando, en dicho escrito, protestará probar conjuntamente con la causa principal los óbices legales que opondrá a las pruebas contrarias, las cuales deberán ser precisadas y resueltas en sentencia.(Art. 382.III).

CARGA DE LA PRUEBA.

Palacio, señala:"el problema de la carga de la prueba surge, en rigor, frente a la ausencia de elementos de juicio susceptibles de fundar la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes".

Calamandrei, establece:"comparando la función del juez con la del historiador , que mientras este último puede salir airoso de una investigación muy complicada acerca de los hechos pasados confesando, honestamente que no puede dar una solución, el juez siempre debe fallar la causa (Art. 1.II CPC), condenando o absolviendo y no está facultado por lo tanto para declarar que no ha podido decidirse. Es en virtud a esta situación que imperativamente deberá de establecerse determinadas reglas, mediante las cuales se conmine a las partes a que ofrezcan sus respectivos medios probatorios, a objeto de que a futuro se establezca sobre quien de ellas recaerá el perjuicio de no haberse ofrecido dichos medios probatorios."

Merced a estos antecedentes debemos señalar que el Art. 1283 del C.C. , establece que la carga de la prueba implica:"I. Quien pretenda en juicio un derecho debe probar el hecho o hechos que fundamentan su pretensión. II. Igualmente, quien pretende que ese derecho sea modificado, extinguido o no válido, debe probar los fundamentos de su excepción."El Art. 375 del CPC, dispone:"La carga de la prueba incumbe al actor en cuanto al hecho constitutivo de su derecho y al demandado en cuanto a la existencia del hecho impeditivo, modificadorio o extintivo del derecho del actor".

LOS HECHOS QUE DEBEN SER PROBADOR.

Decir que el actor debe probar su pretensión y el demandado su defensa, era algo que antiguamente se consideraba común, pero con el transcurso del tiempo se a previsto que ello es muy genérico y a al fecha lo que se ha establecido es que las partes deberán de probar básicamente tres clases de hechos.

LOS HECHOS CONSTITUTIVOS.

Que según la doctrina , serían los que le incumbe probar al actor, en razón a que deberá de demostrar cuales son los hechos que constituyen su derecho pretendido. Ante esta afirmación surge la pregunta:¿ que se debe entender por hecho constitutivo?, Palacio indica que es aquél hecho específico , del cual surge en forma inmediata el efecto jurídico pretendido.

LOS HECHOS IMPEDITIVOS.

La doctrina indica que estos hechos deberán de ser probados por el demandado y básicamente serían aquellos en los cuales existen ausencia de cualquiera de los requisitos generales o comunes, mediante los cuales se demostrarían la inconsistencia de los hechos constitutivos.

LOS HECHOS EXTINTIVOS.

Estos hechos, implican que la pretensión que exige el actor básicamente ya no existen, como por ejemplo en un proceso de ejecución sería la prescripción de la obligación , de ahí se entiende que este tipo de hechos deberán de ser demostrados por el demandado y en contraposición el actor probará los hechos constitutivos.

APRECIACIÓN DE LA PRUEBA.

La doctrina a establecido dos sistemas para poder valorar la prueba dentro de un proceso judicial:

PRUEBA LEGAL O TASADA.

En este sistema la eficacia y validez de la prueba se la establece mediante reglas vinculantes para el juez, quien debe atenerse a ellas con prescindencia de sus convicciones personales. Su origen histórico se remonta al primitivo derecho germánico en el cual, como es sabido, la prueba no tenía por objeto formar la convicción del juez sino obtener a través de ciertas experiencias (ordalías¹²⁶), la manifestación de la voluntad divina. Posteriormente el llamado proceso común o romano canónico acusó notablemente la influencia de dicho sistema que vino a sustituir, en importante medida al sistema romano de la libre convicción del juez. En los siglos XIII y XIV, como observa Wyness Millar, resulta patente la tendencia a la formulación de reglas muchas veces extravagantes, destinadas a predeterminar el valor de cualquier elemento probatorio. En materia de prueba testimonial por ejemplo, un testigo intachable hacia media prueba y un sospechoso menos de media, en tanto que un testigo intachable más uno sospechoso establecía más de media prueba.

PRUEBA DE LIBRE APRECIACIÓN DEL JUEZ O SANA CRÍTICA.

Paulatinamente la legislación fue apartándose de las reglas y prácticas antes explicadas y se orientó en el sentido de acordar a los jueces mayor libertad de apreciación de las pruebas, siendo un antecedente fundamental para ello el Decreto de la Asamblea Constituyente Francesa de septiembre de 1789, mediante el cual se obligó a los jurados en el juicio penal a decidir los casos según su conciencia e íntima convicción. Si bien este antecedente nace en el derecho penal, fue implícitamente adoptado por las demás áreas del derecho, como ser el área civil a principios del siglo XIX y a partir de ahí se difundió por todos los lugares.

El mecanismo mediante el cual se ha llegado a ejercer este mecanismo de apreciación de la prueba es a través de la "sana crítica", expresión que proviene de la ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, la cual conforme indica Caravantes, tuvo su antecedente en el Reglamento del Consejo Real de 1846 (Art. 147 y 148). No obstante de ello, debemos aclarar que muchas legislaciones, en lugar de denominar "sana crítica", usan la expresión, "prudente apreciación del juez" (Cód. Italiano), libre convicción (Cód. Barsil).

En nuestra legislación debemos indicar que ambos sistemas están presentes, pues no otra cosa implica lo señalado por el Art. 397 del CPC: "I. Las pruebas producidas en la causa serán apreciadas por el juez de acuerdo a la valoración que les otorgare la ley, pero si ésta no determinare otra cosa podrá apreciarlas conforme a su prudente criterio o sana crítica. II El juez tendrá obligación de valorar en la sentencia las pruebas esenciales y decisivas", de igual forma el Art. 1286 del C.C. señala: "Las pruebas producidas serán apreciadas por el juez de acuerdo a la valoración que les otorga la ley, pero si esta no determina otra cosa, podrá hacerlo conforme a su prudente criterio". De lo precedentemente anotado, debemos concluir que si bien en nuestra legislación coexisten los dos sistemas de apreciación de la prueba, los jueces previamente en materia civil deberán de acudir a la valoración tasada y recién luego a la sana crítica o libre convicción.

LAS MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER.

Si bien es evidente que en un proceso civil, en aplicación del principio de disposición, tanto el inicio del proceso como tal como la carga de la prueba corresponden a las partes, puede darse la situación que precisamente debido a esta exclusividad de la cual son titulares las partes, (sea por acción u omisión) emerjan en el transcurso del proceso determinadas limitaciones que impidan al juez conocer la verdad de los hechos. Ante esta situación y en virtud a que el juez tiene la

¹²⁶ La *ordalía* o *Juicio de Dios* era una institución jurídica que se practicó hasta finales de la Edad Media en Europa. Debe entenderse como una de las pocas herramientas a disposición de los fiscales, siendo la otra más utilizada, la tortura judicial.

Su origen se remonta a costumbres visigodas, y mediante ella se dictaminaba, atendiendo a supuestos mandatos divinos, la inocencia o culpabilidad de una persona o cosa (libros, obras de arte, etcétera) acusada de pecar o de quebrantar las normas jurídicas.

Consistía en pruebas que en su mayoría estaban relacionadas con el fuego, tales como sujetar hierros candentes o introducir las manos en una hoguera. En ocasiones también se obligaba a los acusados a permanecer largo tiempo bajo el agua. Si alguien sobrevivía o no resultaba demasiado dañado, se entendía que Dios lo consideraba inocente y no debía recibir castigo alguno.

De estos juicios se deriva la expresión *poner la mano en el fuego*, para manifestar el respaldo incondicional a algo o a alguien.

obligación legal de dictar su fallo en virtud a las pruebas producidas en el proceso, se a dispuesto que de oficio el juez de la causa ordene la producción de determinados medios probatorios, siendo este el argumento esencial del Art. 378 del CPC que indica: "El juez dentro del periodo probatorio o hasta antes de la sentencia, podrá ordenar de oficio declaraciones de testigos dictámenes de peritos, inspecciones oculares y toda la prueba que juzgare necesaria y pertinente" y que según la doctrina se lo conoce como , medidas para mejor proveer.

CAPITULO 15 LA PRUEBA DOCUMENTAL

Donde falta la fuerza, desaparece el derecho; donde aparece la fuerza, el derecho empieza a resplandecer.

Maurice Barrès

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.-

En todas las legislaciones modernas, se concibe a los documentos como un medio probatorio idóneo y nuestra legislación procesal civil no es la excepción, ya que a través del Art. 374 del CPC, lo reconoce como un medio probatorio legal.

Pero esta situación no siempre fue así e incluso se podría decir que de todos los medios probatorios legales, uno de los más recientes en ser admitido es precisamente la prueba documental y ello se debe fundamentalmente a que en Europa para principios de la edad media prácticamente más del 90 % de su población era analfabeta lo cual implica que no podían tener acceso sobre todo a los documentos escritos.

Esta situación quizá se ahondo sobre todo en los primeros siglos de la edad media toda vez que los pocos documentos que existían en esos tiempos estaban impresos en latín, situación que se origino debido a la gran influencia de la Iglesia Católica.

Otro elemento que coadyuvo a dicho enclaustramiento de la literatura y por ende el acceso a los documentos, fue que todos los documentos eran constituidos en forma manuscrita.

En el siglo XV se dieron dos innovaciones tecnológicas que revolucionaron la producción de libros en Europa, una fue el papel, cuya confección aprendieron los europeos de los pueblos musulmanes (que, a su vez, lo habían aprendido de China). La otra fue los tipos de imprenta móviles de metal, que habían inventado ellos mismos. Aunque varios países, como Francia, Italia y Holanda, se atribuyen este descubrimiento, por lo general se coincide en que fue el alemán Johann Gutenberg quien inventó la imprenta basada en los tipos o móviles de metal, y publicó en 1456 el primer libro importante realizado con este sistema, la Biblia de Gutenberg. Estos avances tecnológicos

simplificaron la producción de libros, convirtiéndolos en objetos relativamente fáciles de confeccionar y, por tanto, accesibles a una parte considerable de la población. Al mismo tiempo, la alfabetización creció enormemente, en parte como resultado de los esfuerzos renacentistas por extender el conocimiento y también debido a la Reforma protestante, cuyos promotores defendieron la idea de que cada uno de los fieles debía ser capaz de leer la Biblia e interpretarla a su manera. En consecuencia, en el siglo XVI, tanto el número de obras como el número de copias de cada obra aumentó de un modo espectacular, y este crecimiento comenzó a estimular el apetito

Todo lo anteriormente descrito, influyo enormemente en la evolución y por ende asimilación por parte del Derecho , de lo que se llegaría a denominar como prueba documental, la cual incluso llego a superar a la prueba testifical en muchas áreas del derecho, la cual valga la ocasión era una de los medios probatorios más apreciados a principio de los tiempos y que merced a las creencias religiosas y especulaciones fue desacreditándose.

En torno a dicho contexto, el Estatuto de Bologna fue el primero, en establecer que cuando se trate de un crédito que supere las cien libras debería imperativamente de constituirse dicho contrato de mutuo a través de un documento escrito.

La Orden de Moulins, es otro antecedente fundamental dentro el proceso de desarrollo de la prueba documental, la cual señalaba que cualquier documento superior a 100 libras debe acreditarse mediante documento, entonces estos limitan la utilización de los testigos y en la demanda adquieren mayor importancia los documentos. Como se podrá advertir , en los primeros años, se establecía la necesidad de un documento escrito y se limitaba a su vez la validez de la prueba testifical en virtud a la cuantía que expresaba el acto jurídico, situación esta que también esta presente en el Art. 1328 del C.C. que establece:” (Prohibición de la prueba testifical). La prueba testifical no se admite:1) Para acreditar la existencia ni la extinción de una obligación, cuando el valor de ella exceda el límite de las acciones de mínima cuantía determinada por la Ley de Organización Judicial, excluyendo frutos, intereses u otros accesorios o derivados de la obligación principal.2) Tampoco se admite contra y fuera de lo contenido en los instrumentos, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, a tiempo o después que ellos se otorgan, aun cuando se trate de suma menor.”

CONCEPTO DE DOCUMENTO.-

Previamente indicaremos que etimológicamente la palabra documento viene del latin “docere”, que quiere decir “conducir” pues sirve para conducir llevar un acto en el tiempo y ante el Juez.

Por ello, los romanos afirmaban “Verba volant, scripta manent” o sea “las palabras vuelan, lo escrito permanece”.

En la actualidad podemos conceptualizar al documento indicando que es: “aquella representación objetiva de un pensamiento, de un hecho o cosa, representación que puede ser de carácter material o literal”.

De este concepto se extrae en primer momento las dos clases de documento, como ser los documentos materiales, como por ejemplo, un C.D., un video, una prenda de vestir, etc, y los documentos literales que serían por ejemplo una misiva, un libro, un certificado de nacimiento, etc.

CUANTAS PARTES CONSTITUYEN UN DOCUMENTO.

Técnicamente un documento, siempre es constituido por los seres humanos, en este sentido la doctrina a establecido que se pueden identificar dos sujetos y otros identifican hasta tres sujetos o personas, siendo estos los siguientes:

EL AUTOR.

El autor es la persona a la que “Jurídicamente se le, atribuye” es decir a quien se asigna su formación o se verifican los efectos.

Se denomina también "autor jurídico", para diferenciarlo del "autor jurídico" para diferenciarlo del "autor material" que es aquel que por encargo confecciona el documento.

DESTINATARIO

Fuera del proceso se diría que el destinatario de un documento es la persona a quien está dirigido o a quien beneficia el mismo. Dentro del proceso el documento siempre está dirigido al Juez, pero pertenece al juicio.

TERCEROS

Son terceros en el documento las personas que no han intervenido en el acto de constitución de dicho documento, como partes principales (autor-destinatario), sino como en forma accesorio, así por ejemplo estaría un notario de fe pública, un testigo, etc.,

CARACTERÍSTICAS.-

Las características de todo documento, dentro el ámbito procesal civil serían las siguientes:

-Es una prueba real por que de manera objetiva patentiza los hechos y la manera en la que se realizaron los mismos.

-Es autónoma por que, por si sola pone en evidencia los hechos que contiene el mismo, vale decir que luego de ser constituido por un determinado sujeto, el referido documento, tiene una propia existencia, libre e independiente del sujeto que lo llevo a constituir.

-Es preconstituida, lo cual implica que normalmente su existencia es anterior a la formulación de un proceso judicial.

-Es solemne, en el entendido de que todo documento imperativamente para ser constituido precisa de una determinada formalidad, lo cual es muy coherente, así por ejemplo para que exista una misiva, es imperativo que el autor, sepa escribir o si se refiere a un documento material es imperativa que el autor, posea algún tipo de habilidad.

CLASES DE DOCUMENTOS.-

DOCUMENTOS LITERALES.-

Los documentos literales son aquellos que son constituidos a través de mecanismos de alfabetización, aquellos que son firmados por sus autores, como por ejemplo misivas, contratos, certificados, etc. y se sub dividen en:

DOCUMENTOS LITERALES PRIVADOS.-

Los documentos literales privados a su vez se sub dividen en DOCUMENTOS LITERALES PRIVADOS QUIROGRAFARIOS, que serían aquellos documentos que solo tienen validez entre las partes suscribientes y que son esencialmente privados, como por ejemplo, los apuntes de clase, una carta, etc y también existen los DOCUMENTOS LITERALES PRIVADOS RECONOCIDOS, que serían aquellos documentos que si bien en un principio tienen calidad de privados quirografarios, posteriormente son reconocidos por los suscribientes, llegando a adquirir la misma validez que un documento público, al tenor del Art. 1297 del CC. En relación a este punto, corresponde señalar que existen dos clases de documentos privados reconocidos , los VOLUNTARIAMENTE RECONOCIDOS , mismos que al tenor de los Art. 17 y 18 de la ley 1760 , son reconocidos por ante un notario de fe pública y los JUDICIALMENTE RECONOCIDOS, que serían a consecuencia de una medida preparatoria de autenticación de firmas, cuyo procedimiento estaría previsto en el Art. 319.2 del CPC y 19 de la ley 1760, concordado con los Arts. 1298 y 1299 del CC.

DOCUMENTOS LITERALES PÚBLICOS.-

En relación a este tipo de documentos, se idéntica dos sub clases , LOS DOCUMENTOS LITERALES PROPIAMENTE PÚBLICOS que serían aquellos otorgados por algún representante del Estado , como por ejemplo un certificado de defunción, una cédula de identidad, un título de bachiller, etc., los cuales tendrían la validez prevista en los Arts. 1296 y 1534 del CC. Luego estarían LAS

ESCRITURAS PÚBLICAS, cuyas características están previstas en el Art. 1287 del C.C. y que en cuanto se refiere a su constitución, los mismos nacen de una minuta que significa instructivo, documento este que normalmente es redactado por un abogado y suscrito por las partes intervinientes, luego dicha minuta es entregada a un notario de fe pública a objeto de que lo protocolice, lo cual significa que debe otorgarle todas las solemnidades de ley, como ser otorgarle un número, un encabezamiento, una finalización, etc. y finalmente el referido protocolo, juntamente con la minuta se archiva en los denominados protocolos que estarían a cargo y custodia de la notaría, quien es la depositaria legal, de forma tal que al interesado solamente le entrega un testimonio o copia del referido documento.

Estos son los pasos que se deben cumplir para constituir una escritura pública y lamentablemente es en relación a dicha denominación que nuestro legislador es muy ambiguo y por ende muchas veces induce en un error al lector, así por ejemplo en el Art. 491 del C.C. establece "que determinados actos deberán de constituirse mediante documento público", cuando lo correcto es que dicha que deban de constituirse mediante "escritura pública", por que lo correcto es que un contrato de anticresis, hipoteca, subrogación, se lo realice mediante una escritura pública y no documento público.

DOCUMENTOS MATERIALES.-

DOCUMENTOS MATERIALES PRIVADOS.- Son aquellos otorgados sin ningún tipo de solemnidad o formalidad, como por ejemplo un C.D. gravado en forma privada, una grabación, etc y en virtud a que en materia civil la prueba documental es tasada, debemos señalar que carecen de toda validez dichos documentos.

DOCUMENTOS MATERIALES PÚBLICOS.- Simplemente debemos indicar que estos documentos, son emitidos con la intervención del Estado y que al amparo de los arts. 1296 y 1534 del C.C., tiene la calidad de prueba plena, así por ejemplo una cinta de video emitida por un canal estatal o una grabación realizada con las respectivas solemnidades de ley y en presencia reiteramos de un funcionario público idóneo.

DOCUMENTOS AUTÉNTICOS.-

Consideramos que la descripción que hace nuestro legislador de los denominados documentos auténticos, no es una sub clase, sino una complementación a las dos clases de documentos, toda vez que en forma expresa a través del Art. 399 del CPC, señala: "se considerará auténtico un documento privado en los casos siguientes." En consecuencia de lo antes transcrito, con total precisión se comprende que los documentos denominados auténticos, no son en sí una clase más de documentos, sino una categoría de los documentos privados.

En este entendido, y continuando con el subtítulo, debemos señalar que un documento privado, sea material o literal, podrá ser considerado documento auténtico en los siguientes casos:

1) Cuando se lo hubiere reconocido judicialmente en forma expresa o declarado como tal por el juez. Al respecto debemos nuevamente recordar que al ser la autenticación de firmas una diligencia preparatoria, puede ser susceptible de modificación en la futura demanda y al caso de autos estimamos que ello es posible, sobre todo si se da por reconocida la firma de dicho documento, pero en rebeldía, al tenor del inc c) del Art. 19 de la ley 1760.

2) Cuando habiendo sido negada la firma se lo declare auténtico por resolución judicial ejecutoriada. En este caso se hace referencia a que quien materialmente establece si es o no su firma, no será el juez sino un perito a través de un estudio grafológico.

3) Cuando hubiera sido inscrito con las formalidades legales del caso en el registro público a pedido de la parte contra quien se opusiere. Siendo el elemento central para esta situación el carácter de

publicidad que le otorga todo registro público, como por ejemplo el Art. 1538 del C.C. con relación a la oficina de Derechos Reales.

4) Cuando hubiere sido presentado en el proceso afirmándose estar suscrito o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opusiere, y no fuere tachado de falso oportunamente. La oportunidad del reclamo es lo vital en el caso de autos.

Finalmente el parágrafo II del Art. 399 del CPC, señala que es a través de las formalidades y reglas del Código de Comercio que se deberá de establecer la autenticidad de los libros y documentos mercantiles, lo cual nos parece coherente, por ser precisamente la norma especial.

EFICACIA PROBATORIA.-

En principio aclarar que el juez no puede valorar la validez de un documento, solamente acudiendo a la sana crítica (Art. 1397 CPC), por cuanto los documentos en cuanto a su validez fueron tasados por nuestro legislador, en razón de ello consideramos pertinente realizar la siguiente clasificación:

EFICACIA PROBATORIA DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS

Los documentos públicos propiamente dichos y también las denominadas escrituras públicas, tienen plena validez por sí mismos y no precisas de la intervención del juez para su reconocimiento, no otra cosa significa lo previsto en los Arts. 1289 del C.C.:“ El documento público, respecto a la convención o declaración que contiene y a los hechos de los cuales el funcionario público deja constancia, hace de plena fe, tanto entre las partes otorgantes como entre sus herederos o sucesores”, el Art. 1296 del C.C. establece.“I. Los despachos, títulos y certificados expedidos por los representantes del Gobierno y sus agentes autorizados sobre materias de su competencia y con las correspondientes formalidades legales, hacen plena prueba”, seguidamente en el mismo artículo, “II. También hacen plena prueba los certificados y extractos expedidos conforme al artículo 1523”, el Art. 1534 del C.C. en un tono similar establece:“.I. Las partidas asentadas en los registros del estado civil así como las copias otorgadas por la Dirección General de Registros Públicos hacen fe sobre actos que constan en ellas. II. Las indicaciones o menciones extrañas al acto objeto de la inscripción no tienen validez.”. En conclusión se debe afirmar que los documentos públicos tienen calidad de prueba plena.

EFICACIA PROBATORIA DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS.

Para ser considerado documento privado simplemente se precisa que lleve la firma de sus autores, pero a nivel procesal este tipo de documentos esencialmente privados, simplemente serán considerados como indicio de prueba. En consecuencia se debe afirmar expresamente que solo los documentos privados reconocidos surtirán efectos, similares a los documentos públicos, conforme lo previsto por el Art. 1297 del C.C.:“El documento privado reconocido por la persona a quien se opone o declarado por la ley como reconocido, hace entre los otorgantes y sus herederos o causahabientes, la misma fe que un documento público, respecto a la verdad de sus declaraciones”, disposición concordante con el Art. 401 del CPC, 1298,1299,1300 y 1301 del C.C., siendo extensiva esta regla tanto a los telegramas, como a las misivas,(ver Art. 1304 y 1305 del C.C)

EFICACIA PROBATORIO DE LOS TESTIMONIOS.

Un testimonio, “es la reproducción mecánica de un documento original, siempre que estuviere debidamente autenticada por un funcionario público autorizado o el tenedor del original y se lo haya otorgado por orden judicial o acorde a lo previsto por la norma” (Art. 400.1 y 2 del CPC)

Realizada dicha conceptualización, debemos aclarar que hoy en día debido a los adelantos tecnológicos, las reproducciones de un documento se las puede hacer a través de una fotocopidora, scanner, filmaciones, etc, mismas que imperativamente deberán de ser autenticadas por autoridad competente, conforme lo previsto por el Art. 1311 del C.C., caso contrario solo tendrán calidad de documento privado.

Solo una vez cumplida dichas formalidades, en lo que se refiere a los testimonios o reproducciones , dichos documentos tendrán la suficiente validez legal, situación esta que esta debidamente regulada por los Arts. 1309,1310,situación que incluso se aplica a los documentos materiales, tal cual lo indicado en el Art. 1312 todos del C.C.

AGREGACIÓN DE LOS DOCUMENTOS EN EL PROCESO

Los documentos deberán imperativamente y en aplicación del Art. 330 del CPC, de agregarse al momento de presentar el primer escrito, sea con la demanda o con la contestación.

Excepcionalmente y en virtud a requisitos previsto en el Art. 331 del Adjetivo Civil, se podrá interponer o agregar prueba documental en el transcurso del proceso ,hasta antes de emitir el respectivo autos para sentencia, en el caso de un proceso ordinario.

Solo si lo decide el juez del proceso, apelando al Art. 378 del CPC, se podrá agregar mayor prueba documental, hasta antes de dictarse sentencia.

En segunda instancia, cuando se trate de una apelación en efecto suspensivo, si se logra abrir el termino probatorio previsto por nuestro legislador, se podrá ofrecer o agregar en forma totalmente extraordinaria mayor prueba documental.

FORMA DE AGREGAR LOS DOCUMENTOS AL PROCESO.

Precisamente por ser este medio probatorio, eminentemente tasado, solamente serán admitidos como prueba documental idónea, a) los documentos originales 1289,1290 ,b) fotocopias legalizadas o reproducciones mecánicas ,conforme lo previsto por los Arts. . 1309, 1311 del C.C. y 400 C.P.C

CAPITULO 16

LA PRUEBA CONFESORIA

¿Qué es la razón? la razón es aquello en que estamos todos de acuerdo. la verdad es otra cosa. la razón es social; la verdad individual.

Miguel de Unamuno

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.-

Al repasar la historia, uno se da cuenta que la confesión ha sido siempre un medio probatorio muy utilizado para resolver determinados conflictos, habiendo se sucedido varios casos relevantes que fueron resueltos en base a la confesión, como el juicio famoso del rey Salomón.

Era tal la importancia de este medio probatoria que los romanos manifestaban: " la confesión producirá los efectos de la sentencia", de ahí el aforismo *confessus pro iudicato habetur* (al confeso se le tiene por juzgado)¹²⁷; cuyas reglas justiniánas expresadas por Ulpiano, dicen: *confessus pro iudicato est, qui quosammodo sua sententia damnatur* (el confeso se considera juzgado, el cual es en cierto modo condenado por su propia sentencia)¹²⁸; y *et omni omnino, quod quis confessus est pro iudicato haberi* (y todo absolutamente lo que cualquiera confiesa debe tenerse por juzgado

En la edad media, la Iglesia Católica llegó a universalizar el referido medio probatorio, fundamentalmente a través los juicios inquisitoriales y para lograr dicha confesión no reparaban en ningún tipo de métodos, acudiendo incluso a la tortura, así podemos citar el juicio de Juana del Arco o los juicios contra los Herejes.

¹²⁷ Citado por Scaevola a través del Cód.Pdto.Civ. concordado y anotado de Morales Guillen Carlos

¹²⁸ Citado por el Digesto, Lib. 42, tít. 2, ley 1; cit. López - Moreno)

Estos métodos, también llegaron a nuestro continente a través de los procesos que se realizaron a finales del siglo XVIII con varios líderes indígenas, como ser Julián Apaza (Tupac Amaru), José Gabriel Condorcanqui (Tupac Amaru).

Luego de la llegada del renacimiento se comenzó a reglamentar de mejor forma a este instituto, posteriormente se lo llegó a institucionalizar a través del Código Procesal Civil de Napoleón y a partir de este momento la Confesión fue asimilada en prácticamente todos los países contemporáneos en cuanto se refiere al derecho.

CONCEPTO Y NATURALEZA.-

Enrique Lino Palacio señala: " La confesión es la declaración que hace una parte respecto de la verdad de hechos pasados, relativos a su actuación personal, desfavorable para ella y favorables para la otra parte".

Merced a dicho concepto , podemos establecer que la naturaleza de la confesión se basa en cuatro aspectos fundamentales:

-La confesión deberá de versar sobre hechos y no sobre el derecho.- En relación a este punto , es preciso indicar que si bien el juez no puede merced a la declaración del confeso, realizar una actividad en forma oficiosa a objeto de verificar la autenticidad material de sus declaraciones, si puede evitar aplicar dichas declaraciones a una determinada calificación jurídica de un hecho realizada por el confeso, por cuanto de no hacerse este proceso de discriminación, el juez tendría la obligación de admitir inclusive , consecuencias jurídicas no previstas o prohibidas por el ordenamiento legal , simplemente por que fueron realizadas a través de una confesión. Este aspecto también es considerado en nuestra legislación a través del Art. 1321 del C.C. ultima parte y 409.2 del CPC..

-La confesión imperativamente debe versar sobre hechos pasados.- La declaración sobre hechos presentes puede constituir una pericia o el contenido de un documento, pero no puede considerarse ello como una confesión. Este aspecto podrá ser regulado por el director del proceso en virtud a lo previsto por el Art. 415.III y 419 .I, ambos del CPC.

-La confesión debe recaer sobre hechos personales o de conocimiento del confesante.- Aunque en este último caso, la declaración no se refiere al hecho en sí mismo sino al conocimiento que de él tenga quine confiesa, ver el Art. 1321 de. C.C.

-Los hechos sobre los que versa la confesión deben ser por último desfavorables al declarante y favorables a la otra parte.-Situación esta que es fundamental, en cuanto se refiere a la valoración que el juez de la causa imprima a dicha declaración, situación que esta regulada en nuestra legislación a través del Art. 408.2 del C.C.

FUNDAMENTOS DE LA CONFESIÓN

FUNDAMENTO JURÍDICO.-

El presente fundamento se lo justifica en virtud a que, nuestro legislador, al margen de regularla como un medio probatorio legal (Art. 374.2 del CPC), basados en el sistema de la prueba tasada, le otorga a la confesión calidad de prueba plena, conforme lo señalado en el Art. 1321 del C.C..Situación que no ocurre por ejemplo en materia penal o en los procesos de divorcio, áreas del derecho en donde no esta considerada como un medio probatorio la confesión.

FUNDAMENTO LÓGICO.- Según varias investigaciones realizadas por las universidades más prestigiosas del mundo, se ha establecido que la mentira es una conducta irregular en la naturaleza del ser humano a tal punto que varios científicos, propusieron y crearos mecanismos mediante los cuales se puede establecer con precisión cuando realmente un apersona esta diciendo la verdad y cuando miente, siendo un ejemplo de este tipo de instrumentos el "polígrafo" que nuestras

autoridades quisieron aplicarlo dentro el Ministerio Público pero existió reticencia de varios sectores de dicha institución. En conclusión debido a lo antes señalado, el juez , mínimamente deberá de presumir que lo testimoniado por el confesante es la verdad.

FUNDAMENTO PSICOLÓGICO. A través de esta postura, se señala que es totalmente anormal que una persona plenamente capaz pudiera admitir una situación a favor de su adversario y más aun si ello implica un riesgo para la persona que emite dicha declaración.

Al respecto creemos pertinente recordar que precisamente la posibilidad de esta situación hizo que nuestro legislador no considerase a la confesión como un medio probatorio , en materia penal y tampoco en los procesos de divorcio.

REQUISITOS FORMALES DE LA CONFESION

El presente medio probatorio, básicamente se lo llega a exteriorizar a través de una declaración realizada por una de las partes a favor de la otra, en este entendido , debemos manifestar que los requisitos extrínsecos o formales¹²⁹ de dicha declaración son los siguientes:

EL CONFESO DEBE SER PLENAMENTE CAPAZ.

Para que la declaración del confesante sea debidamente valorada, no es suficiente que él sea parte del proceso, sino también debe gozar de la capacidad de obrar y por ende de la capacidad jurídica, aspectos estos que son lo bastante idóneos como para presumir que el confesante esta conciente de los efectos de su declaración y este también es el criterio del Art. 408.1 del CPC.

DEBE SER PERTINENTE.

La declaración del confeso , debe ser referida a los hechos litigiosos, por cuanto de no ser en este sentido , la misma no podrá ser valorada en sentencia, precisamente por ser impertinente. En razón de ello y asumiendo que el interrogatorio es propuesto por la parte contraria (Art. 415.I), el juez tiene la facultad de dirigir el mismo e incluso rechazar algunas interrogantes si considera que sus respuestas no están relacionadas al objeto del litigio(ver 408.2 y 415.III , CPC).

DEBE SER VOLUNTARIA.

Este requisito fue el que no se consideraba en lo más mínimos en los primeros años de existencia del presente medio probatorio, pero que en la actualidad si se lo exige , bajo causal de ineficacia , lo cual es coherente, por cuanto es preciso que el confeso , en el momento de realizar dicha testificación, sea judicial o extrajudicial, este liberado de cualquier vicio en cuanto se refiere a su voluntad de confesar, situación que esta respaldada en el Art. 408.3 del CPC, 15 del CC.

CLASES DE CONFESIÓN

La doctrina a identificada varias clases de confesiones, mismas que procedemos a explicar a continuación.

CONFESIÓN JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL.-

La primera se caracteriza por que el confeso emite su testificación en presencia de un juez , dentro de un proceso judicial y en estricto cumplimiento de las reglas previstas en el ordenamiento jurídico y la segunda es aquella confesión que se la presta fuera del juicio , pero que no obstante de ello debe cumplir con los mismos requisitos que la confesión judicial.

Nuestro legislador reconoce estas dos clases de confesión a través del Art. 403 del CPC: "*Hay dos clases de confesión: la judicial... Y la extrajudicial*".

¹²⁹ Hacemos esta distinción, en razón de que los denominados requisitos de fondo, vale decir aquellos referidos al contenido mismo de la confesión fueron desarrollados en el subtítulo referente a su naturaleza.

Con relación a la confesión extrajudicial, el Art. 426 indica: "I. La confesión extrajudicial, hecha al interesado o a quien legalmente lo representare, surtirá el mismo efecto que la judicial en los casos en que fuere admisible la prueba de testigos. II. La confesión extrajudicial hecha a un tercero, constituirá fuente de presunción simple", disposición concordante con el Art. 1322 del CC:

De dicha disposición se debe establecer cuatro situaciones; **a)** La persona que confiesa deberá de estar plenamente capaz al momento de realizar dicha confesión; **b)** Puede realizarla dicha confesión en forma indistinta ante la parte contraria o su representante legal, lo cual implica su apoderado en el juicio, cualquier declaración realizada por el confesante , a un tercero , técnicamente no se considera confesión; **d)** Todos los hechos técnicamente confesados deberán , dentro el proceso luego de ser corroborados a través de la presentación de prueba testifical.

CONFESIÓN PROVOCADA Y EXPONTÁNEA.

En la doctrina y asimismo en nuestra legislación se considera que esta segunda clase de confesión, básicamente es una sub división de la confesión judicial¹³⁰, por cuanto ambas confesiones, tanto la provocada, como la espontánea, se la debe imperativamente de realizar dentro un proceso judicial y ante el juez de la causa.

Realizada esta aclaración debemos indicar que la **confesión judicial provocada**, es aquella mediante la cual , una de las partes, solicita al juez de la causa , emplace a la otra parte a una audiencia a objeto de que absuelva bajo juramento de decir la verdad un interrogatorio elaborado por la parte peticionante (Art. 404.I CPC). En relación a la elaboración del interrogatorio, para este tipo de confesión, corresponde aclarar que según nuestra legislación el mismo deberá de ser presentado al juez en sobre cerrado y las preguntas al margen de ser pertinente a los hechos que se pretenden probar, deberán de ser redactadas en forma clara y precisa, por cuanto de no cumplir con dichos requisitos, dicho documento podrá ser rechazado o incluso modificado, conforme dispone los Art. 415, 419.I del CPC.

La confesión judicial espontánea, se da, cuando una de las partes del proceso, sin necesidad de ningún interrogatorio previo y dentro el proceso, admite o niega alguna situación que esta referida al proceso y a favor de la parte contraria (Art. 404.II). Un ejemplo expreso de una confesión espontánea es la prevista en el Art. 347 del adjetivo civil.

A diferencia de la confesión judicial provocada, la cual solamente se puede producir en el término probatorio (Art. 379 y 412 , CPC), la confesión judicial espontánea es procedente en cualquier etapa del proceso, incluso en ejecución de sentencia, conforme lo previsto en la última parte del párrafo II del Art. 404 del Adjetivo Civil.

CONFESIÓN REALIZADA POR MANDATARIO.

El Art 405 indica: "La confesión será personal; pero también podrá hacerse por mandatario con poder notariado especial y explicito, a menos que se refiriere a hechos diferentes o fuere contraria a las leyes".

De lo citado debemos señalar que nuestro legislador admite básicamente dos tipos de confesiones, desde el punto de vista del confeso, "las confesiones personales y por mandatario", pero no aclara nuestro legislador si la confesión por mandato , es aplicable a la confesión judicial espontánea o solamente es para la confesión judicial provocada.

En nuestro criterio, sostenemos que si el mandato es prácticamente el límite de los actos del mandatario (Art. 811.II C.C.) y una de las partes decide legítimamente afrontar la contienda procesal a través de su mandatario y en el contenido de dicho mandato no existe la facultad expresa para que pueda absolver cuestionarios o confesiones y el mandatario , realiza alguna

¹³⁰ El Art. 403 del CPC establece: " ... la judicial, que podrá ser provocada o espontánea..."

afirmación o negación espontánea, en el transcurso del proceso, dichas afirmaciones que pudieran favorecer en principio a la parte contraria no tendrían calidad de confesión, precisamente por que estaba facultado el mandatario para aquello y en contrario sensu, si estaría facultado en su mandato, si debiera de valer como confesión espontánea dicha afirmación o negación. Una otra duda que emerge es que si bien el Art. 405 del CPC exige un poder especial y explícito, para el caso de la confesión espontánea, se debe de exigir que en el mandato se deba de indicar literalmente que es para confesiones espontáneas o simplemente basta el término confesión...?, a nuestro criterio creemos que es un extremo exigir precisión literal y solamente deberá de exigirse una facultad expresa para confesar, pero no muy precisa.

Con relación a que el mandatario pudiera absolver el interrogatorio, dentro de una confesión judicial provocada a nombre del confesante, **creemos que esta posibilidad es totalmente errada** y argumento esta situación de la siguiente forma: *“La parte que provoca a confesión a la otra parte, lo hace en la creencia de que, cuando el confesante, este frente al juez y se le pregunte el interrogatorio faccionado por el accionante, el confesante, responda cada uno de los puntos preguntados con total sinceridad y veracidad, logrando de esta forma la efectividad plena de este medio probatorio. Pero cuando asiste el mandatario, si bien pudiera tener un documento o mandato especial y explícito, que le permita absolver el interrogatorio, sabemos empíricamente que en la mayoría de los casos el referido mandatario, simplemente se limita a responder a dichos cuestionamientos con palabras sueltas como: -no se – no conozco – desconozco -, etc., y ante este tipo de respuestas uno se ve prácticamente imposibilitado de hacer nada, puesto que estas respuestas son sinceras y ello es coherente, ya que la confesión es una declaración tan íntima que imperativamente debe ser personal (ver el Art. 425 del CPC) y ese es el razonamiento de la religión cristiana, por que no se puede uno confesar ante nuestro creador mediante poder y creemos que también deberá de ser ese el razonamiento en el derecho procesal civil.*

En conclusión proponemos que lo señalado en el Art. 405 del CPC, se lo derogue puesto que es un mecanismo lícito, pero no correcto, mediante el cual el confesante puede burlar la eficiencia y eficacia de este medio probatorio.”

CONFESIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS.

Conforme lo previsto por el Código Civil y el Código de Comercio, concordado con el Art. 60 del CPC, todas las personas jurídicas, tanto de existencia necesaria, como de existencia posible, las que buscan lucro y las que no buscan lucro, ejercen sus derechos a través de sus representantes, en tal sentido, este es el fundamento para que nuestro legislador haya previsto a través del Art. 406 del CPC, que las personas jurídicas también pueden confesar, pero a través de sus representantes legales.

CONFESIÓN PRESUNTA.-

Este tipo de confesión, emerge de la confesión judicial provocada, en dos posibles momentos; **a)** El primer caso se da cuando el provocado a confesar luego de haber sido legalmente emplazado y notificado (Art. 413), no se hace presente en la fecha y hora de la audiencia y tampoco justifica su ausencia (Art. 422 y 423). Ante ese tipo de conducta adoptada por el provocado a confesión, el legislador señala que se lo debe de tener como confeso sobre todo lo que se pretendía interrogar. **b)** El segundo caso ocurre cuando, el provocado a confesar acude a la audiencia, pero luego de escuchar el interrogatorio rehúsa a responder o contesta en forma evasiva a pesar de las amonestaciones del juez del proceso, en este caso el juez tiene la plena potestad de evaluar dichas circunstancias e incluso darlo por confeso.

Conforme se pudo apreciar lo previsto en el Art. 424 del CPC, en lo que se refiere a la confesión presunta, más que una clase de confesión, es una sanción que ha establecido nuestro legislador a aquellos sujetos que fueron provocados a confesar y que expresan una conducta de dejadez o de reticencia.

INDIVISIBILIDAD DE LA CONFESIÓN.

El testimonio realizado por el confesante, si es compleja, vale decir, si esta conformada por varios elementos, intrascendentes, impertinentes, contrarios al derecho, el juez tiene la obligación de discriminarlos y por ende rescatar solo aquella parte que es conducente con el objeto de la litis, pero si la confesión es simples, precisa, no se la puede dividir. Este es el fundamento del Art. 410.

TRÁMITE Y VALIDEZ DE LA CONFESIÓN.

En el caso de la confesión judicial provocada, la misma procede en todos los procesos civiles contenciosos, debiendo en primera lugar a través de un escrito solicitar en forma expresa y dentro el término legal (Art. 379 CPC) básicamente dos situaciones: a) Se cite y emplace a la parte contraria a fin de que sea provocado a confesar y b) Se señale fecha y hora de audiencia, en la cual se producirá dicho medio probatorio.

Se deberá de adjuntar a dicho escrito el respectivo interrogatorio en sobre cerrado, conforme establece el Art. 415 y 380.2 del CPC.

El juez de la causa en caso de admitir el referido medio probatorio, ordenara la notificación y emplazamiento a la parte que fuese provocada a confesar, acto procesal que se lo realizara en su domicilio procesal cursante en obrados (Art. 413), el cual deberá de diligenciarse con tres días de anticipación a la audiencia, a su vez el notificado, tiene 24 horas a partir de su notificación para reclamar sobre la forma de dicha diligencia (Art. 414) reclamo que se resolverá previo informe del oficial de diligencias.

Luego de las formalidades de rigor, una vez instalada la audiencia y cumplida las formalidades previstas en el Art. 417 del CPC, el juez procederá a abrir el sobre que contiene el interrogatorio y se levantará un acta, que contenga todas las respuestas del confesante y antes de cerrar dicha acta, se dará lectura a la declaración, para que finalmente se le pregunte al confesante si se ratifica o no en sus respuestas (Art. 418). Finalmente, se solicitará al confesante firme al pie del acta. Aclarándose que a solicitud expresa de parte, al margen del acta se puede conservar la declaración del confesante en otros medios como ser filmaciones, grabaciones, etc, en aplicación de lo señalado en el Art. 418.IV y 103 del CPC.

En caso de que el confesante no supiere hablar el idioma español, la interrogación se la podrá realizar a través de un interprete (Arts. 419.II, 420 y 421 del CPC), sugiriendo al lector remitirse al sumario ocho, en lo que se refiere el principio de la oralidad, para complementar este aspecto.

Con relación a su validez jurídica, tal cual señalamos al principio del presente sumario, la presente medio probatorio tiene calidad de prueba plena, siempre y cuando en su producción se haya cumplido todos sus requisitos tanto de forma, como de fondo, previsto en el Art. 1321 y otros más del C.C. y del CPC).

CAPITULO 17

LA INSPECCION JUDICIAL

La moral es una ciencia que enseña, no cómo hemos de ser felices, sino cómo hemos de llegar a ser dignos de la felicidad.

Immanuel Kant

ANTECEDENTES. HISTÓRICOS.

El antecedente más remoto de este medio probatorio lo encontramos en el Derecho Romano y más específicamente en el periodo imperial y utilizaban un medio similar para poder distribuirse entre los romanos las tierras conquistadas, vale decir que luego de que un pueblo "bárbaro" sufriese la invasión de los romanos, estos últimos instruían a los "inspectio mensores", realizan una medición y por ende descripción de las nuevas tierras a objeto de que en base a dichos datos se pueda en primera instancia realizar una distribución equitativa de dichos predios a los legionarios. Luego los mismos fueron utilizados en los espacios urbanos, para resolver conflictos de urbanidad entre los vecinos, siendo de esta forma una especie de dirimidotes o jueces.

En el siglo XIII se regula esta figura a través de un cuerpo de leyes, las 7 partidas también legislan sobre esta institución, con el denominativo, "inspector de bienes" siglos después se consolida en el decreto francés de 1667 como una institución procesal, la cual se constituiría en la fuente principal de este medio probatorio, mismo que sería recogido por el Código Procesal Civil Frances de 1806 y a partir de ese momento este medio probatorio se llegó a reconocer en todas las legislaciones modernas de la época, llegando incluso al continente latinoamericano. En la actualidad no existe ningún ordenamiento jurídico procesal que pueda prescindir de este medio probatorio.

DENOMINACIÓN, CONCEPTO Y ALCANCE.

En los Arts. 244-246 del CPC abrogado, se denominada a este medio probatorio, "vista de ojos" y continuando con ese error, el actual C.C. a través del Art. 1334 lo denomina "Inspección ocular", pero a diferencia de estas dos denominaciones totalmente reduccionistas e imprecisas, nuestro CPC, en un sentido contemporánea lo a denominado "inspección judicial" (Art. 427), con la cual estamos totalmente de acuerdo, en razón a que al momento de efectivizarse el presente medio probatorio, el director del proceso no realiza la inspección solamente con los ojos, sino con todos sus demás sentidos.

Realizada esta introducción, el profesor Palacio dice: "Denominase reconocimiento o examen judicial la percepción sensorial directa efectuada por el juez o tribunal sobre cosas, lugares o personas, con el objeto de verificar sus cualidades, condiciones o características"¹³¹.

Lo novedoso del presente concepto, es que el único límite del presente medio probatorio, es su inmaterialidad, vale decir que todo aquello que pudiera percibirse con los sentidos, como ser las personas, cosas, lugares, olores, etc., pueden ser objeto de inspección o como dice el profesor Palacio, de reconocimiento judicial

Si bien nuestro legislador, cuando se refiere al alcance de este medio probatorio a través del Art. 427 CPC, no hace mención a las personas, dicha omisión la corrige a través del Art. 1334 del C.C, cuando señala: "cuando los hechos y circunstancias del caso admitan un examen material, o las exterioridades, estados y condiciones de las cosas o lugares faciliten una apreciación objetiva", disposición que si la entendemos en virtud a lo señalado por el Art. 373 del adjetivo civil, llegamos a la conclusión de que a través de la inspección judicial, el juez puede examinar o reconocer, cosas, lugares, personas y todo tipo de aspectos que físicamente pudieran percibirse mediante los sentidos..

NATURALEZA JURÍDICA.

El presente medio probatorio es considerado según la doctrina "prueba plena", en razón de ser directo y por que a través del mismo el juez sin necesidad de ningún intermediario puede llegar a conocer sensorialmente el objeto de la litis, enguanto se refiere a sus características físicas o materiales, posibilidad esta que ningún otro medio probatorio le puede permitir al director del proceso.

CLASES Y GASTOS .

INSPECCIÓN JUDICIAL DE OFICIO.

Siendo el propio juez, el que deberá de producir el presente medio probatorio y asumiendo la importancia del mismo, nuestro legislador a través del Art. 427.I del CPC y 1334 del C.C., admite la posibilidad de que sea el juez quien oficiosamente pueda producir el presente medio probatorio.

Utilizamos el termino "posibilidad", por que es una facultad que se le otorga al director del proceso y no así una obligación y dicha facultad, el juez del proceso la puede incluso activar luego de concluido el término probatorio, en aplicación del Art. 378 del CPC.

INSPECCIÓN JUDICIAL A SOLICITUD DE PARTE.

En concordancia con el principio de la carga de la prueba, las partes también están facultadas a ofrecer el presente medio probatorio y en cuanto se refiere a los gastos que implicara su producción, como por ejemplo el transporte del señor juez al lugar en donde se practicara dicha inspección, si se trata de una inspección de oficio, será distribuido dichos gastos a prorrata entre las partes, en el segundo caso, la parte que solicita, deberá cubrir en su totalidad estos gastos.

ES UN MEDIO PROBATORIO MIXTO

¹³¹ LINO, Palacio Enrique. Obra citada Pág. 511.

De todos los medios probatorios legales previstos y regulados en el CPC, el único medio probatorio , a través del cual se puede producir otros medios probatorios es la inspección judicial, conforme lo previsto por el Art. 427.I,2 del CPC, el cual da la posibilidad de que el juez o tribunal de la causa pueda ordenar que en la audiencia de inspección judicial pueda estar presente un perito (s) y testigos y el numeral 3 del mismo párrafo, permite que al momento de realizar la respectiva inspección judicial se puede realizar también una reconstrucción de los hechos a fin de que se pueda evidenciar la forma o modos en que sucedieron los hechos.

MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER.

Conforme se explico en el sumario 14, en lo que se refiere a las medidas para mejor proveer, en cuanto se refiere a la prueba de inspección judicial, estas también están presentes a través del Art. 429 del CPC, medidas que tienen por finalidad lograr que la producción de este medio probatorio se lo realice en forma eficiente y eficaz.

**CAPITULO 18
LA PRUEBA PERICIAL**

*La ley no debe tornar al pasado, sino prever el futuro.
Niccolo Maquiavelo*

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PERITAJE.

En el Derecho griego antiguo no aparecen antecedentes del peritaje. En el derecho romano surge como medio de lograr la convicción del juez, a través de los denominados "agrimensores, quienes eran los que realizaban las asignaciones y mediciones durante el imperio, a quienes hoy en día se denomina topógrafos.

Durante la edad media , encontramos a las parteras o matronas , quienes eran las encargadas de certificar si una mujer era o no virgen antes del matrimonio, si fue poseída o no por su esposo, situaciones estas que en dicho contexto histórico era fundamental, para resolver determinados conflictos. A estas personas, también se las utilizaba, juntamente con los médicos, para certificar delitos de sangre o delitos sexuales, como las violaciones.

Finalmente es a través de la ordenanza de Broich de 1579 y en ordenamiento francés de 1667 que se llega a consagrar este instituto y a través del mismo se logra introducir el mismo al Código

Procesal Civil Napoleónico, el cual se encarga de irradiar y poner los cimientos definitivos a este medio probatorio.

CONCEPTO DE PERITO Y PERICIA.-

Previamente diremos que perito "es aquella persona que posee conocimientos especializados en relación a una determinada área del conocimiento, pudiendo ser los mismo titulados o empíricos", en base a este concepto, diremos por ejemplo que el juez es un perito, un especialista del derecho. En cambio la prueba pericial: "Es un acto procesal mediante el cual por encargo expreso del juez, sea de oficio o a solicitud de parte, solicita a un perito, ajeno a la ciencia del derecho, explique las características o funcionamiento de un determinado hecho o cosa, en estricto apego a su pericia y con el objeto de conocer con mayor precisión la verdad histórica de los hechos.

NATURALEZA JURÍDICA.

Conforme se manifestó en el sumario tres, del presente libro una de las características que debe poseer todo juez es básicamente su cultura profesional, vale decir que debe ser una persona académicamente muy bien preparada, precisamente por que a diferencia de otras profesiones imperativamente todo proceso o conflicto que llegue a sus manos , en forma inexcusable deberá de resolverlo (Art. 1.II CPC) y conforme se manifestó, en virtud al principio de congruencia, deberá de fallar en virtud a la acreditación positiva o negativa de determinados hechos.

En consecuencia, merced a dichos antecedentes y pese a la cultura profesional que posea, nuestro jus peritus, muy frecuentemente, ya sea para la comprobación o explicación de determinados hechos controvertidos dentro el proceso , se requiere determinados conocimientos técnicos ajenos a los que específicamente posee el juez, de ahí la necesidad de que este último sea auxiliado en la apreciación de esa clase de hechos por personas que poseen conocimientos especializados en alguna ciencia, arte o industria y a quienes se denomina peritos.

SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE EL PERITO Y EL TESTIGO. Las similitudes entre el perito y el testigo son las siguientes: El perito, al igual que un testigo, son personas ajenas al proceso, que acuden a este a convocatoria del juez. El perito, no obstante de ser ajeno al proceso, coadyuva, al igual que un testigo, al director del proceso a conocer con mayor precisión la verdad histórica de los hechos, sobre los cuales deberá de emitir un fallo.

Las diferencias , son básicamente que el perito tiene la obligación legal de explicarle al juez de la causa , determinados hechos o describir los mismos , en virtud a su leal saber y conocimiento especializado, en cambio el testigo , simplemente tiene la obligación de contarle las cosas o hechos que llevo a conocer en forma casual y no provocada. El perito emite su dictamen, en virtud a lo que observa en el momento, en cambio el testigo, le testimonio casas o hechos pretéritos, generalmente anteriores al proceso.

CLASES DE PERITOS.

PERITOS DE PARTE.

No obstante de se un proceso contencioso, en el cual ambas partes persiguen y defienden sus intereses particulares, al ser la prueba pericial, un medio probatorio totalmente objetivo, toda vez que el perito deberá de emitir su dictamen en virtud a su leal saber y entender, nuestro legislador a previsto a través del Art. 432 del CPC, la posibilidad de que ambas partes (actor y demandado), se pongan de acuerdo para designar un perito común. De no ser posible esta situación, cada uno de ellos en forma individual podrá ofrecer a sus respectivos peritos.

PERITOS DE OFICIO

Asumiendo que el perito técnicamente es "los lentes de aumento del juez" y en virtud al principio de disposición pudiera ocurrir que las partes desistan de ofrecer sus peritos o habiéndolos ofrecido (sea en forma común o individual), los dictámenes de estos no satisfagan al director del proceso en

cuanto se refiere a su contenido, nuestro legislador a previsto que el juez, de oficio , independientemente de la existencia del (os) perito (s) de parte, pueda designar su propio perito, tal cual lo previsto en la última parte del Art. 432 del CPC y el Art. 1332 del C.C.

PROCEDENCIA.

El Art. 1331 del CC., bajo el nombre "prueba de expertos" señala: "Cuando se trate de apreciar hechos que exijan preparación y experiencia especializadas, se puede recurrir a la información de expertos, en la forma que dispone el Código de Procedimiento Civil" y el Art. 430 del CPC, indica: "Será admisible la prueba pericial, cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere conocimientos especializados en alguna ciencia, arte , industria o técnica".

De lo precedentemente indicado se establece que tanto el juez, como las partes imperativamente al momento de proponer el presente medio probatorio deberán de establecer la necesidad del mismo, aspecto que se lo llega a efectivizar, en el momento en que se señala los puntos de pericia sobre los cuales el perito deberá de elaborar su dictamen, en la forma prevista por el Art. 431 del CPC.

Esta exigencia consideramos, es fundamental por cuanto si no se llega a establecer con precisión en que va a basar su pericia el perito, técnicamente no se estaría justificando este medio probatorio.

REQUISITOS , GASTOS Y HONORARIOS DEL PERITO.

El Art. 380 num. 4) del CPC, exige que al momento de ofrecer al perito, deberá de mencionarse el número de su matrícula profesional, requisito este que creemos es exigible si en el lugar donde se tramite el proceso existe un perito titulado o si el mismo existen en el mercado laboral, por cuanto existe la posibilidad de que el perito que se precisa no sea imperativamente titulado, por que el mismo no existe en nuestro país, como por ejemplo un conocedor en filatelia. En estos casos creemos que dicha obligación del título sería justificadamente no exigible.

Realizada la debida argumentación en lo que se refiere a la existencia de los peritos no titulados, los cuales en la practica forense están presentes, creemos que no debería de aplicarse lo previsto en el Art. 433 del CPC, en cuanto se refiere a la recusación por falta de título profesional.

Independientemente de que sean peritos de oficio o a solicitud de parte, el dictamen que emitan dichas personas, técnicamente es un trabajo que deberá de ser remunerado, es en este sentido que previamente debemos indicar que si el perito es común o de oficio , será cancelado dichos honorarios al perito a prorrata entre el actor y el demandado.

Si es un perito particular o individual deberá ser cancelado en su integridad sus honorarios por aquella parte que lo propuso. Lo anteriormente explicado, también se aplica al tema de los gastos que se erogaron para lograr la producción de este medio probatorio.

En cuanto se refiere a la regulación de dichos honorarios, el Art. 443 del CPC.II, expresamente señala que esta es una facultad prohibitiva del juez o tribunal de la causa, quien si bien puede hacerlo en virtud a la importancia del trabajo realizado, ello creemos es aplicable para aquellos trabajos que no están comprendidos en los respectivos aranceles, pero si los mismos si cuentan con estos, el juez no tiene otra opción que regular dichos honorarios en virtud a dichos documentos, como ocurre con los Arquitectos o Ingenieros.

TRAMITE Y PROCEDENCIA DE LA EXCUSA Y RECUSA DE LOS PERITOS.

Independientemente de haber sido ofrecidos por las partes o por el juez, la aceptación al cargo de perito, dentro un proceso judicial es un acto totalmente voluntario conforme lo previsto por el Art. 435 del CPC, en razón de ello, dicho perito puede luego de haber sido legalmente notificado con su designación , excusarse de ser perito, excusa que no podrá ser observada o negada por el director del proceso, siendo incluso innecesario correr traslado a las partes si se trata de un perito de oficio

y si se trata de un perito ofrecido o propuesto por las mismas , solo a efectos de una nueva proposición y no de oposición.

En cuanto a la posibilidad de recusar al perito, en estricto cumplimiento del Art. 433 del CPC, debemos indicar que a los peritos ofrecidos por las partes no se los puede recusar, situación esta que es coherente, toda vez que el perito independientemente del parentesco que tuviera con una de las partes, amistad o enemistad, su dictamen deberá de emitirlo en virtud a sus conocimientos académicos y no sentimientos.

Al único perito que si se lo puede recusar es al perito de oficio, por las mismas causales previstas para los jueces, las cuales podemos encontrar en el Art. 3 de la ley 1760 , dentro el plazo de tres días, los cuales se computan luego de conocer su designación.

Pero nuestro legislador a previsto al margen de las once causales, de recusación dos causales específicas, como ser, la falta de título profesional, situación que ya fue comentada anteriormente y notoria incompetencia en cuanto se refiere a la pericia encargada, lo cual entendemos será una causal de recusación necesariamente sobreviniente¹³².

PUNTOS DE PERICIA Y ALCANCE DE LOS MISMOS.

Conforme se explico en el sumario trece, los requisitos de validez de todo medio probatorio son la pertinencia y la forma, el primer requisito se lo llegará a acreditar dentro el presente medio probatorio al momento de proponer los puntos de pericia, previstos en el Art. 431 del CPC, los cuales de oficio podrán ser observados por el juez si los considera impertinentes o no conducentes con los puntos de hecho a probar. Estos puntos de pericia asimismo serán corridos en traslado a la parte contraria a objeto de que puedan ser, objetados si los considera, de igual forma impertinentes, vale decir que este primer requisito de validez, puede ser controlado tanto por el juez , como por las partes.

Con relación al alcance de dichos puntos de pericia, el Art. 439 del CPC, claramente prevé que se puede solicitar que el perito pueda elaborar:

-Planos, reproducciones fotográficas, cinematográficas u otros como ser reproducciones físicas de determinados documentos, lugares o hechos, con la colaboración de cualquier medio tecnológico o mecánico.

-Exámenes necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos controvertidos, aclarando en esta parte que el juez de oficio , las partes o incluso el propio perito pueden solicitar que alguna institución privada o pública, como ser una universidad, un instituto de investigación o laboratorio coadyuve en la elaboración de dicha pericia científica.(Art. 442.)

-Reconstrucción de hechos para comprobar si se realizaron o pudieron realizarse de manera determinada, un determinado hecho, pudiendo incluso el juez , las partes o el propio perito solicitar al director de la causa, que comparezcan otros peritos (si hubiere) o testigos.

ACEPTACIÓN Y REMOSIÓN DE LOS PERITOS.

Conforme se indico anteriormente , la aceptación del cargo del perito , es un tema eminentemente personal y no puede ser obligado, el profesional propuesto u ofrecido, pero una vez que ha llegado a aceptar el cargo de perito , lo cual se acredita con el acta de juramento , documento mediante el cual en forma expresa se comprometen a realizar un trabajo idónea, acorde a sus capacidades

¹³² Complementando con este subtítulo, consideramos pertinente realizar algunas puntualizaciones entre lo que es un perito y un consultor, la figura del consultor, si bien no esta prevista expresamente en nuestra legislación civil, esta presente en la legislación procesal penal y también en la legislación procesal civil Argentina, caracterizándose por que también es una persona que posee conocimientos especializados sobre una determinada área del conocimiento, pero solamente asiste a una de las partes, el profesor Palacio , señala que el consultor se convierte en parte a la hora de exponer su dictamen, situación distinta al perito.

profesionales y de la ley (Art. 435 CPC), automáticamente asumen todas las obligaciones inherentes a dicho, obligaciones que están debidamente descritas en los Arts. 436 y sgtes del CPC y que pueden ser exigidos tanto por el juez, como por las partes, asumiendo que nadie puede ignorar el conocimiento de una ley (Art. 164 I y II de la CPE).

En consecuencia el incumplimiento a dichas obligaciones implicará la remoción al cargo de perito, pudiendo ser la misma de oficio o a solicitud de parte, sin perjuicio de iniciársele un proceso disciplinario ante un ente colegiado o incluso penal o civil, si el caso amerita. (Art. 437 CPC).

CLASES, ELABORACIÓN , ENTREGA Y OBSERVACIONES AL DICTAMEN PERICIAL.

Previamente diremos que el dictamen es :“una opinión técnica a través del cual el perito elabora un informe en base a sus conocimientos científicos , sobre un determinado asunto, pudiendo ser por encargo expreso de las partes o del juez y que servirá de guía a este último para resolver una determinada controversia jurídica”.

En virtud a esta concepto, señalaremos que existen dos clases de dictámenes, LOS VERBALES, que son aquellos emitidos por el perito normalmente en audiencia, aclarando que estos se registran en la respectiva acta y LOS ESCRITOS que son los elaborados por el propio perito y que llevan su firma, mismos que son presentados al juez y que cursan en el expediente (Art. 438 CPC).

Independientemente de que el perito sea de oficio o de parte una vez que concluye la elaboración del dictamen , en el plazo previsto por el juez (Art. 436.I y 139.II del CPC), imperativamente deberá de entregar el mismo al juez de la causa, tanto el original, como las copias necesarias. Si existieren varios peritos, deberán de hacer constar en dicho dictamen sus respectivas disidencias en forma precisa.

Una vez realizada la entrega del dictamen, el juez podrá solicitar o convocar al (los) perito (s), a que aclaren o complementen su dictamen, pudiendo ser verbal o escrito dicha aclaración.(Art. 440.IV.) Y las partes luego de conocido el dictamen en el plazo de tres días como máximo podrán solicitar por escrito y en forma fundamentada, al perito que complemente o aclare algún punto del informe pericial (Art. 440.II).

EFICACIA PROBATORIA DEL DICTAMEN.

En los principios de este medio probatorio, prácticamente el juez estaba obligado a dictar su fallo en base al dictamen pericial, de forma tal que algunos estudiosos del derecho consideraron que el perito se convertía en determinados asuntos un juez material y el juez jurisdiccional , se reducía a una especie de juez formal.¹³³

Esta situación en la actualidad se ha superada y ahora el juez de la causa valora el dictamen pericial en virtud **a las reglas de la sana crítica y acorde a los demás medios probatorios producidos en el proceso** , de forma tal que no esta obligado a seguir fielmente lo indicado en dicho informe pericial, vale decir que tiene calidad de prueba semiplena, conforme lo previsto en el Art. 441 del CPC y 1333 del CC.

¹³³ En la practica forense civil, esta situación se puede evidenciar , sobre todo en el proceso interdicto de obra nueva perjudicial o daño temido previsto en los Arts. 615-620 del CPC y 1463-1464 del C.C.

CAPITULO 19 LA PRUEBA TESTIFICAL

*Hacer amistad con el ignorante es tan tonto
como discutir con el borracho.*
Khalil Gibran

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Antes de la historia escrita, el testimonio oral debió ser necesariamente la única fuente para conservar la huella de los acontecimientos, pero también desde ese momento se colocó muchas veces en pugna con la realidad por la deficiencia de los órganos sensoriales, por cuanto no siempre captan la verdadera representación de los hechos.¹³⁴ Asumiendo que una persona experimenta una determinada realidad, en virtud a sus experiencias previas, conocimientos previas, estados de ánimo, etc., de forma tal que en el transcurso de la historia tenemos varios ejemplos, en los cuales lamentablemente la prueba testifical fue causante de la construcción de verdades

¹³⁴ **ORTÍZ**, Linares Julio , Obra citada pág. 314.

erradas o cargadas de subjetivismos, como por ejemplo el juzgamiento de Sócrates, que lo relata su alumno Aristóteles a través de sus obras "Eutifrón – Apología de Sócrates y Critón" o "el juzgamiento de Jesús de Nazareth", entre otros.

Es en virtud a dichos antecedentes que con el surgimiento de los documentos, la prueba testifical fue desplazada en cuanto a su utilidad y validez¹³⁵ que en principio era irrefutable, tal cual se menciona en la propia Biblia, pero no por ello dejada de lado, por cuanto continúa siendo en nuestra actualidad el medio probatorio más utilizado y conocido por todos.

ORÍGEN ETIMOLÓGICO Y CONCEPTO.

Según Caravantes, la palabra testigo deriva del latín "testibus o testiburr" que significa "dar fe" a favor de otro, para la confirmación de una cosa o hecho.

Hugo Alsina señala: "cuando el testimonio en juicio emana de un tercero, estamos en presencia de la prueba testimonial o por testigos. No siempre es posible la constatación de un hecho en forma directa y cuando la parte a quien se le atribuye, desconoce su existencia, la fe en la palabra del hombre que ha presenciado el hecho es uno de los pocos recursos que restan al juez para la investigación de la verdad"¹³⁶

Palacio, expresa: "Denominase prueba de testigos a aquella que es suministrada mediante las declaraciones emitidas por personas físicas, distintas de las partes y del órgano judicial, acerca de su percepción o realizaciones de hechos pasados o de lo que han oído sobre éstos"¹³⁷

David Echandía indica: "En sentido estricto, testimonio es un medio de prueba que consiste en la declaración representativa que una persona, que no es parte en el proceso en que se aduce, hace a un juez, con fines procesales, sobre lo que sabe respecto a un hecho de cualquier naturaleza"¹³⁸
Por nuestra parte señalamos: "que la prueba testifical es un acto eminentemente judicial, a través del cual una persona natural mayor de catorce años y ajena al proceso, declara cuestiones de su conocimiento, referentes al objeto de la litis, las cuales fueron conocidas por este en forma circunstancial."

CARACTERÍSTICAS DE LA PRUEBA TESTIFICAL.

ES CIRCUNSTANCIAL.- En razón a que todo lo que el testigo llegó a conocer y por ende declarará, imperativamente deberá de haberlo adquirido en forma totalmente casual. Y quizá esta característica es precisamente la que provoca mayor desconfianza sobre lo testificado, por cuanto al haber sido adquirido dichos conocimientos del testigo en forma circunstancial, normalmente no los puede reproducir en forma oral con total precisión, de ahí que muchas veces se precisa que el testigo no solamente se limite a testimoniar, sino que evoque el momento en el cual llegó a constituirse en testigo.

SE FUNDA EN LA DOBLE PRESUNCIÓN.- Cuando se esta frente a la declaración de un testigo, quien se refiere a un hecho que llegó a presenciar, imperativamente debe presumir dos cosas; en primer lugar que todo lo declarado esta en total conformidad con la realidad de los hechos y en segundo lugar esta el fundamento moral con el cual presuntamente el testigo emite su declaración. Es precisamente esta característica la causante de que el legislador asuma todo tipo de precauciones, como ser las tachas tanto relativas, como absolutas que tienen por fin último el real cumplimiento de estas dos presunciones.

¹³⁵ Se sugiere al lector, remitirse al sumario 15, en cuanto se refiere a los antecedentes históricos de la prueba documental a objeto de complementar el presente subtítulo.

¹³⁶ ALSINA, Hugo. Obra citada Pág. 234.

¹³⁷ LINO, Palacio Enrique. Obra citada Pág. 476.

¹³⁸ DEVIS, Echandía Hernando. "Teoría General de la Prueba Judicial", 6ta edición, Editorial ZAVALLA S.A.Bs. As.-Argentina, 1988-Tomo II Pág. 33.

ES UNA MANIFESTACIÓN DEL PENSAMIENTO.- Si un testigo declara no lo debe hacer en virtud a su voluntad, vale decir que no se desea que el testigo declare lo que él quiere declarar, sino se pide que declare lo que conoce, lo que recuerda y si no sabe , debe indicar precisamente ello, o sea que no sabe. Conforme se evidencia , en la declaración testifical no esta presente la voluntad.

ES PRUEBA HISTÓRICA.-Por que con ella se reproduce o reconstruye hechos pasados o que todavía subsisten, pero cuya existencia data desde antes de producirse el testimonio. Básicamente representa una experiencia del sujeto que declara.

REQUISITOS DE LA PRUEBA TESTIFICAL.

DEBE SER UN ACTO PROCESAL.- Desde el punto de vista lógico, todas las personas naturales y capaces potencialmente son testigos, en cuanto se refiere a las cosas o hechos que conocen, pero cuando dicho testimonio desea uno valorarlo como un medio probatorio legal, imperativamente deberá de realizar su declaración ante el juez de la causa o por autorización de del mismo, como por ejemplo el caso previsto en el Art. 449 del CPC.

DEBE SER DECLARACIÓN PERSONAL. Imperativamente el testigo deberá de prestar su declaración en forma personal al juez, no pudiendo hacerlo a través de un apoderado o mandatario, lo cual si ocurre en la prueba confesaría. Merced a este requisito muchos estudiosos lo denominan a este medio probatorio , prueba viviente, argumentando que ello es ventajoso puesto que pueden pedir a dicho testigo que amplíe o aclare muchas de sus declaraciones y a la vez es ventajoso, por que con el fallecimiento del testigo, desaparece el medio probatorio. Lo previsto en el Art. 449 del CPC, referente a la declaración de determinados testigos a través de un informe, no desvirtúa este requisito puesto que la declaración , técnicamente sigue siendo en persona, pero no en forma escrita sino verbal, excepción que nuestro legislador lo a previsto en virtud a la investidura de los testigos, descritos en dicha norma legal. Similar criterio cabe expresar en cuanto se refiere a lo previsto en el Art. 450 del CPC.

DEBE SER DECLARACIÓN DE TERCERO.- Solo una persona natural ajena al proceso puede tener la calidad de terceros y si bien ello significaría una contradicción con el perito, debemos aclarar que el perito no acude al proceso como testigo, sino en virtud a emitir un dictamen sobre un determinado asunto, en cambio el testigo, simplemente declara lo que conoce o recuerda, en cuanto a sus experiencias personales.

DEBE SER PERTINENTE.- Otro requisito de la prueba pericial , así como de otros medios probatorios, es su pertinencia en cuanto se refiere al contenido de la declaración vale decir que los hechos relatados por el testigo deberán de tener relación con el objeto de la litis y para lograr cumplir dicho requisito es fundamental el interrogatorio que será elaborado por la parte proponente (Art. 380.3 CPC), por cuanto si bien el juez puede realizar de oficio determinadas preguntas al testigo, las mismas son comunes a todos los testigos (Art. 459 CPC) y las que están directamente relacionadas con el hecho litigioso, son de elaboración privativa de una de las partes. En conclusión, si la pregunta es impertinente, la respuesta será impertinente.

CONCEPTO DE TACHAS.

Si bien nuestro legislador a prevista en el CPC, las tachas, no se a preocupado de emitir ninguna definición o noción de lo que debería de entenderse por este término, en tal sentido debemos señalar que Couture le asigna cuatro acepciones: "Motivo o causal de pospena que anula o disminuye la fe de un testigo"; "impugnación que un litigante formula sobre la persona o dichos de un testigo con el objeto de destruir o disminuir la eficacia de su declaración"; "Acción y efecto de tachar procedimiento posterior a la prueba principal y anterior a los alegatos del bien probado, destinado a recibir la prueba que justifique los motivos de sospecha que anulan o disminuyen la fe de un testigo".¹³⁹

¹³⁹ COUTURE, Eduardo "Vocabulario jurídico", Editorial DEPALMA, Edición 1988, Bs.As-Argentina.

Por nuestra parte proponemos la siguiente definición: " Las tachas son determinadas circunstancias objetivas o subjetivas, que hacen temer en forma razonable que la declaración del testigo no será imparcial y apegado a la verdad histórica de los hechos "

CLASES DE TACHAS.

De una revisión del CPC, uno puede percatarse que existen previstas dos clases de tachas, **LAS TÍPICAS o NOMINADAS** que serían las que cuentan con una regulación específica y se sub dividirían en absolutas y relativas y **LAS ATÍPICAS o INNOMINADAS**, mismas que no tienen una regulación específica y que nuestro legislador las a identificado como impedimentos. Merced a dicha aclaración, procedemos a desarrollara cada una de estas clases de tachas.

Dichas circunstancias nuestro legislador las ha regulado a través de dos denominaciones:

TACHAS TÍPICAS O NOMINADAS.

LAS TACHAS ABSOLUTAS.

El Art. 445 del CPC, expresamente indica que cualquier persona que sea propuesto como testigo y se encuentre comprendido dentro del catalogo desglosado en dicho artículo "no podrá ser creído como testigo".

De una interpretación literal, se entiende que esta disposición es aplicable a todos los procesos civiles, asimismo a los procesos familiares en virtud al Art. 383 del C.F. y agrarios conforme lo indica el Art. 78 de la ley 1715. Ante esta eventualidad , debemos aclarar que cualquiera de las causales de tacha absoluta, previstas en el Art. 445 del CPC, para que surtan su efecto deseado, o sea de anular la declaración testifical, imperativamente deberán de ser probadas y no simplemente propuestas, conforme indica el Art. 447.I , ultima parte. Las circunstancias o tachas absolutas son las siguientes.

Quienes padecieren de enajenación mental.- De dicha disposición emergen tres hipótesis, la primera que se trate de una persona legalmente declarada interdicta, la segunda que en el momento histórico de la constitución de los hechos y por ende presencia de él como testigo, haya estado en estado de insania mental y finalmente puede ocurrir que en el momento de constituirse como testigo, este plenamente capaz, pero que al momento de emitir su declaración sufra dicha insania mental, la cual imperativamente deberá de ser acreditada en forma idónea y legal, para que sea procedente esta causal.

Los ebrios consuetudinarios y quienes carecieren de profesión u ocupación honesta conocida.-Asumiendo que el testigo debe declarar cuestiones propias de su experiencia personal, referentes a temas del pasado y en forma totalmente imparcial, nuestro legislador a previsto que aquellas personas que decidieron consumir bebidas alcohólicas en forma constante, denominados "bebedores consuetudinarios", no deberán de ser creídos como testigos, por cuanto es de pleno conocimiento que las alteraciones que sufre nuestro organismo y en especial nuestros sentidos a causa de las bebidas alcohólicas, es tan grave que muchas veces dichas personas reproducen en forma totalmente errada y hasta imaginaria la verdad histórica de los hechos. Vale decir que sus declaraciones no condicen materialmente con los hechos relatados. Por esta razón no pueden ser creídos como testigos.

Y en relación a la segunda causal, se entiende que toda persona imperativamente para lograr su sustento deberá de dedicarse a un oficio, más si el mismo es poco honesto , por no decirlo incluso ilícito y que el mismo sea conocido por la sociedad o se lo pueda acreditar de alguna forma, se entiende que dicha persona no tiene la suficiente moral como para poder ser creído y por ende declarar en forma imparcial, sobre algún hecho que afectaría a otras personas.

Quienes hubieren sido condenados por falso testimonio. Conforme explicamos anteriormente, el simple hecho de que la declaración del testigo deba de referirse imperativamente a cuestiones pasadas, hace que no solamente se deba de presumir que lo declarado por el testigo

sea coherente con las circunstancias materiales de los hechos, sino que también deberá de presumirse que moralmente el testigo esta diciendo la verdad, presunción esta que no puede existir sobre una persona que tiene una sentencia condenatoria, por un delito tan importante dentro el presente medio probatorio y ello es el falso testimonio. Se sobre entiende que dicha resolución deberá de estar debidamente ejecutoriada, en razón a que el legislador utiliza el término "condenados".

Los ciegos y sordos con relación a hechos perceptibles por la vista o el oído, respectivamente. Si asumimos que todos los seres humanos, acumulamos información de nuestras experiencias, a través de nuestros sentidos, debemos aceptar que precisamente son estos los medios que nos permites acceder en forma precisa a determinadas experiencias personales. Con estos antecedentes creemos haber justificado a cabalidad la necesidad y pertinencia de esta causal de tacha que por lo demás nos parece correcta.

TACHAS RELATIVAS.

Aquella persona que llevo a estar comprendida dentro de una de las causales de las tachas absolutas, no podrá ser creído en calidad de testigo en ningún proceso judicial civil, situación que no ocurre con las tachas relativas, por cuanto claramente el Art. 446 en su primera parte establece que no podrá ser creído como testigo , PERO NO EN TODOS LOS PROCESOS , sin simplemente EN AQUELLOS PROCESOS , en los cuales estuviera vinculado por situaciones de parentesco, jurídicos o laborales. Vale decir que el efecto de las tachas relativas en cuanto a los testigos es específico y en las tachas absolutas es absoluto su efecto.

Nuestro legislador en el mismo Art. 446, desarrolla un catalogo, de los procesos en los cuales no podrán ser creídos determinados testigos y que pasamos a transcribir.

-No podrá ser creído como testigo, aquella persona que tenga con alguna de las partes del proceso una relación parental, sea esta en línea directa o colateral, hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad.

-No podrá ser creído como testigo , aquella persona que tenga un grado de dependencia o haya tenido un grado de dependencia laboral, con la parte que le estaría ofreciendo de testigo.

-Si se demuestra que el testigo tuviera algún interés directo o indirecto en el litigio , pudiendo ser este por si mismo o a través de uno de los grados de parentesco descritos en el numeral primera del Art. 446, no podrá ser creído.

-Los pupilos no podrán ser creídos como testigos en aquellos procesos en los cuales sean parte sus tutores y viceversa.

-Si se demuestra que el testigo tiene un litigio pendiente con la parte que no lo estaría ofreciendo como testigo, tampoco podrá ser creído como testigo.

-Si se demuestra que el testigo es amigo intimo de la parte que lo esta ofreciendo o es enemigo manifiesto de la parte adversa, tampoco podrá ser creído como testigo.

TACHAS ATÍPICAS O INNOMINADAS.

El Art. 447.II del CPC indica: "Podrán probarse, además de las circunstancias mencionadas en los artículos anteriores, **cualesquiera otras que tendieren a disminuir o destruir la fe de un testigo**", norma legal que esta en total concordancia con lo previsto por el Art. 472 del mismo cuerpo legal que establece: "La parte interesada **deberá oponer todo impedimento** o tacha....". En conclusión debemos afirmar con total certeza que al margen de las causales previstas en los Arts. 445 y 446 del CPC, la parte interesada podrá ofrecer en contra de uno o varios testigos,

cualquier otra circunstancia que pudiera hacer temer la veracidad o imparcialidad de la declaración testifical, vale decir que nuestro legislador a previsto las tachas atípicas o innominadas.

TRAMITE DE LAS TACHAS TIPICAS Y ATÍPICAS.

La parte interesada al momento de ofrecer su prueba testifical, deberá de identificar en forma precisa sus generales de ley de todos los testigos propuestos, conforme indica el Art. 380.3 del CPC y simultáneamente solicitará se señale fecha y hora de audiencia , para la producción de dicha prueba.

El juez en forma simultánea admitirá el medio probatorio y correrá en traslado dicho ofrecimiento de prueba a objeto de que la parte contraria, si considera pertinente, en el plazo perentorio de tres días computables a partir de la notificación, oponga en contra de alguno o de todos los testigos la respectiva tacha sea esta típica o atípica, (Art. 372.I, CPC), protestado demostrar la misma en el transcurso del proceso.

La prueba de dicha tacha se la producirá dentro el plazo probatorio señalado para el proceso principal (Art. 372.II CPC).

La presentación de la tacha, en contra de todos o de algún testigo, no impedirá que el mismo preste su declaración , vale decir que, el efecto real de la tacha, se lo evidenciará al momento en que el juez compulse la declaración de dicho testigo y ello será en sentencia, circunstancia en la cual deberá de prescindir de dicha declaración si se ha llegado a demostrar la causal de la tacha.

Pero también pudiera ocurrir que pese a haber probado la tacha, el juez no prescinda de dicha declaración, toda vez que dicha tacha no es lo suficientemente grave como para invalidar la misma, tal cual lo previsto en el Art. 447 del CPC, vale decir que el juez es quien tiene la última palabra, en virtud a lo previsto en el Art. 476 del CPC.

CITACIÓN A LOS TESTIGOS Y SU OBLIGACIÓN DE ACUDIR A LA AUDIENCIA.

Conforme indicamos anteriormente, el testigo no declara por voluntad, sino por conocimiento, de ahí que emerge la obligación no solo moral, sino jurídica de coadyuvar con la administración de justicia a solicitud expresa del juez, e independientemente de sus afectos o desafectos con el proceso o las partes, lo único que se le pide es que diga la verdad de los hechos que él o ella llegó a experimentar en forma personal.

La obligación de declarar emerge técnicamente desde el momento en que el testigo citado legal y formalmente acorde a lo señalado por el Art. 453 del CPC. En consecuencia es esencial que al momento de ofrecer a los testigos, la parte proponente , señale las direcciones de los mismos, por cuanto es a ellas que acudirá el oficial de diligencias para ubicarlos y citarlos.

Solo existe una excepción, para no señalar el domicilio real del testigo y es cuando el propio proponente de este medio probatorio, en forma expresa comunica al juez de la causa que será él quien correrá con la carga de la citación a los testigos, tal cual lo previsto por el Art. 455 del CPC.

Luego de haber sido citado por el funcionario judicial, el testigo y este no acude a la audiencia fijada por el director del proceso y tampoco justifica dicha situación, sea de oficio o a solicitud de parte, el juez podrá emitir la respectiva orden de apremio a objeto de que sea conducido dicho testigo desobediente por un representante de la fuerza pública hasta dependencias del señor juez e incluso este podrá imponerle una multa o remitirlo al ministerio público por el delito de desobediencia a la autoridad, previsto en el Art. 156 del CP, conforme se extrae del Art. 456 del CPC.

Si el testigo luego de haber sido legalmente citado y antes de la fecha de audiencia , hace conocer que sufre algún impedimento que le impediría acudir a la audiencia, como ser salud, edad, etc, el

juez de oficio o a solicitud de parte podrá recibir la declaración del testigo en su domicilio conforme indica el Art. 450 del CPC.

Si no puede acudir a la audiencia por estar fijada en horas de trabajo del testigo, el juez de oficio o a solicitud de parte, instruirá al superior o jefe competente para que conceda licencia al testigo, aclarándole que no deberá de sufrir el mismo ningún tipo de descuento a su remuneración.

En conclusión la obligación de testificar que tiene un testigo que fue legalmente citado, es precisa y para hacerla efectiva, nuestro legislador a previsto todas las posibilidades, mismas que incluso recaen a terceros como es el caso del Art. 545 del CPC, existiendo solamente una causal de dispensa, a través de la cual no esta obligado el testigo a acudir a la audiencia a testificar y esta se presente cuando una de las partes del proceso es su hermano, cónyuge o parientes cercanos (Art. 448 CPC).

CASOS ESPECIALES EN LOS CUALES NO ESTA OBLIGADO A DECLARAR.

Consideramos pertinente diferenciar entre estar obligado a acudir a la audiencia fijada por el juez de la causa y obligación a declarar, por cuanto existes determinadas circunstancias en las cuales pese a conocer los hechos que se le interrogan al testigo, por mandato expreso el testigo no esta obligado a declarar, vale decir que si desea lo puede hacer, pero no por mandato de la ley sino por voluntad propia, siendo estos los siguientes:

-Si su respuesta lo expusiere a un enjuiciamiento penal o compromete su honor. Un ejemplo del primer caso sería, el pedirle que reconozca si él a participado o no en un acto delincencial, vale decir se le esta pidiendo que se auto incrimine y en lo que se refiere al segundo caso es un tema mucho más intimo, como ser contar un secreto de familia guardado en la intimidad de la misma. La valoración de este tipo de negativas, deberá de ser compulsada acorde al tipo de pregunta, por parte del juez. (Art. 462.2 CPC).

-Si su respuesta implica romper un secreto profesional, pudiendo ser este militar, científico, artístico o industrial, el cual estaría obligado a guardar. Este tipo de obligación estaría previsto y regulado por el Art. 302 del C.P. y es en torno a ello que deberá de evaluarse dicha negativa de testificar. (Art. 462.II CPC).

CASOS ESPECIALES EN LOS CUALES NO ES VÁLIDO LA PRUEBA TESTIFICAL.

Por disposición expresa del Art. 1328 del C.C. concordado con el Art. 1327 del mismo cuerpo legal, la prueba testifical no será admitida en los siguientes casos:

No se admitirá la testificación, como medio probatorio.- Para acreditar la existencia o la extinción¹⁴⁰, en cualquiera de sus posibilidades, de una determinada obligación pudiendo ser esta de dar o hacer o sus contrarios, siempre que dicha obligación exceda en este momento, (2010 años), el monto de Bs. 10.000, que es lo que a establecido como mínima cuantía la Corte Suprema de Justicia, según el acuerdo del mes de octubre de 2004 años, en cumplimiento de lo previsto por el Art. 55 num. 33 de la ley 1455, disposición legal que continúa vigente, por expreso mandato de la ley 025/2010

Se aclara que este monto solamente es a capital, por cuanto no esta incluido en el mismo, los intereses, frutos y otros aspectos accesorios a la obligación principal. Por contrario sensu, si se puede probar la existencia o extinción a través de la prueba testifical, de obligaciones menores a dicho monto.

No se admitirá la testificación, como medio probatorio.- Si a través de la misma se desea desvirtuar el contenido de un determinado documento, aunque el monto que se consigna en dicho instrumento sea menor al señalado anteriormente. Vale decir que la declaración testifical es

¹⁴⁰ Debiendo de tomarse como ejemplo de estas, las previstas en el Art. 351 del CC.

totalmente ineficaz para poder modificar un documento en cuanto se refiere a su contenido. Imperativamente deberá de producirse otros medios probatorios si se desea efectivizar aquello.

CASOS ESPECIALES EN LOS CUALES SE ADMITE LA PRUEBA TESTIFICAL.

Estos casos están perfectamente individualizados y descritos en el Art. 1329 del C.C y que pasamos a desarrollar.

-Se permitirá la prueba testifical, si existe un principio de prueba escrita o documental, respecto a la pretensión del actor. Aclarándose que esta disposición, solo sería aplicable a materia civil, por cuanto existen otras áreas del derecho en las cuales pese a no existir indicio de prueba documental, con la sola testación es viable la acción, como por ejemplo los procesos de violencia intrafamiliar.

-Se permitirá la prueba testifical, a objeto de acreditar la verdad de un determinado acto jurídico, siempre que el mismo haya sido impugnado o acusado de falso o ilícito.

-Se permitirá la prueba testifical, cuando el acreedor haya perdido por caso fortuito o fuerza mayor , el documento que le servía de prueba literal. Vale decir que la condicionante para que se pueda efectivizar este caso, es que demuestre previamente el hecho original, o sea la pérdida del referido documento en las condiciones previstas anteriormente.

PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL.

El presente medio probatorio se lo efectiviza a través de una audiencia, la cual conforme se evidenció no siempre se la llevará a cabo en el juzgado del juez, sino en cualquier otro lugar, pero con la presencia del juez.

Una vez instalada la audiencia y luego de realizarle las preguntas de rigor al testigo (Art. 459 CPC) a fin de acreditar su identidad (Art. 380.3 CPC) y posteriormente el juez solicitará al testigo que realice el respectivo juramento o promesa de decir la verdad de todo cuanto conociera, sobre lo que se le va a preguntar, advirtiéndole de las consecuencias en caso de incumplir a dicho mandato.

Posteriormente el juez dará lectura al interrogatorio que fue presentado por la parte proponente (Art. 380.3 CPC), el cual será redactado en base a las reglas de la precisión y la pertinencia (Art. 461 y 376 CPC) y de no cumplir con las mismas el juez esta facultado a rechazar dichas preguntas o a modificarlas (Art. 460.III, 415 y 461 CPC).Luego de concluida sus respuestas, la parte contraria si desea podrá pedir a través del juez aclaraciones a las respuestas dadas por el testigo. No deberá de confundirse con un contrainterrogatorio, por cuanto esta posibilidad no esta permitida en nuestro ordenamiento procesal civil.(Art. 460.II CPC).

El testigo al momento de absolver el interrogatorio , esta prohibido de utilizar apuntes o leer notas, o ser asesorado por terceros, como ser los abogados, a menos que por la índole de la pregunta sea preciso hacerlo.

Si en el contenido de las respuestas del testigo , el juez o las partes observan serios indicios de falsedad, podrá decretar de oficio o a solicitud de parte en la misma audiencia o en forma posterior, se elabore un testimonio de la declaración testifical y se lo remita al ministerio público por un presunto delito de falso testimonio.(Art. 468 CPC).

Si el testigo al momento de ser interrogado no conoce el idioma español , o se comunique por un lenguaje convencional, como por ejemplo el lenguaje por señas a objeto de que no se suspenda la producción de la prueba, el juez podrá designar un interprete, conforme las reglas del Art. 419 .II y 420 del CPC, que son aplicables al caso de autos, en virtud a lo señalado por el Art. 469.

EFICACIA PROBATORIA

Asumiendo que este es un medio probatorio indirecto, debemos indicar que el mismo será valorado por el juez en virtud a las reglas de la sana crítica y convicción, conforme lo previsto por el Art. 397, 476 del CPC y 1330 del C.C. , que señala: "Cuando la prueba testifical es admisible, el juez la apreciara considerando la credibilidad personal de los testigos , las circunstancias y la eficacia probatoria suficiente que de sus declaraciones sobre los hechos pueda resultar , sin descuidar los casos en que legal o comúnmente se requieran otra clase de pruebas", vale decir que no es una prueba plena y por lo tanto no es tasada.

CAPITULO 20 EL JURAMENTO

En cuanto alguien comprende que obedecer leyes injustas es contrario a su dignidad de hombre, ninguna tiranía puede dominarle.

Mahatma Gandhi

GENERALIDADES.

El Art. 1285 del C.C., establece: "Son medios de prueba los que se establecen en el título presente así como los en el Código de Procedimiento Civil", en virtud a dicha disposición debemos aclarar expresamente que si bien el "juramento", no esta siquiera mencionado como parte de los medios

probatorios legales, en el CPC (Art. 374), si esta regulado a través de los Arts. 1324-1326 del sustantivo civil, razón por lo cual es considerado como un medio probatorio legal.

En la practica forense, el presente medio probatorio es prácticamente inexistente y quizá la razón de ello es por que a diferencia de otras legislaciones, como la argentina, nuestro legislador prácticamente no a realizado una regulación precisa, en cuanto se refiere a su procedencia y trámite, aspecto que según se prevé en el anteproyecto del Código de Procedimiento Civil, se ha llegado a subsanar.

CONCEPTO.-

El juramento, técnicamente tiene su origen en la religión, por cuanto todos los países tanto politeistas, como monoteísta, como ser Grecia, Roma, los Germanos, etc,

Según el Diccionario Jurídico de Cabanellas, el juramento: "En sentido etimológico es la negación o afirmación de algo, poniendo como testigo a Dios y con la sanción moral que por religión se dicta para quienes quebrantan con mentira la fe sagrada concedida a esta solemne manifestación de veracidad, en sentido procesal jurídico, se dice que en sí no es una prueba, sino un medio para la valides de determinadas pruebas, como ser la testifical, pericial, etc. "

CLASES DE JURAMENTO.

Nuestro legislador a previsto a través del Código Civil, el Juramento Decisorio, Juramento de Posiciones y Juramento Supletorio, los cuales procedemos a desarrollar a continuación.

JURAMENTO DECISORIO.

Franciso Messineo señala ¹⁴¹ el juramento decisorio es una declaración de ciencia acerca de la existencia de un hecho, que se hace solemnemente ante el juez por una de las partes a instancia de la otra, y de la cual se hace depender la decisión, total o parcial, de la causa". Paulo citado por Bonnier, indica: " el juramento decisorio constituye una verdad transaccional, pero se observa que a diferencia de las transacciones ordinarias, en esta especie, la parte deferida resulta obligada a tener confianza en su palabra y a aceptar el deferimiento para confesar o negar la justicia de las pretensiones de quien le llama a esa decisión, aunque también se ha considerado que este modo de cortar o definir los litigios está lejos de ser siempre satisfactorio"

En relación a esta clase de juramento, nuestro legislador expresamente lo prohíbe conforme se indica en el Art 1324 del C.C." (Prohibición del juramento decisorio). Ni de oficio ni a instancia de partes podrán los jueces librar la resolución de la causa al juramento decisorio"

Si bien los jueces están expresamente prohibidos de considerar siquiera al juramento decisorio, como un medio probatorio, cabe puntualizar que según la doctrina, no puede el juez de provocar oficiosamente, motivo por el cual creemos un error lo mencionado por el Art. 1324 de. C.C.

JURAMENTO DE POSICIONES.

El juramento de posiciones, tiene su antecedente en la propia legislación nacional, puesto que el mismo ya estaba previsto en el anterior código procesal. Es un medio probatorio, al cual muchos abogados acuden en varios tipos de procesos civiles y que lo tramitan en virtud a las reglas previstas para la confesión, situación esta que es un error, por cuanto el juramento debiera de tener sus propias reglas de procedencia, conforme sucede en la legislación Argentina.

Realizada esta introducción, debemos señalar que el Art. 1325 del C.C. indica:" (Juramento de posiciones). Pueden las partes en todo asunto, durante el término de prueba, pedirse recíprocamente juramento sobre hechos personales relativos al litigio; pero con cargo de estar sólo a lo que les sea favorable, según apreciación que hará el juez".

¹⁴¹ MORALES, Guillen Carlos. Obra citada. 1326.

La doctrina establece: "es el acto procesal mediante el cual una de las partes, denominada "ponente", presenta en sobre cerrado un interrogatorio al juez y por ende pide se emplace a la otra parte, denominada "absolvente", a que acuda ante el juez, a objeto de que absuelva dicho interrogatorio".

Merced a dicha conceptualización, mucho consideran que el Juramento de Posiciones, es una variante de la Confesión Judicial Provocada y que por lo tanto todas las reglas previstas para dicho medio probatorio, son aplicables a este último, salvo la forma en la cual deberá de redactarse el interrogatorio y su respectiva respuesta, pues esta última imperativamente deberá de reducirse a un "sí" o a un "no".

Finalmente indicar que según la legislación argentina, al interrogatorio (Art. 415 CPC), se lo denomina pliego de posiciones.

En cuanto se refiere a su eficacia jurídica, el mismo tiene calidad de prueba plena, aclarando simplemente que las reglas señaladas para la confesión judicial, son aplicables a este medio probatorio.

JURAMENTO SUPLETORIO.

El supletorio, es el único que puede deferir de oficio el juez dentro un proceso, puede servir para hacer depender del mismo la decisión del pleito, o solamente para determinar en la sentencia la cantidad cuestionada, (en este caso el juramento se dice que es estimatorio). Cuando es supletorio, para hacer depender la decisión de la causa de él, sólo sule, las deficiencias o faltas de otros medios de prueba. Esto es, deben existir otras pruebas, que aunque no den una plena evidencia, son pruebas al fin y el juramento supletorio, al completarlas, no es más que un medio de prueba, carácter que lo diferencia del decisorio que es prácticamente una especie de transacción. Es facultativo del juez deferir al juramento supletorio y debe hacerlo en las condiciones que exige el Art. 1326 del C.C.

En suma, procede este juramento cuando la demanda o las excepciones no son plenamente probadas, pero no están absolutamente desprovistas de prueba.

En relación a la posibilidad de establecer la cuantía de un determinado bien, en base a un juramento supletorio y asumiendo que según la ley 025/2010, la cuantía ya no es un medio para determinar la competencia de un juez en materia civil y si bien dicha disposición ingresará plenamente en vigencia a partir del 24 de junio 2012 años, creemos que el juramento supletorio no tendrá ningún tipo de utilidad en relación a este aspecto.

Con relación a su eficacia jurídica manifestamos que es semiplena, puesto que las reglas sobre las cuales se valora el mismo son mediante la sana crítica.

CAPITULO 21 EL INDICIO Y LA PRESUNCIÓN

El fin de la ley es obtener la mayor ventaja posible para el mayor número posible.

Jeremy Bentham

GENERALIDADES.-

El Art. 374.6) del CPC, a previsto que las presunciones son medios probatorios legales, pero lamentablemente no nos brinda una regulación precisa sobre las reglas de su procedencia, por cuanto el Art. 477 del mismo cuerpo legal lo único que hace es remitirnos al Código Sustantivo Civil y en el segundo párrafo en forma un tanto confusa y genérica dispone la validez de una sola presunción.

Por otra parte, lamentablemente nuestro legislador no a previsto una diferencia sustancial entre lo que debería de entenderse por presunción y por indicio. Es en virtud a estos antecedentes que en el presente tema se ha decidido desarrollar ambos institutos.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En el derecho romano ya se conocía la institución de las presunciones , los indicios y los rastros , como elementos de convicción y base para la resolución de determinados conflictos.

En el Derecho Frances, a partir de la Ordenanza Procesal Civil de 1667, los indicios eran considerados un medio de prueba, el cual se constituyó como fuente, para el Código de Procedimiento Civil de Napoleón Bonaparte de 1806.

A partir del siglo XIX se legisló en todos los sistemas procesales, actualmente no existe uno que prescindiera de este sistema probatorio e incluso se podría afirmar que debido al avance tecnológico se le haya dado más importancia de la que tenía antes.

DISTINGO ENTRE INDICIO Y PRESUNCIÓN

Couture en relación al indicio lo define como un: "Objeto material o circunstancia de hecho que permite formular una conjetura y sirve de punto de partida para la prueba"¹⁴²

Hugo Alsina indica: "llámese indicio, todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y en general todo hecho conocido o mejor dicho debidamente comprobado susceptible de llevarnos por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido. Tanto pueden pertenecer al mundo físico como al de la conducta humana y así una persona que huye suministra un indicio porque esa es la reacción normal en el delincuente; la misma actitud que asume una parte en el proceso civil puede constituir un antecedente que decida la opinión del juez"¹⁴³

Mientras el profesor Couture limita al indicio al campo eminentemente sensorial, material, el profesor Alsina, señala que incluso las conductas humanas que no tienen un basamento material , sino personal, subjetivo, pudieran considerarse como indicio, aspecto este que creemos es mucho más coherente , así por ejemplo si el juez a señalado en reiteradas veces una audiencia a objeto de tomar prueba de sangre para un examen de ADN al supuesto padre o progenitor y este luego de ser legalmente citado , no acude al mismo y siempre busca excusas injustificadas para hacerse esa prueba .En este caso creemos que este sería un indicio similar al propuesto por el profesor Alsina.

En cambio, la presunción según el propio Alsina es: "la operación mental en la que por aplicación de esa relación puede llegar al conocimiento de ese hecho"¹⁴⁴ y para Couture es : "la acción y efecto de conjeturar del juez, mediante razonamientos de analogía, inducción o deducción, la existencia de hechos desconocidos, partiendo de los conocidos"¹⁴⁵

¹⁴² COUTURE, Eduardo. "Vocablo Jurídico" Pág. 332

¹⁴³ ALSINA, Hugo. Obra citada , Pág. 684.

¹⁴⁴ ALSINA, Hugo. Obra citada Pág. 686.

¹⁴⁵ COUTURE, Eduardo. "Vocabulario Jurídico".Pág. 375.

Pothier¹⁴⁶ define a las presunciones: " como las consecuencias que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para afirmar un hecho desconocido. La presunción importa pues un razonamiento que , partiendo de un hecho determinado (indicio) y de conformidad con la experiencia referente al orden normal de las cosas permite afirmar la existencia del hecho que se desea probar".

En relación a estos dos institutos existen varias posturas doctrinales, algunos consideran que los indicios no son un medio probatorio en sí sino simplemente la base objetiva a través de la cual el juez podrá realizar una determinada conclusión, en virtud a su concatenación, entre ellos estaría Hernando Davis Echandia.

En cambio otros procesalistas sostienen que los indicios por si solos si son medios probatorios , precisamente por que son objetivos y serian autónomos en cuanto a su validez En relación a esta postura, debemos indicar que según el Art. 374 del CPC, los indicios no están contemplados como medios probatorios legales, pero si podrían estar dentro los denominados moralmente legítimos, previstos en el Art. 373 del CPC.

Por nuestra parte consideramos que los indicios son básicamente la parte verificable de un acto procesal y que si bien en su individualidad, un indicio no puede provocar mayor convicción en el juzgador a través de un enlazamiento lógico y coherente, acorde a su experiencia y sana crítica , puede lograr conocer verdades desconocidas en un primer momento. Vale decir que el indicio es la base de una futura presunción y este debería de ser el elemento aglutinante y a la vez diferenciador entre un indicio y una presunción.

CLASES DE INDICIOS

Según la doctrina se la llegado a establecer tres clases de indicios.

Indicio antecedente. Son los actos preparatorios del hecho; una situación que motiva a pensar algo.

Indicio concomitante. Son vestigios contemporáneos al hecho. Ejemplo: la compra de un arma días antes, prenda de vestir del delincuente.

Indicio subsiguiente. Es la consecuencia del hecho que se pretende averiguar. Ejemplo: la fuga del sospechoso, en el contrato simulado el nuevo dueño no se comporta como tal puede no habitar el inmueble.

CLASES DE PRESUNCIONES.

Conforme la doctrina y citando al profesor Palacio debemos indicar que existen dos clases de presunciones:

PRESUNCIONES LEGALES.

Son presunciones legales, las consecuencias que la ley establece sobre determinados aspectos conocidos para llegar a aspectos desconocidos, mismas que estan presentes en nuestra legislación, conforme se evidencia por el Art. 1317 del C.C., cuando señala: "Las presunciones son legales...", mismas que se sub dividen en dos clases, siendo estas:

PRESUNCIONES LEGALES JURIS ET DE JURE.-

Son aquellas presunciones legales que no admiten prueba en contrario y que están previstas en el Art. 1318.I I del C.C., pudiendo citar como ejemplo de estas a los Arts. 164.I de la CPE; 178 C.F.; 15, 244.II, 493.I, 1274, 1319, 1430 todos del CC., entre otras.

PRESUNCIONES LEGALES JURIS TANTUM.-

Son aquellas presunciones legales que si admiten prueba en contrario y que están debidamente reconocidas por nuestro legislador a través del Art 1318.III, pudiendo citar como ejemplo de ellas

¹⁴⁶ Citado por PALACIO, en su obra "Manual de Derecho Procesal Civil".Pág. 506.

a los Arts. 113, 179, 186, del C.F.; 1.III, 2.II, 39, 173,282, 956, todos del C.C.; 788, 1027 y otros del C.Com.

PRESUNCIONES SIMPLES O JUDICIALES-

Las presunciones simples o judiciales, también denominadas por Palacio, presunciones del hombre, se encuentran libradas al criterio del juez, cuyas conclusiones no se hallan sujetas a reglas preestablecidas sino que deben ser fijadas de acuerdo con los principios de la sana crítica, las cuales están reconocidas por nuestro legislador a través del Art. 1317 del C.C. "Las presunciones son legales *o judiciales*", disposición concordante con el Art. 1320 del mismo cuerpo legal.

REGLAS DE ADMISIÓN DE LA PRESUNCIÓN SIMPLE O JUDICIAL.

Si bien se a indicado que este tipo de presunciones es valorada por el juez en virtud a la sana crítica , nuestro legislador a previsto determinadas reglas para su admisión:

-PRIMERA REGLA.- Solo será admitida la presunción simple o judicial, si la misma se la ha constituido en virtud a indicios graves, precisos y concordantes.(Art.1320).

-SEGUNDA REGLA.- Se admite la presunción simple o judicial, en aquellos casos en los cuales se admita la prueba testifical , salvo que el acto sea impugnado por fraude o dolo, caso en el cual no se precisa del prerrequisito de la existencia de prueba testifical.(Art. 1320, 1328 y 1329 C.C.) Ambas reglas deberán de ser cumplidas en forma conjunta, al momento de pretender constituir una presunción simple.

EFICACIA PROBATORIA DE LAS PRESUNCIONES LEGALES Y SIMPLES.

Las presunciones legales, tienen calidad de prueba plena, en relación a la persona que las aprovecha, de forma tal que quien deberá de pretender desvirtuar la misma es la parte contraria, vale decir que las presunciones legales provocan una inversión de la carga de la prueba, conforme lo previsto en el Art. 1318.IV del C.C. que señala: " La presunción legal, dispensa de todo tipo de prueba a la parte de quien la aprovecha."

Las presunciones simples o judiciales, precisamente por ser conclusiones a las que llega en juez, en virtud a su sana crítica y experiencia, en principio no tienen validez alguna, pero si las mismas emergen por disposición y argumentación judicial, podrán adquirir calidad de prueba plena o semiplena, situación esta que deberá de entenderse, en relación al Art. 477.II del C.P.C. que dice:"Una sola presunción podrá constituir prueba cuando a juicio del juez tuviere caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar convencimiento", concordante con el Art. 1320 del C.C.

CAPITULO 22 LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

*La justicia no esta en el texto frío de la ley,
sino en el corazón de quien la aplica.*

Romero Linares.

GENERALIDADES.-

Dentro de todo proceso judicial, el juez de la causa, comunica de sus decisiones a las partes a través de resoluciones que en este caso específico serían judiciales.

Las referidas resoluciones judiciales, técnicamente contienen la decisión precisa del juez y básicamente es la materialización de la función judicial y cuando una de las partes pretende impugnar dicha decisión, pedir su complementación y enmienda o conocer su alcance, imperativamente deberá de saber identificar que clase de resolución judicial es, técnicamente cual es la estructura formal y material de dicha resolución, etc. Por lo tanto es fundamental para la practica forense estos asuntos y de ahí lo relevante del presente sumario.

CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

El profesor Palacio, establece: " las resoluciones judiciales, son todas las declaraciones emanadas por el órgano judicial, destinadas a producir una determinada consecuencia jurídica a la que deben ajustar su conducta los restantes sujetos procesales"¹⁴⁷, añadiendo luego : "entre la iniciación del proceso y su conclusión, es decir durante la etapa de desarrollo es cometido primordial e imprescindible del órgano judicial, de carácter directivo, el consistente en dictar actos decisorios de diversa índole que posibiliten el encausamiento de la actividad procesal y correlativamente preparan o facilitan el pronunciamiento de la sentencia final."

José Clariá Olmedo define: "Las resoluciones judiciales son dictadas por el tribunal a lo largo de todo proceso, para desarrollarlo y llegar, finalmente a la más eminente de ellas en cuanto ha de ser la que contenga la decisión sobre el fondo .El proceso se va orientando por los cánones de la regularidad y de la legalidad, iniciándose una vez provocado, impulsándose y orientándose hacia su finalidad para obtener, como el más inmediato resultado ese pronunciamiento final perseguido por la actividad de todos los sujetos procesales".

Debemos indicar asimismo que si bien nuestro legislador ha establecido un determinado capítulo para regular el tema de las resoluciones judiciales (Arts. 187-212 CPC y 1449-1452 C.C.), solo se ha limitado a conceptualizar en forma individual cada una de dichas resoluciones, pero no a brindar un concepto general sobre lo que implica resolución judicial.

En este entendido debemos indicar que según nuestra legislación existiría, providencias (Art.187 CPC), autos interlocutorios (Art. 188 CPC), sentencias (Art. 190 y sgtes CPC), autos de vista (Art. 235 CPC) y autos supremos.

PROVIDENCIAS.-

ORIGEN, CONCEPTO Y ALCANCE DE LAS PROVIDENCIAS.

El vocablo providencias, deriva de "proveer", "suministrar", "acceder".En algunas legislaciones, se conoce como providencias simples ¹⁴⁸, otros utilizan el término providencia y decreto, como sinónimos.

Palacio los define: " son providencias (simples) aquellas resoluciones que propenden simplemente al desarrollo o impulso del proceso u ordenan actos de mera ejecución".

El profesor Antezana, indica:"denominadas también providencias de trámite o decretos, sólo tienden, sin sustanciación, al desarrollo del proceso u ordenan actos de mera ejecución. Nuestro legislador a través del Art. 187 del CPC, establece:"I. Las providencias sólo tendran

¹⁴⁷ ANTEZANA,Palacios Alfredo."Lecciones de Derechos Procesal Civil". Tomo I, Editorial Tupac Amaru.Edición 1989 Sucre-Bolivia, Pág. 685.

¹⁴⁸ LINO, Palacio. Enrique. Obra citada.Pág. 327.

, sin substanciación, al desarrollo del proceso y ordenarán acto de mera ejecución. II.No requerirán substanciación, ni otras formalidades que expresarse por escrito, indicarse la fecha y lugar y la firma del juez o magistrado semanero. En las actuaciones orales las providencias constarán en el acta.”

De lo precedentemente indicado, se debe resaltar que a diferencia de otras resoluciones, las providencias o decretos no precisan fundamentación alguna, precisamente por que solo están destinadas a lograr el desarrollo del proceso, así por ejemplo:

Sucre, 26 de agosto de 2010.

En virtud a lo explicado por el memorial de fs 14, se señala nueva fecha y hora de audiencia de inspección judicial, para el día martes 30 de los corrientes a hrs. 15:30.

Firmado.

El juez.

Ante mi

Secretaria.

La inexistencia de fundamentación en este tipo de resoluciones judiciales a sido ampliamente explicada por el Tribunal Constitucional de Bolivia a través de la S.C. No 131/2006.

AUTO INTERLOCUTORIO CONCEPTO, CLASES.

Los autos interlocutorios se diferencian de las providencias, por que los primeros resuelven cualquier tipo de conflicto promovido durante el desarrollo del proceso, mientras que las providencias sólo dan impulso y ordenan los actos del proceso.

Palacio los denomina “sentencias interlocutorias”, en razón de ser resoluciones que definen una situación y son intermedias entre el inicio y la conclusión del proceso.

Nuestro legislador y coincidiendo con la doctrina a llegado a conceptualizarlos a través del Art. 188 del CPC en los siguientes términos:” Los autos interlocutorios resolverán cuestiones que requieren substanciación y se suscitaren durante la tramitación del proceso”.Si bien no ha llegado a clasificarlos, conforme la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional misma que es vinculante, conforme lo previsto por el Art. 44 de la ley 1836 y 4 de la ley 003/2010, se a establecido que existen dos clases de autos interlocutorios, los autos interlocutorios simples y los autos interlocutorios definitivos.

LOS AUTOS INTERLOCUTORIOS SIMPLES.

En virtud a lo previsto por las SS.CC. Nros 636/2003;343/2005 y 877/2005 , debemos señalar que los autos interlocutorios simples, conforme lo previsto en el Art. 188 del CPC, son aquellas resoluciones intermedias que resuelven cuestiones de forma y no así de fondo.

Dichas resoluciones al margen de las previstas para las providencias, deberán de contener; a) los fundamentos de la resolución , vale decir la norma legal sobre la cual se amparan, como por ejemplo ordenar la facción de una provisión ejecutoria u ordenar al empleador que otorgue la respectiva licencia a su trabajador que fue ofrecido como testigo; b) la decisión, expresa, positiva y precisa de las cuestiones planteadas; c) la imposición de costas y multas en su caso, si correspondiere.

Los autos interlocutorios simples, pueden de oficio o a solicitud de parte sufrir mutaciones, conforme lo previsto por el Art. 189 del CPC. También pueden ser impugnados a través del recurso de reposición tal cual lo previsto por el Art. 215 del CPC y posterior recurso de apelación , en virtud al Art. 24.3) de la ley 1760.

LOS AUTOS INTERLOCUTORIOS DEFINITIVOS.

En estricto cumplimiento de lo previsto por la jurisprudencia constitucional debemos indicar que los autos interlocutorios definitivos; "son resoluciones que en el ordenamiento jurídico procesal civil, vigente, deciden las cuestiones incidentales que se suscitan durante la tramitación del proceso y que según Eduardo Couture: "Es un pronunciamiento sobre el proceso, no sobre el derecho" que resuelve cuestiones accesorias emergentes del proceso principal y se resuelve según lo alegado y probado por las partes, vale decir, con apoyo de una fundamentación o motivación.

Merced a lo explicado debemos señalar que los autos interlocutorios definitivos básicamente resuelven cuestiones netamente incidentales y que no pueden ser modificados o revocados de oficio, tampoco procede contra los mismos el recurso de reposición debiendo ser impugnados directamente a través del recurso de apelación, en cumplimiento del Art. 219 del CPC, concordado con los Arts. 224.3), 225.2) del mismo cuerpo legal. En consecuencia este tipo de autos son los que más se asemejan a lo denominado por Palacio como sentencias interlocutorias.

LA SENTENCIA.

ORIGEN ETIMOLÓGICO Y CONCEPTO

Sentencia proviene de la voz latina "sentencia", de sentiens, sentientis, participa activo de sentire, sentir.¹⁴⁹, conforme nos sugiere, la raíz de dicha palabra, en su génesis significaría, un sentir, una opinión, un dictamen o un parecer, del juez o tribunal en cuanto se refiere a un asunto específico.

Chiovenda, define: "Sentencia es la definición de la litis mediante la declaración de la existencia o inexistencia de una voluntad de la ley que garantice un bien al actor o lo que es lo mismo, la existencia o inexistencia de una voluntad de la ley que garantice un bien al demandado"

Lino Palacio define: "como el acto del órgano judicial en cuya virtud éste, agotadas las etapas de iniciación y desarrollo, decide actuar o denegar la actuación de pretensión o petición extracontenciosa que fue objeto del proceso".

Clara Olmedo define: "Por sentencia en sentido propio o estricto cabe entender la resolución jurisdiccional que pone fin al proceso de conocimiento, normalmente desarrollado, decidiendo sobre el fundamento de las pretensiones reclamadas por las partes, sin perjuicio del tratamiento de cuestiones previas que no pudieron ser resueltas como artículo de especial pronunciamiento".

Consideramos que los conceptos anteriormente enunciados si bien resaltan la importancia de la sentencia, como resolución que resuelve un determinado conflicto, no establece parámetros esenciales de dicho documento, lo cual creemos que si lo hace nuestro legislador a través del Art. 190 del CPC cuando señala: "La sentencia (es aquella resolución emitida por autoridad competente que¹⁵⁰) pondrá fin al litigio en primera instancia; contendrá decisiones expresas, positivas y precisas; recaerá sobre las cosas litigadas, en la manera en que hubieren sido demandadas, sabida que fuere la verdad por las pruebas del proceso, en ella se absolverá o condenará al demandado." En este último concepto resalta el principio de congruencia, como una forma de limitar el poder del juez, que tiene, al dictar su resolución definitiva, vale decir su sentencia.

Finalmente indicar que según la doctrina, existirían tres clases de sentencias en cuanto se refiere a las instancias, sentencias de primera instancia, sentencias de segunda instancia que en nuestro caso se denominan, autos de vista y sentencias de tercera instancia, denominados autos supremos.

ESENCIA DE LA SENTENCIA.

¹⁴⁹ VELLOSO, Alvarado Adolfo. "Enciclopedia Jurídica Omeba". T.XXV, Editorial PIERROT, Edición 1980, Pág. 361

¹⁵⁰ Toda la frase que esta transcrita entre paréntesis no corresponden al tenor del artículo, situación que creemos pudiera adicionarse a objeto de emitir una definición precisa de lo que se entiende por sentencia.

El Dr. Hugo Picado Odio señala ¹⁵¹: " Hoy día la sentencia, es esa resolución que pone fin a la relación procesal, emanada de un funcionario público. Ese acto estatal de decisión, no puede ser simplemente eso; una vacua decisión. si así fuere le faltaría su esencia: lo que la torna justa, señera y perdurable. Aún más , no puede constituir la fría y matemática aplicación de la ley. Cada caso sub-udice es manifestación de una realidad compleja, la cual es imprescindible atender, para dar una respuesta útil y equitativa por medio de la decisión que resuelve el conflicto planteado. Para ello, debe siempre actuar el juez con la libertad e independencia que las leyes le garantizan en el Estado democrático moderno. Sobre esa ingente responsabilidad del juzgador, relacionada con la esencia misma de sus resoluciones , resulta muy apropiado reparar aquí en la reflexión de Couture:

"¿Podremos Decir que el juez, es solamente "la voz que pronuncia las palabras de la ley"?

¿Podremos decir que es "un ser inanimado" ?

Me parece que no. En todo caso, esta concepción representa un exceso de lógica formal, a expensas de la lógica viva. El Juez no puede ser un signo matemático, porque es un hombre; el juez no puede ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, porque la ley no tiene la posibilidad material de pronunciar todas las palabras del derecho; la ley procede sobre la base de ciertas simplificaciones esquemáticas y la vida presenta diariamente problemas que no han podido entrar en la imaginación del legislador.

Cuando la ley cae en el silencio podríamos decir, siguiendo la metáfora del poeta, que ese silencio está poblado de voces...Pero cuando el juez dicta su sentencia no sólo es un interprete de las palabras de la ley sino también de sus voces misteriosas y ocultas"

Lo anteriormente expuesto, el profesor Romero Linares, lo resumió en una frase que se la puede encontrar acuñada en bronce en la plaza del juez en Sucre : "La justicia no esta en el texto frío de la ley, sino en el corazón de quien la aplica".

Nuestro propio legislador a través del Art. 193 del PC, reconoce el límite de la norma sobre la realidad y en este sentido señala: " El juez no podrá dejar de fallar en el fondo de las causas sometidas a su juzgamiento, bajo pretexto de falta, oscuridad o insuficiencia de la ley, ni salvar los derechos de los litigantes para otro proceso. Deberá fundar su sentencia en los principios generales del Derecho, las leyes análogas o la equidad que nace del ordenamiento jurídico del Estado", norma legal que esta en concordancia con lo previsto por el Art. 1.II del mismo cuerpo legal

En conclusión, para lograr que toda sentencia sea emitida en virtud a los principios aquí enunciados, es imperativo que el juez, goce de una independencia total, por cuanto solo así podrá emitir un fallo acorde a su leal saber y convicción, puesto que una sentencia que deba juzgar la verdad, la justicia, sin ningún problema podrá encontrar argumentos jurídicos reales, lo cual no ocurre con una sentencia fraudulenta. Es por ello que consideramos insuficiente lo previsto en el Art. 178.II como una forma de garantizar la independencia del Órgano Judicial..

NATURALEZA JURÍDICA.

El tema en cuestión a provocado un sin fin de debates académicos entre los estudiosos del derecho, por cuanto existen varias vertientes sobre las cuales pretender establecer la real naturaleza jurídica de una sentencia, en este sentido dichos debates que por lo demás hasta ahora son irreconciliables giran en torno a las siguientes posturas:

Primera interrogante, "la sentencia es una actuación o aplicación de la ley al caso decidido; o por el contrario, la sentencia es una nueva norma que nace del sistema jurídico, distinta de la ley en su esencia y en su contenido.

Segunda interrogante, es "si todas las sentencias son igualmente declarativas de situaciones jurídicas; o si todas ellas, son proclives de situaciones jurídicas.

¹⁵¹ **PICADO**, Odio.Hugo." El razonamiento en la Formulación de la Sentencia".Editorial Consejo de la Judicatura, Edición 1998, Sucre-Bolivia. Pág. 23.

Tercera interrogante, surge en los efectos de la sentencia, en la cosa juzgada y en su ejecución. Se trata de saber si el fallo retrotrae sus efectos hacia el pasado o los proyecta hacia el futuro.

Ante estas interrogantes y asumiendo que "todo derecho queda subordinado al proceso" (Goldschmidt) y que dicho proceso concluye con una sentencia a objeto de poder responder las tres interrogantes se optado por explicar la naturaleza de una sentencia en virtud a tres ejes:

LA SENTENCIA COMO UN HECHO JURÍDICO.

La sentencia es un hecho jurídico, por que un hecho , es todo fenómeno resultante de la actividad del hombre o de la naturaleza.¹⁵²

En virtud a este enfoque se asume que la sentencia un es un hecho extraordinario, sino una producción del intelecto humano y que bajo este esquema una sentencia justa de una injusta en cuanto a su origen no difieren una de la otra , claro esta prescindiendo de su contenido

LA SENTENCIA COMO UN ACTO JURÍDICO.

La sentencia desde este punto de vista, es simplemente producto de un análisis intelectual, a través del cual el juez deberá de elegir entre la tesis del actor y de la parte contraria, asumiendo incluso según muchos que esta labor de análisis , esta basada en un proceso dialéctico en el cual la sentencia se convertiría en una doble negación.

LA SENTENCIA ES UN DOCUMENTO PÚBLICO.

La sentencia, llega a materializarse a través de un documento, el cual al haber sido emitido por un servidor público, adquiere calidad de prueba plena y es en función a esta su materialización que se logra el cumplimiento preciso no solo entre las partes , sino su eficacia y validez hacia terceros interesados.

En resumen debemos indicar que la sentencia, es un hecho, un acto y un documento jurídico.

CLASES DE SENTENCIAS.

Dentro lo que implica la jurisdicción ordinaria¹⁵³, debemos señalar que la doctrina ha establecido tres clases de sentencias:

SENTENCIAS DECLARATIVAS.

Son aquellas que tienen por objeto la pura declaración de la existencia del derecho. Desde ese punto de vista, todas las sentencias revisten ese carácter; ya que tanto las constitutivas como las condenatorias, contienen una declaración del derecho, como antecedente lógico de la decisión principal. También se las define como aquellas que eliminan la falta de certeza acerca de la existencia , eficiencia, modalidad o interpretación de una relación o estado jurídico. Por su forma de concreción, estas sentencias pueden ser positivas o negativas, en virtud a la existencia o no de un determinado efecto jurídico a favor del actor, por ejemplo una acción de nulidad o anulabilidad.

SENTENCIAS CONSTITUTIVAS.

Son aquellas que luego de declarar la existencia del derecho y sin establecer una condena al cumplimiento de una prestación crean, modifican o extinguen un estado jurídico, es decir que estas sentencias contienen dos pronunciamientos: a) El reconocimiento del derecho del actor frente al estado, para demandar judicialmente la constitución del nuevo estado jurídico que el ordenamiento civil le garantiza; y b) La constitución del nuevo estado jurídico, ya sea haciendo cesar el existente ,

¹⁵² ANTEZANA, Palacios Afredo. Obra citada. Pág. 695.

¹⁵³ Es imperativo puntualizar este aspecto por cuanto según la jurisprudencia constitucional, la clasificación de las sentencias es esencialmente diferente.

ya sea modificándolo y sea sustituyéndolo por otro, por ejemplo una acción de rescisión o resolución de contrato.

La característica de esta sentencia es que a diferencia de las condenatorias y declarativas que se aplican al pasado, la constitutiva surte sus efectos al futuro, por ejemplo demandas de divorcio, patria potestad, etc.

SENTENCIAS CONDENATORIAS.

Son aquellas que luego de declarar la existencia del derecho, imponen el cumplimiento de una prestación positiva (dar o hacer) o negativa (no dar, no hacer).

La condena consiste normalmente en imponer al obligado el cumplimiento de la prestación, en conminarle a realizar los actos que la aprueban o en deshacer lo que haya realizado, por ejemplo procesos de cobro de deudas, cumplimiento de obligaciones, daños y perjuicios, etc.

PRINCIPIOS QUE DEBEN ASUMIRSE AL MOMENTO DE REDACTAR UNA SENTENCIA.

Independientemente del léxico o forma extrínseca que debiera de utilizarse en la redacción misma de la sentencia, la doctrina y la jurisprudencia han establecido determinados principios propios de toda sentencia, los cuales deberán precisamente por ser principios de estar presentes en cada una de ellas y que a continuación procedemos a señalar:

CONGRUENCIA.

Considerando que el juez es el director del proceso y que no es un elemento mecánico de reproducción de la ley, debemos reconocer que dicho servidor público está investido de un gran poder, por cuanto es la personificación misma de la jurisdicción que es el derecho de administrar justicia que tiene el pueblo (Art. 178.I CPE).

Es en virtud a ello que la propia norma establece a la congruencia como aquel principio que logra equilibrio, ecuanimidad en el juez y es que el juez, al fallar en un determinado proceso, imperativamente deberá de hacerlo en virtud a lo que se llegó a demandar, como se llegó a contestar y la forma en la que se llegó a probar, conforme lo previsto por el Art. 190, 192.3 del CPC.

El incumplimiento de este principio, implica causal de casación, situación que está prevista en el Art. 254 inciso 4) del CPC que señala: "Procederá el recurso de casación por haberse violado las formas esenciales de proceso, cuando la sentencia o auto hubiere sido dictado. 4) Otorga(n)do más de lo pedido por las partes o sin haberse pronunciado sobre alguna de las pretensiones deducidas en el proceso..."

FUNDAMENTACION.

En relación a este principio, el profesor Torres Díaz, señala: "una sentencia que no contenga una fundamentación afecta al justiciable y lo desampara, lo expone a los desmandes de la autoridad pública, al no sujetarse dicha resolución al cauce institucional de dicha garantía!".

Areal y Fenochietto señalan: "el juzgador no solamente debe tener la convicción en su fuero interno de las razones que justifican o autorizan su decisión, sino que además tiene la obligación de hacerlas públicas... y la fundamentación del fallo es razonada derivación del derecho vigente y no el producto de la individual voluntad del magistrado... lo contrario significaría reconocer validez a decisiones fundadas en la voluntad de los jueces"¹⁵⁴

¹⁵⁴ AREAL, Jorge y FENOCHIETTO Carlos Eduardo, "Manual de Derecho Procesal" Tomo II Editorial La Ley, Edición 1970, Bs.As.- Argentina.

Esta exigencia, nuestro legislador la prevé a través del Art. 192 num. 3) " ... declarando el derecho de los litigantes" , y asimismo en caso de existir un vacío legal, imperativamente deberá de exponer el juzgador su decisión en las fuentes indirectas del derecho , tal cual lo previsto por el Art. 193 del CPC que señala:"Deberá fundar su sentencia en los principios generales del derecho, las leyes análogas o la equidad que nace del ordenamiento jurídico del Estado."

MOTIVACIÓN.-

Íntimamente ligada con la fundamentación de la sentencia, se halla el requisito de la motivación. Esta última se refiere al proceso intelectual fraguado por el juez en torno a las razones por las cuales, a su juicio resultan aplicables las normas determinadas por él , como conocedor del derecho a los hechos probados o improbados, previamente seleccionados como relevantes para la solución del caso. Tratase de una operación lógica o argumento de razón , a través de la cual el juzgador convence sobre la solidez de su resolución. La motivación permite al público evaluar la labor de sus jueces mediante un control basado en la operación intelectual que realiza para justificar su sentencia.¹⁵⁵

EXHAUSTIVIDAD.

Este principio impone al juez la obligación al momento de dictar su fallo de considerar todos los puntos argumentados o demandados por las partes del proceso y como resultado de dicha comprensión deberán ser comprendidos en forma individual en la parte dispositiva.

De forma tal que si el proceso en cuestión era sumamente complejo será labor del juzgador, realizar una relación precisa de cada uno de los temas , tanto a nivel fáctico, como jurídico , sin importar la extensión de los mismos.

ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA.

En relación a este punto cabe resaltar que si bien nuestro legislador ha previsto en el Art. 192 del CPC varios aspectos que debe contener una sentencia dicha disposición deberá de ser asumida como contenidos mínimos de dicha clase de resoluciones, por cuanto en la doctrina y en la practica se a demostrado que son muchos mas los elementos que conforman una resolución final. En este entendido procederemos a desarrollar los mismos.

IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO.

Normalmente esta es la parte inicial de la sentencia y se caracteriza por que en la misma se procura establecer la identificación tanta del asunto, cuanta del tribunal y de las partes.

Reviste importancia esta parte por cuanto a través de ella, se logra la debida individualización del caso.

PARTE NARRATIVA.-

Que por orden sería la segunda parte y se caracteriza por que en la misma deberá de hacerse una síntesis de lo sustancial acaecido en el proceso, tanto con relación a la demanda, contestación, reconvencción y demás actos esenciales del proceso. Aclaremos que es una síntesis y no una transcripción de escritos, lo cual si bien no es prohibido, creemos no es aconsejable. Esta segunda parte tiene por objeto , prepararnos para la parte considerativa.

PARTE CONSIDERATIVA

Es la parte más trascendental de una sentencia, por cuanto a través de ella el juez establece que hechos se a llegado a probar y que hechos no se llegaron a probar , situación esta que no esta prevista por el Art. 192 del CPC, pero que en la practica se lo ha venido ejecutando dese hace

¹⁵⁵ PICADO, Odio Hugo. Obra citada. Pág. 169.

años. Básicamente en esta parte de la sentencia el juez elabora todos los aspectos objetivos que deberán de acreditar el cumplimiento del principio de congruencia , fundamentación y motivación.

PARTE RESOLUTIVA.

En virtud a lo anteriormente indicado y asumiendo que la *ratio decidendi*¹⁵⁶ se la llevo a exponer en la parte considerativa, en la parte resolutive, simplemente se limita el juzgador a exponer su decisión final sobre el tema en cuestión.

FACULTADES DEL JUEZ DESPUÉS DE LA SENTENCIA.

Asumiendo que la sentencia es la resolución que pone fin a un litigio , en virtud al Art. 196 del CPC, claramente se ha llegado a establecer que una vez emitido dicho fallo el juez de la causa prácticamente a perdido competencia y por ende no podrá sustituirla ni modificarla en cuanto se refiere al objeto del litigio.

Sin embargo en forma excepcional y precisamente a fin de garantizar la correcta ejecución fallo, podrá:

- a) De oficio y antes de que se notifiquen las partes con la resolución, corregir algún error material, siempre que no alterare lo sustancial de la decisión, como por ejemplo, un nombre, la dirección de algún inmueble, etc.
- b) A solicitud de parte, siempre que hubiera sido solicitado dentro las 24 horas de notificación y previa fundamentación de sus motivos, pedir se corrija cualquier error material, podrá pedir se aclare algún concepto oscuro o suplir alguna omisión, petición que podrá ser providenciada, siempre que la misma no altere lo sustancial de la decisión.
- c) Se aclara que los simples errores numéricos podrán ser corregidos incluso en ejecución de sentencia.¹⁵⁷

ALCANCE DE LA SENTENCIA.

Conforme la uniforme jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Bolivia y aplicando los principios del debido proceso, defensa, seguridad jurídica y legalidad, previsto por los Arts. 115.I, 117.I y 120.I todos de la CPE, se ha previsto que toda sentencia solamente tiene alcance en relación a las partes que intervinieron en el proceso, tal cual lo previsto por el Art. 194 del CPC y excepcionalmente a las personas que trajeren o derivaren sus derechos de aquellas, como por ejemplo los herederos de una de las partes.

¹⁵⁶ *Ratio decidendi* es una expresión latina, que significa literalmente en español "razón para decidir" o "razón suficiente". Hace referencia a aquellos argumentos en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial que constituyen la base de la decisión del tribunal acerca de la materia sometida a su conocimiento.

En el *common law*, es decir, en el derecho anglosajón, la *ratio decidendi* tiene gran importancia, pues al revés del obiter dictum, sí tiene carácter vinculante y, por tanto, obligan a los tribunales inferiores cuando deben resolver casos análogos (principio de *stare decisis*). Se encuentra al final de las sentencias. Y solo en algunas.

¹⁵⁷ La facultad prevista en el Art. 196 del CPC, en lo que se refiere a poder aclarar algún concepto oscuro o ambiguo de la resolución o enmendar un defecto material, sin modificar el fondo de la decisión, según la legislación argentina se la considera, "recurso de aclaratoria", situación que no es compartida por nuestra legislación en razón de no ser considerado esta facultad como recurso. (ver Art. 214 del CPC).

CAPÍTULO 23 DE LA CONCLUSIÓN EXTRAORDINARIA DEL PROCESO CIVIL

El derecho riguroso es una especie de injusticia.

Cicerón

GENERALIDADES

Lo normal es que una sentencia, sea la resolución con la cual finalice un proceso judicial, sin embargo existen otras formas anticipadas de concluir el proceso, a las cuales nuestro legislador las ha denominado "conclusión (es) extraordinaria del proceso", denominación que no es uniforme, por cuanto en la legislación argentina, se la ha denominado "conclusión anormal del proceso"¹⁵⁸.

Asimismo cabe puntualizar que nuestro legislador a reconocido cuatro formas extraordinarias de concluir un proceso, el retiro de demanda, el desistimiento, la perención y la transacción. Asimismo aclara que si bien la conciliación no está prevista dentro del título señalado, en lo que se refiere al Código de Procedimiento Civil, también puede concluir el proceso en forma extraordinaria a través de la conciliación.

Realizada esta introducción a continuación procederemos en forma sucinta a desarrollar cada una de las formas antes indicadas:

RETIRO DE LA DEMANDA.-

Nuestro legislador a través del Art. 303 del CPC dispone: "Antes de contestada la demanda, podrá el demandante retirarla y se considerará como no presentada".

En principio debemos indicar que según el principio de disposición, ningún proceso dentro lo que se refiere el derecho procesal civil, puede ser iniciado de oficio, vale decir que es imprescindible que sea el actor quien inicie el referido acto procesal, constituyéndose en consecuencia en propietario de dicha acción y es precisamente en este principio que uno puede encontrar la naturaleza de la figura del "retiro de demanda".

Dicha facultad del actor, es incluso oponible al juez de la causa, en razón a que el director del proceso no puede rechazar la solicitud de retiro de demanda, salvo claro está que no se haya cumplido el requisito previsto por nuestro ordenamiento jurídico procesal, el cual es preciso: "siempre que no hubiere sido contestada por la parte contraria". En relación a este punto cabe recordar que cuando un demandado es legalmente citado, dentro lo que es un proceso ordinario, se le presenta la posibilidad de interponer excepciones previas, excepciones perentorias y reconvenir, actos distintos a la contestación e incluso si uno esfuerza la hipótesis, podría suceder que incluso omita contestar, pero si activar las otras figuras. Técnicamente esta hipotética reacción del demandado no se adecua a lo previsto por el Art. 303 del CPC, lo cual creemos no debiera de causar conflicto alguno, puesto que al exigir nuestro legislador como único requisito para la procedencia del retiro de demanda: "que el demandado no haya contestado", el término "contestación", hace referencia a todos los medios legales que tiene el demandado para asumir defensa y no simplemente la contestación. Y ese es el razonamiento con el cual se aplicó en la práctica forense la figura del retiro de demanda, como por ejemplo procesos de ejecución, en los cuales no existe técnicamente la figura de "contestación", sino de interposición de excepciones, de igual forma en los procesos voluntarios o interdictos. Con relación a los procesos sumarios, ello no es tan complicado por cuanto todas las posibilidades previstas para el demandado, deberán de hacerse en un solo acto.

¹⁵⁸ ENRIQUE, Palacio Lino. Obra citada. Pág. 549.

Finalmente señalar que la figura de retiro de demanda, en sí no implica una conclusión del proceso, puesto que el efecto del mismo tal cual lo previsto por el Art. 303 del CPC, es como si nunca se hubiera presentado, en consecuencia si nunca se lo presento, por criterio lógico nunca se lo pudo concluir. Quizá ese es el criterio jurídico por el cual varias legislaciones del continente, como ser la argentina no consideran al retiro de demanda como una forma extraordinaria de concluir un proceso.

EL DESISTIMIENTO.

La gran mayoría de los procesalistas civiles, admiten la imposibilidad de emitir un solo concepto de desistimiento, precisamente por que este instituto en cuanto se refiere a sus variantes es autónomo uno del otro , así por ejemplo Palacio establece: "No es posible enunciar un concepto unitario del desistimiento como institución procesal , por cuanto el reviste características autónomas y nítidamente diferenciables según sea la finalidad que persiga"¹⁵⁹

Asimismo Eduardo Couture¹⁶⁰ sostiene que el desistimiento tiene tres acepciones a saber:" a) Renuncia o abdicación del derecho material invocado en un proceso; b) Renuncia o abdicación de la facultad de llevar adelante una instancia promovida mediante recurso; y c) Renuncia o abdicación del derecho a realizar un acto jurídico.

Realizada dicha introducción, corresponde señalar las clases de desistimiento previstas en nuestro ordenamiento jurídico procesal

CLASES DE DESISTIMIENTO, CONCEPTO Y TRÁMITE.

DESISTIMIENTO DE LA ACCIÓN.

Nuestro legislador admite esta clase de desistimiento a través del Art. 304 del CPC, bajo la denominación "desistimiento del proceso", en otras legislaciones se la conoce como "desistimiento de la pretensión"¹⁶¹.

En relación a este instituto, Palacio, establece: " es el acto mediante el cual el actor manifiesta su voluntad de poner fin al proceso sin que se dicte una sentencia de fondo respecto del derecho material invocado como fundamento de aquélla", complementando, "esta clase de desistimiento sólo comporta pues, el expreso abandono del proceso y la consecuente desaparición del objeto (pretensión), pero no afecta al derecho material que pudiera corresponder al actor, de allí que no impide el planteamiento de la misma pretensión en otro proceso ulterior de idéntico contenido, salvo, naturalmente que se haya operado la prescripción".

Siendo evidente lo indicado por el profesor Palacio, en lo que se refiere al efecto de esta clase de desistimiento, es que nuestro legislador a través del Art. 304 del CPC ha establecido los siguientes requisitos de procedencia:

PRIMERO.- Solo es viable el desistimiento luego de haber sido contestada la demanda ¹⁶², pudiendo ser ejercida dicha facultad privativa del actor, en forma personal o a través de un mandatario, quien deberá de tener un mandato expreso y preciso para realizar dicho desistimiento, en virtud ha lo señalado por el Art. 62 del CPC.

SEGUNDO.- La solicitud de desistimiento, imperativamente deberá de ser por escrito y una vez admitido por el juez de la causa, la correrá en traslado a la parte contraria, a quien deberá de notificársele expresamente sea en forma personal (Art. 120 CPC) o mediante cédula judicial, en su domicilio procesal (Art. 101, 121,137 CPC).

¹⁵⁹ LINO, Palacio.Enrique. Obra citada Pág. 549.

¹⁶⁰ ANTEZANA, Palacios.Alfredo. Obra citada Pág. 786.

¹⁶¹ Es el nombre con el cual se conoce en la legislación argentina.

¹⁶² Con esta disposición se llega a establecer una regla procesal que sería: "hasta antes de la contestación procede el retiro de demanda, luego de la contestación, solamente el desistimiento".

TERCERO.- El demandado luego de haber sido legalmente notificado con la solicitud de desistimiento del derecho, tiene un plazo perentorio de tres días para emitir su aceptación , aclarando que si no emite criterio alguno en dicho plazo se lo considerara como aceptado el mismo.

CUARTO.- Si no acepta el demandado, la solicitud del actor, dicho desistimiento carecerá de eficacia y deberá de proseguirse con el trámite de la causa, vale decir que el desistimiento del proceso, es un acto procesal supeditado a la voluntad del demandado y no del demandante, en virtud a este poder de veto que le ha reconocido nuestro legislador, situación que se comprende, precisamente por los argumentos expuestos por el profesor Palacio, en cuanto se refiere a sus efectos.

Si el demandado acepta el desistimiento, podría hacerlo en virtud a dos hipótesis: a) puede hacerlo en forma llana y simple, de forma tal que procedería simplemente su admisión y archivo de obrados ; y b) puede solicitar que se admite el desistimiento, pero a condición de que se le paguen costas procesales.

DESISTIMIENTO DEL DERECHO.

El profesor Palacio, señala: "el desistimiento del derecho, como su nombre lo indica, es el acto en cuya virtud el actor abdica del derecho material invocado como fundamento de la pretensión. Constituye un acto paralelo al allanamiento pues consiste , esencialmente en la declaración formulada por el actor de que su pretensión es infundada."¹⁶³

El desistimiento del derecho trae aparejado, asimismo, el desistimiento de la pretensión, pues no cabe concebir la subsistencia de una pretensión despojada de su fundamento sustantivo.

En consecuencia debemos indicar que el desistimiento del derecho técnicamente tiene calidad de cosa juzgada por cuanto no podría posteriormente activarse otro proceso contra el demandado, en el cual estuviera presente la tripe identidad, conforme lo previsto por el Art. 305.II del CPC.

Merced a dichas consideraciones, nuestro legislador a través del Art. 305 del CPC ha establecido, que si bien el presente desistimiento debería de hacerse por escrito y en forma personal, o a través de un mandatario debidamente facultado para ello, no se precisa para su admisión el asentimiento del demandado y el juez simplemente se limita a examinar si el mismo procede por la naturaleza del derecho litigioso o si esta previsto en alguna de las causales previstas por el Art. 306 del CPC, que serían las causales legales de improcedencia de este instituto.

Si la solicitud de desistimiento del derecho, no esta prohibida por ninguna de las circunstancias anteriormente indicadas, el juez deberá de admitirlo y dar por concluido el proceso en cuestión, resolución esta que tiene calidad de sentencia.

DESISTIMIENTO DE RECURSO.

Dentro de todo proceso, la parte que se considere agraviada con la resolución emitida por el juez, puede impugnar la misma, conforme a las reglas previstas en los Arts. 213 y sgtes del CPC, entendiéndose en consecuencia que el acto de impugnación es una facultad privativa, de cualquiera de las dos partes (actor-demandado).

En este entendido y asumiendo como fuente de este acto procesal al principio de disposición, nuestro legislador a previsto a través del Art. 307 del CPC que el recurrente puede presentar ante el juez o tribunal de instancia, su respectivo desistimiento, tanto de su apelación, como del recurso de casación, acto procesal que implicará su asentimiento expreso con el contenido de la resolución emitida por el juez anterior y por ende el mismo sin necesidad de ningún traslado a la parte contraria será admitido , lo cual implica la ejecutoria del fallo objeto de la impugnación.

¹⁶³ LINO, Palacio. Enrique. Obra citada Pág. 549.

De la anterior explicación se comprende que para su procedencia, independientemente de lo señalado en el párrafo I del Art. 304 del CPC, se deberá de presentar dicho desistimiento, hasta antes de emitir el fallo correspondiente.

En segundo lugar observar que en la norma legal objeto del análisis no se menciona al recurso de reposición y menos al de compulsión. Pero no obstante de ello , al no existir una disposición que prohíba en forma expresa la posibilidad de desistir de un recurso de reposición o compulsión y en aplicación del Art. 1.II del CPC, consideramos que es viable desistir de dichos recursos.

DESISTIMIENTO DE LA TERCERÍA.

El Art. 308 del CPC, establece: "Existiendo tercería excluyente, el desistimiento del actor no podrá ser aprobado sin el consentimiento del tercerista". Entendiendo que el propósito de nuestro legislador es que a través de esta norma se proteja derechos de terceros, ello no impide que critiquemos la forma tal genérica con la cual ha sido redactado el presente artículo, puesto que existe una clara contradicción con lo previsto en los Arts. 304,305 y 306 todos del CPC. En este entendido nos permitimos realizar las siguientes puntualizaciones.

-Si el tercerista a interpuesto su incidente , pero el mismo no fue aún resuelto por el juez de la causa, técnicamente no tendría ningún tipo de derecho reconocido o constituido, en caso de haber sido declarada probada la tercería. En este tipo de casos, creemos que el tercerista no tiene facultad alguna para admitir o rechazar la solicitud de desistimiento.

-Si la tercería de dominio excluyente ya fue resuelta , a favor del tercerista y dicha resolución ha sido declarada ejecutoriada, se comprende que sus derechos han sido debidamente consolidados, motivo por el cual cualquier desistimiento del actor, no afecta a los derechos del tercerista, de forma tal que tampoco debiera de asumirse en forma prioritaria la decisión que asuma dicho tercerista con relación a la solicitud de desistimiento.

-Si la resolución que resolvió la tercería, no se ha llegado a ejecutiar, en razón a que existe un recurso pendiente, en este caso específico creemos que si debiera de ordenar su traslado y escuchársele e incluso considerar su posición si hubiere, la cual deberá de ser debidamente argumentada.

LA PERENCIÓN. CONCEPTO.-

Chiovenda define: " anteriormente se consideraba a la perención como una pena al litigante negligente, pero hoy se admite que cuando las partes dejan paralizado el proceso por un tiempo prolongado, es porque no tienen interés en su prosecución y que desisten tácitamente de la instancia, lo que autoriza al estado a librar a sus propios órganos de todas las obligaciones derivadas de la existencia de una relación procesal".

Palacio indica: " la perención o caducidad, constituye un modo de extinción del proceso que tiene lugar cuando en él no se cumple acto de impulso alguno durante los plazos establecidos por la ley..." La figura de la perención esta prevista en los Arts. 309-313 del CPC.

NATURALEZA JURÍDICA.

El profesor Palacio, establece que una de las características del principio dispositivo reside, según se vio oportunamente en el hecho de que el proceso civil no sólo se promueve sino que además avanza y se desarrolla en sus distintas etapas a expensas de la voluntad particular. De allí que la parte que da vida al proceso, contrae la carga de urgir su sustanciación y resolución , carga que se justifica tanto porque no es admisible exponer a la contraparte a la pérdida de tiempo y de dinero como importa una instancia indefinidamente abierta, cuanto porque media interés público en que el Estado después de un periodo de inactividad prolongada , libere a sus propios órganos de la

necesidad de proveer a las demandas , así como de todos los deberes derivados de la existencia del proceso.

Creemos que el profesor Palacio a sido lo bastante explicito como para explicar la naturaleza propia de la perención, de donde se aclara que no es una sanción al actor negligente, sino una facultad potestativa del Estado y por ende de la administración de justicia, que tiene su fundamento en el principio de disposición.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

El mas antiguo lo encontramos en el derecho romano que es " Lex properandum de Justiniano " donde se establecía que los procesos en general no debieren tener una duración mayor a los tres años, si se daba un abandono en este plazo por parte de actor y demandado el proceso debería concluir, acabar. etc.

Esta ley (Lex properandum) ha vuelto a ser reiterada en la edad media y encontramos estas normas en las siete partidas y en el fuero juzgo poniéndose coto a los procesos dilatorios.

REGLAS DE PROCEDENCIA DE LA PERENCIÓN.

-Solamente procede en primera instancia y en los procesos de conocimiento, tanto ordinarios, como sumarios.(Art. 309,313 CPC). En relación a este aspecto y asumiendo que se puede activar el proceso nuevamente dentro el plazo de un año, se llegó a proponer en un trabajo de investigación de la universidad que los procesos de ejecución sean incluidos dentro el régimen de perención, como una forma de evitar la retardación de justicia.

-El plazo previsto por el legislador para activar este instituto es de seis meses, los cuales se computan desde la última actuación.(Art. 309 CPC).Nos parece mucho tiempo seis meses y sugerimos que se baje a tres meses, por cuanto es un tiempo prudente para que realmente active el proceso el actor.

-La declaración de perención la puede realizar el juez de oficio o a solicitud expresa de parte, conforme lo previsto por el Art. 4 y 309 del CPC.

CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA PERENCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

Si bien se ha llegado a desarrollar en forma implícita las causales de improcedencia de la perención, en el anterior subtítulo, debemos puntualizar que si bien el Art. 309 expresamente señala que este instituto solamente procede en primera instancia, existen dos causales por las cuales tampoco procedería en primera instancia y están son:

-Después de emitido el decreto de autos para sentencia, en los procesos ordinarios, ya no procede la solicitud de perención, por cuanto es a partir de dicha resolución que se computa el plazo para dictar sentencia y por disposición del Art. 396 del PC, es inviable la presentación de cualquier escrito, disposición que esta explicada en los Arts. 313.1), 395 y 204.I todos del CPC.

-Si el proceso se ha suspendido por acuerdo de partes y el mismo fue aceptado por el juez, dicho plazo no se computará como causa para la perención, conforme lo previsto por los Arts. 313.3) y 148 del PC.

EFFECTOS DE LA PERENCIÓN.

-Si se declara la perención, por mandato expreso del Art. 309 del PC, el juez de la causa deberá de establecerla con costas a la parte actora, resolución que se podrá hacer efectiva una vez ejecutoriada la misma.

-Si se llega a declarar la perención, todas las medidas precautorias, ordenadas por el juez de la causa, quedarán sin efecto, independientemente del recurso de apelación que pudiera plantear el actor.(Art. 310 PC).

-Si se declara la perención, ello implica la extinción, pero del proceso y no de la acción, vale decir que el afectado, podrá intentar un nuevo proceso por la misma causa y en contra de la misma persona, dentro el plazo perentorio de un año, computable a partir de la ejecutoria de la resolución objeto del análisis. Si no reinicia el proceso, dentro de dicho plazo, la declaración de perención adquirirá calidad de cosa juzgada y por lo tanto ello implica extinción del derecho o acción.

-Si bien la legislación no señala, la doctrina a indicado que una segunda declaratoria de perención, también implica extinción del derecho, argumento que encuentra su fundamento en el principio de certidumbre.

LA TRANSACCIÓN.-

Nuestro legislador a previsto a la transacción, como otra forma de conclusión extraordinaria del proceso, tal cual lo señalado por el Art. 314 del CPC que señala: "Todo litigio podrá terminar por transacción de las partes, de acuerdo a las condiciones y requisitos establecidos en el Código Civil". En este sentido cabe resaltar que el Art. 945 del sustantivo civil, establece: " La transacción es un contrato por el cual mediante concesiones recíprocas se dirimen derechos de cualquier clase ya para que se cumplan o reconozcan, ya para poner término a litigios comenzados o por comenzar, siempre que no este prohibido por ley."

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA TRANSACCIÓN.

La doctrina establece los siguientes elementos esenciales:

-Un proceso existente o por comenzar.

-Una falta de certeza.

-Recíprocas concesiones mediante las cuales las partes ponen fin al proceso que comenzaba o que existe.

-Tiene un carácter constitutivo.

VALIDEZ. JURÍDICA PROCESAL

La transacción luego de haber sido debidamente homologado por el juez de la causa, recién tiene calidad de cosa juzgada, conforme lo previsto por el Art. 949 del C.C. y 315 del CPC.

Vale decir que si el documento transaccional no es debidamente homologado, el mismo no puede ser considerado como válido y por ende el proceso continuara hasta su conclusión.,

Si bien la transacción, es un contrato y debería de cumplir con todos los requisitos de validez y eficacia , previstos por el sustantivo civil, como por ejemplo los señalados en el Art. 452, 492 y otros del C.C. Es a través del acto de homologación que se deberá de preveer si el referido documento cumple a cabalidad los requisitos previstos en los Arts. 945.II, 946,951,952, entre otros del C.C..¹⁶⁴

¹⁶⁴Si asumimos que la transacción es un documento a través del cual se pone fin a un conflicto y que el único límite a dicho documento es la propia ley, vale decir que no se puede transar cuestiones contrarias a derecho, por ejemplo, deudas con el estado, imperativamente debemos indicar que dentro lo que es la practica forense, se llegarían a identificar dos tipos de acuerdos transaccionales: a) TRANSACCIONES INFORMALES.- Son aquellos documentos a través de los cuales en virtud al acuerdo voluntario de las partes en conflicto expresados en un escrito, ponen fin a su controversia. Por ejemplo un accidente de transito, una deuda sin pago, etc. Lo suigeneris de este tipo de transacciones es que no son homologadas por ninguna autoridad jurisdiccional, pero si ponen fin a un conflicto, bajo el razonamiento de que no es imprescindible para se considerado conflicto que el mismo este radicado ante una autoridad judicial. b) TRANSACCIONES FORMALES.- Son aquellos acuerdos plasmados en un documento, elaborados por las partes en conflicto, pero en el transcurso de un proceso judicial, aclarándose en consecuencia que para ser validos dichos acuerdos, imperativamente deberán ser homologados por la autoridad competente.

CAPÍTULO 24

LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN Y LOS RECURSOS EN GENERAL

El árbol de las leyes ha de podarse continuamente.
Anatole France

GENERALIDADES.

Iniciaremos el presente tema que tiene caracteres introductorios, indicando que la impugnación constituye el género y el recurso sería la especie.

En este entendido, señalamos que actualmente la doctrina a llegado a considerar a la impugnación como un principio, de la administración de justicia no solo jurisdiccional sino también administrativo a objeto de que aquella parte que se sienta agraviada, afectada por la resolución emitida dentro de dicho proceso, pueda tener la posibilidad de tacharla, modificarla o dejarla sin efecto, vale decir que se la revise.

Este criterio actualmente a sido asimilado por nuestra Constitución Política del Estado a través del Art. 180.II que indica: " Se garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales", situación que tiene toda la validez legal, en virtud a lo señalado por el Art. 410 de nuestra Carta Magna. La efectivización de dicho principio de impugnación se la logra a través de los denominados recursos.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS GENERALES DE LOS RECURSOS.

La profesora Fernández Vidas¹⁶⁵ explica, que cuando el gobernante administraba la justicia en forma personal, los recursos prácticamente se consideraban innecesarios, en razón, situación que ocurría sobre todo en la edad media, amparados en la teoría de "Las Dos Espadas" de San Agustín de Hipona, por cuanto al ser considerado el Rey, la máxima autoridad sobre la Tierra, no existía persona que pudiera revisar su fallo, considerándose en consecuencia infalible dicha resolución.

Pero luego debido a una revolución técnicamente cultural , misma que culmina en el denominado "Renacimiento", en lo que se refiere a las decisiones asumidas por estos monarcas, las mismas ya no se consideran infalibles y básicamente retornan a asumir como fuente histórica , al derecho romano y es ahí en donde encuentran determinados recursos mediante los cuales se podía impugnar una sentencia y en esos años ya se fundamentaba la existencia y necesidad de los recursos argumentando: "nadie ignora cuan frecuente y necesario es el uso de la apelación, toda vez que corrige la iniquidad o la inexperiencia de los que juzgan".

Bajo este contexto, un par de siglos antes del "renacimiento", reaparece la apelación bajo la forma de "provocatio ad populum y luego en los siglos XII a XIV, las impugnaciones se multiplican apareciendo la "restitutio in integrum", la "querella nullatis insalabilis" (cuando el vicio es imposible de corregir) y la "querella nulitatis sanabilis (cuando puede ser corregido).Incluso algunos autores

¹⁶⁵ **FERNANDEZ**, Vidas Rosario. "Teoría General de la Impugnación: los recursos en materia penal"(Ensayo-en la revista "Defensa Pública!Ministerio de Justicia.MSD/USAID, Octubre 1995, página 23 y sigtes.

señalan que este último medio de impugnación, sería el origen del denominado recurso de casación.

Los medios para reparar los agravios, de la sentencia en el derecho indiano, eran la apelación y la restitutio in integrum. La apelación procedía contra toda sentencia definitiva que causará daño irreparable con la excepción de la dictada por el rey y existía una disposición en sentido de impedir la apelación de los delincuentes notorios. La restitutio in integrum se concedía a favor del menor de edad, el fisco y la Iglesia, siempre que probaran haber sido lesionados en sus derechos por la sentencia.¹⁶⁶

Finalmente señalar que en nuestra legislación procesal, cuya fuente principal fue el Código de Procedimiento Civil Frances de 1806 conocido también como el Código Napoleónico, ya se regulaba el tema de los recursos, de forma tal que en el Código de los Procederes de Santa Cruz de 1833 se puede encontrar a partir del libro segundo un conjunto de disposiciones legales que se refieren a estos aspectos. Vale decir que desde sus orígenes nuestro legislador a asumido la necesidad de regular los distintos medios de impugnación.

CONCEPTOS DE IMPUGNACION Y RECURSOS.

La palabra impugnación, proviene del latín "impugnatio o impugno" que significa ataque o asalto. Couture definía a la impugnación: "como la acción y efecto de atacar, tachar o refutar un acto judicial documento, deposición testimonial, infirme de peritos, etc., con el objeto de obtener su revocación o invalidación".¹⁶⁷

Mientras definía en forma sumamente amplia el profesor Couture a la impugnación, en lo que se refiere a los recursos señalaba: "genéricamente hablando (los recursos) son medios de impugnación de los actos procesales...", por lo que "... realizado el acto, la parte agraviada por él tiene, dentro de los límites que la ley le confiere (antes que haya precluido su derecho), poderes de impugnación destinados a promover la revisión del acto y su eventual modificación o anulación"¹⁶⁸. El profesor Palacio señala que el recurso es: "... un acto procesal en cuya virtud la parte que se considera agraviada por una resolución judicial pide su reforma o anulación, total o parcial, sea al mismo juez o tribunal que la dictó o ante un juez o tribunal jerárquicamente superior.."

Rosa Pascual Serrats¹⁶⁹ indica que los recursos son: "instrumentos jurídicos de naturaleza procesal otorgados a las partes para impugnar las resoluciones judiciales que consideradas erróneas no hubieran adquirido firmeza".

Consideramos que de todas las definiciones anteriormente señaladas en lo que se refiere a los recursos, el propuesto por el profesor Echandia es el más preciso para la presente asignatura, por cuanto señala: "que el recurso es una petición formulada por una de las partes principales o secundarias, para que el mismo juez que profirió una providencia (o resolución) u su superior la revise, con el fin de corregir los errores de juicio (in iudicando) o de su procedimiento (in procedendo) que en ella se hayan producido":

Ha manera de sugerencia, debemos indicar que lo único que faltaría a este concepto el aclara que tanto las partes como los terceros deberán de fundamentar el "agravio", sufrido por la resolución objeto de la impugnación, por lo demás contiene el derecho a impugnar que tienen no solo las partes, sino terceros, situación esta que esta reconocida por nuestro legislador a través del Art. 222 del CPC y asimismo resalta que un juez de primera instancia, técnicamente solo podría cometer

¹⁶⁶ YAÑEZ, Cortés. Arturo. "Régimen de impugnación en el Sistema Acusatorio Oral Boliviano" Editorial, Talleres Gráficos Gaviota del Sur, Edición 2005, Sucre-Bolivia.

¹⁶⁷ Citado por "la Enciclopedia Jurídica Omeba", Tomo XV, Editorial Driskil, Edición 1977, Bs.As.-Argentina.

¹⁶⁸ YAÑEZ, Cortés Arturo. Obra citada. Pág. 36

¹⁶⁹ PASCUAL, Serrats, Rosa. "La impugnación en el Derecho Boliviano" Editorial "El País", Edición 2004, Santa Cruz-Bolivia. Colección Jurídica No 14.

dos errores, in procedendo e in iudicando, los cuales dieron origen al denominado recurso de casación en la forma y en el fondo (Art. 253 y 254 del CPC).

FUNDAMENTO DE LOS RECURSOS.

El fundamento de la existencia de los recursos, lo encontramos en la falibilidad del ser humano, en admitir que independientemente de ser una autoridad jerárquica, existe la posibilidad de cometer un error, pudiendo ser este dólido o culposos, por acción u omisión, situación esta que llegó a provocar a que se le otorgue a la parte que se considera afectada, agraviada, dañada por la decisión emitida por dicha autoridad, un medio idónea a través del cual logre que se revise dicha decisión. Es precisamente este el argumento por el cual se considera que parte del debido proceso y la seguridad jurídica son los recursos.

Por su parte Víctor de Santo, considera que explicando el fin u objetivo del recurso, se pudiera encontrar el fundamento del mismo, en este sentido a llegado a identificar tres fines de dicho acto procesal:

a) LOS INDIVIDUALES.- Argumenta que los recursos, buscan a nivel individual lograr una mejor justicia.

b) LOS SOCIALES.- Al Estado como ente abstracto que tiene la potestad de administrar justicia , por mandato del pueblo (Art. 178 CPE), le interesa que se alcance el fin más alto en lo que se refiere a administrar precisamente la justicia, por cuanto mientras más logre alcanzar este objetivo, existirá mayor paz social y contribuirá al mantenimiento del orden jurídico, puesto se habrá logrado la correcta aplicación de la norma legal que es la expresión del jus puniendi que tiene el Estado.

c) DEFENSA DE INTERÉS PÚBLICO. Los recursos en definitiva trascienden el interés privado y se convierten en un mecanismo de defensa del interés público, por cuanto mientras más correcta sea la administración de justicia, ello se reflejará en el fortalecimiento y respeto por parte de la sociedad en las leyes y la propia Constitución Política del Estado.

CARACTERES GENERALES DE LOS RECURSOS.

Los caracteres generales que deben cumplir todos los recursos previsto en la legislación procesal civil y que también son aplicables a otras áreas del derecho, tanto jurisdiccional como administrativa son los siguientes:

-Requieren necesariamente de una resolución previa, que se pronuncie en sentido gravoso en criterio del interesado y así habilite al perjudicado para interponer el medio de impugnación. (Art. 213,215,219,227, 250 y otros del CPC)

-Debe plasmarse en una declaración expresa de voluntad por parte del perjudicado, pidiendo expresamente la modificación o revocatoria del sentido de la resolución recurrida. Esta característica, es también conocida como principio dispositivo, pudiendo ser verbal u oral.(216.II, 258, etc. del CPC)

-Debe tratarse de una resolución que no se encuentre ejecutoriada.(Art. 1319 CC., 219.II PC).En lo que se refiere a la legislación procesal civil, existiría una excepción a este requisito y se trataría del denominado "recurso extraordinario de revisión de sentencia", previsto por el Art. 297 y sgtes del CPC, aspecto que desde el punto de vista de la doctrina es un error y que lo aclararemos adecuadamente en el sumario correspondiente a dicho asunto.

Debe ser presentado acorde a determinados presupuestos legales, referentes a forma, tiempo , plazo, etc, (Art. 216,220,243,257, etc del PC.)

LEGISLACION INTERNACIONAL, REFERENTE A LOS RECURSOS.

A diferencia de la anterior legislación, nuestra actual CPE, ha establecido que los tratados y convenios internacionales son parte del denominado bloque constitucional (Art. 410) y en este sentido creemos pertinente, hacer una cita prevé de la forma en la cual se ha llegado a regular el tema de los recursos en varias normas internacionales en este sentido tenemos:

-La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

En su Art. 25, indica: *"Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer un procedimiento rápido y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente"*.

-La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Su Art. 8 dispone: *"toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución o la ley."*

-El pacto Internacional de Derechos Civiles y Positivos.

El Art. 2.3) señala: *"Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que a. Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación hubieran sido cometido por personas que actuaban en ejercicio de funciones oficiales. b La autoridad competente , judicial , administrativa o legislativa o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de todos persona que interponga tal recurso y desarrollará las posibilidades del recurso judicial. c Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso"*.

CLASIFICACIÓN DE LOS RECURSOS EN GENERAL.

SEGÚN SU NATURALEZA.-

RECURSOS ORDINARIOS.

Son aquellos que buscan la revisión total o parcial de una resolución, por considerarla gravosa a los intereses del recurrente, por ejemplo, la reposición, la apelación y la compulsa.

RECURSOS EXTRAORDINARIOS.

Son aquellos recursos que pretenden básicamente se ajuste la decisión del juez inferior a las conclusiones fácticas correctas, pudiendo ser estos el recurso de casación. Dentro de esta clasificación estaban anteriormente comprendidos los recursos constitucionales y que con la promulgación de la CPE y la ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, ahora se denominan acciones.

RECURSOS EXCEPCIONALES.

Son los mal denominados recursos y que según la doctrina tendría el objetivo final de garantizar la imparcialidad del juez, como ser la excusa y la recusa.

SEGÚN EL JUEZ QUE LOS RESUELVE.

-Aquellos recursos resueltos por las mismas autoridades u órganos que emitieron la resolución objeto del recurso, pudiendo ser estos el de reposición y en materia administrativa, revocatoria.

-Aquellos recursos que son resueltos por una autoridad jerárquicamente superior a la que llegó a emitir la resolución objeto de la impugnación, por ejemplo, la compulsa, la apelación, casación, etc.

EN NUESTRA LEGISLACIÓN PROCESAL CIVIL.

RECURSOS ORDINARIOS.

Los recursos ordinarios, en conformidad a lo previsto por el Art. 214 y 283 del PC, serían la reposición, apelación, casación y compulsa.

RECURSOS ESPECIALES O SUIGENERIS.

Dentro de esta categoría estaría la denominada revisión extraordinaria de sentencia, regulada por el Art. 297 y sgtes. , del Código de Procedimiento Civil

CAPÍTULO 25 EL RECURSO DE REPOSICIÓN

*Una cosa no es justa no porque sea ley,
pero debe ser ley porque es justa.*

Montesquieu

CONCEPTO.

En palabras del profesor Palacio: *"El recurso de reposición o revocatoria, constituye el remedio procesal tendiente a que el mismo juez o tribunal que dictó una resolución subsane "por contrario imperio", los agravios que aquella haya inferido a alguna de las partes"*¹⁷⁰

El comentario que merece este concepto está orientado en especial al "contrario imperio" que viene del derecho romano, hace alusión al hecho de que si el pretor estaba en condiciones de dictar sentencia; entonces también podía corregir pequeños errores subsanándolos.

Con el objeto de contextualizar el presente recurso a nuestra realidad, manifestamos: " el recurso de reposición, es aquel acto procesal mediante el cual, el mismo juez o tribunal que emitió una resolución judicial o auto interlocutorio simple , advertido de su error in procedendo o in iudicando, de oficio o a solicitud de parte modifica o deja sin efecto una resolución judicial o auto interlocutorio simple".

ANTECEDENTES Y TERMINOLOGÍA DEL RECURSO

En el Derecho Romano, ya se conocía este recurso con el nombre de "recurso de revocatoria por contrario imperio" de este modo se decía que lo que el pretor mando o prohibió le es lícito revocarlo por contrario imperio.

Asimismo en el Derecho Hispano , se llegó a asimilar este recurso a través de "Las Siete Partidas" y también por la "Ley de Enjuiciamiento Civil Española" de 1855 y que luego han adoptado los sistemas procesales europeos.

En lo que se refiere al Derecho Boliviano el Código Procesal Civil, conocido como de los Procederes de Santa Cruz de 1833 , reconocía y regulaba este recurso, bajo la denominación "recurso de revocatoria por contrario imperio"; teniendo como fuentes al derecho argentino e italiano. Luego a partir de la promulgación del actual Código de Procedimiento Civil, de fecha 02 de abril de 1976 años, se adopto la denominación "recurso de reposición" , asumiendo para ello como fuente principal a la ley de Enjuiciamiento Civil Española en su versión del año 1881 donde ya no se habla del recurso de "revocatoria por contrario imperio", sino que cambia justamente este recurso a la denominación de "recurso de reposición".

¹⁷⁰ LINO, Palacio. Enrique. Obra citada. Pág. 585.

En la actualidad este recurso a nivel jurisdiccional se lo ha llegado a denominar recurso de reposición y dentro lo que es el ámbito administrativo, recurso de revocatoria.

FUNDAMENTO DEL RECURSO

El recurso de reposición se funda esencialmente en el principio de "economía procesal", es decir, mediante él se evitará el dispendio de tiempo, gastos y esfuerzo, por cuanto se logra que el mismo juez o tribunal de instancia sea quien modifique o deje sin efecto la resolución objeto de la impugnación. Además accesoriamente también encontramos fundamento en el principio de "celeridad".

FORMAS DE REPOSICIÓN.

DE OFICIO. Todo juez hasta antes de dictar sentencia puede corregir sus resoluciones pues aún no está emitiendo un criterio de fondo, conforme lo previsto por el Art. 189 del Código de Procedimiento Civil.

A SOLICITUD DE PARTE. Cuando una de las partes argumenta haber sufrido un agravio a través de la resolución judicial o auto interlocutorio simple, puede solicitar en forma expresa al juez o tribunal de instancia, que proceda a reponer su resolución, en virtud a las reglas previstas por los Arts. 215 y sgtes del PC.

PROCEDENCIA DEL RECURSO.

Son dos las reglas que definen la procedencia del presente recurso de reposición dentro el ámbito Procesal Civil.

PRIMERA REGLA.- El Art. 215 del CPC, expresamente señala: "El recurso de reposición procederá contra las providencias y los autos interlocutorios". Si bien nuestro legislador a aclarado expresamente que el presente recurso solamente procede contra providencias, en cuanto se refiere a los autos interlocutorios, en principio surgiría una confusión sobre si este recurso procede contra los autos interlocutorios, simples e indistintamente definitivos.

Ante esta eventualidad la jurisprudencia constitucional a través de varias sentencias, entre las cuales estaría

la S.C. No 343/2005 a establecido que solamente procede el recurso de reposición contra los autos interlocutorios simples, siendo inviable para los autos interlocutorios definitivos, los cuales solo serán recurribles a través del recurso de apelación.

En conclusión, la primera regla señala que este recurso solo procede contra las providencias y los autos interlocutorios simples.

SEGUNDA REGLA.- En virtud a lo previsto por el Art. 518 del CPC, no se puede impugnar ninguna resolución dictada en etapa de ejecución de sentencia a través del recurso de reposición.

En forma escrita o verbal. El recurso de "reposición" puede presentarse en forma escrita contra resoluciones que han sido emitidas en forma escrita, dentro del plazo de 3 días. En forma verbal también puede impugnar pero solo en casos en los que las resoluciones fueron dadas en forma verbal y en la misma audiencia donde el juez ha dictado la resolución.

FORMA Y PLAZO.

Si la resolución que se pretende recurrir a través de presente recurso ha sido dicta en plena audiencia, se lo ***podrá recurrir inmediatamente y en forma oral.***

Caso contrario, el recurrente deberá de interponer el presente recurso, ***dentro el término perentorio de tres días de haber sido notificado*** con la providencia o auto. De no hacerlo en esta forma, su derecho a recurrir en vía de reposición habrá precluido.

RECURSO EMERGENTE DE LA REPOSICIÓN.

El presente subtítulo se desarrolla en virtud a dos posibilidades:

-SI LA RESOLUCION HA SIDO MODIFICADA O DEJADA SIN EFECTO. Esta posibilidad implica técnicamente que el recurso de reposición ha cumplido su fin, de forma tal que cualquiera de las partes que se considere afectada con esta nueva resolución podrá presentar contra dicha resolución un nuevo recurso de reposición, por última vez, conforme lo indicado por el Art. 218 del CPC.

-SI LA RESOLUCIÓN NO A SIDO MODIFICADA O DEJADA SIN EFECTO. Esta sería la segunda alternativa, vale decir que no obstante el recurso de reposición el juez o tribunal no modifica la resolución recurrida, decisión esta que será considerada como auto interlocutorio definitivo y que por lo tanto puede ser objeto de apelación.

Ante esta eventualidad, nuestro legislador a previsto dos opciones para acudir al recurso de apelación, a) La primera posibilidad es anunciar en el mismo escrito del recurso de reposición que en caso de mantenerse inalterable la resolución, alternativamente se interpone recurso de apelación (Art. 216.II CPC) y b) La segunda alternativa es cuando luego de notificarse con el auto interlocutorio definitivo que llegó a resolver el recurso, se interponga el recurso de apelación.(Art. 218 CPC.)

TRAMITE DEL RECURSO.

En caso de haber sido planteado el recurso en forma escrita, el mismo será corrida en traslado a la parte contraria para que pueda ser respondida en el plazo de tres días y si sería en forma oral deberá ser respondida en el acto.

Si el juez considera que existen hechos controvertidos, deberá de abrir un término probatorio de seis días, caso contrario resolver inmediatamente en el caso de haber sido planteada oralmente y si fue escrita se deberá de dictar resolución, con o sin respuesta de la parte contraria, conforme lo previsto por el Art. 203 del CPC.

Si se llega a plantear en forma alternativa el recurso de apelación, se deberá de conceder el mismo, al haber sido confirmada la resolución objeto del recurso.

La resolución puede darse de dos formas: la primera **revocando**, es decir, reformando la resolución impugnada y la segunda posibilidad es **confirmando**, esto quiere decir que ratifica y se mantiene la resolución impugnada..

CAPÍTULO 26 EL RECURSO DE APELACIÓN

Si quieres llegar rápido, ve solo; si quieres llegar lejos, ve acompañado.

Proverbio africano

GENERALIDADES.

El recurso de apelación que en el pasado recibió la denominación de recurso de alzada, es el más idóneo de todos los recursos, en razón a que a través del mismo se acredita la existencia y viabilidad de la doble instancia, misma que se traduce en que a través de este recurso la parte agraviada, logra que una autoridad jerárquicamente superior a la que emitió la resolución objeto de la impugnación pueda revisar el mismo.

Dicha característica no esta presente en el recurso de reposición, por cuanto es el propio juez que llegó a emitir la resolución quien resuelve dicho medio de impugnación y con relación al recurso de casación, al estar limitado su procedencia a determinados actos procesales, a provocado que sea en la actualidad el recurso de apelación el más utilizado y por ende conocido por todos los litigantes y pueblo en general.

ORIGEN ETIMOLÓGICO Y CONCEPTO.

En el derecho romano esta institución se la identificó con la voz latina "apellatio" que significa "reclamación", posteriormente, durante la edad media, en varios países de Europa fundamentalmente se lo identificó como "recurso de alzada", precisamente por que señalaban que la imposibilidad de hacer revisar el fallo emitido por una determinada autoridad, provocaba en el afectado un descontento, mismo que pudiera desencadenar en un alzamiento en contra del Estado y de ahí su denominación "recurso de alzada".

El profesor Palacio manifiesta: " El recurso a apelación es el remedio procesal encaminado a lograr que un órgano judicial jerárquicamente superior con respecto al que dictó una resolución que se estima injusta la revoque o reforme, total o parcialmente".

Alsina, "precisa que es consecuencia del principio de doble instancia, que las resoluciones de los jueces inferiores puedan ser examinadas de nuevo a pedido de las partes por los tribunales superiores. El recurso de apelación es el medio que permite a los litigantes llevar ante el tribunal de segundo grado una resolución estimada injusta, para que la modifique o revoque, según el caso"¹⁷¹

¹⁷¹ Citado por el Dr. Julio Ortíz Linares en su obra "El Proceso Civil", Pág. 496.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

El instituto de la apelación o segunda instancia, tiene su antecedente más remoto en el Derecho Romano, bajo la denominación de "apellatio", debiendo ser planteada, buscando la revisión de la resolución ante el senado o ante las asambleas del pueblo.

En el Derecho hispano, se llega a consagrar el referido instituto de la apelación a través de "Las Siete Partidas"¹⁷² y la "Ley de Enjuiciamiento Civil Española" de 1855, que sería la primera norma jurídica de dicho país a través de la cual se pretendía codificar el Derecho.

NATURALEZA JURÍDICA.

Uno de los temas más controvertidos dentro del ámbito del derecho procesal civil, es precisamente en lo referente a la naturaleza jurídica de la apelación y es en razón de ello que han llegado a surgir dos tesis que tienen precisamente el fin u objetivo de establecer dicha naturaleza.

TESIS RENOVADORA.

Esta tesis considera esencialmente que el recurso de apelación constituye la renovación del proceso, expresada en el hecho de que a partir de la tramitación de dicho recurso existiría una repetición de los actos procesales dando lugar a un nuevo proceso a partir de la relación procesal, prueba de cargo y descargo hasta dictar una nueva resolución. Muchos estudiosos, consideran que nuestro sistema procesal civil aplicaría esta lógica en cuanto se refiere al recurso de apelación, aspecto que lo fundamentan en lo dispuesto por el Art. 232 del CPC por cuanto consideran que al permitir el legislador que el recurrente o recurrido ofrezca prueba en segunda instancia se le estaría permitiendo al juzgador poder renovar el fallo de primera instancia, tesis con la cual mi persona no comparte y que la fundamentaré en el siguiente subtítulo.

TESIS REVISORA.

La presente tesis, sostiene que a través del recurso de apelación lo único que se pretende es que el juez jerárquicamente superior, controle y fiscalice todo lo tramitado en primera instancia, vale decir revise, pero de ningún modo, ello implica, activar un nuevo proceso, técnicamente hablando.

Esta tesis es la que se llegaría a aplicar en nuestro sistema procesal civil y su fundamento lo encontramos en la misma norma y la pasamos a desglosar; en primer lugar el Art. 353 del CPC, claramente señala que el auto de relación procesal en el cual esta considerado los puntos de hecho que deberán ser probados por las partes y que son técnicamente la base del principio de congruencia es "inmodificable", no solo en primera instancia, sino también en segunda instancia; en segundo lugar lo previsto por el Art. 232.I del CPC, referente a que las partes puedan ofrecer nuevos medios probatorios, no deberá de entenderse como una posibilidad de retrotraer lo resuelto en primera instancia, sino como una oportunidad a través de la cual cualquiera de las partes podrá ofrecer un determinado medio probatorio que hubiera sido admitida en primera instancia, pero que no pudo ser producida por razones no imputables a las partes, tal cual lo previsto por el Art. 233.I.2 o que demuestre hechos que ocurrieron posterior al plazo que tenía para ofrecer sus medios probatorios, Art. 233.I.3 concordado con el Art. 379 del CPC y en tercer lugar, debemos asimilar que el auto de vista que es la resolución a través de la cual se llega a resolver el recurso de apelación imperativamente deberá de circunscribirse sobre los puntos resueltos por el inferior y que hubieran sido objeto de la apelación, tal cual lo indicado en el Art. 236 del adjetivo civil. Por todos estos argumentos, considero que la tesis revisora es la que esta vigente en nuestra legislación o no la renovadora.

PROCEDENCIA DEL RECURSO

¹⁷² Las *Siete Partidas* (o simplemente *Partidas*) es un cuerpo normativo redactado en Castilla, durante el reinado de Alfonso X (1252-1284), con el objetivo de conseguir una cierta uniformidad jurídica del Reino. Su nombre original era *Libro de las Leyes*, y hacia el siglo XIV recibió su actual denominación, por las secciones en que se encuentra dividida.

Esta obra se considera el legado más importante de España a la historia del derecho, al ser el cuerpo jurídico de más amplia y larga vigencia en Iberoamérica (hasta el siglo XIX). Incluso se le ha calificado de "*enciclopedia humanista*", pues trata temas filosóficos, morales y teológicos (de vertiente greco-latina), aunque el propio texto confirma el carácter legislativo de la obra, al señalar en el prólogo que se dictó en vista de la confusión y abundancia normativa y solamente para que por ellas se juzgara

Tres son las reglas de procedencia que deben de tomarse en cuenta al momento de interponer el recurso de apelación.

QUE SEA UN AUTO DEFINITIVO O SENTENCIA.

Si asumimos que la apelación es un acto procesal a través del cual se logra que un juez o tribunal jerárquicamente superior denominado a quem revise la resolución emitida por el juez de primera instancia, denominado a quo. Por mandato expreso de los Arts. 219; 224.1.3; 225.1.2. ; 227 y 228 del CPC, debemos indicar que el recurso de apelación, **solamente procede contra sentencias o autos interlocutorios definitivos** y no simples, puesto que estos últimos, según la jurisprudencia constitucional, en primera lugar podrán ser impugnados a través del recurso de reposición.

La única excepción en la cual se puede apelar directamente un auto simple y por mandato expreso de nuestro legislador, es cuando dicha resolución a sido emitida en ejecución de sentencia (Art. 518 del CPC), aclarado que si bien por su contenido pudiera considerarse un auto simple a nuestro criterio conceptualmente ya no sería "interlocutorio", por cuanto al haberse prácticamente dictado la sentencia y ejecutoriada la misma, no debiera considerarse resolución "intermedia", motivo por el cual esta primera regla continuaría vigente.

LA EXISTENCIA DEL AGRAVIO.

La doctrina señala es imperativo que al momento de interponer o redactar el recurso de apelación, imperativamente deberá de establecerse con total precisión cual ha sido el agravio o daño que llegó a sufrir a consecuencia de la resolución judicial emitida por el juez de primera instancia, conforme lo previsto por el Art. 227 del CPC que señala: "La *apelación de la sentencia o auto definitivo se interpondrá, fundamentando el agravio sufrido*¹⁷³."

LEGITIMACIÓN PROCESAL

Independientemente si se trata de personas jurídicas o naturales, nuestro legislador a establecido que son tres las clases de personas que pueden interponer o accionar el presente recurso.

- **Las partes** (actor-demandado), al ser considerados esenciales y en virtud a lo previsto por el Art. 194 del CPC, concordado con el 219 del mismo cuerpo legal que establece: "procederá el recursoen favor de todo litigante.....".

- **Los terceristas**, quienes luego de haber acreditado su interés legítimo conforme lo previsto por el Art. 356 del CPC, tienen toda la legitimación procesal para interponer el presente recurso de apelación, incluso en ejecución de sentencia.

- **Los terceros**, que conceptualmente serían aquellas personas que no se llegaron a apersonar al proceso y por lo tanto no son siquiera terceristas, sino totalmente ajenos al proceso, son "terceros", los cuales, simplemente al momento de interponer el recurso deberán en forma idónea y documentada, acreditar su calidad de interesados en el proceso y el agravio que sufrirían con la resolución de primera instancia, conforme lo indicado por el Art. 222 del CPC.

CARACTERÍSTICA Y CÓMPUTO DEL PLAZO PARA APELAR.

El materia de recursos, dentro lo que es el Derecho Procesal Civil, los plazos para interponer los mismos, no se computan por día (Art. 140 CPC), sino de momento a momento, conforme lo previsto por los Arts. 220.II y 139.I de la norma procesal civil, aclarando en forma expresa que los mismos son fatales. En consecuencia los plazos señalados en el Art. 220.I de la misma norma legal, deberán de computarse desde el momento en que se notifican las partes o terceristas y en el caso

¹⁷³ "En orden al derecho procesal, agravio es el daño o perjuicio que el apelante dice habersele irrogado por la sentencia del inferior y dentro de esa acepción se considerará como agravio a la persona que por habersele inferido en la sentencia esos daños o perjuicios, acude ante el tribunal superior expresando sus agravios".(Enciclopedia Jurídica Omeba Tomo I. Pág. 604) Que agravio en expresión típicamente forense, también significa mal, daño o perjuicio que el apelante expone ante el juez superior habersele irrogado por la sentencia inferior y de ahí la expresión "escrito de agravio" y "decir agravios".Equivale a apelación". (A.S.No 161 de 12 de agosto de 2008).

de los terceros, su plazo se computa desde que se notifico a la última de las partes (ver Art. 222 última parte).

Estos plazos perentorios y fatales, solamente se puede suspender o ampliar, en tres casos: **a)** Cuando cualquiera de las partes luego de haberse notificado con la resolución solicita dentro el plazo previsto por ley , enmienda, aclaración o complementación , en virtud a lo señalado por el Art. 196.2), de modo tal que el plazo fatal para impugnar, se deberá de computar desde que se notifica con la respuesta a su solicitud de enmienda , aclaración o complementación. **b)** Si una de las partes o terceristas es notificada en un distrito judicial, distinto al cual se esta ventilando el proceso, se ampliaría el plazo fatal previsto por el Art. 220, en virtud a lo que nuestro legislador a denominado como plazo de la distancia, especificado a través del Art. 146 del mismo cuerpo legal. **c)** Finalmente debemos indicar que estos plazos perentorios y fatales se suspenden en virtud a las vacaciones judiciales, mismas que deberán de ser instruidas expresamente por el órgano competente, conforme lo previsto por el Art. 141 del CPC. En cuanto a los feriados nacionales o departamentales, los mismos en el caso de los recursos dentro el Derecho Procesal Civil no afectan por cuanto , los plazos siguen transcurriendo y el escrito puede presentarse, en su domicilio real del secretario o actuario, o ante un notario de fe pública, conforme prevé los Arts. 97-99

POTESTAD DE PRESTARSE EL EXPEDIENTE

En la práctica forense uno llega a evidenciar que es sumamente necesario para poder redactar adecuadamente un recurso como ser en este caso de apelación, el poder revisar adecuadamente todos los actuados procesales y es en virtud a ello que nuestro legislador a previsto a través del Art. 107.1 del CPC, la posibilidad de que el abogado recurrente pueda prestarse bajo constancia de rigor el expediente original del juzgado y estudiarlo.

El tiempo por el cual puede tener dicho expediente en su poder, el abogado patrocinante, es el mismo que la ley le otorga para poder presentar su recurso (Art. 220 CPC), de forma tal que si no lo devuelve en las mismas condiciones que llegó a prestarse, es susceptible de ser sancionado acorde a lo previsto por el Art. 108 y sptes. del CPC.

EFFECTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.-

Según el Art. 20 de la ley 1760, que llegó a complementar el Art. 223 del CPC , tres son los efectos que produce la apelación, siendo estos, suspensivo, devolutivo y diferido. Merced a ello y previo a desarrollar cada uno de dichos efectos, debemos manifestar que lamentablemente nuestro legislador no nos brinda una regulación sistemática de los tres efectos, así por ejemplo, el Art. 224 del CPC, regula en lo referente a que tipo de resoluciones judiciales podrán apelarse en efecto suspensivo, pero a continuación no se encuentra un solo artículo referente a dicho efecto, sino es hasta el Art. 227, aspecto este que provoca a confusiones y que lo más recomendable era reunir en un solo capítulo por decir al efecto suspensivo, en otro al devolutivo, etc.

CONCEPTO, PROCEDENCIA Y TRAMITE DEL EFECTO SUSPENSIVO.

Previamente debemos indicar que de los tres efectos que pudiera provocar una apelación la más grave o importante es la denominada "suspensivo", situación que se presenta: "cuando al momento de que el juez de primera instancia concede el recurso, simultáneamente su competencia se suspende, en relación a dicho asunto o proceso, vale decir que no puede ejecutar la resolución objeto de la apelación, pudiendo ser un auto interlocutorio definitivo o una sentencia" , llegando incluso el juez a quo, a remitir al juez o tribunal de segunda instancia el expediente original y persistirá esta situación hasta que la resolución de segunda instancia sea declarada ejecutoriada y por ende se devuelva el expediente original del proceso.

Asumiendo que el presente efecto es el más grave de los tres, nuestro legislador a través del Art. 224 del CPC ha regulado con total precisión los casos en los cuales se deberá de conceder por parte del juez de primera instancia, el recurso de apelación en efecto suspensivo, siendo estos los siguientes:

- Si se llegaría a apelar una sentencia dictada dentro un proceso ordinario o un proceso de desalojo la misma será concedida en efecto suspensivo.
- Si se llegaría a apelar un auto interlocutorio definitivo que por sus características cortare todo procedimiento ulterior, dicho recurso será concedido en efecto suspensivo.

Con relación al trámite del recurso de apelación en efecto suspensivo, debemos manifestar que de los tres efectos éste es el más completo y el que prevé mayores etapas procedimentales

Una vez notificado cualquiera de las partes sea con la sentencia o el auto definitivo , si considera que sufre algún agravio a través de dicha resolución en aplicación del Art. 219 del CPC, puede interponer su recurso de apelación , escrito en el cual deberá de argumentar en forma objetiva en que consiste dicho agravio (Art. 227 CPC), el cual será presentado ante el mismo juez que dicto la resolución, dentro el plazo fatal previsto por el Art. 220 del adjetivo civil. El juez de la causa correrá en traslado dicho recurso a la parte contraria, quien tendría tres posibilidades; a) Podrá adherirse al recurso de apelación, pudiendo ser la misma total o parcial , si ocurre esta posibilidad, el juez de la causa deberá correr traslado con dicha adhesión a la parte contraria para que se pronuncie, conforme lo previsto por el Art. 228.; b) También puede contestar al recurso de apelación , pudiendo ser dicha contestación en forma negativa; c) Podría también recurrir a la resolución objeto de la apelación, aclarando en consecuencia que la adhesión es simplemente , un acto a través del cual expresa su plena conformidad con los argumentos del recurso expuestos por la parte contraria y la acción de recurrir, es un acto totalmente independiente a través del cual el recurrente elabora en forma individual sus argumentos del recurso y d) finalmente pese ha haber sido legalmente notificado con el recurso, podría darse la situación que no responda al mismo, situación que esta prevista en el Art. 229 del CPC, cuando establece: " vencidos los plazos legales, el juez, con o sin respuesta a los traslados previstos", vale decir que la falta de contestación dentro lo que es el efecto suspensivo, por parte del apelado, no es una obligación del mismo , sino una potestad.

Una vez concluido los plazos para contestar el recurso, sea que haya sido el mismo contestado o no, el juez de la causa emitida el auto de concesión del recurso, disponiendo en dicha resolución que el expediente original se proceda a remitir al juez o tribunal de segunda instancia. (ver Art. 229 PC).

Con el auto de concesión del recurso y orden de remisión del expediente, se deberá de notificar a las partes del proceso, de forma tal que existe un plazo perentorio de 24 hrs., los cuales se computan a partir de la última notificación para que se remita el expediente original al superior en grado.

Esta remisión en el caso de que el juez de primera instancia y el juez o tribunal de segunda instancia pertenezcan al mismo asiento jurisdiccional, se tendrá por cumplida una vez que el expediente se entregue al encargado de causas nuevas o al secretario del juzgado o tribunal aquel y si el juez de segunda instancia se encuentra en otro distrito, se tendrá por remitida cuando se entregue el expediente al encargado de correos o a cualquier otro medio de transporte que se encargue de llevar dicho expediente, como ser el courier.

Una vez que el expediente se encuentra en el juzgado o tribunal de segunda instancia, el primer actuado procesal de dicha instancia jurisdiccional, será decretar la radicatoria del mismo conforme indica el Art. 21 de la ley 1760, el cual modifica lo previsto por el Art. 231 del CPC.¹⁷⁴

¹⁷⁴ Consideramos imprescindible aclarar que antes de la promulgación de la ley 1760 el Art. 231 del CPC, establecía que al momento de decretarse la radicatoria del expediente, se señalaba el domicilio de los recurrentes en secretaria del tribunal o juez de segunda instancia, de forma tal que con el auto de vista se los notificaba en estrados judiciales, pero luego de lo previsto por el Art. 21 de la ley 1760, ya no se hace mención al domicilio , sino simplemente a la radicatoria, de donde se entiende que si las partes no han voluntariamente cambiado su domicilio en estrados judiciales, debería de mantenerse subsistente el domicilio procesal cursante en el expediente, conforme indica la última parte del Art. 101 del CPC.

Luego de que las partes se notifiquen con el referido decreto de radicatoria, podrán hacer uso de las siguientes opciones:

- a) Pueden pedir se devuelva el proceso al juez inferior, si consideran que hubiere sido concedido el recurso indebidamente en efecto suspensivo, siendo procedente solo en efecto devolutivo. Si ello sería evidente, el tribunal o juez a quem, ordenará al juez a quo rectifique dicho error.
- b) Una segunda opción es que dentro el término perentorio de cinco días computables a partir de la notificación con el decreto de radicatoria, podrán pedir las partes la apertura de un plazo probatorio el cual si es concedido no podrá ser superior a los veinte días, (Art. 232.I y 233.I CPC) , aclarando que la sola solicitud de apertura no significa que se les deba de otorgar el mismo, ya que esta es una facultad privativa del juez o tribunal de segunda instancia, quien podrá conceder dicho plazo en los siguientes casos: **b.1)** Si ambas partes en forma conjunta, solicitan la apertura de dicho plazo probatorio, el juez no tiene otra opción que concederles. **b.2)** Si sólo una de las partes lo solicita deberá de acreditar que lo hace a objeto de producir los medios probatorios que fueron admitidos en primera instancia , pero que por causas no imputables a las partes no fueron producidas. En este caso el plazo probatorio que se llegaría a abrir, se circunscribirá a recibir dichos medios o que dentro de él se cumplan los requisitos que faltaren para su perfeccionamiento.
- c) Una tercera opción es que las partes dentro el término perentorio de cinco días computables a partir de haberse notificado con el decreto de radicatoria, puedan ofrecer nuevos documentos (ver Art. 232.I última parte), a condición que los mismos versaren sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad de ofrecer pruebas en primera instancia, pero solamente para desvirtuarlos o demostrarlos, vale decir por ejemplo si en primera instancia luego de haber ofrecido todos sus medios probatorios dentro el plazo previsto por el Art. 379 del CPC ocurren actos o hechos nuevos, estos podrán acreditarse o desvirtuarse en esta segunda instancia tal cual lo indicado por el Art. 233.I.3. También se admitirá prueba documental, si se acredita que la misma no pudo presentarse en primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
- d) Una cuarta opción es que ninguna de las partes solicite nada u ofrezca nada luego de haberse notificado con el decreto de radicatoria, dicha inactividad procesal, no impide que el juez de oficio disponga la producción de las pruebas que estimare conveniente, conforme lo previsto por el Art. 233.II del CPC, potestad esta que deberá de entenderse al tenor de lo previsto por los Arts. 378, 235 y 236 todos del CPC.

DICTACIÓN DE AUTOS PARA RESOLUCIÓN

Una vez concluido cualquiera de las opciones anteriormente desarrolladas el juez o tribunal de segunda instancia deberá de emitir de oficio o a solicitud de parte, "autos para resolución" e inmediatamente deberá de proceder a resolver el recurso y por ende emitir el auto de vista, cuidando que dicha resolución se dicte dentro el término perentorio de treinta días, los cuales se computan conforme lo previsto por el Art. 204.III a partir del sorteo del expediente. Pudiendo ampliarse el referido plazo excepcionalmente en el caso previsto por el Art. 207 del mismo cuerpo legal.

Al respecto el TC a establecido a través de sus líneas jurisprudenciales, que si no se reconoce una tercera instancia, vale decir que procesalmente es inviable la modificación del auto de vista, como por ejemplo un proceso ejecutivo civil, al notificar al agraviado con dicha resolución en estrados judiciales, no se le estaría vulnerando ningún derecho, pero si se reconoce la posibilidad de una tercera instancia, como por ejemplo el caso de los procesos ordinarios, en los cuales el auto de vista puede ser impugnado vía recurso de casación, imperativamente deberá de notificarles en el domicilio procesal señalado por las partes y notificarles en otros domicilios que no hayan señalado implica lesionarles sus derechos, al debido proceso y seguridad jurídica. (SS.CC. 340/03 y 1067/04)

PRESENTACIÓN DE ALEGATOS

El Art. 235.II del CPC, expresamente permite que las partes puedan hasta antes de que se dicte resolución definitiva que las partes puedan presentar sus alegatos en forma escrita o verbal. En la practica lamentablemente esta facultad no es muy utilizada, pero en caso de pretender ejercerla, simplemente bastaría que una de las partes anuncie al juez o tribunal de segunda instancia que desea presentar sus alegatos en forma verbal, para que dichas autoridades señalen fecha y hora de audiencia de recepción , aclarando que dichos alegatos por coherencia lógica no podrán ser repetición de los argumentos expuestos en el escrito de apelación, por cuanto ese no es el sentido de esta facultad.

CONCEPTO, PROCEDENCIA Y TRÁMITE DEL EFECTO DEVOLUTIVO.

Cuando una de las partes interpone un recurso de apelación contra un auto o una sentencia y el mismo se concede en efecto devolutivo, ello significa que si bien se remitirá el caso a un juez o tribunal de segunda instancia, para su resolución, no se suspende la competencia del juez de primera instancia y más por el contrario continúa con el tramite de la demanda, vale decir que a diferencia del efecto suspensivo, en el efecto devolutivo, no se llega a suspender la ejecución de la resolución impugnada.

Nuestro legislador a previsto al igual que con el efecto suspensivo , en forma específica y precisa a través del Art. 225 del CPC, en que casos se deberá de conceder la apelación en efecto devolutivo, siendo estos los siguientes:

a) Si la sentencia que se apela, habría sido dictada dentro un proceso ejecutivo civil, coactivo civil, sumario, concursal, sumarísimo o interdicto, se concederá dicho recurso en efecto devolutivo. (Arts. 225.1.2 - 511.II - 595 todos del CPC.). En el caso de la apelación de sentencias, cabe puntualizar que el Art. 248 del CPC, señala: " *(Apelación de sentencia en efecto devolutivo). Las apelaciones de la sentencia en el efecto devolutivo se tramitarán en la forma prevista en el capítulo anterior.*" *(textual)* y el capítulo anterior comprende del Art. 227 al 240 y están referidos al efecto suspensivo, vale decir que en el caso de las apelaciones de sentencias mencionadas en este inciso, surge una incoherencia y es que nuestro legislador nos dice que si se las apela, se concede en efecto devolutivo, pero se las tramite como si fuera suspensivo, lo cual creemos debería de subsanarse y simplemente indicar que todas las sentencias de ser apeladas se concederá en efecto suspensivo, vale decir que el Art. 225.1.2 , el Art. 511 y 594 deberán de ser modificados.

b) Si la resolución fuera un auto interlocutorio definitivo, dictado en procesos concursales, sumarios , ejecutivos civiles, sumarísimos , será concedido en efecto devolutivo.

c) Si la resolución que diere por reconocida las firmas en rebeldía, dentro una medida preparatoria, fuere apelada, la misma será concedida en efecto devolutivo.

d) Todas las resoluciones dictadas en ejecución de sentencia si fueran apeladas, imperativamente deberán ser concedidas en efecto devolutivo (Art. 225.5 conc. 518 ambos del CPC).

Una vez que el juez de primera instancia conceda el recurso en efecto devolutivo, en el mismo auto, deberá de señalar con precisión cuales serán las piezas del expediente que llegarán a conformar el testimonio¹⁷⁵, con dicha resolución se notificará a las partes del proceso quienes tienen 24 hrs, para hacer uso de dos opciones: a) Podrán solicitar se acumule al testimonio instruido por el juez de la causa, más piezas procesales que consideren pertinente, b) Asimismo podrán pedir que paralelo al testimonio ordenado por el juez de la causa se confeccione para ellos

¹⁷⁵ Debemos entender por testimonio, una copia legalizada de las piezas más importantes del expediente, vale decir que a diferencia del efecto suspensivo en el cual se remitía el expediente original al juez o tribunal de alzada, en el caso del devolutivo, simplemente se remite el referido testimonio y el original se queda ante el juez de primera instancia, pues solamente así podrá continuar con el trámite del proceso.

En consecuencia lo importante en esta parte del recurso es establecer que se debe entender por piezas pertinentes, del proceso.

otro testimonio, lo cual implica que deberán citar con total precisión el número de fojas , documento este que tendrá el mismo valor legal que el original.

Si son varios los apelantes, contra una misma resolución, bastará confeccionar un solo testimonio, el cual será remitido en alzada. Alternativamente el apelante podrá solicitar, que finalmente se remitirá al juez o tribunal de segunda instancia.

Independientemente de haber solicitado complementación al testimonio ordenado por el juez o que se le entregue otro testimonio, el apelante tiene un plazo perentorio de dos días, los cuales se computan desde su legal notificación con el auto de concesión del recurso, para que provea al secretario o actuario todos los recaudos de ley necesarios para la confección del testimonio, como ser sacar fotocopias de las piezas indicadas, adquirir un timbre de dos bolivianos para cada foja que conforme el testimonio, etc.

En caso de que el apelante no cumpla con mencionado anteriormente , el juez de oficio o ha solicitud de parte podrá declarar que el auto de concesión del recurso quede sin valor legal y por ende declarará la ejecutoria de la resolución que fue objeto de la acción, vale decir que caducará el auto de concesión y por ende el recurso mismo de apelación, aspectos estos que están debidamente previstos en los Arts. 241.IV,242 y 244 del CPC.

Una vez que el apelante haya cumplido dentro el plazo señalado por nuestro legislador con la respectiva provisión de los valores judiciales y demás recaudos de ley, dentro el plazo máximo de 24 hrs, se remitirá el respectivo testimonio con la nota de cortesía al juez o tribunal de segunda instancia , quien en aplicación del Art. 231 del adjetivo civil, declarará de oficio la radicatoria de dicho recurso y a partir de ese momento el juez o tribunal de segunda instancia deberá dictar la resolución definitiva o auto de vista dentro el plazo perentorio de seis días, pudiendo en el intermedio de dicho plazo si desean las partes ofrecer sus respectivos alegatos, sea en forma escrita o verbal, conforme lo previsto por el Art. 245 conc.235.II del CPC.

En la apelación con efecto devolutivo, la regla es que se remita un testimonio, al juez o tribunal de segunda instancia y el expediente original se quede en primera instancia a objeto de que no se suspenda la ejecución de la resolución objeto de la apelación. La excepción a esta regla, se da en dos situaciones: **a)** Si la resolución objeto de la apelación es una sentencia se concederá en efecto devolutivo, pero se la tramitará como si fuera suspensivo (Arts. 246-248 CPC), lo cual significa que se deberá remitir el expediente original y solamente se quedará un testimonio, del mismo ante el juez de primera instancia , el cual deberá estar constituido con las piezas estrictamente necesarias. **b)** Si el juez de primera instancia luego de haber sido concedido el recurso en efecto devolutivo, no tuviere nada que tramitar o ejecutar, remitirá el expediente original , tal cual lo previsto por el Art. 247 del CPC.

EXPLICACIÓN Y COMPLEMENTACIÓN.

Una vez notificados con el auto de vista, e indistintamente de haber sido tramitado el recurso en efecto suspensivo o devolutivo, dentro el término de 24 hrs., podrán solicitar enmienda o complementación a dicha resolución siendo en consecuencia aplicable a los autos de vista, lo previsto por el Art. 196.2 del CPC.

CONCEPTO, PROCEDENCIA Y TRÁMITE DE LA APELACIÓN EN EFECTO DIFERIDO.

El presente efecto, recién existe a partir del 28 de febrero de 1997, con la promulgación de la ley 1760 y se lo conceptualizaría como: " aquel acto procesal a través del cual el apelante interpone su recurso de apelación, pero no se le concede y menos se lo tramite, sino más por el contrario, se reserva dicha concesión del recurso de alzada hasta el estado de una eventual apelación de la sentencia"

Es precisamente a este tipo de trámite que se debe su nombre de "efecto diferido", por cuanto es precisamente eso lo que llega a ocurrir.

Del concepto anteriormente indicado, se deduce que no puede apelarse en efecto diferido ninguna sentencia y simplemente este efecto esta limitado a las siguientes clases de resoluciones:

-Si se apela un auto interlocutorio que llegará a resolver una excepción previa o un incidente, se tramitará el mismo en base a las reglas del efecto diferido.

-Si se apelare una resolución que no cortare el procedimiento ulterior, de igual forma se deberá de tramitar dicho recurso en virtud a las reglas del efecto diferido.

Con relación a su trámite, debemos manifestar que luego de haberse notificado con cualquiera de las resoluciones antes manifestadas y dentro el término legal previsto por el Art. 220 del adjetivo civil deberá interponer su recurso de apelación. Una vez interpuesto el mismo, procesalmente se deberá de quedar así, vale decir que el juez de la causa no correrá traslado de dicho recurso a la parte contraria y simplemente lo reservará cuando el propio apelante, decida una vez dictada la sentencia definitiva apelar dicha resolución.

Si llegaría a apelar la sentencia, recién el juez de la causa correrá en traslado juntamente con dicho recurso de apelación, el escrito de apelación anteriormente señalado a objeto de que la parte contraria responda a los dos recursos y luego los tramite en forma conjunta ambos recursos. (Art. 25 de la ley 1760)

En conclusión, si la sentencia no fuere apelada por el mismo apelante, su recurso de apelación contra las resoluciones anteriormente mencionadas previstas en el Art. 24 de la ley 1760 se considerará desistida.

FORMAS DE RESOLUCIÓN Y COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

En los plazos previstos tanto para el efecto suspensivo, como devolutivo el juez de la causa deberá dictar resolución definitiva, misma que es denominada auto de vista, la cual podrá ser:

-CONFIRMATORIO TOTAL.- Si el juez o tribunal de segunda instancia considera que el auto o sentencia objeto de la apelación a sido emitida por el juez de primera instancia sin haber incurrido en ningún tipo de error, sea este procedendo o jundicando, asumirá que los argumentos de la apelación no tienen asidero legal debiendo en consecuencia confirmar totalmente la resolución objeto del recurso.

Si la resolución o auto de vista, es dictada en esta forma por imperio del Art. 237.1 del CPC, se le impone costas al apelante en ambas instancia, situación esta que se aplica sobre todo en el caso de los procesos de conocimiento, como bien se llegó a explicar en el sumario referente a las costas procesales.

-CONFIRMATORIO PARCIAL.- El juez o tribunal de segunda instancia luego de compulsado los argumentos de la apelación, su contestación y revisado la resolución objeto del recurso, podría asumir que solamente existió un error parcial en la dictación de dicha resolución, lo cual implicará que se confirme parcialmente la resolución objeto del recurso y se revocará parcialmente la otra parte de la resolución .Este tipo de auto no implica pluspetitio por cuanto el tribunal o juez de alzada tienen la potestad de resolver el recurso dentro los parámetros de la apelación y al declararlo confirmatorio parcial, se esta cumpliendo a cabalidad esta situación.

Con relación a las costas procesales, por disposición del Art. 237.2 del CPC, se dispondrá sin costas a ninguna de las partes.

REVOCATORIO TOTAL O PARCIAL.- Si los argumentos de la apelación son lo bastante coherentes como para demostrar que en la emisión de la resolución objeto del recurso, el juez de primera instancia cometió errores in procedendo o in jundicando, a través del auto de vista, se dispondrá la revocatoria total o parcial de la resolución de primera instancia, lo cual implica que el

juez o tribunal de segunda instancia se pronunciará sobre el fondo de la demanda, declarándola probada o improbada.

Si se dispone la revocatoria, no se dispondrá costas procesales para ninguna de las partes.

ANULATORIO O REPOSITORIO.

Cuando el juez o tribunal de segunda instancia, advierta que en la tramitación del proceso se a incumplido con alguna norma procesal esencial, pese a no haber sido objeto del recurso, incluso de oficio, dispondrá la nulidad de dichos actuados procesales, hasta el vicio más antiguo, lo cual implica que procesalmente dichos actuados no existen y ello implicará que se deberá de reponer los mismos.

En caso de emitir un fallo en este sentido, conforme lo previsto por el Art. 237 num 4) del CPC, se deberá de imponer una multa al juez de primera instancia , salvo que medie un error excusable para el no cumplimiento de dichas normas procesales esenciales.

PERTINENCIA DE LA RESOLUCIÓN

Conforme lo previsto por el Art. 236 del CPC, el juez o tribunal de segunda instancia deberá circunscribir su resolución , solo sobre los puntos resueltos por el inferior y que hubieran sido objeto de la apelación¹⁷⁶, excepto en el caso de que al dictarse la sentencia se hubiera resuelto una excepción perentoria y la misma se la declare probada, por imperio del propio procedimiento, no tendría dicho juez a quo que pronunciarse sobre las demás excepciones, pero el juez o tribunal de segunda instancia podrá revisar y fallar de oficio sobre las demás excepciones si resolviera revocar la primera excepción resuelta en sentencia, conforme lo previsto en la segunda parte del Art. 343 del CPC.

¹⁷⁶ El principio de congruencia, previsto por el art. 190 del CPC, impone al juez la obligación de pronunciar sentencia que contenga decisiones precisas, concretas y positivas, recayendo sobre las cosas litigadas en la medida en que hubieren sido demandadas y probadas por las partes. Si el juzgador se apartara de este marco jurídico, nos encontraríamos frente a la sentencia ultra, extra o citra petita. Cuando del tribunal ad quem se refiere, este marco jurisdiccional se encuentra en las normas previstas por el art. 236 con relación al 227 del igual adjetivo de la materia, vale decir, entre los agravios expresados en el recurso y lo resuelto por el inferior. (A.S.No 29 de 28 de enero de 2009)

CAPÍTULO 27 EL RECURSO DE CASACION

Las leyes demasiado benévolas, rara vez son obedecidas. Las leyes demasiado severas, rara vez son ejecutadas.

Benjamin Franklin

ORIGEN ETIMOLÓGICO Y CONCEPTO.-

Etimológicamente casación deriva de la voz latina caso o casare que quiere decir quebrantar, derogar o anular y conceptualmente diremos que es: "un recurso excepcional que se lo tramita ante el máximo tribunal de justicia a través del cual se llega a dejar sin efecto una resolución de carácter definitivo por haber sido emitida contraria a la ley o la jurisprudencia aplicable al caso específico".

Del concepto anteriormente vertido, debemos resaltar el hecho de que, es excepcional en razón a que no todas las resoluciones de segunda instancia pueden ser revisados vía recurso de casación y un segundo aspecto es que el recurso de casación solo puede ser tramitado por los máximos tribunales de justicia¹⁷⁷.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Antes de la revolución francesa de 1789 debemos recordar que el poder judicial dependía de una determinada casta social que emitía leyes no cumplidas por dicho sector social, hasta que el tratadista Rovespier se pronunció indicando que "la administración de la justicia no estaba cumpliendo los postulados de la Revolución Francesa".

A consecuencia de este hecho el 27 de Noviembre de 1790 se creó el primer Tribunal de Casación como parte apéndice del Poder Judicial con el objetivo de controlar el buen cumplimiento y aplicación de las leyes por parte de jueces. Actualmente el Tribunal de Casación constituye la cúspide dentro de la administración Judicial.

¹⁷⁷ Excepcionalmente , en el caso nacional, debemos señalar la sentencia dictada en procesos sumarios, por un juez de instrucción, cuya segunda instancia será resuelta por un juez de partido y el recurso de casación no será resuelto por la Corte Suprema de Justicia (Tribunal Suprema de Justicia según la ley 025/2010), sino por la Corte Superior de Distrito (Tribunal Departamental según la L.O.J.)

FINALIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN.-

El recurso de casación no deberá ser considerado como una tercera instancia, por cuanto a través del mismo no es permitido realizar una revisión de los aspectos de hecho o de derecho resueltos anteriormente, sino que dicho recurso se limitará únicamente a revisar si el juez o tribunal inferior, llegó a emitir la resolución cumpliendo las formalidades procesales o aplicando las disposiciones sustantivas en forma correcta al objeto de la litis.

La primera situación corresponde al denominado error in procedendo y la segunda a un error in iudicando, de forma tal que si se llega a identificar la existencia del primer aspecto, ello implicará la anulación de la sentencia o resolución objeto del recurso y en el segundo caso significa la casar la resolución, vale decir decidir sobre el fondo de la litis.

En conclusión debemos manifestar que el recurso de casación persigue como principal finalidad el respeto y por ende cumplimiento a lo dispuesto por la norma legal.

DIFERENCIA ENTRE CASACIÓN Y NULIDAD.

Nuestro legislador a través del Art. 250, provoca una confusión al manifestar : " El recurso de casación o de nulidad...", por cuanto doctrinalmente y según el derecho comparado la casación es un término amplio que implica la violación tanto de la ley adjetiva como de la ley sustantiva y se encuentra debidamente legislado en nuestro país, en cambio la nulidad, tiene un significado más preciso por cuanto representa un determinado acto procesal que se llevó a cabo sin haber cumplido las normas procesales exigidas por ley, como por ejemplo las previstas en el Art. 128 del CPC, mismas que se pueden tramitar dentro un proceso en vía incidental y no a través de un recurso, aclarando asimismo que en la legislación procesal civil Argentina si se considera a la nulidad como un recurso, lo cual no ocurre en la legislación Boliviana.

PROCEDENCIA.-

El Art. 250 expresamente menciona: " El recurso de casación o de nulidad se concederá para invalidar una sentencia o auto definitivo en los casos expresamente señalado por la ley", al respecto el Dr. Julio Ortiz Linares, manifiesta que de lo antes citado se entiende que el presente recurso procede contra tres clases de resoluciones, 1) una sentencia, 2) un auto definitivo y 3) un auto de vista ¹⁷⁸, comentario que es totalmente coherente en razón a que si bien el auto de vista no esta mencionado expresamente en la norma anteriormente transcrita, las resoluciones que llegan a resolver la segunda instancia se denominan autos de vista y es precisamente contra este tipo de resoluciones que también procede el recurso de casación.

Nuestro legislador complementa lo anteriormente explicado a través del Art. 255 del adjetivo civil el cual fue modificado por los Art. 26 y 31 ambos de la ley 1760, aclarando en definitiva que el recurso de casación procederá contra las siguientes resoluciones:

-Habrà lugar al recurso de casación, cuando se impugne un auto de vista que fue dictado en segunda instancia contra una sentencia definitiva, dentro un proceso ordinario, sumario, concursal y arbitrales.

-Habrà lugar al recurso de casación cuando se impugne un auto de vista que llegó a resolver una declinatoria de competencia ¹⁷⁹, o resolviere una excepción de incompetencia o anulare un proceso.

-Habrà lugar al recurso de casación cuando el auto de vista objeto del recurso, resolviere un auto interlocutorio que pusiere término al litigio.

¹⁷⁸ **ORTÍZ**, Linares Julio. Obra citada, Tomo I, pág. 522.

¹⁷⁹ Nuestro legislador utiliza el término "jurisdicción" (Art. 255.2), lo cual consideramos errado por cuanto nuestro legislador a través del Art. 13 del CPC, correspondiente al capítulo "conflicto de competencias", se refiere a la declinatorio, pero no de jurisdicción sino de competencia.

-Habrá lugar al recurso de casación, cuando el auto de vista haya resuelto , oír o no a un litigante condenado en rebeldía.

-Habrá lugar al recurso de casación, cuando las Cortes Superiores hayan dictado una sentencia definitiva en primera instancia.

La inobservancia de lo previsto por el Art. 255 del CPC, es sancionada con la negativa de la concesión del recurso, conforme lo previsto por el Art. 26 de la ley 1760, norma legal que modifica a lo previsto por el Art. 262 del CPC.

CLASES DE RECURSO DE CASACIÓN.

Por expresa disposición del Art. 250.II del CPC, debemos indicar que según el tipo de errores que se pretende subsanar, existen dos clases de casación, una en el fondo y otra en la forma, aclarándonos que ambos recursos podrán ser interpuestos en forma simultánea, debiendo no obstante de ello mantener su perfecta individualidad.

CASACIÓN EN EL FONDO.

El recurso de casación en el fondo procederá cuando el juez o tribunal de segunda instancia, al momento de dictar la resolución objeto de la impugnación haya cometido errores in iudicando, vale decir error en la aplicación de la ley sustantiva y al respecto el Art. 253 menciona "procederá el recurso de casación en el fondo":

1.- Cuando la sentencia objeto del recurso contuviere violación , interpretación errónea o aplicación indebida de la ley.

2.- Cuando la resolución judicial contuviere disposiciones contradictorias.

3.- Cuando en la apreciación de las pruebas se hubiere incurrido en error de derecho o error de hecho, aclarándose que el error de hecho deberá evidenciarse por documentos o actos auténticos que demostraren la equivocación manifiesta del juzgador.

CASACIÓN EN LA FORMA.-

La casación en la forma procede cuando el juez o tribunal al momento de dictar su auto de vista hubiere violado las formas esenciales, previstas por nuestras normas adjetivas y es en razón a ello que el Art. 254 dispone:

- 1) Procederá el recurso de casación en la forma, cuando la resolución judicial objeto del recurso haya sido emitida por un juez o tribunal sin competencia, al respecto cabe puntualizar que nuestra CPE claramente establece en su Art 122 que todo acto emitido por una autoridad incompetente es nulo. Asimismo debemos asumir que el actual CPC, data de la década de los 70 y que en la actualidad existe el recurso directo de nulidad, de forma tal que esta sería la razón fundamental por la cual actualmente los abogados no acuden para defender el presente derecho al recurso de casación.
- 2) Procederá el recurso de casación en la forma , cuando la resolución objeto del presente recurso, haya sido emitida por un juez o un vocal legalmente impedidos o cuya excusa o recusación estuviere pendiente o hubiere sido declarada legal por el tribunal competente. Esto implica que el juez o tribunal cuya separación es objetiva, no puede intervenir en el trámite, aun estando pendiente la resolución de la excusa si es que hubiere manifestado oportunamente.
- 3) Procederá el recurso de casación en la forma, cuando la resolución objeto del recurso haya sido emitida por un tribunal con menor número de votos o con menor número de vocales que los requeridos por ley, así por ejemplo la ley considera que todo auto de vista deberá ser emitido por dos votos conformes como mínimo y si ello no se cumple, vale decir si es uno solo el voto con el cual se emitió dicho auto de vista ello es pasible de ser casado.

- 4) Procederá el recurso de casación en la forma, contra aquella resolución que si bien resolviere una controversia, contuviere decisiones ultrapetita vale decir que otorgare más de lo pedido o que no se haya pronunciado sobre todos los puntos demandados. En este caso al ser una resolución emitida en segunda instancia, se estaría vulnerando lo previsto por el Art. 236 del CPC, referente al principio de congruencia.
- 5) Procederá el recurso de casación en la forma, si en segunda instancia, pese a haber sido desistido el recurso, el auto de vista es emitido, lo cual es contrario a derecho, ya que al haber sido desistido es innecesario que se llegue a resolver el referido recurso, puesto que sería inexistente el mismo.
- 6) Procederá el recurso de casación en la forma cuanto la resolución emitida en segunda instancia, haya sido emitida fuera del plazo previsto por ley, vale decir sin cumplir lo previsto en el Art. 208 y 209 del CPC.
- 7) Procederá el recurso de casación, en la forma cuando se emita en segunda instancia la respectiva resolución, pero sin haber dado cumplimiento a alguna disposición procedimental esencial para la tramitación del mismo.

TRÁMITE DEL RECURSO.

PLAZO.- Conforme lo previsto por el Art. 257 del CPC, la parte recurrente tiene un plazo perentorio e improrrogable de ocho días a partir de su legal notificación con la resolución objeto del recurso.¹⁸⁰ Dentro de dicho plazo deberá de elaborar su recurso de casación, el cual deberá de reunir los requisitos previstos por el Art. 258, mismo que se lo llegó a dividir en dos:

REQUISITOS DE FORMA: Los requisitos de forma básicamente serían: a) Que el escrito del recurso deberá de estar dirigido y por ende presentado ante el mismo tribunal que llegó a emitir el auto de vista o sentencia objeto del recurso, b) Llevará adherido el escrito antes indicado los timbres y valores judiciales previstos por ley y c) Se deberá realizar el respectivo depósito judicial. El incumplimiento de cualquier de estos requisitos de forma, conforme lo previsto por el Art. 258.4) del CPC, señala nuestro legislador que no implicará la declaratoria de improcedencia, sino que los mismos podrán ser subsanados, pero con el triple del valor respectivo, acto que deberá realizarse inmediatamente de concebido el recurso.

REQUISITOS DE FONDO: Los requisitos de fondo que deberá reunir el recurso de casación son : a) Señalar la clase de resolución contra la que se interpone el recurso; b) Indicar el folio donde se encuentra la resolución objeto del recurso, aclarando que su incumplimiento no implicará declaratoria de improcedencia; c) Señalar la ley o leyes que se consideran violadas por los fallos; d) Establecer en que consisten los fallos exponiendo los fundamentos de hecho y de derecho y e) Especificar si el recurso de casación es en el fondo, en la forma o en ambos, ya que la omisión da lugar a la declaración de improcedencia.

Presentado el recurso se correrá en traslado a la otra parte para que conteste dentro el mismo plazo, vale decir ocho días (Art. 259 del CPC).

CONCESIÓN O NEGACION DEL RECURSO.

Luego de concluido el plazo para contestar, conforme indica el Art. 260, "con o sin el escrito de respuesta ", deberá de revisar el recurso en cuestión a objeto de: **conceder el mismo a través**

¹⁸⁰ "El recurso de casación conforme la previsión del Art. 257 del CPC, debe interponerse en el plazo fatal e improrrogable de 8 días, a contar desde la notificación con el auto de vista o sentencia computo que se realiza de momento a momento como una de las excepciones a la norma contenida en el art. 140, transcurriendo ininterrumpidamente, conforme establece el art. 141 ambos del mismo adjetivo civil"(A.S.No 124 de 09 de junio de 2008)

de un auto, si cumple todos los requisitos de forma y de fondo, ordenando en consecuencia la remisión del expediente ante el tribunal de casación en el plazo máximo de quince días previa notificación de partes.

Los gastos que implica la remisión del expediente correrán por parte del recurrente, los cuales difieren dependiendo si el tribunal de casación se encuentra en el mismo lugar del tribunal de segunda instancia como es el caso de Sucre o por el contrario, pudiera ocurrir que el tribunal de segunda instancia este ubicado en Trinidad y el de casación en Sucre, en este caso el costo de envío será cubierto conforme indica la norma procesal por la parte recurrente.

La importancia de esta disposición radica en que si el recurrente no proveyere el importe de los gastos de remisión del expediente en el plazo previsto por el Art. 260 de oficio se declarará la caducidad del recurso la consiguiente ejecutoria de la sentencia o auto recurrido, conforme lo previsto por el Art. 261 .

Si el recurso de casación hubiera sido interpuesto fuera del plazo previsto por el Art. 257, o pudiendo ser apelado la resolución objeto del recurso, no se hubiera hecho uso de este recurso ordinario o finalmente si la resolución objeto del recurso no estuviera previsto en el Art. 255 del CPC, el tribunal de segunda instancia ***deberá de negar la concesión del recurso***, aspecto este que esta debidamente regulada en el Art. 262 del CPC y 26 de la ley 1760.

El único recurso que procede contra el auto de negación del recurso de casación, es el recurso de compulsa, el cual deberá de tramitarse conforme lo previsto por el Art. 283 y sgtes del CPC.

TRAMITE DEL RECURSO ANTE EL TRIBUNAL DE CASACIÓN

Una vez radicado el recurso ante la sala respectiva, de oficio se remitirá el recurso al Ministerio Público en los casos previstos por ley a objeto de que emita su dictamen fiscal, acto que deberá ser realizado dentro el término de veinte días.

“Devuelto el expediente por parte del Ministerio Público o cuando no sea necesaria la intervención de éste. Las partes podrán apersonarse por sí o mediante apoderado ante el tribunal de casación para mejorar por escrito u oralmente los fundamentos de su defensa. Recuérdese, como sucede en la apelación,¹⁸¹ también en casación las partes pueden apersonarse y fundamentar sus posiciones (de recurrente y recurrido), de manera escrita o verbal en audiencia pública, siendo esta situación una facultad potestativa y no obligatoria de las partes”.¹⁸²

Finalmente el presidente de la Sala correspondiente, ordenará el respectivo sorteo del expediente a objeto de designar al magistrado relator, acto procesal que deberá ser público y su incumplimiento implica nulidad del mismo.

Seguidamente conforme lo previsto por el Art. 268 al 270 del CPC, los actos que debería de cumplirse a continuación y según comentarios del Dr. Ortiz Linares serían: 1) Que el ministro o magistrado relator, presentará la relación de la causa que no es la resolución en audiencia pública, acto que se denomina “vista de causa”. 2) Para el verificativo de la relación, se notificara a las partes con veinticuatro horas de anticipación. 3) Las partes o sus apoderados podrán hacer las fundamentaciones escritas o verbales. 4) Los ministros, vocales o conjueces pueden pedir en dicha audiencia al magistrado relativo aclaraciones, lectura de determinadas piezas del proceso o pedir se les entregue el expediente por el plazo de tres días. 5) luego de esto el tribunal pasa a deliberar y 6) Concluida la relación el ministro relator, recién presenta a la sala su proyecto de resolución para que sea votada.

FORMAS DE RESOLUCIÓN.

¹⁸¹ Asimismo cabe recordar que “la figura de la adhesión no se puede aplicar al recurso de casación, porque sólo está reservada para el recurso de apelación”. (A.S.No 89 de 26 de septiembre de 2009)

¹⁸² **ORTIZ**, Linares Julio. Obra citada. Tomo I, Pág. 531.

Conforme lo previsto por el Art. 204.III del CPC el auto supremo que resolviere el recurso de casación deberá de emitirse dentro el plazo perentorio de treinta días, los cuales serán computables a partir del sorteo del expediente y en aplicación del Art. 271 dicha resolución podrá adoptar las siguientes formas:

DECLARÁNDOLO IMPROCEDNETE.

El Art. 272 del PC, expresamente indica que se declarará improcedente el recurso , con costas a la parte recurrente, en los casos previstos por el Art. 262 del mismo cuerpo legal, con apercibimiento al tribunal de segunda instancia por no haber dado cumplimiento al mandato de dicho artículo. También será declarado improcedente cuando el recurrente no haya cumplido con los requisitos de fondo, al momento de elaborar su recurso, requisitos que están debidamente indicados en el num 2) del Art. 258 del adjetivo civil.

Finalmente será declarado improcedente cuando el recurrente no hubiere intervenido en las instancias correspondientes, vale decir que no haya sido parte o careciere de representación, conforme las reglas previstas en el propio PC.

DECLARADO INFUNDADO.

Se declarará infundado el recurso, con costas, cuando el juez o tribunal del recurso de casación no encontrare haber sido violada la ley o leyes acusadas en el recurso de casación o cuando no son atendibles las infracciones acusadas por referirse a puntos de hecho debidamente examinados y resueltos en las instancias que no corresponde considerar al máximo tribunal de justicia.

ANULANDO OBRADOS CON O SIN REPOSICIÓN.

Cuando en el recuso se encontraren vicios cuya gravedad las haga insubsanables, el Art. 273 del CPC indica que se anulará el proceso reponiéndolo hasta el vicio más antiguo en los casos 1,2,3,6 y 7 del artículo 254 del CPC ¹⁸³.

Se anulara llanamente en los casos 4 y 5 del mismo artículo 254 del PC. Al declararse la nulidad se impondrá multa al juez o tribunal infractor, salvo el caso excepcional de excusa justificada.

CASANDO EL AUTO DE VISTA.

El Art. 274 dispone: "I. El tribunal o juez casará la sentencia o auto recurrido que infringiere a la ley o las leyes acusadas en el recurso y en este caso fallará en lo principal del litigio aplicando las leyes conculcadas y condenando en responsabilidad de multa al juez o tribunal infractor a menos que encontrare excusable el error. II. La casación puede ser parcial o total.

EXPLICACIÓN O COMPLEMENTACIÓN.

Una vez notificado con el auto suprema, cualquiera de las partes y dentro el plazo perentorio previsto por el Art. 196.2) del PC, podrá solicitar la enmienda o complementación de la referida resolución, conforme lo previsto por el Art. 276 del PC.

¹⁸³ Se recomiendo leer para ampliar esta situación la S.C. 1690/2005.

CAPÍTULO 28 EL RECURSOS DE COMPULSA

*Pensamientos tontos los tenemos todos,
pero el sabio se los calla.*
Wilhelm Busch

GENERALIDADES Y CONCEPTO

El recurso de compulsa esta presente en gran parte de las legislaciones procesales del continente latinoamericano , bajo la denominación de: " recurso de queja", "directo" o "de hecho" y conceptualmente existe, podemos destacar que Rafael Lonado indica: "El recurso de compulsa es el recurso franqueado por la ley a los litigantes, para que puedan obtener la concesión de los recursos de apelación o de casación cuando le son indebidamente negados", otros autores manifiestan que :

" La compulsa trata en efecto de un recurso contra lo resuelto sobre el recurso, aclarando que a través de él no se pretende como en todos los restantes medios de impugnación , la revisión integral de una resolución como objeto inmediato, sino la apertura de la posibilidad de esa revisión , posibilidad clausurada en la instancia apelada o bien el reexamen del efecto con que la apelación a sido concedida"¹⁸⁴

A objeto de ampliar este último concepto creemos pertinente recordar al estimado lector que si bien el juez de primera instancia y por ende el de segunda instancia tienen la facultad legal de denegar el recurso sea de apelación o casación en virtud a tres situaciones, por haberse interpuesto fuera del plazo previsto por ley, por interponerse directamente el recurso de apelación y por ser irrecurrible dicha resolución, el juicio definitivo sobre dicha admisión o no del recurso imperativamente deberá de ser resuelto por el juez o tribunal superior, pues de no ser ello así, quedaría en manos de los jueces o tribunales inferiores la posibilidad de frustrar la vigencia del sistema de recursos, lo cual según Eduardo Couture sería peligroso, por cuanto podría ocurrir que por amor propio, o excesiva confianza en su infalibilidad profesional, no permita que otra autoridad pueda revisar su decisión y ello lo lograría simplemente denegando el recurso y es ahí donde emerge como una solución adecuada el recurso de compulsa.

¹⁸⁴ CASTELLANOS, Trigo Gonzalo. Obra citada Tomo II, pág. 156.

FUNDAMENTO DEL RECURSO

El criterio dominante de varios legisladores y estudiosos del derecho, en relación al presente recurso es el de garantizar la juridicidad de los procesos, lo cual se expresaría hoy en día en los principios del debido proceso y la seguridad jurídica. Es decir que los procesos tengan un trámite legal en todos los sentidos, que sirvan para garantizar las facultades procesales que la ley les reconoce a los litigantes evitando la discrecionalidad de los jueces.

PROCEDENCIA

Conforme lo previsto por el Art. 283 del CPC, debemos manifestar que el presente recurso de compulsión procede básicamente contra tres actos procesales:

-Procede cuando indebida o ilegalmente el juez o tribunal niegan al recurrente, el recurso de apelación, en cualquiera de sus efectos.

-Procede cuando el juez o tribunal, concede el recurso de apelación en efecto devolutivo, cuando lo correcto y legal era que se conceda en efecto suspensivo.

-Procede cuando indebida e ilegalmente el tribunal o juez niegan el recurso de casación.

TRAMITE DEL RECURSO DE COMPULSA

La regla básica para aplicar correctamente este recurso es que el mismo se lo debe presentar en forma directa al órgano judicial inmediatamente superior al juez o tribunal compulsado y es a partir de ello que se identifica dos tipos de trámite.

CUANDO EL SUPERIOR E INFERIOR ESTAN EN EL MISMO ASIENTO.

Es decir que tanto la autoridad competente para resolver la compulsión, como el juez o tribunal compulsado tienen el mismo asiento.

En este caso el litigante luego de haberse notificado con la resolución a través de la cual se le niega el recurso de apelación o casación y creyera que dicha situación es ilegal, dentro del plazo perentorio e improrrogable de tres días, computables a partir de su legal notificación, deberá de interponer en forma directa su escrito de compulsión ante la autoridad jerárquicamente superior.

Por las características propias del recurso en la práctica no es imprescindible siquiera adjuntar como prueba la resolución objeto del recurso, sino simplemente exponer en forma clara, precisa y debidamente argumentada los hechos a través de los cuales se acreditaría que dicha negativa de concesión del recurso es contraria a derecho.

Una vez que el juez o tribunal superior, admita el recurso de compulsión, inmediatamente ordenara la notificación de la autoridad compulsada a objeto de que en el plazo de 24 hrs de su legal notificación, remita el expediente original, para de esa forma resolver la legalidad o no de la compulsión.

En relación a este último punto el Art. 285 del CPC, en su última parte, establece una excepción y es que si el recurso de compulsión se plantea cuando el proceso se encuentra en etapa de ejecución de sentencia, por mandato expreso del Art. 517 del CPC, el juez compulsado se encuentra liberado de remitir el expediente en cuestión y simplemente deberá remitir un testimonio de las piezas más relevantes del proceso.

CUANDO EL SUPERIOR E INFERIOR SE ENCUENTRAN EN DISTINTOS ASIENTOS.

En este caso el litigante que se llegue a notificar con la resolución objeto del presente recurso e imperativamente dentro del término fatal de tres días computables a partir de su notificación, deberá a través de un escrito, anunciar al mismo juez que emitió la resolución que hará uso del presente recurso y simultáneamente solicitará se le emita un testimonio del expediente, el cual

deberá contener las piezas más relevantes y certificaciones que coadyuven a la resolución del recurso, de forma tal que se sobre entiende que al momento de anunciar el uso del presente recurso se deberá de indicar con precisión las fojas que se desea formen parte del testimonio.

El juez de dicha instancia, sin justificación alguna deberá en el acto instruir al secretario o actuario elabore el referido testimonio dentro un plazo prudente y luego de concluido el mismo se hará entrega de dicho testimonio al recurrente, aclarándose que al momento de hacer aquello, imperativamente se deberá de hacer constar tanto en el testimonio, como en el expediente en que fecha y hora se hace entrega de dicho documento. La importancia de este acto procesal radica en que a partir de la entrega del testimonio, el recurrente tiene un plazo improrrogable de treinta días para que se haga entrega del recurso y el testimonio a la autoridad superior, lo cual se logra con la entrega al secretario o actuario. De no cumplir con esta formalidad, el recurso quedará sin valor legal y por ende ello implicará la ejecutoria de la resolución.

En caso de haber sido tramitado conforme a derecho, la autoridad superior, inmediatamente declarará ilegal el recurso si lo encuentra infundado o por el contrario lo declarará legal, lo cual implicará que el juez o tribunal competente ordene la elaboración de una provisión compulsoria que es un documento a través del cual se comunica que la negación del recurso de apelación o casación es ilegal y por ende deberá de repararse aquella situación a objeto de concederse el recurso y tramitarse acorde ha derecho.

Se aclara finalmente que mientras el juez de primera instancia, no asuma conocimiento legal de la provisión compulsoria, la resolución objeto del recurso podrá incluso ejecutarse.

FORMAS DE RESOLUCIÓN.

Si el superior declara legal la compulsa, en cualquier de los casos previstos por el Art. 283, dispondrá inmediatamente la radicatória del proceso para los tramites consiguientes. Sin embargo si se hubiera concedido indebidamente la apelación en efecto suspensivo , debiendo ser devolutivo se ordenará la inmediata remisión del expediente al juez de origen a objeto de que en el día se conceda correctamente el recurso y por ende se eleve la documentación respectiva a su autoridad. Si por el contrario el recurso se lo declara ilegal, ello implica que la resolución objeto del recurso se la emitió conforme a derecho de modo tal que ordenará en el día remitir al inferior obrados para que se siga con el trámite de ley.

Con relación a las cosas procesales, si es legal, se multará al juez o tribunal inferior y si se lo declara ilegal se le impondrá una multa a favor del juez de primera o segunda instancia.

La resolución que resolviere la compulsa no podrá ser impugnada mediante recurso de casación, conforme lo previsto por el Art. 295 del CPC.

EJECUTORIA DE LOS AUTOS Y SENTENCIAS COMPULSADAS.

El Art. 293 del CPC, establece que pese ha haber sido concedido el recurso de compulsa, por tres razones específicas podría quedar sin efecto dicho recurso en las siguientes situaciones:

-Cuando el compulsante no proveyere los recaudos necesarios, para la elaboración de los testimonios, dentro el plazo fatal de 24 hrs, desde que se hubiere notificado con el decreto de elaboración del testimonio.

-Cuando al día siguiente del plazo cumplido y señalado por el Art. 289 del CPC, no se recogiere el testimonio en cuestión.

-Cuando no se presentare la provisión compulsoria dentro el plazo de treinta días al juez o tribunal superior, conforme lo dispone el Art. 290 del CPC.

CAPÍTULO 29

RECURSO DE REVISIÓN EXTRAORDINARIA DE SENTENCIA

Las leyes inútiles debilitan las necesarias.
Montesquieu

GENERALIDADES Y CONCEPTO

Se trata de un recurso realmente extraordinario, donde se busca que aquello resuelto y juzgado sea posible de revisar, nuestra legislación a incorporado este recurso desde la promulgación del actual CPC, lo cual se dio el 2 de Abril de 1976 fecha en la que entra en vigencia la norma procesal civil

Para el profesor Ramiro Podetti ¹⁸⁵, el recurso de revisión extraordinario de sentencia es: **“El medio procesal extraordinario, encaminado a examinar de nuevo una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, cuando se ha llegado a ella por medios ilícitos o irregulares, sin culpa o negligencia del vencido, prescindiendo o incorporando nuevos elementos de juicio”**.

Couture complementa este concepto, indicando: “que la revisión es una exigencia política y no propiamente jurídica, no es de razón, sino de exigencia práctica y como tal sirve a la certeza a la seguridad de las cuales se nutre el derecho y en especial la jurisdicción.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Los antecedentes más remotos del recurso de revisión extraordinaria de sentencia los encontramos en el Derecho Hispánico, más específicamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881. La legislación procesal Italiana de 1946 la regula bajo la denominación de “ Recurso de Revocatoria”.

PROCEDENCIA

¹⁸⁵ **PODETTI**, Ramiro. Obra citada Tratado de los Recursos, pág. 457.

Nuestro legislador a través del Art. 297 del CPC, ha previsto que el presente recurso solo procede contrasentencias dictadas dentro procesos ordinarios y en los siguientes casos:

1) Si la sentencia se hubiera fundado en documentos declarados falsos por otra sentencia ejecutoriada que se hubiere dictado con posterioridad a la sentencia que se trate de revisar. Lo cual implica que debemos demostrar la falsedad de dichos documentos, en otro proceso totalmente independiente al primigenio, a objeto de que luego exista dos sentencias, la primera que es aquella que se dictó basados en determinados documentos y la segunda que establece que dichos documentos son falsos.

2) Si habiéndose dictado exclusivamente en virtud de prueba testifical, los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio en las declaraciones que sirvieron a la sentencia. Al igual que en el numeral anterior, se deberá imperativamente que inicie una querrela penal a dichos testigos, a través del cual se deberá demostrar que las declaraciones testificales realizadas por dichas personas dentro del proceso ordinario que se pretende revisar, fueron falsas y ello se logrará consiguiendo una sentencia ejecutoriada condenatoria, para que finalmente al igual que en el caso anterior, se obtenga una sentencia emitida exclusivamente en virtud de prueba testifical y otra sentencia a través de la cual se acredite que dicha prueba testifical es falsa.

3) Si se hubiera ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o fraude procesal¹⁸⁶ declarado en sentencia. En primer lugar debemos aclarar que las tres situaciones no necesariamente deben estar presente en forma conjunta en la sentencia que se pretende revisar, bastará demostrar en otro proceso judicial, la presencia de uno de estos elementos, que imperativamente deberá ser esencial para la argumentación de la sentencia, correspondiente al proceso ordinario.

4) Si, después de pronunciada (la sentencia) se recobraren documentos decisivos retenidos por fuerza mayor o por obra de la parte a favor de la cual se hubiera dictado, previa sentencia declarativa de estos hechos y ejecutoriada. Básicamente nuestro legislador exige que imperativamente se deberá demostrar mediante otra sentencia judicial, ejecutoriada que dichos documentos fueron retenidos indebidamente por la parte victoriosa, dentro lo que implica el otro proceso judicial.

NATURALEZA.

El profesor De Santo, señala: " que el recurso de revisión si constituye una tercera instancia, expresión exacta si se la entiende referida exclusivamente a las cuestiones procesales, porque en esta materia la impugnación provoca nuevo examen de hecho y de derecho con la única particularidad que la distingue de la apelación de que el decisorio recurrido debe poseer naturaleza definitiva"¹⁸⁷

Otros autores afirman que no debiera de considerarse un recurso, por cuanto en virtud a sus características, es un acto procesal totalmente autónomo. En conclusión, la discusión sobre cual la naturaleza propia de lo que nuestro legislador denominó "recurso de revisión extraordinario de sentencia", esta aún latente y solo a objeto de complementar, debemos manifestar que la legislación procesal penal de nuestro país, contempla esta figura procesal bajo la denominación "revisión", conforme se evidencia por el Art. 421 de la ley 1970.

¹⁸⁶ Conforme a la uniforme jurisprudencia "el fraude procesal equivale a engaño, por eso se dice en el léxico jurídico, en fraude a la ley, en fraude de los acreedores, cuando una parte ha utilizado artificios, maquinaciones, mentiras, el fraude viene a ser el objeto o fin y el engaño un medio para conseguirlo. Consiste en frustrar al proceso, introducir engaño en éste para lograr los derechos que de aquél derivan, en suma es fraude a la ley induciendo a error no sólo en el proceder sino también en el resolver. La acción de declaración de "fraude procesal", prevista en el art. 297.3) del CPC consiste en poner, mediante proceso ordinario, en evidencia una "conducta fraudulenta", un engaño o mala fe, con que se ha actuado en un determinado proceso para conseguir una sentencia favorable con la finalidad de lograr se revise ésta, mediante un expreso recurso extraordinario a cargo de tribunal competente. Esta es la teología de un proceso sobre "fraude procesal", en el que obviamente deben tener legitimación pasiva quienes actuaron en el proceso tachado de fraudulento" (A.S.No 54 de 29 de marzo de 2008)

¹⁸⁷ DE SANTO, Víctor. "El Proceso Civil, Tomo VIII, Pág. 699.

COMPETENCIA.

La L.O.J. 1455 que se la llegó a promulgar un 18 de febrero de 1993 a través de su Art. 55 num 20) dispone que es la Corte Suprema en Sala Plena , el único órgano competente para resolver el denominado recurso extraordinario de revisión de sentencia.

La ley 025/2010 promulgada el 24 de junio de 2010 años, no hace modificaciones a esta situación y aparentemente en un futuro , la Sala Plena pero del Tribunal Supremo de Justicia seguirá siendo competente para resolver el presente recurso.

PLAZO PARA INTERPONERLO.

El párrafo I del Art. 298 dispone: "El recurso de revisión sólo podrá interponerse dentro del término fatal de un año computable desde la fecha en que la sentencia adquirió ejecutoria".

Vale decir que por ejemplo, si dentro un proceso ordinario, se ha llegado a ejecutar la sentencia un 28 de agosto de 2010 años, deberá de interponer su escrito de recurso de revisión extraordinaria de sentencia, indefectiblemente ante la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, hasta el 28 de agosto de 2011 años, lo cual implicaría que para esa fecha a más tardar ya debiera el recurrente de tener en su poder la otra sentencia ejecutoriada a través de la cual se haya demostrado alguna de las causales de procedencia del presente recurso prevista en el Art. 297 del CPC, aclarando asimismo que la norma legal anteriormente citada dispone que el incumplimiento de dicho plazo implicará el rechazo del recurso.

En la practica ello es imposible por la duración de los procesos judiciales, lo cual consideramos hizo que nuestro legislador disponga en el párrafo II del mismo artículo : " Sin embargo si hasta el término del año no se hubiere fallado aún el juicio dirigido a comprobar algunas de las circunstancias señaladas en el Art. 297, bastará que dentro de este plazo se hiciere protesta formal de usar este recurso , el cual deberá ser formalizado en el plazo fatal de treinta días a contar de la ejecutoria de la sentencia pronunciada en dicho juicio"

Dicha protesta, se la deberá de hacer a través de un escrito, dirigido a Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, quienes luego de recibir la misma, la guardarán hasta que el impetrante formalice la presentación de su recurso conforme a derecho.

REQUISITOS PARA SU ADMISIÓN.

El recurso debe estar debidamente documentado, esto quiere decir que debe presentarse testimonio de la sentencia del proceso ordinario y testimonio de sentencia del segundo proceso, pudiendo ser penal o civil, acompañados cada uno de certificaciones donde se establece que las sentencias están debidamente ejecutoriadas y todas las copias de ley.

El recurso deberá de contener argumentos precisos de hecho y de derecho a través del cual se acredite la razón objetiva mediante la cual se deberá de revisar la sentencia del proceso ordinario primigenio y por ende dejarlo sin efecto. Se indicará el juzgado donde se encuentre el expediente en el cual se pronunció la sentencia impugnada. El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos previstos por el Art. 299 del CPC, implicará la no admisión del recurso.

PROCEDIMIENTO.

Si Sala Plena de la Corte Suprema considera admisible el recurso, procederá conforme lo previsto por el Art. 300 del CPC:

-Ordenará al juez de primera instancia mediante provisión citatoria , remitir el expediente original, cuya sentencia fuere objeto del recurso.

-Asimismo pudiera ocurrir que a través del recurso, el impetrante haya solicitado como medida precautoria se suspenda la ejecución de la sentencia objeto de la revisión, si ello es evidente, Sala

Plena según la importancia del caso, fijará la naturaleza y cuantía de la caución, el cual deberá de ser presentado por el recurrente dentro el término de quince días a partir de su legal notificación, bajo conminatoria de tenerse por precluido el referido plazo, vale decir que si no presenta dicha caución, no procederá la medida precautoria solicitada.

-Simultáneamente a todo lo antes explicado, se correrá traslado el recurso a la parte contraria a objeto de que pueda contestar el mismo dentro el plazo perentorio de quince días, salvo el plazo de distancia, si existiere.

RESOLUCIÓN.

Con o sin respuesta al recurso, el tribunal deberá de dictar resolución por dos tercios de voto del total de sus miembros, pudiendo hacerlo en dos sentidos: Fundado el recurso, lo cual implicará que se dicte una nueva sentencia anulando total o parcialmente o modificando la anterior. Si se rechaza el recurso, se condenará con costas y daños al recurrente , si hubiere lugar. En caso de haber ofrecido fianza o caución, lo llegará a perder a favor del tesoro judicial.

CAPÍTULO 30 DE LOS PROCESOS DE CONOCIMIENTO

*Ganamos justicia más rápidamente si
hacemos justicia a la parte contraria.
Mahatma Gandhi*

GENERALIDADES

Los procesos de conocimientos, constituyen el grupo más importante de los procesos y ningún sistema procesal civil en la actualidad puede prescindir de los mismos y nuestro país se incluye en los mismos.

Estos procesos son considerados procesos fuente de los otros procesos, por cuanto es a través de estos procesos que el juez o tribunal de la causa, tiene un conocimiento profundo del objeto de la litis, lo cual no ocurre con otros procesos.

El antecedente de este tipo de procesos, imperativamente lo encontraremos en las tres fuentes más importantes, como ser el Derecho Romano, el Derecho Canónico y el Derecho Germano, aportes estos que fueron en alguna forma asimilados por el Código Procesal Francés de principios del siglo XIX y es a partir de este momento que varias legislaciones la han asimilado en sus distintos países.

ESTRUCTURA DE LOS PROCESOS DE CONOCIMIENTO

En primera instancia tienen una estructura básica, constan de una parte introductiva que comprende del planteamiento de la demanda, hasta la calificación del proceso; la segunda parte es la probatoria que comprende de la calificación del proceso hasta las conclusiones y la tercera parte la decisoria comprende desde las conclusiones hasta la dictación de la sentencia.

En la segunda instancia también se dan esas tres etapas, salvo excepciones, mismas que las desarrollaremos en el presente tema y en la instancia de casación solo consta de dos etapas. Una etapa introductiva y otra decisoria.

CLASES DE PROCESOS DE CONOCIMIENTO

En nuestra legislación se ha llegado a identificar tres clases de procesos de conocimiento: 1) El proceso Ordinario; 2) proceso Sumario y 3) proceso Sumarísimo.

En el anteproyecto del nuevo Estas denominaciones están sufriendo cambios y recibirán los nombres de proceso ordinario, extraordinario y el proceso de estructura monetaria.

PROCESO ORDINARIO.-

CONCEPTO Y PROCEDENCIA..- Es un proceso contencioso, que se tramita ante el juez de partido, a través del cual el actor pide en relación al demandado, la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica.

En cuanto se refiere a su procedencia, debemos indicar que si bien el Art. 316 del Código de Procedimiento Civil, establece "*Todo asunto contencioso que no esté sometido a proceso especial se sustanciará y resolverá en proceso ordinario*", dicha disposición no es del todo precisa por cuanto el Art. 478 del mismo cuerpo legal, al referirse a la procedencia del proceso sumario, técnicamente indica lo mismo.

Es por ello que consideramos imperativo manifestar que son dos los pre-requisitos que debería de asumirse para poder interponer una demanda en la vía ordinaria.

-QUE LA ACCIÓN NO TENGA UN TRÁMITE ESPECIAL.- El Art. 316 establece: "*Todo asunto contencioso que no éste sometido a un proceso especial...*", lo cual en contrario suensu implica que existen determinados asuntos contenciosos, previstos en el CC. que si tienen procesos especiales debidamente reglados a través del CPC, como por ejemplo , la ejecución forzosa de una obligación , se la puede hacer mediante un proceso ejecutivo (Art. 486 y sgtes) o a través de un proceso coactivo civil (Art. 48 y sgtes de la ley 1760), si se pretende el desalojo de un determinado bien, deberá de acudir al proceso de desalojo (Art. 621 y sgtes), etc. Pero existen otros asuntos contenciosos que no cuentan con un proceso especial, como por ejemplo acción pauliana (Art. 1446 C.C.), nulidad (Art 549), anulabilidad (Art. 554), reivindicación (Art. 1453), usucapión (Art. 138), etc.

-QUE SEA COMPETENCIA DE UN JUEZ DE PARTIDO.- Si bien se llevo a promulgar la ley 025/2010 , el pasado 24 de junio de 2010 años, la misma ley en sus disposiciones transitorias establece que existe un plazo de dos años hasta que se adecuen todos los demás cuerpos legales, entre los cuales estimamos están comprendidos el Código de Procedimiento Civil y demás cuerpos legales.

En consecuencia si bien según la LOJ, no existen los juzgados de instrucción, excepto en materia penal, esto se llegará a aplicar recién luego de veinticuatro meses , por lo tanto, es de obligatorio cumplimiento , tanto lo previsto por el Art. 134 y 177 de la ley 1455, toda vez que en dichos dos artículos están previstos las competencias tanto de los jueces de instrucción, como de partido en materia civil, de ahí por ejemplo, si se trata de una acción de nulidad de escritura pública de contrato de anticrético y la cuantía corresponde a un juez de partido, deberá de tramitárselo en la vía ordinaria, caso contrario si por la cuantía corresponde a un juez de instrucción será una demanda sumaria. Si no tiene cuantía o la cuantía es indeterminada (Art. 134.2 LOJ 1455), será proceso ordinario.

También existen determinadas acciones que independientemente de la cuantía, por su naturaleza, son tramitadas en la vía ordinaria, como por ejemplo la acción de usucapión, aspecto este que se llevo a determinar a través de un acuerdo de sala plena de la Corte Suprema de Justicia.

TRAMITE DEL PROCESO ORDINARIO.

Al ser el proceso civil, escritural, imperativamente deberá de redactarse la demanda cumpliendo en forma rigurosa tanto los requisitos intrínsecos, como extrínsecos, debidamente desarrollados en el sumario séptimo del presente libro, luego de presentado ante el juez de partido, sea previo sorteo o en forma directa, si existiría un solo juez, dicha autoridad imperativamente deberá de revisar los requisitos extrínsecos, pudiendo en tal caso, excusarse, observar la demanda, declinar competencia, rechazar la pretensión por ser inviable o finalmente admitir la acción.

La admisión de la demanda se la realiza a través de un decreto de admisión, resolución a través de la cual dispondrá la citación del demandado, en el domicilio y la forma señalada en el escrito de demanda.

En la misma resolución, emplazará al demandado a que dentro el término fatal de 15 días a partir de su legal citación deberá contestar a la demanda, en la forma prevista por el Art. 345 y sgtes del Código ritual de la materia, bajo apercibimiento de declarársele rebelde.

Una vez citado el demandado, dentro el plazo de 15 días, y en forma conjunta o separada, podrá según su estrategia de defensa, interponer excepciones previas, perentorias, reconvenir , contestar o abstenerse de contestar¹⁸⁸.

Conforme lo previsto por los Art. 353 y 354 del CPC, una vez contestada la demanda o la reconvenición si existiere, el juez esta en pleno conocimiento de los planteamientos tanto de demanda, como de defensa, de forma tal que ese es el momento procesal en el cual el juez de la causa, deberá de realizar primeramente dos actos fundamentales que procedemos a explicar:

TRABA LA RELACIÓN PROCESAL.-

Luego de haber sido contestada tanto la demanda, como la reconvenición, técnicamente recién se estaría trabando la relación procesal, situación esta que es inmodificable, conforme dispone nuestro legislador en la última parte del Art. 353 del adjetivo civil.

Según la jurisprudencia: "*El auto de relación procesal es el marco jurisdiccional que marca los límites dentro del cual se desarrolla la sentencia, lo que no se hubiere sometido a prueba no puede resolverse en sentencia, a menos que hubiere confesión expresa de la parte, conforme dispone el art. 347 del igual adjetivo, lo que no sucede en autos*" (A.S.No 208 de 02 de octubre de 2009)

CALIFICARÁ EL PROCESO.- Si el juez de la causa observa que en la contestación, el demandado prácticamente se ha llegado a allanar en su totalidad a las pretensiones del actor , implica ello que no existiría controversia alguna entre las dos partes, de forma tal que deberá de calificarlo como "ordinario de derecho".

TRAMITE DE UN PROCESO ORDINARIO DE DERECHO.

¹⁸⁸ En caso de abstenerse de contestar, pese ha haber sido legalmente citado en virtud al Art. 68 del CPC el cual prevé que: "La parte con domicilio conocido que siendo debidamente citada no compareciere durante el plazo de la citación o abandonare el juicio después de haber comparecido, será declarada rebelde a pedido de la otra o de oficio. Esta resolución se la notificará por cédula en su domicilio. Las notificaciones posteriores se harán en la secretaria del juzgado". La pretendida disposición legal se halla prevista en nuestro ordenamiento jurídico como una sanción para quien citado con la demanda no comparece al proceso o abandone el mismo. En ese orden conforme lo previenen el art. 50 del igual procedimiento, las personas que intervienen en el proceso son esencialmente el demandante, el demandado y el juez. Ello significa que para el desarrollo y desenvolvimiento del juicio, pero fundamentalmente para garantizar esencialmente el principio de contradicción se hace preciso que estas tres calidades estén presentes en la litis. Mas cuando el demandado no obedece al mandato de comparecencia al proceso existe el mecanismo indicado para impedir que el proceso se detenga en este caso, estamos hablando del instituto de la rebeldía, instituto que reiteramos se erige como una sanción al demandado renuente. (A.S. No 16 de 21 de febrero de 2008)

Existirían dos formas de tramitar un proceso ordinario de derecho, por un lado esta el proceso común mismo que se iniciaría con la dictación del denominado "auto de relación procesal", disposición judicial a través de la cual técnicamente el juez determinaría dos situaciones por un lado trabaría la relación procesal y por otro calificaría el proceso como ordinario de derecho e inmediatamente ordenaría el traslado de dicha resolución a las partes, a objeto de que el actor pueda hacer uso del derecho a la réplica y posteriormente la parte demandada a la dúplica , actos procesales para los cuales se les otorga a cada uno un plazo de diez días, los cuales son facultativos de las partes y no imperativos, por cuanto pueden expresamente renunciar a los mismos, tal cual lo previsto por el Art. 354.I del CPC.

Concluido dichas formalidades procesales, el juez de oficio o ha solicitud de parte deberá de emitir el respectivo decreto de autos, para finalmente luego a partir de ahí y en el plazo de 40 días como máximo dicte sentencia.

El proceso extraordinaria a través del cual también se podría tramitar un proceso ordinario de derecho, es el previsto en el Art. 347 del adjetivo civil que establece: " Si el demandado confesare clara y positivamente la demanda el juez, pronunciará sentencia sin necesidad de otra prueba ni trámite", vale decir que luego de evidenciar lo previsto por este artículo el juez de la causa, podría incluso inhibirse de emitir el auto de relación procesal y sus respectivas consecuencias, así como el decreto de autos e inmediatamente emitir la sentencia definitiva.

Este segundo trámite extraordinario de un proceso ordinario de derecho, es muy poco utilizado por los jueces del foro, pese a ser sumamente breve.

TRAMITE DE UN PROCESO ORDINARIO DE HECHO

Luego de que el juez haya revisado la contestación, tanto a la demanda, como a la reconvencción y haya identificado aspectos controvertidos en ambas posiciones, emitirá el respectivo auto de relación procesal , misma que estará conformada por cuatro puntos; primero trabará la relación procesal, luego calificara el proceso como ordinario de hecho, seguidamente, el juez de la causa, establecerá cuales son los puntos de hecho que deberá probar tanto el actor, como el demandado y finalmente abrirá un término probatorio que no podrá ser menor a diez días y mayor a cuarenta días.(Arts. 354,355,370 y 371 CPC).

Una vez que las partes se notifican con dicha resolución, tienen la opción de objetar los puntos de probanza, acto este que se deberá de hacer dentro el término perentorio de tres días, conforme lo previsto por el Art. 371 que establece: " Este auto podrá ser objetado por las partes dentro de tercero día y dará lugar a pronunciamiento previo e inmediato. Podrá ser apelado en el efecto devolutivo sin recurso ulterior", aclarándose en consecuencia que no procede recurso de reposición o apelación en forma directa contra el referido auto de relación procesal.

En caso de no existir objeción o resuelta esta, las partes tienen cinco días para ofrecer todos los medios probatorios que estimaren necesarios, debiendo para tal efecto cumplir tanto los requisitos de pertinencia y formalidad mismos que fueron ampliamente desarrollados a partir del sumario catorce del presente libro.

Dicho término probatorio podrá ser clausurado antes de la fecha señalada por el juez, conforme lo indicado por el Art. 372 del CPC que establece: " El período de prueba podrá ser clausurado antes de su vencimiento si todas las pruebas se hubieren completado o las partes renunciaren a las pendientes", aclarándose que la renuncia a las pruebas pendientes, tendría su argumento en el principio de disposición.

En caso de no ser clausurado el término probatorio en forma anticipada, de oficio o a solicitud expresa de cualquiera de las partes, una vez vencido dicho termino de prueba , el juez emitirá una resolución judicial a través del cual dará por clausurado el mismo.

Simultáneamente "...ordenará agregar los cuadernos de prueba al expediente y entregarse éste a los abogados de las partes, en su orden, por el plazo de ocho días a cada uno, para presentar, si creyeren conveniente, sus conclusiones" (Art. 394 del CPC.)

En relación a lo previsto en el citado artículo, corresponde aclarar que luego de ofrecer tanto la parte actor, como la demandada, todos sus medios probatorios, acorde a lo previsto en el Art. 379 de la norma señalada, durante el resto del término probatorio, la prueba circunstancia, como ser, testifical, confesión, inspección judicial, etc., si se llegase a producir ¹⁸⁹, imperativamente deberá de plasmarse el mismo en un acta, aclarando que todos estos documentos, no se los llega a acumular al expediente, sino que la secretaria con los mismos forma el denominado "cuaderno de pruebas", que sería una compilación de todos los medios probatorios producidos dentro el término probatorio.

Dicho cuaderno de pruebas, el referido funcionario lo maneja separado del expediente y no lo acumula a éste sino es previa orden expresa del juez de la causa, lo cual se da al momento de clausurar el término probatorio.

Al respecto consideramos que esta formalidad es un exceso y debiera nomás de modificarse dicha disposición puesto que lo coherente creemos es que una vez producido un determinado medio probatorio, debiera inmediatamente el documento que da fe de ello ser acumulado al expediente y no manejado en forma separada del mismo.

En relación a la tercera parte del Art. 394.I del CPC, referente a las conclusiones, primeramente debemos recalcar que no es algo imperativo, sino por el contrario es facultativo de las partes, pues no otra cosa significa lo señalado en dicho artículo: "..., si creyeren conveniente"

Un segundo apunte sobre el mismo tema se refiere a la forma equivocada en la cual muchos abogados realizan sus conclusiones, puesto que creen que se trata de hacer un resumen del proceso, lo cual es totalmente inexacto, debiendo entenderse por conclusiones: "aquel acto procesal voluntario de las partes a través del cual y previa a que el juez de la causa dicte sentencia, deberán de argumentar en forma objetiva, basados en los datos del expediente, las razones jurídicas por las cuales deberán de ser favorecidos con el fallo final", de forma tal que puedan a través de dicho acto procesal y en forma dialéctica demostrar que su pretensión se funda en el principio de congruencia. En este entendido y asumiendo que para realizar un buen escrito de conclusiones, se deberá de revisar minuciosamente el expediente y en aplicación del Art. 107 del CPC, se le permite al abogado sacar el expediente en cuestión por ocho días bajo la advertencia del parágrafo II del Art. 394 que establece: "Si el expediente no fuere devuelto en el plazo señalado, el juez, previo informe expedido de oficio por el secretario, ordenará su restitución bajo apremio, perdiendo la parte su derecho para presentar conclusiones"

Finalmente y luego de concluido dicho acto procesal, el juez deberá de emitir el denominado decreto de autos¹⁹⁰ y a partir de dicha fecha se computa el término de cuarenta días como máximo para que se dicte la sentencia definitiva (Art. 204.I-II y 395 del CPC).¹⁹¹

¹⁸⁹ Al respecto debemos indicar que el hecho de ofrecer un determinado medio probatorio, no implica que necesariamente deba de producirse el mismo, por cuanto pudiera ocurrir que la parte interesada, decida expresamente no producir dicho medio probatorio, lo cual esta legalmente previsto por el Art. 372 ultima parte del CPC.

¹⁹⁰ "EFECTO DEL DECRETO DE AUTOS. En el marco de los arts. 395 y 396 del CPC, el decreto de autos produce 3 efectos específicos: a) A partir de su pronunciamiento, comienzan a correr los 40 días para que el juez a quo emita la sentencia de primera instancia, b) Se cierra la discusión del proceso, precluyendo el debate, impidiendo la presentación de escrito y pruebas salvo el mejor proveer, c) Precluyen los derechos de las partes para alegar nulidades de procedimiento que debieron ser reclamadas oportunamente salvo casos que afecten al orden público.(A.S.No 157 de 22 de junio de 2009)

¹⁹¹ Art. 204.- (Sentencias, autos de vista y de casación). I. Las sentencias, salvo disposición expresa de la ley, se pronunciarán dentro de los plazos siguientes:1) Cuarenta días en los procesos ordinarios.2) Veinte días en los procesos, sumarios y ejecutivos.3) Diez días en los procesos sumarísimos.

II. Estos plazos se computarán desde la providencia de autos tratándose de procesos ordinario, y en otros desde que el expediente hubiere ingresado en despacho para resolución.

III. Los autos de vista y los de casación se pronunciarán dentro del plazo de treinta días, computables desde la fecha en que sortearse el expediente

PROCESO SUMARIO

El segundo proceso de conocimiento, es el sumario y es en su necesidad que se puede identificar su origen. Vale decir que si bien muchos estudiosos asumían que el proceso ordinario era ideal por cuanto permitía un estudio profundo del objeto de la litis, su desventaja era su duración.

En consecuencia se decidió crear otro proceso que pudiera contar con todas las etapas de un proceso ordinario, pero mucho más breve, al cual se lo llamo precisamente por ello "sumario", mismo que se caracteriza por acortar los plazos y eliminar algunas solemnidades.

Con relación a su concepto el mismo no difiere de lo que deberá de entenderse por un proceso ordinario.

PROCEDENCIA.

El Art. 478 del CPC, señala: " Los procesos sumarios, siempre que no tuvieren un trámite especial y propio señalado en este Código, se tramitarán de acuerdo a las normas del capítulo presente"

Conforme se puede evidenciar, el referido artículo prácticamente no nos aclara nada y si lo relacionamos con lo previsto por el Art. 316 del CPC, nuestra confusión pudiera incluso aumentar por la similitud de ambas normas.

En consecuencia debemos una vez más indicar que si el asunto contencioso no cuenta con un procedimiento específico, podrá ser tramitado como un proceso de conocimiento, vale decir podrá ser tramitado por la vía ordinaria (Art. 316 CPC) o la vía sumaria (Art. 478 CPC). Por lo tanto la diferencia del proceso sumario con el proceso ordinario, en cuanto a su procedencia, radica en la cuantía del proceso, de modo tal que si el objeto de la litis, no supera lo previsto para un juez instructor en materia civil, podrá ser tramitado como proceso sumario y es por ello que solamente los jueces de instrucción tienen competencia para tramitar este tipo de procesos.

Finalmente puntualizar que según la ley 025/2010 ya no existen los jueces de instrucción, resultando en consecuencia dos hipótesis: a) que al desaparecer los jueces de instrucción en materia civil, debiera de desaparecer también los procesos sumarios y b) que la desaparición de los jueces instructores, no necesariamente implica que desaparecerá el proceso sumario, sino que a partir de ello, el proceso sumario ahora será atendido por los jueces de partido.

En relación a estas dos hipótesis, considero que la más coherente es la segunda, pero no podremos ver plasmada las mismas sino hasta los próximos dos años que es el plazo que la misma ley establece en sus disposiciones transitorias, para que pueda estar plenamente vigente la L.O.J.

TRAMITE DE LOS PROCESOS SUMARIOS.

Luego de que la parte actora, juntamente con su abogado hayan redactado su escrito de demanda acorde a los requisitos extrínsecos e intrínsecos, el mismo deberá ser presentado al juez competente, para que dicha autoridad luego de revisado la parte formal, pueda elegir una de las cinco posibilidades, se puede excusar, declinar, rechazar, observar o admitir la demanda.

En caso de ser admitida la demanda a través de un decreto, correrá en traslado dicha pretensión a objeto de que la parte contraria , luego de ser legalmente citado pueda contestar la misma en el plazo perentorio de cinco días.

Pero en esta parte cabe resaltar que el demandado luego de ser legalmente citado , puede interponer excepciones (previas o perentorias) o reconvenir y no solamente contestar, con la

Art. 395.- (Decreto de autos). Transcurridos los plazos indicados en el artículo precedente, el juez, con o sin las conclusiones de las partes, decretará autos para la sentencia dentro de las cuarenta y ocho horas subsiguientes

aclaración de que el demandado deberá de oponer todas estas posibilidades en forma conjunta (Art. 481 CPC) no permitiéndose la alternancia de las mismas, como ocurre en el proceso ordinario.

Al igual que en el proceso ordinario, luego de contestada la demanda y la reconvenición si el caso ocurre, el juez deberá proceder a emitir el respectivo auto de relación procesal, de donde se infiere que puede darse dos posibilidades, si existe cuestiones controvertidas entre las partes, se estará ante un proceso sumario de hecho y sino existe estas, será un proceso sumario de derecho.

TRAMITE DE LOS PROCESOS SUMARIOS DE HECHO.

Si el juez de la causa, considera que el proceso es de hecho, el auto de relación procesal estará constituida por cuatro aspectos, a) trabaré la relación procesal, b) calificará el proceso, c) establecerá los puntos de hecho que deberán probar tanto el actor, como el demandado y d) finalmente podrá abrir un término probatorio que no podrá superar los 20 días, ni ser menor a 10 días. (Art. 482.I CPC).

Los puntos de probanza podrán ser objetados dentro el término de tres días a partir de su legal notificación.

Luego de producido todos los medios probatorios, se procederá a cerrar el mismo y sin necesidad de ningún tipo de alegatos el juez de la causa procederá a dictar sentencia, dentro el plazo perentorio de veinte días.(Art. 484 CPC).

TRAMITE DE LOS PROCESOS SUMARIOS DE DERECHO.

Si el juez considera que no existe controversia entre el actor y el demandado, luego de observar la contestación a la acción, emitirá el respectivo auto de relación procesal , el cual será conformada por dos aspectos: a) trabaré la relación procesal y b) calificará el proceso como sumario de derecho y se aplicará en consecuencia lo previsto por el Art. 354.II del CPC.

Concluida tanto la réplica, como la dúplica, sin mas trámite de rigor, el juez de la causa deberá de emitir la respectiva sentencia , acorde a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil.

COMENTARIO DE LOS PROCESOS SUMARISIMOS.

CONCEPTO.-

El proceso sumarísimo es un proceso de conocimiento pleno, es decir que agota el tratamiento y decisión del conflicto.El factor predominante es la celeridad, de modo que los trámites se han reducido al mínimo indispensable.Es por ello que en este tipo de procesos únicamente pueden ser reclamados situaciones de ínfima cuantía o de máxima sencillez y por ende de rápida resolución, acorde con la adecuada relación que debe existir entre la entidad del reclamo y el dispendio jurisdiccional¹⁹²

En nuestra legislación el proceso sumarísimo prácticamente a quedado en desuso, y la razón de ello lo podemos encontrar en el Art. 318, el cual dispone: "Se tramitarán y decidirán en proceso sumarísimo los asuntos comprendidos en el Artículo 146 de la Ley de Organización Judicial".

Consideramos imperativo aclarar que nuestro legislador al mencionar la LOJ, se refiere a la que fue promulgada un 19 de mayo de 1972 durante el gobierno de Banzer, norma que luego fue modificada por el D.L. 16483 del 17 de mayo de 1979 la cual fue finalmente derogada mediante el Art. 300 de la L.O.J. No 1455 del 18 de febrero de 1993, la cual a su vez será reemplazada en su totalidad por la ley 025/2010 L.O.J. promulgada el 24 de junio de la presente gestión.

¹⁹² FALCON, Enrique. Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación Argentina.Anotado, concordado y comentado.Tomo II Bs.As.-Argentina, Editorial Pierrot. Pág. 577.

El referido Art. 149 hacia referencia a la cuantía del proceso y luego del 18 de febrero de 1993 se la llegó a interpretar en virtud a los jueces de mínima cuantía, los cuales estaban prácticamente regulados a través del Art. 197 y 198 de la LOJ No 1455, vale decir que los procesos con mínima cuantía podían ser resueltos por dichos jueces mediante el proceso sumarísimo, pero en la actualidad dichos jueces prácticamente están siendo extinguidos y por coherencia, los procesos sumarísimos de igual forma. Es por ello que manifestamos que los procesos sumarísimos en la practica forense son inexistentes.

Con relación a su procedimiento, nuestro legislador lo ha regulado a través del Art. 485 del CPC.

CAPÍTULO 31 DE LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN

*Todos somos iguales ante
la ley, pero no ante los encargados
de aplicarla.*

Stanislaw Ferzy Lec

GENERALIDADES Y CONCEPTO.-

A diferencia de los procesos de conocimiento en los cuales se busca un pronunciamiento judicial sobre un derecho discutido, en los procesos de ejecución lo que se pretende es básicamente traducir en hechos reales un derecho que judicial o voluntariamente ya fue constituido a favor de una persona, pero el mismo es insatisfecho.

Es por ello que conceptualmente diremos: "los procesos de ejecución son todos aquellos trámites a través de los cuales en virtud a títulos judiciales o extrajudiciales, cuya credibilidad no se puede dudar, el actor pide al juez o tribunal el cumplimiento forzoso de una determinada obligación, pudiendo ser de dar , hacer o sus antónimos".

Nuestro legislador en relación a la existencia de este tipo de procesos a previsto en el Art. 1465 del C.C. : "El acreedor puede ocurrir ante la autoridad judicial para que disponga la ejecución forzosa de la obligación por el deudor....", principio procesal que tiene directa relación con el concepto anteriormente vertido.

CLASES DE PROCESOS DE EJECUCIÓN

Nuestro legislador a previsto cuatro clases de procesos de ejecución, 1) El proceso ejecutivo, 2) El proceso de ejecución coactiva civil, 3) Ejecución de sentencias nacionales y 4) Ejecución de sentencias extranjeras.

REGLAS COMUNES A LOS PROCESOS EJECUTIVO Y COACTIVO CIVIL

Una de las reglas prioritarias que todo litigante o abogado, debe tener presente al momento de interponer un proceso de ejecución es la prevista en el Art. 1466 del C.C., referente a que no se puede disponer el apremio del deudor, para lograr el cumplimiento forzoso de una determinada obligación, vale decir que solo se podrá garantizar dicho cumplimiento con el patrimonio que es de propiedad del sujeto pasivo.

Una segunda regla esta referido a que cualquier medida precautoria, podrá ser ejecutada en contra de los bienes del deudor, inclusive antes de citarle con la demanda, conforme lo preveé el Art. 29 de la ley 1760 que llegó a modificar el Art. 491 del CPC.

EL PROCESOS EJECUTIVO.

CONCEPTO.-

El proceso ejecutivo es aquel acto procesal a través del cual el acreedor, respaldado en un título ejecutivo, constituido voluntaria o judicialmente, del cual no puede dudar el juez de la causa, pide el cumplimiento forzoso de una determinada obligación insatisfecha por parte del deudor,

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

En el Derecho Romano , el deudor garantizaba el cumplimiento de su obligación inclusive con su propia vida, vale decir que si incumplían con su cumplimiento, podían incluso ser ejecutados, teniendo en consecuencia la frase "ejecutar al deudor", en este hecho histórico.

En el derecho Romano el procedimiento era el siguiente: "El Juez una vez que dictaba la sentencia procedía a la citación del demandado dándole el plazo de 30 días para cumplir con la obligación, después que sea cumplido el plazo y del demandado (deudor) no ha cumplido con la obligación ante el juez el demandante (acreedor) procederá a la posesión del demandado, pudiendo de este momento disponer de su persona: Sin embargo, el juez otorgará al demandado otros plazos para que cumpla con la obligación, observando determinados períodos de tiempo. Después de la culminación de dichos plazos y sigue dándose el incumplimiento por parte del demandado el juez ordenará la ejecución del deudor.

TÍTULO EJECUTIVO Y PROCEDENCIA.

El título ejecutivo , es aquel documento idóneo que puede haber sido constituido en forma voluntaria o judicial, a través del cual se acredite la existencia de una determinada obligación a favor del acreedor, pudiendo ser esta de dar, hacer, no hacer o no dar, aclarando que la sola acreditación de dicha obligación no es suficiente para la procedencia de la demanda.

Al respecto nuestro legislador claramente ha dispuesto en el Art. 486 del CPC: "Se procederá ejecutivamente siempre que en virtud de un título que tuviere fuerza de ejecución se demandare al deudor moroso el pago o cumplimiento de una obligación exigible".

Vale decir que independientemente de haber demostrado la existencia de una obligación, se deberá de acreditar que el deudor a incumplido con su ejecución voluntaria, o sea que esta en mora. El

segundo requisito se refiere a que la obligación deberá de estar debidamente especificada, vale decir líquida.

Finalmente señalar que a través del proceso ejecutivo se puede exigir el cumplimiento forzoso de una obligación de dar o de hacer, pues no otra cosa implica lo previsto en la última parte del Art. 486 del adjetivo civil.

CLASES DE TÍTULOS EJECUTIVOS.

Según nuestro los siguientes documentos pueden ser considerados como títulos ejecutivos:

1) Los documentos públicos. Conforme lo desarrollamos en el sumario catorce del presente libro, nuevamente encontramos en esta disposición la confusión entre un documento público y una escritura pública.

2) Los documentos privados reconocidos o tenidos como tales por juez competente. A través de este numeral nuestro legislador hace referencia tanto a los documentos privados reconocidos voluntariamente, vale decir ante un notario de fe pública o reconocidos judicialmente, vale decir a través de una diligencia preparatoria de autenticación de de firmas.

3) Los títulos, valores y documentos mercantiles que de acuerdo a Código de Comercio tuvieron fuerza ejecutiva, inciso que fue modificado mediante la ley 1834 del 31 de marzo de 1998 y como ejemplo de este tipo de documentos podemos citar el cheque, las boletas de garantía y otros documentos que están debidamente reguladas a través del Código de Comercio.

4) Las cuentas aprobadas y reconocidas por resolución judicial ejecutoriada. Por ejemplo nos referimos a una planilla de honorarios profesionales que se llegó a regular dentro un proceso judicial, una multa por incumplimiento de una resolución judicial, conforme lo previsto por el Art. 184 del CPC, etc.

5) Los documentos de crédito por expensas comunes en edificios sujetos al régimen legal de propiedad horizontal. Cuya base legal la podemos encontrar en el Art. 191 del CC.

6) Los documentos de crédito por recibir impagos en arrendamiento de inmuebles. Si bien puede a través de un proceso ejecutivo exigirse el pago de cánones o alquileres adeudados, conforme lo previsto por el Art. 488 del CPC, la simple presentación del documento de arriendo no es suficiente para ser considerado título ejecutivo, sino que imperativamente deberá de adjuntarse al escrito de demanda el talonario de recibos fiscales con la respectiva firma tanto del propietario como del inquilino. Al respecto consideramos que este requisito deberá de ser derogado por cuanto en la practica forense se pudo constatar que los inquilinos sabedores de estar en mora, no desean firmar dichos recibos y no existe forma alguna para obligarles.

7) La confesión de deuda líquida y exigible ante juez competente para conocer la ejecución. Disposición que tiene su fundamento en razón a que la confesión dentro el ámbito civil tiene calidad de prueba plena, conforme lo previsto por el Art. 1321 del CC.

8) La sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada cuando se pidiera su cumplimiento después de un año de ejecutoriada.

TRÁMITE Y RESOLUCIÓN.-

Si bien la ley 025/2010 no prevé a la cuantía como una forma de determinar la competencia de un juez en materia civil, asumiendo que dicha norma legal no esta aún vigente en su totalidad, en la actualidad debemos afirmar que el juez competente para admitir una demanda ejecutiva, será el de la cuantía, vale decir que si la obligación que se pretende sea ejecutada forzosamente es menor a 80.000 Bs. ,deberá de tramitársela ante el Juez Instructor y si supera los 80.001 Bs., será competente el Juez de Partido.

La demanda deberá ser elaborada cumpliendo los requisitos tanto de forma y de fondo, debiendo imperativamente adjuntar a dicho escrito el respectivo título ejecutivo.

Una vez radicada la demanda ejecutiva ante el Juez competente, en virtud a lo previsto por el Art. 491 del CPC dicha autoridad examinará cuidadosamente el título ejecutivo y reconociendo su competencia, la personería de las partes, la exigibilidad de la obligación y el plazo vencido si se tratase de una obligación de dar, mediante el auto de admisión emplazará al deudor que dentro el plazo perentorio de tres días a partir de su legal citación deba de pagar lo adeudado más sus intereses. Vale decir que si el deudor deposita la totalidad del capital, más sus intereses, el proceso concluirá y por ende se liberará de pagar costas procesales.

Si se demanda el cumplimiento de una obligación el juez de la causa emplazará a que el demandado cumpla con la obligación dentro el mismo plazo antes señalado, bajo apercibimiento de daños y perjuicios , más las respectivas costas procesales, conforme lo previsto por el Art. 511.I del CPC.

Si el demandado luego de haber sido citado, no cumple con el emplazamiento judicial, dentro el plazo perentorio de cinco días podrá interponer cualquiera de las excepciones expresamente dispuestas por nuestro legislador a través del Art. 507 del CPC, siendo estas las siguientes:

1)Incompetencia; 2) Falta de personería en el ejecutante o en el ejecutado, o en sus representantes, por carecer de capacidad civil para estar en juicio o de representación suficiente; 3) Falta de fuerza ejecutiva; 4) Litispendencia por existir otro proceso ejecutivo; 5) Falsedad o inhabilidad del título con que se pidiere la ejecución, la primera podrá fundarse únicamente en la adulteración del documento, la segunda se limitara a las forma extrínseca del título, sin lugar a discutirse la legitimidad de la causa. Si hubiera mediado reconocimiento expreso de la firma no procederá la excepción de falsedad; 6) Prescripción; 7) Pago documentado; 8) Compensación de crédito líquido resultante de documento que tuviere fuerza ejecutiva; 9) Remisión, novación, transacción, conciliación o compromiso documentados; 10) Cosa juzgada y 11) la excepción de excusión prevista en el Art. 508 del CPC.

Cualquier excepción que no este prevista en los Arts. 507 y 508 serán rechazadas por el juez, conforme lo dispuesto en la primera parte del Art. 507, vale decir que en los procesos ejecutivos no es procedente las excepciones atípicas.

Asimismo se aclara que todas las excepciones deberán de interponerse en forma conjunta y debidamente documentadas, tal cual lo previsto por el Art. 509.I del CPC.

Una vez admitida la (s) excepción (es) , correrá traslado a la parte actora para que sea respondida en el plazo de cinco días y luego el juez abrirá un plazo probatorio de diez días (Art. 510) , para que finalmente resuelva dicha excepción juntamente con la demanda a través de la sentencia, conforme lo dispuesto por el Art. 509.II del PC.

FORMAS DE IMPUGNAR LA SENTENCIA.

Contra la sentencia, dictada dentro un proceso ejecutivo, es procedente dentro el plazo de 24 hrs, la solicitud de enmienda y complementación, prevista en el Art. 196 num 2 del CPC.

De igual forma la parte agraviada puede interponer recurso de apelación en el plazo de diez días, debiendo ser concedido el mismo en efecto devolutivo, no siendo viable recurso de casación.

EJECUTORIA DE LA SENTENCIA.

La sentencia dictada dentro un proceso ejecutivo se llega a ejecutoriar dos veces, la primera ocurre cuando no se la llega a impugnar o luego de impugnada no existe otro recurso más, llegando a ejecutoriarse formalmente, situación que la argumentamos en razón a que nuestro legislador

expresamente permite a través del Art. 490 del CPC, se pueda modificar lo resuelto en este proceso a través de un proceso ordinario posterior, el cual imperativamente deberá ser interpuesto dentro del plazo perentorio de seis meses a computarse a partir de la ejecutoria formal¹⁹³.

De no interponerse la demanda ordinaria dentro el plazo mencionado , la sentencia dictada en primera instancia, llegará a ejecutoriarse materialmente por cuanto ya no será viable su modificación.

MODIFICACION Y AMPLIACION DE LA OBLIGACIÓN

Si durante el proceso ejecutivo y antes de la sentencia venciere algún nuevo plazo de la obligación en virtud de la cual se estuviere procediendo, se podrá ampliar la ejecución por ese importe, sin que el procedimiento retrotraiga y consideransode comunes a la ampliación los trámites que la hubieren precedido (Art. 494 del CPC). Nuestro legislador a través de este artículo hace referencia a las obligaciones sobrevinientes, como por ejemplo el cobro de alquileres devengados.

Si con posterioridad a la sentencia venciesen nuevos plazos o cuotas de la obligación en virtud de la cual se estuviere procediendo, la ejecución podrá ser ampliada y el deudor deberá exhibir dentro de tercero día, los recibos que acrediten haberse extinguido la obligación bajo apercibimiento de hacerse extensiva la sentencia a los nuevos plazos y cuotas vencidas.

Si el deudor no exhibiere recibos o documentos reconocidos por el ejecutante o no se probare sumariamente su autenticidad, se hará efectivo el apercibimiento sin recurso alguno.(Art. 495 del CPC) Aclara nuestro legislador que todo lo dispuesto anteriormente también se aplica a las demandas de cobro de alquileres y expensas comunes referente a las propiedades horizontales.

DEMANDAS SOBRE DEUDAS LÍQUIDAS E ILÍQUIDAS.

Nuestro legislador expresamente indica a través del Art. 492 del CPC: "Si una demanda se promoviere sobre cantidades líquidas e ilíquidas, la ejecución se seguirá por lo líquido y se reservará lo ilíquido para el proceso de conocimiento", situación que pudiera darse en función al contenido del título ejecutivo.

LITISPENDENCIA SUIGENERIS EN PROCESOS EJECUTIVOS.

Conforme se explico en el presente libro, para que sea procedente la litispendencia imperativamente debería de cumplirse el requisito de la triple identidad, expresada en los sujetos, el objeto y la acción, pero la excepción la encontramos en el Art. 489 del CPC el cual dispone: " Intentada la acción en la vía ordinaria y contestada la demanda, no será permitido iniciar la ejecutiva".

PROCESO COACTIVO CIVIL ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El proceso Coactivo Civil (conocido por la legislación comparada con el nombre de proceso monitorio o proceso estrella) tiene sus raíces históricas en el *mandatum de solvendo cum* cláusula justificativa del medio evo Italiano, posteriormente es perfeccionado en Alemania que lo legisló en una primera ley procesal nacional de 1887 y de allí exportado a todo Europa nórdica, para retomar a su tierra natal con su reimplante como derecho del año 1922, Francia también lo acogió por ley del año en 1937; posteriormente fue mejorada y ampliándose su campo de aplicación en toda Europa.

¹⁹³ " El art. 1514 del C.C. dispone que "los derechos se pierden por caducidad cuando no son ejercidos dentro del término de perentoria observancia fijada para el efecto", marco legal dentro el cual la actora ha dejado caducar su derecho de revisión del proceso ejecutivo en la vía ordinaria, omisión que no se suple a través de la presente acción de fraude procesal con la finalidad de interponer la nulidad del proceso, sin tomar en cuenta de conformidad a lo dispuesto por el art. 297 del CPC únicamente procede su revisión ante la Corte Suprema de Justicia, de una sentencia ejecutoriada en proceso ordinario como bien lo han determinado los jueces de instancia.(A.S.No 176 de 14 de agosto de 2008)

En Ibero América, la república Oriental de Uruguay es auténtica pionera en la implementación de este instituto jurídico, pues ha utilizado este tipo de proceso por más de un siglo, manteniéndolo en su Código General del Proceso de 1989 (Arts. 351 y siguientes). Al influjo de la experiencia Uruguaya, se incorporó también el proceso Coactivo Civil Modelo por Ibero América de 1988 (Arts. 311 y siguientes).

La Ley Nº 1760 del 28 de febrero de 1997, de Abreviación Procesal y Asistencia Familiar, eleva a rango de ley el Código de Procedimiento Civil, aprobado por decreto ley 12760 de 6 de agosto de 1975 y asimismo introduce modificaciones en el CPC., referente al régimen de excusas y recusaciones, las notificaciones, establece un nuevo régimen para el reconocimiento de firmas y rúbricas, incorpora el efecto diferido dentro lo que implica el recurso de apelación, añade un nuevo numeral en el artículo 262 referente al recurso de casación, introduce reformas al proceso ejecutivo y establece un nuevo procedimiento en lo referente a las demandas de asistencia familiar. En medio de todas estas modificaciones en cuatro artículos llegar a incorporar el denominado Proceso Coactivo Civil

CONCEPTO.-

Es un acto procesal jurisdiccional a través del cual el acreedor, al amparo de un título coactivo, constituido en virtud a los requisitos previstos por ley, solicita el cumplimiento forzoso de una obligación de dar, por parte del deudor.

TÍTULO COACTIVO Y PROCEDENCIA.

Se considera título coactivo a todo documento que a través de su contenido exprese los siguientes requisitos: a) deberá de acreditar la existencia de una obligación de dar y no de hacer, lo cual significa que a diferencia del proceso ejecutivo a través del proceso coactivo civil solamente se puede exigir el cumplimiento de una obligación de dar y no de hacer; b) imperativamente deberá de ser una obligación exigible, vale decir que el deudor se haya constituido en mora; c) el deudor o su garante imperativamente a través de dicho documento debieron de otorgar en calidad de garantía un bien inmueble o mueble a favor del acreedor, d) si la garantía es un bien inmueble, imperativamente deberá de constituirse en hipoteca a favor del sujeto activo, lo cual se acreditará con el registro en Derechos Reales e implícitamente ello implica que deberá de ser constituido a través de una escritura pública y si se trata de bienes muebles, indistintamente podrá ser constituido dicho documento mediante documento privado reconocido o escritura pública, pero de igual forma esta garantía deberá de estar registrada en Derechos Reales. Antes de la promulgación de la ley 1760 no se podía registrar en Derechos Reales garantías prendarias, pero en virtud a lo previsto por el Art. 48 de dicha norma legal el cual indica: "crédito prendario de bienes muebles..., igualmente inscrito...", el Registro de Derechos Reales de Bolivia debió de crear un registro específico para las garantías prendarias y e) finalmente en una de las cláusulas del documento, el deudor y también el garante si existiese el mismo deberán en forma expresa de renunciar al proceso ejecutivo, aclarándose que no es necesario que el acreedor haga lo mismo.

Aquel documento que este constituido en virtud a dichos requisitos, tendrá la calidad de título coactivo y por ende será la base para iniciar una acción coactiva civil, caso contrario dicha demanda será inviable.

TRÁMITE DEL PROCESO COACTIVO CIVIL.

Al igual que en el proceso ejecutivo, la competencia de la autoridad jurisdiccional dependerá de la cuantía que llegase a alcanzar la obligación objeto de la acción.

Una vez que se redacta el escrito de demanda y se adjunta al mismo el título coactivo, se lo presentará al juez competente quien deberá de revisar el título, pudiendo en virtud a ello: a) excusarse, b) declinar competencia, c) observar la demanda, d) rechazar la acción si considera que el documento carece de fuerza coactiva, decisión que podrá ser impugnada mediante recurso de apelación, el cual será tramitado en efecto suspensivo (Art. 49.II ley 1760) y e) si por el contrario considera que la demanda, así como el documento de crédito cumplen con todos los requisitos

exigidos por ley, dentro el plazo previsto por ley y sin citar al demandado, procederá a emitir la respectiva sentencia, declarando probada la pretensión y disponiendo en la parte dispositiva que el deudor haga efectiva su obligación, más los intereses y costas procesales dentro el termino fatal de tres días bajo apercibimiento de proceder a rematar los bienes que fueron dados en calidad de garantía (Art. 49.III, ley 1760).

Este acto procesal en específico, desde la aplicación del presente proceso fue el más polémico por cuanto varios estudiosos del derecho y abogados, sostuvieron que se estaría vulnerando el derecho constitucional a la defensa por cuanto se le estaría condenando al demandado sin haber sido oído y por ende escuchado, argumentos con los cuales se demandó ante el Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucional del proceso coactivo civil, pero dicho órgano a través de la S.C. 077/2000, declaró dicho recurso improcedente y argumento que si bien se estaría emitiendo una sentencia, sin siquiera haber sido notificado el demandado, este acto no es arbitrario por cuanto al momento de constituir el documento de préstamo en forma voluntaria y acorde al principio de libertad contractual previsto en el Art. 519 del C.C., el deudor decidió someterse a este tipo de proceso civil, razón por lo cual no existiría ningún tipo de vulneración en sus derechos constitucionales.¹⁹⁴

Luego de que el deudor es notificado legalmente con la sentencia y si bien no lo dice en forma expresa la ley 1760, dicha persona puede: a) interponer en contra de dicha resolución, enmienda y complementación; b) también puede al amparo del Art. 219 del CPC y 180.II de la CPE interponer recurso de apelación en efecto devolutivo y c) finalmente puede interponer conforme lo previsto por el Art. 49.III de la ley 1760 solamente cinco clases de excepciones, siendo estas: incompetencia, falta de fuerza coactiva, falsedad e inhabilidad del título, prescripción y pago documentado. En relación a dichas excepciones debemos indicar que el plazo para interponer las mismas es de cinco días a partir de su notificación y si el deudor o garante plantean cualquier otra excepción que no este prevista en dicha norma legal, esta será rechazada.

La crítica a esta disposición legal es que las cinco excepciones son insuficientes y para ello basta comparar con las previstas en el Art. 507 del CPC, llegándose a constatar por ejemplo que no esta considerada como excepción la impersonería lo cual creemos que es un gran error.

En caso de que se haya planteado estas excepciones, se correrá traslado al actor para que las conteste en el mismo plazo y luego el juez de la causa si considera que son de hecho abrirá un término probatorio de diez días, caso contrario si considera que son de derecho prescindirá de dicho término probatorio, conforme lo previsto por el Art. 49.V ley 1760.

RESOLUCIÓN DE LAS EXCEPCIONES.

Si el juez hubiera rechazado la excepción por ser inviables o las declare improbadas, la parte agraviada podrá impugnar dicha resolución a través del recurso de apelación el cual será tramitado en efecto devolutivo no siendo procediere el recurso de casación.(Art. 50 ley 1760).

Si la resolución declare probada cualquiera de las excepciones antes indicadas, la misma podrá ser impugnada mediante recurso de apelación el cual será resuelto en efecto suspensivo.

EJECUTORIA DE LA SENTENCIA.

Al igual que en el proceso ejecutivo, las sentencias dictadas dentro los procesos coactivos civiles, se llegan a ejecutar dos veces, la primera formalmente y la segunda materialmente en razón a que es aplicable a este tipo de procesos lo previsto por el Art. 490 del CPC.

¹⁹⁴ En relación a dicho resolución constitucional y por ende el Proceso Coactivo Civil en su conjunto se llegó a elaborar una Tesis en la Universidad Privada del Valle, el año 2006 a través del cual se acredite que la referida libertad contractual no estaría presente al momento de constituir un documento de préstamo, puesto que el deudor lo que firma especialmente en las entidades bancarias es un contrato de adhesión ya que no tiene posibilidad de modificar ninguna de las cláusulas y menos revisar su contenido.

CAPÍTULO 32
CONTINUACIÓN
EJECUCIÓN DE SENTENCIAS NACIONALES

*El juez debe tener en la mano los libros de
la ley y el entendimiento en el corazón*

Francis Bacon

GENERALIDADES, CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

Técnicamente un proceso en primera instancia concluye con la dictación de la sentencia la cual podrá ser impugnada a través de un recurso de apelación, lo cual implica el inicio de la segunda instancia y ella finalizará con la emisión del auto de vista y si es viable, incluso se podrá acudir al recurso de casación mismo que concluye con la dictación del auto supremo, llegando finalmente a ejecutoriarse.

Pero también pudiera ocurrir que luego de emitirse la sentencia, ninguna de las partes decida impugnar dicha resolución, lo cual implicará al igual que en la anterior situación que dicha resolución se llegue a ejecutar.

Es a partir de la declaratoria de ejecutoria que ingresamos a una nueva etapa de lo que es el proceso judicial propiamente dicha y a esta se la ha llegado a denominar : " la ejecución de la sentencia" que según muchos autores sería: " el acto procesal a través del cual lo que se pretende es la efectivización de lo que llevo a disponer el juez o tribunal a través de la resolución judicial, misma que llegó a adquirir la calidad de cosa juzgada".

Consideramos que esa etapa es fundamental en cuanto se refiere a la victoria real del proceso por cuanto no nos parece relevante si se logra una sentencia favorable y luego que lo dispuesto en la sentencia no pueda ser ejecutada, emergiendo en razón de ello la frase: "si bien es positivo ganar una demanda, es mucho más relevante lograr que se cumpla efectivamente lo dispuesto a través de la resolución debidamente ejecutoriada.

Finalmente aclarar que toda sentencia debidamente ejecutoriada, implica la denominada ejecución forzosa y no podrá considerarse ejecución voluntaria puesto que se trata de una disposición judicial a través de la cual se instruye a que una de las partes cumpla, entregue o deje de hacer algo .

Vale decir que en este tipo de procesos, quien se constituiría como deudor de la parte victoriosa sería el Estado quien a través de los mecanismos previstos por ley deberá imperativamente mediante los jueces o tribunales y acorde al Art. 514 del CP deberá de garantizar el cumplimiento de la sentencia ejecutoriada.

CONDICIONES DE EJECUCIÓN.-

Las resoluciones de primera instancia, deben cumplir necesariamente las siguientes condiciones para proceder a su ejecución: 1.- Que se encuentren firmes, es decir que hayan adquirido la autoridad de cosa juzgada. 2.- Que la ejecución se haga por los jueces de primera instancia que hubieran conocido el proceso. 3.- Que se proceda a su ejecución a instancia de parte. Estas condiciones resultan de la interpretación concordada de los arts., 514 y 515 del Pdto. Civil y por aplicación del principio nemo iudex sine actore, contenido en el art., 86 del mismo Procedimiento. Pero también debe tomarse en cuenta en la ejecución de sentencia, el plazo que el juez hubiere fijado para su cumplimiento, en su parte resolutive, conforme al art., 192, inciso 4) del CPC, sino existe ningún plazo, **ella deberá ejecutarse dentro de tercero día**. Cuando por circunstancias especiales fuere imposible el cumplimiento de la sentencia en el plazo fijado en ella o a tercero día, **el juez podrá conceder otro plazo prudencial e improrrogable**, conforme dispone el art., 516 del P. C. Pero además, al tenor del art., 487, inc. 8) del Pdto. Civil. Relativo a los títulos ejecutivos; cuando se pide el cumplimiento de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, **después de un año de ejecutoriada, corresponde hacerlo en proceso ejecutivo**. De lo que se infiere que la ejecución de sentencia **dentro del año de su ejecutoria, se hará con el procedimiento común previsto en las normas de los arts., 514 y siguientes del Código Adjetivo Civil**.

Además de ello, no debe olvidarse que la ejecución coactiva de autos y sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada no podrá suspenderse – una vez iniciado el procedimiento de ejecución por ningún recurso ordinario ni extraordinario, ni el de compulsión, ni el de recusación, ni por

ninguna solicitud que tendiere a dilatar o impedir el procedimiento de ejecución, como manda imperativamente el art. 517 del Código de Pdto. Civil.

Esta norma procesal tiene como antecedente legislativo la Ley de 16 de Diciembre de 1905 cuya clara finalidad en la práctica es la de evitar que los litigantes posterguen la ejecución de sentencia, mediante recursos, solicitudes o "chicanas", dilatando inútilmente el procedimiento de ejecución, como en forma reiterada ha sugerido la uniforme jurisprudencia nacional. Con el mismo objetivo se ha limitado el uso de los recursos ordinarios sólo al de apelación en efecto devolutivo, sin recurso ulterior, como manda imperativamente el art., 518 del Pdto. Civil.

FORMAS DE EJECUCIÓN

En el procedimiento de ejecución, pueden darse dos supuestos: 1º) Que la sentencia que hubiere condenado al pago de frutos, daños y perjuicios no determinare la suma líquida adeudada, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el Art., 195 del mismo CP, abriendo al efecto plazo probatorio no mayor de veinte días. Establecido el monto líquido como resultado de las pruebas producidas por las partes, el juez determinará complementariamente su cuantía disponiendo su pago a tercero día. De la resolución que correspondiere procederá la apelación en el efecto devolutivo sin recurso ulterior, pudiendo el demandado pedir fianza de resultas. Quedará librado al prudente criterio del juez acceder a esta solicitud, según las circunstancias. 2º) Que la sentencia condene al pago de suma líquida y determinada y el demandado no la cumpliere hasta el tercero día de su notificación en cuyo caso se procederá al embargo y secuestro de sus bienes – salvo el caso de que se hubieren embargado o secuestrado en medida precautoria antes o durante el proceso. En ambos casos y ante el incumplimiento del demandado se procederá a la subasta y remate de los bienes afectados, conforme lo dispuesto por el Art. 520 del CPC.

Tratándose de obligaciones de dar alguna cosas que se halle en el patrimonio del deudor, se libraría mandamiento para desapoderar de ella la obligado y entregarla al actor con el auxilio, en su caso, de la fuerza pública, según la modificación introducida por la Ley de Abreviación Procesal Civil, conocida como Ley 1760, en su Art., 33. El referido artículo llenó una omisión del CPC, pues antes de su vigencia ocurría con frecuencia que, cuando se trataba del cumplimiento de obligaciones de dar, por ejemplo en los procesos ejecutivos, cuando luego del remate de bienes inmuebles, el ejecutado quedaba obligado a entregar el predio rematado, al no existir una norma procesal concreta, que constriñera al demandado a dicha entrega, el adjudicatario o adquirente del bien no podía entrar en posesión de éste, dando lugar a ilegales mandamientos de lanzamiento, que sólo estaban previstos en la ley procesal para los desalojos o interdictos de recobrar la posesión. Debe aclararse sin embargo, que el mandamiento de desapoderamiento, si bien es parecido en sus efectos al mandamiento de lanzamiento, no lo es en cuanto a su origen, porque solo puede darse en la ejecución de sentencias dictadas en otros juicios que no sean de desalojo o interdictos de recobrar la posesión, es decir sumarios, ordinarios o ejecutivos.

Si fuere imposible la ejecución o no las cumpliere en el plazo señalado por el juez, el ejecutante las realizará por sí o a costa de aquel, en cuyo caso el ejecutado deberá restituir los gastos en que haya incurrido el ejecutante en el plazo de 10 días. Vencido el mismo, sin que se hubieren cubierto los gastos, el ejecutante podrá recaer sobre los bienes del deudor. También el acreedor, en lugar de la prestación debida, tendrá la opción de pedir el cumplimiento por equivalente de daños y perjuicios en la vía incidental, si se tratare de obligación no susceptible de cumplimiento por tercero, a pedido de parte podrá perseguirse su cumplimiento en especie, conminándose al ejecutado para que la haga efectiva en el término de diez días. Si no lo hiciere, el ejecutado quedará reatado al pago de los daños y perjuicios emergentes, que se liquidarán por vía incidental. Si el condenado al otorgamiento de escritura pública de transferencia de un derecho y en su caso a efectuar la entrega de la cosa no cumpliere con la obligación en el plazo de diez días, el juez subsidiariamente otorgará la escritura y si así corresponde, dispondrá se efectúe la entrega en la forma establecida por el parágrafo II del Art., 33 de la Ley 1760.

En todos los casos anteriormente previstos, los gastos que se causaren al acreedor serán liquidados por vía incidental y su cobro, luego de aprobada la liquidación, se realizará de acuerdo a lo establecido por el Art., 520 parágrafo I. del CPC.

Si la sentencia condenare a no hacer una cosa y el obligado la quebrantare, el acreedor tendrá opción a pedir se repongan las cosas al estado en que se hallaban, si fuere posible, a costa del deudor, o se indemnicen los daños y perjuicios conforme al artículo 521 del PC, modificado por el Art., 34 de la ley 1760.

Finalmente, conforme al Art., 522, modificado por el Art., 35 de la Ley 1760, el juez podrá para asegurar el cumplimiento de las sentencias de oficio o a solicitud de parte, aplicar las sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas a que se refiere el art., 184 del PC. Estas sanciones pecuniarias serán igualmente aplicadas en caso de incumplimiento de las obligaciones de dar y hacer.

FIANZA DE RESULTAS

En todos los procesos en que procediere la apelación de sentencia en el efecto devolutivo o cuando el auto de vista confirmare una sentencia en todas sus partes, se podrá ejecutar aquella o éste siempre que la parte victoriosa prestare fianza de resultas, determinada y calificada por el juez o tribunal, para restituir lo cobrado con frutos e intereses en caso de revocarse la sentencia o casarse el auto de vista. Conforme lo dispone el Art., 550 del CPC Debe aclararse que la fianza de resultas procede no sólo en los casos previstos por la citada norma, sino en todos los casos expresamente establecidos por la ley. En todos los casos de ejecución provisional de la sentencia, la fianza de resultas quedará sin efecto, sin necesidad de declaración expresa, una vez que el auto o sentencia adquieran ejecutoria.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DICTADAS EN EL EXTRANJERO

Las sentencias y otras resoluciones judiciales dictadas en país extranjero tendrá en Bolivia la fuerza que establezcan los tratados respectivos. Entre los Tratados a que se refiere el Art., 552, el primero que ha suscrito nuestra Nacional es el de Montevideo de 11 de Enero de 1889 (actualizado en 1939-1940), aprobado por Ley de 5 de Noviembre de 1903 y promulgado por la de 25 de Febrero de 1904), aprobado por Ley de 5 de Noviembre de 1903 y promulgado por la de 25 de Febrero de 1904; suscrito, ratificado y vigente para **Bolivia, Argentina, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay**. Las sentencias dictadas en cualquiera de los países signatarios, tiene en los demás fuerza obligatoria si se llenan los requisitos de competencia, citación legal de las partes **y carácter de cosa juzgada según las leyes del país donde han sido pronunciadas, y que no se opongan a las leyes de orden público del país de su ejecución** (Art., 5° del Tratado de Montevideo).

La documentación necesaria, para solicitar su ejecución, debe contener la copia integrada de la sentencia, copia de las piezas necesarias para acreditar la citación legal de las partes y copia del auto que declare ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia (Art. 6° del Tratado).

El carácter ejecutivo de estas sentencias, depende de la ley procesal del país donde se procediere a la ejecución (Art. 7° del Tratado).

La ejecución de los fallos arbitrales está sometida a las mismas reglas, como lo dispone expresamente el Art., 556 del CPC.

Tratándose de documentos que vengan en idioma que no es el oficial (Español), ha de aplicarse la disposición del Art., 402 del PC, sea para exigir la traducción correspondiente o para mandarla a efectuar por el traductor oficial y a cargo del solicitante, si alguna de las partes así lo pidiere.

RECIPROCIDAD

Si no existieren tratados con la nación donde se hubieren pronunciado esos fallos judiciales, se les dará la misma fuerza que en ella se dieran al os pronunciados en Bolivia.

FALTAD E RECIPROCIDAD

Si la resolución procediere de un país donde no se diere cumplimiento a los fallos de los tribunales bolivianos, ella no tendrá fuerza en Bolivia. La reciprocidad se funda en la cortesía internacional. Comitas gentium, reciprocam utilitatem que es norma constumbrista en las relaciones internacionales, aunque muchas veces, priman los intereses de los Estados y se falta a esta regla de cortesía.

Fuera de las reglas contenidas en los Arts., 552, 553 y 554 del CPC, que se refieren a la aplicación de los Tratados internacionales, y de los principios de reciprocidad o falta de reciprocidad; nuestro Código Procesal Civil establece reglas para otros casos que menciona con todo detalle el Art., 555 en 7 incisos, **en efecto de la existencia de Tratados Internacionales**, de una forma exageradamente casuista y que tiene como precedente legislativo la Ley de Enjuiciamiento Civil Española.

COMPETENCIA.-

En los casos de ejecución de sentencias dictadas es el extranjero será competente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Sala Plena, conforme a la atribución contenida en el inciso 21) del Art., 55 de la L.O.J., debiendo presentarse la resolución que se tratare de ejecutar y los antecedentes necesarios debidamente traducidos y legalizados. Admitida la demanda de homologación por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se hará citar a la parte contra quien se pide la ejecución, para que exponga lo que estime conveniente, dentro del plazo de diez días.

Con esta contestación o sin ella, y previo dictamen fiscal, el tribunal en Sala Plena declarará si deberá o no darse cumplimiento a la resolución. Si el Tribunal Supremo estimare necesario podrá abrir un periodo de prueba antes de resolver, en la forma y pro el tiempo previstos en el Código de Pdto., Civil para los incidentes, conforme los disponen los Arts. 558, 559 y 560.

CUMPLIMIENTO.-

si el Tribunal Supremo considerare que deberá darse cumplimiento a la resolución, dispondrá dicho cumplimiento por el tribunal o juez a quien habría correspondido conocer del proceso en primera instancia si se hubiere promovido en Bolivia. La homologación derivada del griego significa consentimiento o aprobación del Tribunal Supremo.

COMISIONES

Para cumplir diligencias de citación y emplazamiento pedidas por jueces o tribunales extranjeros mediante exhorto, no será necesario el exequátur de la Corte suprema de Justicia, y será suficiente la presentación del exhorto debidamente legalizado ante el juez de partido del lugar donde deberá realizarse la diligencia.

Sin embargo, debe aclararse que excepto los exhortos para citaciones y emplazamientos, para el cumplimiento de otras diligencias ellas requieren de dicho exequátur de la Corte Suprema de Justicia, que es lo que sucede habitualmente en la práctica judicial.

CAPÍTULO 33 DE LOS PROCESOS ESPECIALES

El secreto del éxito, es 1% de talento y 99% de sacrificio
Albert Einstein

PROCESO CONCURSAL

CONCEPTO Y CLASES. Proceso concursal será el promovido por los acreedores para el cobro de sus créditos **a un deudor no comerciante, o por el deudor** para el pago de sus deudas. En el primer caso se llamará **necesario**, y en el segundo **voluntario** (Art. 562 del CPC).

El proceso concursal, es generalmente tratado en doctrina y regulado en la práctica dentro del género de procesos universales. Caravantes (cita de López – Moreno), *“define este proceso como el juicio universal que se promueve, bien por el deudor, o a su instancia, o bien por los acreedores para adoptar reunidos los medios convenientes a fin de cobrar cada uno sus respectivos créditos de los bienes del deudor, o la parte que estos alcanzasen”*.

El concurso es un procedimiento de ejecución colectiva, en el que todos los acreedores son colocados en un pie de igualdad, sin más preferencias entre ellos que las que marca la ley. Se acumulan las ejecuciones individuales, se desapodera al deudor de sus bienes y se distribuye su producto entre los acreedores que hubieren justificado su crédito en proporción a su importe **y con el privilegio que corresponda (Alsina)**.

Debe aclararse sin embargo, que el proceso concursal civil, ya sea voluntario o necesario, sólo se admite a favor de los deudores no comerciantes. Pues tratándose de comerciantes la ejecución colectiva toma la forma del concurso preventivo o de la quiebra, según los procedimientos especiales establecidos por el Cód.Com.. (Arts. 1487 y sgtes, 1542 y sgtes.).

Ambos institutos, tienen su fundamento en la norma de derecho sustantivo prevista en el Art. 1335, a través del cual se establece que **el patrimonio del deudor es la garantía común de sus acreedores**, garantía que se hace efectiva, en su caso en la forma de su distribución **con arreglo a los privilegios y grados de preferencia** que regulan las disposiciones del CPC, en el caso del proceso concursal necesario o voluntario, y las del Cód.Com. para la quiebra.

En toda ejecución colectiva, dice Couture concurren en pugna, los principios de la **prioridad** y de la **igualdad**. La plena vigencia de uno u otro principio esta condicionada por las circunstancias de cada caso. **La prioridad** prevalece en los supuestos de un título preferente; hipoteca, prenda, privilegio: **la paridad** se impone entre acreedores quirografarios, **que son aquellos que carecen de un título legal de preferencia y entre los que no cuenta la prioridad en el tiempo de adquisición o ejercicio del derecho**.

GENERALIDADES.-

Las reglas generales aplicables a todo proceso concursal son las siguientes:

UNIVERSALIDAD DEL CONCURSO.-

Tanto el concurso necesario como el voluntario serán de carácter universal y comprenderán todas las obligaciones del deudor, según lo dispone expresamente el Art., 563 del CPC.

IMPROCEDENCIA DEL CONCURSO.-

No podrá haber proceso concursal **si no existieren por lo menos tres acreedores**. Por mandato del Art., 352 del PC, que sólo admite la oposición de hasta dos tercerías de derecho referente al pago, el Art., 565 del mismo Procedimiento aclara y complementa esa regla declarando procedente el concurso sólo cuando concurren por lo menos tres acreedores.

CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS.-

Los acreedores podrán hacer la calificación de documentos ante el mismo juez del concurso o ante otro distinto. El Art., 566, empero no explica en que consiste la calificación de documentos. Pero su interpretación concordada con el Art., 563, que establece de manera terminante e inequívoca que **el concurso comprenderá todas las obligaciones del deudor**, parece indicar que en el proceso concursal se admiten tanto los créditos con título ejecutivo, como las obligaciones amparadas por documentos sin fuerza ejecutiva aún, que al presentarse el concurso, adquieren esa calidad, por razón del Art., 315 del C. Civil. En cuanto a la posibilidad legal de que la calificación de documentos pueda hacerse ante un juez distinto del concurso, debe ampliarse su interpretación en el sentido de que ella puede consistir en el reconocimiento de firma, la aprobación de cuentas, etc., para darle al documento la calidad de título ejecutivo, que si puede hacerse, así sea ante otro juez distinto del que conoce el concurso.

COMPETENCIA.- todo proceso concursal deberá interponerse precisamente **ante Juez** de Partido, aún cuando el proceso ejecutivo que le sirve de causa estuviere pendiente ante un juzgado de instrucción. Se entiende que en las capitales de Departamento se presentará la demanda ante el Juez de Partido en lo Civil y Comercial de turno y en provincias simplemente ante el Juez de Partido.

CONCURSO NECESARIO

DEMANDA Y ACUMULACIÓN DE PROCESOS.- Iniciada la demanda del concurso necesario, el Juez de Partido **ordenará la acumulación de todos los procesos ejecutivos pendientes en**

otros juzgados y se llamará por edictos a los demás acreedores con el plazo de quince días, en la forma prevista en los Arts., 125 y 126 del CPC.

Vencidos los quince días y reunidas las peticiones documentadas de los concursantes, **se correrá traslado al concursado quien deberá responder dentro del término de diez días de su citación legal**. La acumulación y el llamamiento de los demás acreedores que dispone el 568 del PC, debe disponerse mediante un auto interlocutorio, que ordena la apertura del concurso y que debe citarse inmediatamente al deudor para el efecto de incapacitar a éste para la administración de sus bienes.

SENTENCIA DE SUBASTA.-

Ordenada la acumulación continuará la causa hasta dictar sentencia de subasta y remate, a menos que en el mismo proceso o en cualquiera de los acumulados existiere sentencia, conforme lo dispone el Art., 570 del Pdto. Civil, se entiende claramente que la norma comentada se refiere a la subasta de los bienes embargados en los diversos procesos ejecutivos acumulados o de los demás que no siendo ejecutivos ingresan al concurso, a cuyo fin **se** dictará la sentencia de subasta y remate, en los casos en que los procesos acumulados no tengan aún sentencia. Porque en los juicios que al haber sido acumulados exista ya sentencia, el juez del concurso, simplemente se limitará a su ejecución con la venta en remate de los bienes embargados, que se realiza conforme a las reglas establecidas para el proceso ejecutivo (el concurso no es más que una ejecución colectiva) y el producto se deposita de acuerdo a lo dispuesto por el Art., 571 del Pdto. Civil en la institución bancaria que corresponda y donde no hubiere institución bancaria, en poder de la persona jurídica o natural designada por el juez. Por la misma razón y con el mismo objeto, el producto de algún remate anterior al concurso (y no pagado al acreedor interesado, se entiende) debe ser depositado a la orden del juez del concurso. Debe tomarse en cuenta para la ejecución de la sentencia y remate de los bienes embargados, el mandato del Art., 517 con relación al 572 del PC, en cuanto al rechazo de los incidentes o solicitudes dilatorias que tendieren a impedir o retardar la tasación, subasta y remate de los bienes del deudor, que deberá hacerse en el cuaderno de remates, que por separado se llevará para la subasta de los bienes embargados. Finalmente, debe considerarse que conforme al párrafo II del Art., 573 del PC, el proceso concursal no suspenderá el pago que el adjudicatario del remate deberá efectuar en el plazo de ley.

Empero, el citado Art., 570 del Pdto. Civil, no legisla sobre la sentencia de grados y preferidos, que se refiere A LA DISTRIBUCIÓN DE LOS PRODUCIDO POR LA SUBASTA ENTRE LOS ACREEDORES, que reglamenta el Art., 574, y comentaremos después; sino que se trata de la sentencia por virtud de la cual, los bienes del deudor deben convertirse en dinero efectivo, mediante el remate, para los fines, precisamente, de la sentencia de grado y preferidos que señalará la proporción y el orden en que ese dinero, así obtenido debe ser distribuido a los concursantes (Art., 579 del Pdto. Civil).

Pero además de todo lo anteriormente señalado, debe tomarse en cuenta que, la regla de que el concurso impone la suspensión de las ejecuciones seguidas contra el deudor, que deben acumularse; cuyo fundamento reposa EN EL MANTENIMIENTO DE LA IGUALDAD ENTRE LOS ACREEDORES, evitando que la continuación de los procesos favorezca la satisfacción de unos créditos con prescindencia de otros (Alsina), rige, para los créditos quirografarios o para aquellos que tienen un privilegio general. Por consecuencia de este principio, no rige la suspensión para aquéllos que tienen un crédito garantizado por un privilegio especial, como es una hipoteca, y que habiendo obtenido el remate del bien mediante sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, no están obligados a esperar el resultado del concurso general y deben ser pagados con lo producido por los bienes afectados al privilegio o hipoteca. Esta distinción que supone tratamiento diferente, deriva de las reglas y principios contenidos en los Arts., 1359, 1392, 1405, 1428 y 1432, entre otros, del C. C.

En cuanto a los efectos de los embargos, por virtud de los procesos ejecutivos acumulados, la consecuencia es diversa. El concurso levanta los embargos trabados en los juicios independientes anteriores a él (según los Arts., 1473 y 1552, 2) del C. Civil), desapareciendo por ellos las preferencias a favor de los acreedores, sobre prioridades de embargo, **quienes quedan en pie de igualdad**. Sobre este particular, Alsina concreta estas consecuencias: 1) quedan sin efecto los embargos trabados antes del concurso, como garantía del crédito individual al que responde; 2) Los acreedores no pueden, por lo tanto, legar ninguna prelación por el orden de los embargos; 3) tampoco pueden embargar bienes ingresados al concurso, y 4) los fondos embargados entran a formar parte de la masa, si antes no han sido pagados los acreedores.

SENTENCIA DE GRADOS Y PREFERIDOS.-

Con la contestación del concursado o en rebeldía, el juez, dentro del plazo de treinta días pronunciará sentencia de grados y preferidos conforme a las normas pertinentes del Código Civil. **Se condenará el costas al concursado**, como lo dispone expresamente el Art., 574 del Pdto. Civil. Se entiende claramente que, cuando la norma se refiere a la rebeldía del concursado, no quiere decir que deba declarársela en la forma prevista por el art., 68 del mismo procedimiento, en razón de que por tratarse de un proceso colectivo de ejecución y al sentir del Art., 30, parágrafo IV, de la Ley 1760, no corresponde, por la naturaleza jurídica especial de los procesos de ejecución. Pues el uso de dicho término forense, al parecer sólo pretende explicar que sin perjuicio de la contestación del concursado, debe continuarse con el trámite de la causa.

La graduación es una consecuencia de la verificación de los créditos y tiene por objeto establecer el orden de preferencia de acuerdo con el privilegio que le reconozcan las disposiciones del Código Civil (Arts., 1341 y siguientes). Como señala el Art., 579, el objeto de la sentencia de grados y preferidos **es determinar la prelación con que han de ser pagados los créditos**. Por regla general, establecida en el Art., 1337 del C. Civil, el producto de los bienes del deudor concursado se distribuye a prorrata entre los acreedores, salvo las causas legítimas de preferencia, **que son los privilegios y las hipotecas**. La prelación establecida en la sentencia de grados y preferidos no podrá alterarse **aunque después se descubrieren otros bienes del deudor**.

PLAZO PROBATORIO.-

Si hubiere duda que exigiere prueba, se abrirá plazo probatorio de diez a veinte días, vencido el cual las partes podrán presentar sus alegatos dentro de terceros día. El Juez, con alegatos o sin ellos, pronunciará sentencia en el plazo de 30 días, que es un término particular para el caso, intermedio entre el señalado para procesos ordinarios y ejecutivos por el Art., 204 del Pdto. Civil.

La sentencia dictada dentro de un proceso concursar podrá ser apelada en efecto devolutivo, pero no puede ser recurrida a través del recurso de casación y al respecto al jurisprudencia a establecido: "No procede el recurso de casación en este tipo de procesos por tener como base la acumulación de procesos ejecutivos y en aplicación de la normativa pertinente". (A.S. No 110 de 26 de octubre de 2009)

ACUERDO EXTRAJUDICIAL.- En caso de que los acreedores y el deudor concursado llegaren a un acuerdo extrajudicial, éste será aprobado por el juez, conforme a la norma del Art., 576 del PC. Este acuerdo, por aplicación de la regla del Art., 454, apartado II del C. Civil, no puede menos que ser simplemente homologado por el juez. Puede tener cualquier forma transaccional o conciliación.

ADJUDICACIÓN.- Cualquier acreedor dentro del concurso podrá adjudicarse en remate el bien o bienes embargados, **con la obligación de depositar su importe dentro del término de ley, como todo postor**. Esta forma de adjudicación en el concurso, resulta diferente a la establecida en los juicios ejecutivos comunes, para los acreedores que se asignan los bienes en remate ante la falta de postores, conforme al Art., 1482 del CC.

De ahí por qué el Art., 578 del CPC, declara nulas las adjudicaciones (asignaciones) que se hagan a favor de los acreedores, en las formas previstas por la Ley 1760 en procesos ejecutivos seguidos separadamente del concurso. Sin embargo, ha de entenderse que esta prohibición tiene eficacia en los supuestos de adjudicación verificados, después de declarado o abierto el concurso, notificada la orden de las acumulaciones y publicados los edictos para el llamamiento de los demás acreedores.

PROHIBICIÓN PARA ADJUDICARSE.- Fuera del proceso concursal ningún acreedor que siguiere proceso ejecutivo separadamente del concurso podrá adjudicarse el bien o bienes subastados, bajo pena de nulidad.

En la sentencia de grados y preferidos sólo se declarará la prelación con que han de ser pagados los créditos. Sin resolver acerca de los derechos contenciosos del deudor o de los acreedores, los cuales deberán ventilarse en el proceso respectivo; que según la autorizada opinión de Alsina, es el proceso ordinario.

El acreedor que no concurriere al concurso no podrá pedir la inclusión de su crédito después de pronunciada la sentencia de grados y preferidos, al tenor del Art., 580 del PC. Salvo que lo hicieran antes de que sea pronunciada la sentencia.

IMPROCEDENCIA DE NUEVO CONCURSO.-

Aún cuando se descubrieren otros bienes del deudor después de ejecutada la sentencia de grados y preferidos, no podrá abrirse nuevo concurso ni dictarse nueva sentencia. El valor de los bienes descubiertos será distribuido con la prelación ya establecida. (Art. 582 del PC).

APLICACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA.-

Si los bienes del concursado no fueren bastantes para cubrir sus deudas, los efectos de la sentencia de grados y preferidos alcanzarán a todos los derechos y sucesiones que pudieren corresponder al deudor. Esta disposición será extensiva al concurso voluntario. (Art. 583 del PC).

CONCURSO VOLUNTARIO.-

REQUISITOS DE LA DEMANDA.-

El deudor de buena fe y en desgracia que quisiere hacer cesión de sus bienes, presentará su demanda personalmente ante el Juez de Partido manifestando su insolvencia y acompañando dos listas juradas: la una con la nómina de sus acreedores e indicación de sus domicilios y la suma que adeudare a cada uno de ellos, y la otra con los bienes que cederá y su valor en numerario. Pedirá asimismo que los acreedores fueren citados al efecto, como dispone el art., 584 del Pdto. Civil. La verdadera naturaleza del concurso voluntario, consiste en la **cesión de los bienes** a favor de los acreedores (Reus); por eso dice López – Moreno, el concurso voluntario no es otra cosa que la cesión de bienes.

Una vez admitida la demanda, el cual de la causa dispondrá el traslado a los acreedores indicados en la lista respectiva, y nombrará al mismo tiempo depositarios de los bienes señalados en la otra lista, con la facultad de vender al precio corriente de plaza los que fueren susceptibles de descomposición o de perder su valor. En caso de que existieren procesos ejecutivos en trámite contra el cedente (deudor concursado), se ordenará su acumulación.

CITACIÓN POR EDICTO.-

Si no fueren encontrados algunos acreedores para la citación legal con la demanda o se ignorare su paradero, se ordenará la citación por edicto conforme a los Arts., 125, 126 y 568 del Pdto. Civil.

Inmediatamente de admitida la demanda se formará el cuaderno de remates para la subasta de los bienes del deudor, conforme a los Arts., 571 y 572 del Pdto, Civil. Se tendrá como dolo o fraude en perjuicio de los acreedores toda solicitud o acto del concursado que tendiere a obstaculizar la

subasta de los bienes, así como su negligencia en la publicación del edicto, la cual deberá hacerse de inmediato y cuando más dentro diez días de admitido el concurso.

FALSEDAD U OCULTACIÓN DE BIENES.-

Si se probare la falsedad u ocultación de bienes en la lista que prevé el Art., 584 del Pdto. Civil, se juzgará al cedente por la vía penal como estafador. En realidad aunque el Art., 588 del mismo Pdto., dispone el juzgamiento del deudor concursado por el delito de Estafa; se debe tomar en cuenta que el C.P. establece un tipo penal específico para éstos casos, conocido como Alzamiento de bienes o Falencia Civil, previsto por el Art., 344 del citado Código, por el que puede ser juzgado el cedente.

SENTENCIA DE GRADOS Y PREFERIDOS.-

Vencidos los quince días señalados en el Art., 568 del Pdto. Civil, el juez a solicitud de parte, pronunciará sentencia de grados y preferidos, conforme a las normas pertinentes del Código Civil, sin costas. (Art., 589 del Pdto. Civil). El plazo para dictar la sentencia de graduación y preferencia es el mismo que señala el Art., 574 en el proceso de concurso necesario, es decir 30 días.

Del mismo modo que en el caso del concurso necesario, los acreedores y el deudor pueden llegar a un acuerdo extrajudicial, que deberá ser aprobado por el juez, conforme lo determina el Art., 590 del Pdto. Civil.

CAPÍTULO 34 GENERALIDADES DE LOS PROCESOS INTERDICTOS

Todos somos muy ignorantes. Lo que ocurre es que no todos ignoramos las mismas cosas.

Albert Einstein

CONCEPTO.-

Según Capitant: "Las acciones posesorias, denominadas también interdictos, porque comprenden únicamente cuestiones de hecho y sin perjuicio de tercero, son las que tienen por objeto el conocimiento o protección de la posesión de un derecho real inmobiliario, para recuperar o conservar la posesión o denunciar obra nueva o daño temido"

Prescinde de la cuestión relativa a la titularidad del derecho propietario o del dominio, propia de la acción petitoria y se concreta a la defensa de la posesión. Cuando se habla de protección posesoria, se evoca la noción de los interdictos, cuya teoría se resume en aquellas palabras (Scaevola) y que fueron introducidas en el Derecho Romano para regular la acción posesoria durante el proceso de la propiedad (Ihering). Su denominación como procesos interdictos o interinos, tienen que ver con el valor de las decisiones que se toman en dichos procedimientos, cuya sentencia sólo tiene ejecutoria formal y puede ser revisada en un proceso ordinario posterior.

CLASES DE INTERDICTOS.-

De acuerdo al Art., 591 del CPC, existen cinco clases de procesos interdictos: 1.- De adquirir la posesión. 2.- Retener la posesión. 3.- Recobrar la posesión, 4.- Impedir una obra nueva perjudicial y 5.- Evitar un daño temido.

COMPETENCIA.-

Los Procesos interdictos, de acuerdo con el Art., 592 del PC, son competencia privativa de los jueces instructores en lo civil y comercial, de conformidad a lo previsto por el Art. 177, inciso 2) de la L.O.J. y deberán intentarse dentro del año de producido los hechos en que se fundaren, excepto los de adquirir la posesión y la denuncia de daño temido que podrán intentarse en cualquier tiempo.

SENTENCIA.-

Las sentencias que se dictaren en los procesos interdictos de adquirir, retener y recobrar la posesión no impedirán el ejercicio de las acciones reales que pudieren corresponder a las partes. Es decir que podrán ser revisadas en un proceso ordinario posterior, porque solo causan una ejecutoria formal y no sustancial, que es una característica de los juicios interdictos o interinos.

Con relación a la posibilidad de revisar lo actuado dentro el proceso interdicto a través de un proceso ordinario el Tribunal Constitucional a dispuesto: " *lo resuelto en el proceso de interdicto sólo podrá ser suspendido o revertido cuando haya concluido el proceso emergente de la demanda ordinaria o contenciosa agraria y se cuente con sentencia ejecutoriada*" (S.C. No 900/01 de 29 de agosto).

En todos los casos, la parte perdidosa será quien pague las costas procesales a favor de la parte contraria.

APELACIÓN.- En todos los casos la sentencia podrá ser recurrida en apelación dentro el plazo perentorio de 3 días, siendo tramitado dicho recurso en el efecto devolutivo, sin recurso ulterior.

CAPÍTULO 35 INTERDICTO DE ADQUIRIR LA POSESIÓN

Tres clases hay de ignorancia: no saber lo que debiera saberse, saber mal lo que se sabe, y saber lo que no debiera saberse.



François de la Rochefoucauld

ANTECEDENTES.-

Originariamente puede decirse que este interdicto, en el régimen abrogado, se destinaba únicamente para obtener la posesión de la herencia. Por eso la compilación abrogada (Arts., 535 y siguientes) y su precedente el CPC (Arts., 626 y siguientes) lo regulan como modo de proceder en la misión en posesión hereditaria. Son fuente de éstas normas el Art., 694 de la Ley de En. Civil Española de 1885 y el CPC de la Provincia de Buenos Aires de 18 de Agosto de 1880.

Hugo Alsina sostiene que éste interdicto no es propiamente una acción posesoria, porque no tiene su fundamento en la posesión ni nace de ella y su objeto es precisamente adquirir una posesión que no se tiene y nunca se ha tenido, por lo que sería improcedente intentarla para mantener la posesión de que se goza o para recuperar la que se ha perdido.

PROCEDENCIA.-

El Tribunal Constitucional a través de su uniforme jurisprudencia a dispuesto: "...: *el interdicto de adquirir la posesión, no tiene por finalidad proteger la posesión o la tenencia, al contrario, **su finalidad es adquirir una posesión que nunca se tuvo...**, Que el Art. 596 del CPC, establece las condiciones para la procedencia de un interdicto de adquirir la posesión, así :a) que quién la solicite presente título auténtico de dominio sobre la cosa y b) que la cosa se halle en poder de un tercero con título de dueño o usufructuario. La autoridad judicial para dar viabilidad a este tipo de interdicto, debe constatar y considerar no sólo las condiciones explícitas que la norma establece para su procedencia, sino también debe considerar la naturaleza de la institución, **que lleva implícita la existencia de otra condición adicional, o sea que el solicitante nunca haya tenido la posesión de una cosa**" (S.C. No 241/03 de 21 de febrero).*

A su vez el **Art. 596 del adjetivo civil**, dispone " *El interdicto de adquirir la posesión, procederá cuando quien la solicitare presente título auténtico de dominio sobre la cosa y ésta no se hallare en poder de un tercero con título de dueño o usufructuario.*"

POSESIÓN Y OPOSICIÓN.- Presentada la demanda con dichos requisitos ante el Juez Instructor en lo Civil, dicha autoridad admitirá la pretensión y señalará fecha y hora de audiencia de posesión con citación de los colindantes o actuales poseedores si los hubiere. Instalada la audiencia, si no

hay oposición procederá a ministrar la posesión solicitada. En caso de oposición por escrito o verbal abrirá un término probatorio de 8 días, vencido el cual el juez pronunciará sentencia, ministrando posesión a quién la hubiere solicitado o manteniendo en ella a quién justificare mejor derecho (de posesión), salvando los derechos del perdidoso para la vía ordinaria.

POSESIÓN A TÍTULO HEREDITARIO.-

Cuando se pidiere la posesión a título hereditario y dentro del trámite voluntario de declaratoria de herederos; se acompañarán el testamento o resolución judicial de declaratoria de herederos, el certificado de defunción y el comprobante de pago del impuesto sucesorio - en el caso de declaratoria de herederos, sólo el comprobante de pago, pues los otros documentos ya existen en el expediente – así como los títulos de los bienes cuya posesión se pretende.

El juez señalará de inmediato día y hora de audiencia para la posesión en lo proindiviso de los bienes sucesorios, con citación de los coherederos, actuales poseedores y albacea si lo hubiere, sin perjuicio de terceros que mejor derecho tuvieren. Sin perjuicio de lo anterior, los coherederos que se creyeren perjudicados podrán pedir fianza, al o los herederos declarados para las resultas del proceso ordinario. Estas fianza deberá ser previa a la toma de posesión de los bienes y quedará extinguida si transcurridos treinta días desde su otorgamiento no se interpusiere la demanda ordinaria. Cualquiera reclamación de los coherederos o del albacea se salvará para la vía ordinaria. Si fueren dos o más las solicitudes de posesión, se acumularán todas ellas en un solo expediente y el juez pronunciará la resolución que correspondiere, y ministrará posesión a quién resultare victorioso, quedando a salvo los derechos de los otros para la vía ordinaria y pudiendo éstos solicitar fianza de resultas, conforme lo disponen los Arts., 598, 599, 600 y 601 del Pdto. Civil.

CAPÍTULO 36

PROCESO INTERDICTO DE RETENER LA POSESIÓN

Justicia es el hábito de dar a cada quien lo suyo.
Ulpiano

CONCEPTO Y GENERALIDADES.

El interdicto de retener la posesión tiene por objeto proteger la posesión actual que ejerce el poseedor sobre un determinado bien mueble o inmueble, ante la amenaza o perturbación de desposesión.

Vale decir que para la procedencia de esta demanda no es imprescindible que la desposesión se haya efectivizado, sino que es suficiente acreditar la amenaza o circunstancia que haga temer racionalmente que se pretende realizar dicha desposesión.

Si la amenaza se convierte en hecho y la privación de la posesión se produce, la acción debe proseguir como interdicto de recobrar, conforme anotan Serantes y Clavel y que es reproducido por el Art. 610 del CPC.

Corresponde asimismo aclarar que según el Art. 1462 del CC, aparentemente el presente proceso solamente estaría dirigido a bienes inmuebles, pero el CPC, a realizado una ampliación de la procedencia o objeto del presente proceso, por cuanto el Art. 602 de dicho cuerpo legal ahora permite interponer la presente acción a objeto de retener la posesión sobre un bien mueble o inmueble, vale decir que se ha ampliado el alcance del presente proceso.

REQUISITOS DE LA DEMANDA.-

Las condiciones para la procedencia de la acción, son las expresamente señaladas en el Art., 602 del P C y la perturbación debe consistir en actos materiales, lo que importa que la perturbación de derecho está excluida como fundamento de la acción. Alsina, estima que no debe interpretarse esta condición en sentido tan estricto, porque ello llevaría a la conclusión de que el interdicto sólo procede cuando se ha llegado a una situación de violencia, lo que no parece razonable ni admisible. Considera, en consecuencia, que puede interpretarse como actos materiales de perturbación, el propósito de llevar a efecto resoluciones judiciales o administrativas tendientes al desapoderamiento del poseedor, cuando son consecuencia de un procedimiento ilegal, del que no ha sido parte el perjudicado por la perturbación.

Entre los actos materiales susceptibles de la acción, se cita: el intento de destrucción o destrucción de cercos y linderos; la introducción de maquinaria para demoler un edificio, la introducción de ganado a un predio, etc.

Tocante a las resoluciones judiciales o administrativas, aludidas líneas arriba, debe tenerse en cuenta que ellas no serán estimadas como perturbación, cuando son consecuencia de un procedimiento regular en el que ha sido parte aquél contra quien se dirigen.

TRÁMITE.-

La demanda se dirigirá contra aquel a quien el actor denunciare por perturbarlo en la posesión o tenencia o contra sus sucesores o copartícipes. El juez al admitir la demanda abrirá plazo probatorio de ocho días. La prueba versará sobre la posesión o tenencia invocada por el demandante y sobre los actos o amenazas de perturbación atribuidos al demandado y la fecha en que hubieren ocurrido para establecer el año del interdicto, que resulta un requisito esencial para la

procedencia de éste interdicto. En caso de que durante la tramitación del interdicto de retener la posesión se produjere el despojo al demandante, la acción proseguirá como interdicto de recobrar, sin retrotraer el procedimiento (Art. 610 del Pdto. Civil).

MEDIDA PRECAUTORIA.- Si la perturbación fuere inminente, el juez podrá disponer la medida precautoria de no innovar, con la contracautela prevista en el Art., 173 del PC, que significa la obligación del demandado para abstenerse de alterar la situación de hecho existente a tiempo de iniciarse la acción; bajo apercibimiento de aplicar las sanciones previstas en el Art., 184 del mismo Código Procesal.

SENTENCIA.-

Siempre que el demandante probare los extremos de su demanda el juez lo amparará en la posesión condenando en costas al demandado e imponiéndole el pago de multa que será tasada en la misma resolución, sin perjuicio de los daños a que hubiere lugar, así como de las sanciones previstas en el Código Penal. Dichas sanciones se refieren a los delitos de: Alteración de linderos, perturbación de posesión, usurpación de aguas, establecidas en los Arts., 352, 353 y 354 del CP. En todos los casos se salvarán los derechos del perdidoso a la vía ordinaria, según el Art., 593 del PC.

CAPÍTULO 37
PROCESO INTERDICTO DE RECOBRAR LA POSESIÓN

Hay dos cosas infinitas: el Universo y la estupidez humana. Y del Universo no estoy seguro.

Albert Einstein



GENERALIDADES Y CONCEPTO.-

La acción de recuperar la posesión o el interdicto de recobrar la posesión se da contra los actos de privación (despojo) o menoscabo grave, violentos u ocultos de la posesión (aun siendo ésta de mala fe). El despojo puede ser total o parcial: importa no la medida del despojo, sino la cualidad del atentado a la posesión¹⁹⁵.

Ha de entenderse por despojo violento, el que es consecuencia de la violencia física, y clandestina, el que tiene lugar ocultamente por parte del despojador. La clandestinidad desaparece si el poseedor presencia o es conocedor del despojo. La acción se plantea ante el juez instructor en materia civil y comercial y según las reglas previstas en el Art. 607 y sgtes del CPC.

Los autores, fundan este interdicto, particularmente en el principio de entera razón y de orden social -dice Reus- de que nadie puede hacerse justicia por sí mismo, sino recurriendo a los órganos jurisdiccionales competentes, instituidos para administrar justicia, aspecto que es considerado por nuestro legislador a través del Art. 1282 del C C.

Las normas actuales del procedimiento civil siguen la orientación de la Compilación abrogada y de su fuente el Art., 614 del Código Argentino, aunque se aparta de ellos en su formulación, en la que avanza en distinciones de la posesión natural o civil. Entendiendo que la posesión natural se refiere a la tenencia material de una cosa (con intención de guardarla) y la posesión civil cuando se trata del disfrute de un derecho (cobro de alquileres o renta o interés sobre un capital).

No se considera existir despojo o perturbación, cuando un particular o la administración obran en virtud de un derecho que les corresponde, salvo que se hubiere dispuesto sin el trámite legal correspondiente.

Así el que demanda el desalojo (Art., 621 del CPC) o el municipio que expropia. Pero el particular o la administración, que procedan fuera de sus facultades o de un título legal, serán sancionados como despojantes (Art., 614 del PC).

PROCEDENCIA.-

Procede a favor de quién poseyendo alguna cosa, civil o naturalmente, o de ambos modos fuera despojado con violencia o sin ella.

Debiendo cumplir con dos requisitos esenciales; a) Que el actor haya ejercido la posesión sobre el objeto de la litis y b) Que haya sufrido la desposesión de dicho bien, con violencia o sin ella.

El demandante, propietario o simplemente poseedor (aún de mala fe), se presentará expresando la posesión en que hubiere estado, el día en que hubiere sufrido la eyección y pidiendo recibirle prueba sobre estos dos extremos para reintegrarlos en la posesión.

DEMANDA.-

La demanda se interpondrá contra el despojante, o sus herederos, copartícipes o beneficiarios del despojo.

¹⁹⁵ Francisco Messineo

PRUEBA.-

Admitida la demanda el juez abrirá el plazo probatorio de ocho días.

MODIFICACIÓN Y AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA.-

Si durante la tramitación del interdicto de retener la posesión se produjere el despojo al demandante, la acción proseguirá como interdicto de recobrar, sin retrotraer el procedimiento.

MEDIDA PRECAUTORIA.-

El actor podrá pedir la medida precautoria de no innovar, siempre que concurran los siguientes requisitos: 1.- Que el derecho sea verosímil. 2.- Que exista riesgo de perjuicio. 3.- Que haya ofrecido fianza o contra cautela conforme al Art., 173 del CPC. En ese caso el juez dispondrá la medida precautoria de restitución inmediata previa fianza.

SENTENCIA.- La sentencia que declare PROBADA la demanda ordenará: 1.- La restitución del bien despojado, bajo apercibimiento de lanzamiento. 2.- El pago de costas, daños y perjuicios y; 3.- La remisión de testimonio al M°P° en caso de que el despojo se hubiere consumado con fuerza y violencia. En todos los casos se salvará el derecho de los terceros a la vía ordinaria.

EL TÍTULO NO JUSTIFICA EL DESPOJO.-

De acuerdo al Art., 612 DEL proa. Civil: Aunque el despojante presentare título de propiedad tratando de justificar el hecho, no estará eximido de restituir el bien y pagar costas y daños, ni de las sanciones penales si hubiere obrado con fuerza y violencia, quedando a salvo sus derechos para la acción ordinaria.

CAPÍTULO 38
INTERDICTO DE OBRA NUEVA PERJUDICIAL y DAÑO TEMIDO

*Muchas veces la sabiduría llega
cuando menos uno lo necesita.*

Aforisma chino

ANTECEDENTES Y OBJETO.-

Primeramente aclarar que el interdicto de obra nueva perjudicial y daño temido son dos acciones totalmente distintas y con objetos precisos, lo cual si bien no esta debidamente acreditado a través del CPC, esta falencia la subsana nuestro legislador a través del CC, por cuanto expresamente nos

indica que se debe entender por obra nueva perjudicial, a través del Art. 1463 y lo mismo ocurre con el daño temido regulado en el Art. 1464 del mismo cuerpo legal.

Realizada esta aclaración, diremos que la denuncia de obra nueva presupone que surja una construcción nueva y siempre que se haya iniciado no más de un año antes de la demanda y que no esté concluida, (de acuerdo al Art., 1463 del CC) que pueda originar daño al objeto del derecho de propiedad, o real de goce, o de la posesión del denunciante.

La obra nueva debe consistir además, en algo que inevitablemente ha de modificar un estado de hecho existente, por ejemplo, respecto de la caída de las aguas pluviales (Art. 126 CC), de la inobservancia de las reglas relativas a las luces y vistas (Art., 122 y sgtes del CC.), o de las relativas a las distancias en las construcciones, excavaciones y plantaciones (Arts., 119 y sgtes del CC).

Acerca del carácter perjudicial de la obra nueva, ha de considerarse que el mismo, ha de consistir en un perjuicio material, no en un daño jurídico. La gravedad del mismo, sea que afecte la estabilidad o seguridad de las construcciones preexistentes, sea que se refiere a las reglas de vecindad mencionadas anteriormente, se verifica mediante informes periciales e inspección judicial, inclusive, dentro de los procedimientos señalados por los Arts., 615 y siguientes del PC.

El interdicto de daño temido, implica que, de una cosa (edificio, columna, árbol) ya existente de un vecino, derive, por cualquier causa (aún natural), peligro de daño grave y próximo para alguna persona o cosa.

La demanda, deja sin efecto la excepción favorable al propietario del edificio o construcción ruinosas que ha causado daño (Art., 997 del CC) y, con mayor razón, si el daño se produce después de la resolución judicial, que le obliga a tomar medidas para evitar el daño temido. El procedimiento es el mismo que para el interdicto de obra nueva (Art. 615 y sgtes del CPC.). Los interdictos de obra nueva y daño temido, aún cuando correspondan también a todo poseedor, no son acciones posesorias, porque tienen una naturaleza cautelar de que carecen éstas.

PROCEDENCIA.-

La demanda podrá interponerse por el dueño o poseedor de la cosa y será dirigida contra el dueño de la obra, y si éste no pudiere ser habido o fuere desconocido, contra el director o encargado de ella. La acción corresponde a quién tiene la posesión actual de la cosa amenazada por el daño temido, cualquiera que sea la naturaleza de su posesión, aunque no exhiba título alguno (Alsina).

TRÁMITE.- DEMANDA.-

La demanda se interpondrá, en el caso de denuncia de obra nueva perjudicial, dentro del año del interdicto, salvo el caso de denuncia de daño temido, en el que no existe ningún plazo de caducidad; ante el juez instructor ordinario del lugar donde se encuentra el inmueble que provoca el daño. Admitida la demanda, el juez ordenará la suspensión inmediata de los trabajos y señalará día y hora para la audiencia de inspección, que deberá realizarse dentro del plazo máximo de 3 días a contar desde la presentación de la demanda. Asimismo dispondrá el reconocimiento de la obra o cosa por peritos, efecto para el cual podrá designar uno de oficio, siempre que no hubieran designado las partes sus propios peritos.

Los peritos deberán prestar sus informes en el acto de la audiencia o dentro del plazo máximo de 3 días a contar desde el día de la inspección.

El juez según las circunstancias y como resultado de la inspección, podrá mantener la suspensión ordenada o mandará la continuación de la obra, pudiendo abrir el plazo probatorio de ocho días.

SENTENCIA.-

Vencido el plazo probatorio, si es que se hubiere abierto, o después de presentados los informes periciales, el juez sin más trámite dictará sentencia ordenando, si el demandante hubiere justificado

su demanda, la suspensión definitiva o la demolición de la obra, o en su caso las medidas convenientes para evitar el daño temido. Sin embargo, si a criterio del juez fuere posible una modificación o reparación adecuada en la obra para evitar el daño o perjuicio, podrá mantener la suspensión y concederá al demandado un plazo prudencial a fin de ejecutar la modificación o reparación, bajo conminatoria de que el demandante podrá realizarlas a cargo de aquél. Los gastos ocasionados serán cobrados por la vía coactiva. La parte perdidosa será condenada al pago de costas y daños y perjuicios.

CAPÍTULO 39 EL PROCESO DE DESALOJO

*La justicia exige que cada cual
haga aquello que le corresponde con
respecto al fin último.*

Platón

CONCEPTO.

El juicio civil de Desalojo tiene por objeto restituir al propietario en la posesión de un bien alquilado o arrendado. También puede decirse que es el desahucio que se efectúa del locatario de un inmueble, casa – habitación, local comercial o similar, por las razones expresamente autorizadas por ley o previstas según el contrato.

Por su parte el CC, en su Art. 685 nos da una noción de lo que debe entenderse por contrato de arrendamiento, en los términos siguientes: "El arrendamiento es el contrato por el cual una de las partes concede a la otra el uso o goce temporal de una cosa mueble o inmueble a cambio de un canon".

Asimismo el CC hace una distinción entre mansión y vivienda, aunque sin definir lo que debe entenderse por mansión. Sin embargo el Diccionario de la Real Academia, define a mansión como a "casa suntuosa o lujosa". Este tipo de inmuebles están excluidos del régimen de vivienda, porque

son alquiladas por personas con suficientes recursos y que no necesitan la protección legal que favorece a quienes la necesitan de manera imprescindible.

CONCEPTO DE VIVIENDA.- Se tendrá por vivienda la casa, departamento o habitación que el locatario utilizare, en virtud de un contrato celebrado por escrito o verbalmente, como su morada y la de los miembros de su familia dependiente de él sirviéndole de prueba, en caso de de contrato verbal el recibo de pago de alquileres.

3.- Por su parte el Art., 622 del CPC Civil amplía la protección legal a favor de la vivienda, respecto a: "Los pequeños talleres artesanales o pulperías, donde los ocupantes tuvieran a la vez su morada, serán considerados como vivienda siempre que hubieran tenido esta doble calidad desde el momento del contrato".

CAUSALES DE DESALOJO.-

EL Desalojo De vivienda procederá en los casos siguientes: 1.- Por falta de pago de alquileres durante tres meses vencidos. Sin embargo deben tenerse presente algunas situaciones especiales: Por ejemplo: si el arrendador, con el propósito de tener una causa, no acepta el pago de alquileres. Entonces debería consignarse los meses devengados, previa declaratoria de mora del acreedor. Sin iniciada la acción, el arrendatario paga un mes de alquiler, para evitar el Desalojo, en este caso, una vez que se ha cumplido la causal prevista en la ley, debe darse curso a la demanda formulada. 2.- Cuando el propietario necesitare el inmueble para vivir en él por estar viviendo en casa ajena. La elección del inmueble, departamento o habitaciones que se pretendiere hacer desalojar quedará atribuido al locador. 3.- Cuando el propietario tuviere necesidad de todo el inmueble para una construcción nueva. En este caso se necesitará presentar la autorización municipal, contrato de trabajo y planos aprobados. Los trabajos deberán ser iniciados dentro del plazo de 30 días de la desocupación (una vez concluido el juicio de desalojo). 4.- Cuando el propietario tuviere necesidad de hacer reconstruir el inmueble y siempre que no se tratare de simples reparaciones de mantenimiento. Dicha necesidad se justificará con el contrato de trabajo y los planos aprobados por la autoridad municipal. Los trabajos deberán iniciarse en el plazo señalado en el artículo precedente (30 días). 5.- Cuando fuere necesaria la demolición del inmueble por su estado ruinoso debidamente calificado. 6.- Cuando el inquilino tuviere casa propia. 7.- Cuando el inquilino subalquilara todo o parte del inmueble. 8.- cuando el inquilino subrogare el contrato de locación. 9.- Cuando el inquilino diere al inmueble un uso distinto para el que hubiere sido alquilado. 10.- Cuando el inmueble fuera adquirido o expropiado por causa de necesidad y utilidad pública. Respecto a esta última causal, ha de entenderse que la acción de Desalojo corresponde al expropiante.

TRÁMITE.-

El trámite se sujetará al proceso sumario ante juez instructor (ordinario en lo civil). La demanda será admisible previa presentación del talonario fiscal correspondiente, hecho que se hará constar en el cargo con especificación de los datos necesarios. Se entiende que será competente el juez instructor ordinario en lo Civil, del lugar donde se encuentra el inmueble arrendado. Debe agregarse que en el caso de demanda por subinquilinato y subrogación, la acción se seguirá simultáneamente contra el inquilino y el subinquilino o subrogatario.

Admitida la demanda, en caso de haberse acompañado el talonario fiscal de recibo de alquileres, Queridos mamá y papá: en éste caso es un requisito de admisión y corrido el traslado correspondiente, el demandado tiene el plazo de 5 días para responder y oponer excepciones, debiendo en dicho caso, o en su rebeldía, el juez proceder a abrir un término probatorio de 20 días común a las partes, fijando los puntos de hecho a probarse por las partes.

En el proceso de Desalojo no se admite reconvencción, en razón de que su objeto consiste simplemente en recuperar la posesión del inmueble a favor del propietario. La apelación contra la sentencia se concederá en el efecto suspensivo. En cuanto al recurso de casación, si bien el Art.,

255 del CPC, no menciona expresamente al proceso de Desalojo entre las resoluciones contra las que procede el recurso de casación; se lo admite porque se trata de un proceso sumario.

SENTENCIA.-

Una vez realizado el trámite, en proceso sumario, como ya se dijo, se dictará la sentencia en el plazo de 20 días, conforme a la previsión del Art., 204, inciso 2) del CPC, que se computará desde el momento en el que el expediente ingrese a despacho para resolución.

PLAZOS PARA EL DESALOJO.-

Una vez ejecutoriada la sentencia de Desalojo el juez concederá los siguientes plazos para el efectivo desahucio del inmueble: 1) para habitación treinta días. 2) para departamento, setenta días. 3) para casa completa, noventa días, sin embargo, en muchos casos en la práctica, esos plazos se establecen en la parte resolutive de la sentencia.

RESTITUCIÓN DEL INMUEBLE AL INQUILINO.-

En el caso en que el propietario no cumpliera con lo previsto en los incisos 2, 3 y 4 del Art., 623 del CPC, dentro del plazo de 30 días desde que se hubiere ejecutoriado la sentencia de Desalojo; el inquilino podrá demandar a su vez la restitución del inmueble ante el mismo juez de la causa, tramitándose como incidente. De la resolución a dictarse procederá la apelación en el efecto devolutivo, sin recurso ulterior. En caso de que la restitución no fuere posible, el locador pagará una multa equivalente a seis meses del alquiler que pagaba a tiempo de la desocupación.

CONTRATO MIXTO.-

De acuerdo al Art., 716 del CC se encuentra prohibido el contrato mixto, de alquiler y anticrético. En dicho caso resulta nula la anticresis debiendo el propietario restituir la suma recibida más el interés bancario comercial a partir del día en que recibió el dinero. Sin embargo, procederá igualmente el juicio de desalojo conforme a las previsiones del Art., 631 del CPC.

DESALOJO DE LOCALES DE COMERCIO Y OTROS.-

El Desalojo de locales de comercio, industria, oficinas y otros análogos, sujetos al régimen de libre contratación, como hemos adelantado en líneas anteriores, procederá por fenecimiento del plazo del contrato o por incumplimiento de cualquiera de sus condiciones.

Cuando no se ha pactado un término de vigencia del contrato, se entiende convenido por el plazo de un año tratándose de locales, amueblados o no, para el ejercicio de una profesión, una industria o comercio, de acuerdo al Art., 687-I del CC en dicho caso se debe notificar al arrendatario con el aviso de despido, con noventa o treinta días de anticipación en el primer o segundo caso, del citado Art. 687 ya citado; por que de lo contrario se produce la tácita renovación del contrato de acuerdo a los Arts. 709 y 710 del CC.

TRÁMITE.-

Cumplido el plazo o notificado el arrendatario en la forma prevista por el Art. 709 del CC, procederá el Desalojo también en proceso sumario, conforme lo determina el Art. 633 del CPC, en la misma forma establecida para los juicios relativos a inmuebles destinados a vivienda. Del mismo modo, debe presentarse la demanda acompañada del talonario fiscal de recibos de alquiler, que constituye un requisito de admisión.

En estos procesos no se admite reconvencción y la apelación de sentencia se concede en efecto suspensivo. Dictada la sentencia de Desalojo y una vez ejecutoriada, el juez concede los siguientes plazos para la desocupación: 1.- Para tiendas, pulperías, depósitos, oficinas, consultorios, bares, cantinas, salones de baile y análogos 30 días. 2.- Para casas comerciales, restaurantes, confiterías,

comedores, hoteles, industrias menores y otros análogos 60 días. 3.- Para sanatorios, clínicas y establecimientos industriales con más de 20 obreros, 90 días (Art. 634 del CPC).

Debe tenerse en cuenta que en los casos de Desalojo de locales de comercio, como en los de vivienda, los plazos para la desocupación se otorgan por el juez a tiempo de dictar sentencia, en su parte resolutive, no siendo necesario concederlos en ejecución de sentencia.

Cumplido el plazo concedido sin haberse desocupado el local, procede el lanzamiento conforme al Art., 635 del CPC; orden judicial que obliga al inquilino a dejar el local, luego de pronunciada la sentencia y ejecutoriada que sea la resolución en cuestión. Debe ejecutarse en días y horas hábiles por el Oficial de Diligencias del juzgado, mediante el mandamiento de lanzamiento correspondiente, que se expedirá con facultades de allanamiento y el auxilio de la fuerza pública en caso de resistencia. El ejecutor entregará los muebles, enseres, maquinarias y objetos al inquilino, o en su caso al depositario que designare el juez, bajo inventario.

En caso de que el lanzamiento se hubiere de hacer de los locales de comercio, el juez regulará en sentencia una multa, por cada día de retraso en la desocupación, que beneficiará al locador, a menos que existiere cláusula penal contractual; en cuyo caso el propietario demandante deberá solicitar su aplicación con carácter accesorio y el juez pronunciarse al respecto en la sentencia, postergando su cálculo para la ejecución, de acuerdo al Art., 637 del CPC.

En caso de que el Desalojo se hubiera demandado por falta de pago de alquileres, el juez dispondrá la retención de los bienes muebles necesarios para garantizar el pago de los alquileres devengados, quedando el locador en calidad de depositario. Pero dicha retención sólo podrá dar lugar al remate de dichos bienes, luego de haberse tramitado el juicio ejecutivo posterior, pero en ningún caso como emergencia de la ejecución de sentencia en el proceso de Desalojo.

CAPÍTULO 40 PROCEDIMIENTOS VOLUNTARIOS

Juzgar a otro es juzgarse a uno mismo.

William Shakespeare

CONCEPTO.-

Según algunos juriconsultos del Derecho Romano, se denominó jurisdicción voluntaria a los procedimientos judiciales seguidos sin oposición de partes, y en los cuales la decisión que el juez profiere no causa perjuicio a persona conocida. También se denomina jurisdicción voluntaria, al conjunto de actos que los órganos de la jurisdicción realizan frente a un solo interesado o en virtud del acuerdo de varios.

Lo que caracteriza al proceso voluntario, según Carnelutti, es el principio de unilateralidad, a diferencia del proceso contencioso que se caracteriza por el principio del contradictorio, que también se denomina principio de bilateralidad. Debe agregarse que los procesos voluntarios se ejercen Inter.-volentes (entre los que quieren) y los contenciosos entre Inter-nolentes (entre los que no quieren).

CLASES.-

Nuestro CPC, en su Art., 639 comprende a los siguientes procesos voluntarios: 1.- La declaratoria de herederos. 2.- La renuncia de herencia y la aceptación con beneficio de inventario.

La apertura, comprobación y protocolización de testamento. 4.- Los inventarios. 5.- La división de herencia y de otros bienes comunes. 6.- La mensura y deslinde. 7.- La rendición de cuentas. 8.- La declaratoria de ausencia y presunción de muerte. 9.- Los bienes vacantes y mostrencos. 10.- La oferta de pago y consignación.

Sin embargo, según la doctrina de los principales tratadistas del Derecho Procesal Civil, de la clasificación indicada sólo serían procedimientos voluntarios, en rigor, la mensura y deslinde, la declaratoria de ausencia y presunción de muerte y la oferta de pago y consignación. Lo demás debería incluirse entre los procesos universales. Es decir todos aquellos procesos en los cuales, inevitablemente, ha de examinarse en conjunto una multiplicidad de intereses que no pueden tener vida propia, según Osorio.

Debe además tenerse en cuenta, sin embargo, que varios procesos voluntarios están incluidos entre los procedimientos familiares del Código de la materia, así como en el nuevo Código del Menor, con regulación propia, por Ej.: Discernimiento de tutela, adopción, emancipación, separación de bienes matrimoniales, etc.

COMPETENCIA.-

De acuerdo con el Art. 640 del CPC vigente, los procesos voluntarios son de competencia de los jueces instructores Ordinarios en materia Civil, conforme a la atribución contenida en el Art., 177, inciso 3) de la L.O.J., mientras no resultaren contenciosos, de acuerdo a las reglas del Art. 177, inciso 3) de la L.O.J. mientras no resultaren contenciosos, de acuerdo a las reglas de Art., 10 del CPC. La excepción a la regla del citado Art., 640 es el de oferta de pago y consignación que deberá interponerse ante el juez de la cuantía.

TRÁMITE EN CASO DE OPOSICIÓN.-

En caso de suscitarse oposición en el proceso voluntario, el juez instructor ordinario en lo Civil lo declarará contencioso y será remitido, dentro de terceros día al Juez de Partido Ordinario, amenos que por la cuantía o por disposición expresa de la ley le correspondiere al juez instructor, caso en el cual éste continuará conociendo de él, conforme al parágrafo II del citado Art., 640 del CPC.

Declarada la contención, el juez a quien correspondiere tramitar el proceso en la vía ordinaria comenzará a sustanciarlo corriendo traslado de la oposición al demandante. El opositor se

considerará como demandado que hubiere opuesto excepciones, siempre que su oposición no importante reconvencción, caso en el cual se le dará el trámite correspondiente, es decir corriendo traslado con la reconvencción al actor para que responda en el plazo previsto para los juicios ordinarios.

Debe además tenerse en cuenta, sin embargo, que varios procesos voluntarios están incluidos entre los procedimientos familiares del Código de la materia, así como en el nuevo Código del Menor, con regulación propia, por Ej.: Discernimiento de tutela, adopción, emancipación, separación de bienes matrimoniales, etc.

COMPETENCIA.-

De acuerdo con el Art., 640 del CPC vigente, los procesos voluntarios son de competencia de los jueces instructores Ordinarios en materia Civil, conforme a la atribución contenida en el Art., 177, inciso 3) de la L.O.J., mientras no resultaren contenciosos, de acuerdo a las reglas del Art., 10 del CPC. La excepción a la regla del citado Art., 640 es el de oferta de pago y consignación que deberá interponerse ante el juez de la cuantía.

TRÁMITE EN CAOS DE OPOSICIÓN.-

En caso de suscitarse oposición en el proceso voluntario, el juez instructor ordinario en lo Civil lo declarará contencioso y será remitido, dentro de tercero día, al Juez de Partido Ordinario, a menos que por la cuantía o por disposición expresa de la ley le correspondiere al juez instructor, caso en el cual éste continuará conociendo de él, conforme al parágrafo II del citado Art., 640 del CPC.

Declarada la contención, el juez a quien correspondiere tramitar el proceso en la vía ordinaria comenzará a sustanciarlo corriendo traslado de la oposición al demandante. El opositor se considerará como demandado que hubiere opuesto excepciones, siempre que su oposición no importare reconvencción, caos en el cual se el dará el trámite correspondiente, es decir corriendo traslado con la reconvencción al actor para que responda en el plazo previsto para los juicios ordinarios.

**CAPÍTULO 41
DECLARATORIA DE HEREDEROS**

Si se espera resultados distintos, no
haga siempre lo mismo

Albert Einstein

ANTECEDENTES.- De acuerdo con el Art. 642 del CPC: "La declaratoria de herederos podrá pedirse en cualquier tiempo por los herederos presuntos". De su contenido parece inferirse que el derecho que regula puede considerarse imprescriptible. Sin embargo, para su correcta interpretación y aplicación deben tomarse en cuenta las disposiciones correlativas del CC, como veremos a continuación.

La simple petición de declaratoria de herederos presupone una aceptación expresa de la herencia en los términos del Art., 1025, párrafo I del CC por haber asumido el título de heredero. Ahora bien, el heredero para aceptar pura y simplemente la herencia tiene el plazo de 10 años desde que se abre la sucesión (o desde que se cumple la condición, si es condicional la institución hereditaria), vencido el cual ese derecho prescribe de acuerdo al Art., 1029 del CC. El Código sustantivo reitera esa regla en el Art., 1456, al señalar el plazo de 10 años para la prescripción de la acción de petición de herencia, cuya principal finalidad es obtener el reconocimiento de la calidad de heredero, que se alcanza mediante la declaratoria regulada por el Art., 642 del Código de CPC.

En consecuencia, ha de entenderse la regla del Art., 642 del CPC en sentido de que podrá intentarse la declaratoria de herederos en cualquier tiempo, dentro del plazo para aceptar la herencia señalado por ley (Art., 1025 del CC). La razón de la especial formulación del Art., 642 del CPC, se debe a que en la Compilación Procesal abrogada, la declaratoria de herederos se encontraba dentro de los procesos interdictos, bajo el denominativo de misión en posesión hereditaria y como interdicto posesorio que era, debía ser intentado dentro del año de abierta la sucesión, constituyendo la declaratoria de herederos una excepción a dicha regla, pues dicho plazo ya no rige para este procedimiento, como para todos los de naturaleza voluntaria.

DEMANDA.-

Requisitos.- La demanda deberá ser presentada por los herederos de cualquier clase; pero será importante hacer una aclaración con relación a los herederos forzosos, que de acuerdo al Art., 1007 del CC no precisan de declaratoria de herederos publicidad y la posterior transferencia de bienes inmuebles y muebles sujetos a registro emergentes de la sucesión. Se presentará ante el Juez Instructor Ordinario de Turno en lo Civil en las capitales de Departamento y ante el Juez Instructor simplemente en provincias, conforme al Art., 640 del CPC; acompañando los siguientes documentos: 1.- La partida de defunción del causante, es decir el certificado de defunción del de cujus. 2.- Los documentos que acrediten el grado de parentesco de los demandantes con el causante (certificados de nacimiento, matrimonio u otros instrumentos similares). 3.- El nombre o los nombres de los otros coherederos que hubiere, que deben mencionarse imprescindiblemente, aunque en la práctica forense muchas veces los Abogados por descuido no lo hagan, sin que esta omisión impida el trámite y la declaratoria de herederos, pues el juez está obligado a salvar el derecho de terceros con igual o mejor derecho (Art., 643 del CPC).

TRÁMITE.-

Todas las demandas o solicitudes de declaratoria de herederos de una misma sucesión se acumularán y tramitarán en un solo expediente, fuere que los herederos presuntos se creyeren con igual o mejor derecho (Art., 644 del CPC). Norma procesal que tiene por finalidad no repetir o desdoblarse trámites respecto a la misma sucesión.

En vista de la prueba literal preconstituida acompañada, el juez pronunciará resolución definitiva declarando herederos a quienes hubieren acreditado su derecho y salvando los de terceros; resolverá asimismo la oposición u oposiciones que se hubieren suscitado.

POSESIÓN Y FIANZA.- Dictada la resolución prevista en el Art., 645 del CPC, el juez procederá a dar posesión de los bienes a los herederos conforme a las previsiones de los Arts., 599 y 600 del CPC, previa presentación del comprobante de haberse pagado el impuesto sucesorio. Para cuyo efecto, puede continuarse el procedimiento de posesión, una vez dictada la resolución, presentando con la solicitud el comprobante de pago del impuesto sucesorio y los títulos de propiedad de los bienes cuya posesión se pretende. O, en su caso, intentarse el interdicto de adquirir la posesión en

un procedimiento separado, aunque resultaría una ociosa repetición del mismo trámite. Por lo tanto, no será necesario para continuar con el proceso de posesión, emergente de la declaratoria de herederos, presentar nuevamente la resolución judicial respectiva.

Sin embargo, los herederos que se creyeren perjudicados podrán pedir fianza al o los herederos declarados, para las resultas del proceso ordinario. Esta fianza deberá ser previa a la toma de posesión de los bienes y quedará extinguida si transcurridos treinta días desde su otorgamiento no se interpusiere la demanda ordinaria. Esta fianza de resultas deberá ser calificada por el juez tomando en cuenta la importancia y valor de los bienes cuya posesión se solicita.

CAPÍTULO 42

RENUNCIA DE HERENCIA Y ACEPTACIÓN CON BENEFICIO DE INVENTARIO

Justicia es el hábito de dar a cada quien lo suyo.
Ulpiano

CONSIDERACIONES GENERALES.- El procedimiento establecido en los Arts., 648 al 641 del CPC, es nuevo y corresponde a la necesidad de normar la forma de cumplimiento de los preceptos del Código sustantivo a que se refiere.

De acuerdo con el Art., 1016 del CC: "Toda persona capaz puede aceptar o renunciar una herencia". Debe aclararse sin embargo que dicha norma se refiere a las personas capaces de obrar, es decir a las mayores de 18 años. Dicha capacidad, no debe confundirse con la capacidad política,

referida al derecho a ser electores, que de acuerdo a las reformas de nuestra Constitución está reservada también a los mayores de 18 años.

En cuanto a las sucesiones abiertas a favor de menores e incapaces en general, de acuerdo al párrafo II de la misma norma, serán aceptadas o renunciadas por sus representantes – padres, tutores o curadores legales de acuerdo a las normas del C. de Familia (Arts. 266, 270, 300, 318 y 470).

La facultad de renunciar, aceptar pura o simplemente o con beneficio de inventario sólo puede ejercerse una vez abierta la sucesión, es decir con la muerte del causante.

Si el llamado a la sucesión muere antes de aceptar o renunciar la herencia, el derecho se transmite a sus herederos (Art. 1017 del CC).

Esta norma resulta de una simple aplicación de las reglas de la representación. Así entrará en la sucesión el hijo del heredero o su nieto

El Art., 1018 del Código sustantivo, determina la nulidad de la aceptación o renuncia anticipada de la herencia instituida por una persona viva, en aplicación del principio de que se abre la sucesión cuando el causante muere, ya que sine l cumplimiento de dicho requisito la opción carece de causa. Por su parte, el Art., 1019 del mismo Código, establece la indivisibilidad e individualidad de la aceptación a renuncia, en el sentido de que no se puede aceptar o renunciar una herencia bajo condición o a término, ni aceptarse una parte renunciando a la otra. En los primeros casos se entenderá que el heredero ha renunciado a la herencia y en el último se tendrá toda ella por aceptada.

La aceptación y renuncia es un derecho individual y, en consecuencia, cada uno de los herederos ejerce su derecho separadamente y por su parte.

El heredero está obligado a manifestar su opción, respecto a todos los bienes de la sucesión; no puede aceptar la sucesión respecto a ciertos bienes y renunciar a los restantes. Por eso se dice que es indivisible. También es pura y simple porque el heredero no puede ejercer la opción con un término o una condición. La individualidad, es consecuencia de la unidad del patrimonio y de la sucesión. La divisibilidad, se presenta en cuanto a las personas porque la opción es un derecho individual, en virtud del cual cada coheredero es libre para adoptar una decisión diferente.

El Art. 1020 del CC dispone que la aceptación y la renuncia de la herencia pueden anularse por error, violencia a dolo. El término para demandar la anulación es de treinta días contados desde que cesó la violencia o desde que se descubrió el error o el dolo.

Se aplican a la opción del heredero las reglas de los vicios del consentimiento con algunas reservas derivadas de la particularidad de la opción.

Sin embargo llama la atención el brevísimo plazo de prescripción de la acción de anulabilidad, pues su fuente el CC italiano establece el término de 5 años que corresponde en general a todos los derechos patrimoniales, y que recoge para la prescripción genérica también el Art., 1507 del CC vigente en nuestro país.

La aceptación y la renuncia de la herencia son irrevocables, pero podrán ser impugnadas por terceros interesados.

Sin embargo, conforme lo establece el párrafo II del Art., 1021 del CC; los acreedores del heredero podrán demandar la nulidad de la aceptación de una sucesión insolvente, o pedir al juez les autorice para aceptar la herencia en lugar del renunciante; en este caso la renuncia sólo se anula a favor de los acreedores y hasta la concurrencia de sus créditos, pero no favorece al renunciante.

RENUNCIA DE HERENCIA.-

La renuncia a la herencia debe ser expresa, carácter que se manifiesta en la declaración escrita que el renunciante debe hacer ante el juez instructor conforme al Art., 1052 del CC.

PLAZO.-

El plazo para hacer la renuncia es de diez años, a partir de la apertura de la sucesión (Art. 1053 del CC), a menos que haya mediado orden judicial, dada a instancia de parte interesada, reduciendo dicho plazo al determinado por el Art. 1023 del CC, treinta días como máximo, a contar de los nueve días del fallecimiento del de cujus. Plazo en el cual el heredero debe declarar si acepta o renuncia a la herencia.

En ese plazo debe el heredero declarar que acepta la herencia en forma pura y simple, o que renuncia a ella, o que se acoge a los plazos y procedimientos para la aceptación con beneficio de inventario optando por una de las alternativas señaladas en el Art. 1033, siempre y cuando al momento de optar no hubiera prescrito su derecho conforme al Art., 1032.

ACEPTACIÓN PURA Y SIMPLE.-

La aceptación pura y simple puede ser expresa o tácita. La aceptación es expresa cuando se hace mediante declaración escrita presentada al juez instructor en lo civil, o bien cuando el sucesor ha asumido el título de heredero (cuando se hace declarar heredero judicialmente).

La aceptación es tácita cuando el heredero realiza uno o más actos que no tendría el derecho de realizar sino en su calidad de heredero, lo cual hace presumir necesariamente su voluntad de aceptar. Por ejemplo: Importa aceptar la herencia la cesión gratuita u onerosa que el heredero haga de sus derechos sucesorios a favor de un extraño o de todos o algunos de los coherederos. Este es un caso de aceptación tácita.

También importa una aceptación tácita, la renuncia gratuita por el heredero en herederos determinados, así como la renuncia onerosa en todos los coherederos.

Por su parte, no importan aceptación los actos necesarios que el heredero realiza a título conservativo y de mera administración, como protestar letras de cambio, inscribir hipotecas, interrumpir prescripciones y reparar las cosas, así como los actos realizados con carácter urgente, como los gastos de última enfermedad y entierro y las remuneraciones a los empleados en labores domésticas.

Tampoco importan aceptación las ventas que el heredero haga de bienes expuestos a perecer o de cosechas ya maduras, siempre que haya mediado previa autorización judicial.

EFFECTOS DE LA ACEPTACIÓN PURA Y SIMPLE.-

Por efecto de la aceptación pura y simple, el patrimonio del de cujus y el patrimonio del heredero se confunden y forman uno solo, cuyo titular es este último. Por tanto los derechos y obligaciones del de cujus se convierten en los del heredero y éste es responsable no sólo de las deudas propiamente dichas sino también por los legados y cargas de la herencia.

ACEPTACIÓN CON BENEFICIO DE INVENTARIO.-

La aceptación con beneficio de inventario, debe hacerse por el heredero dentro del plazo de seis meses desde que se abre la sucesión, también mediante declaración expresa hecha por escrito ante el juez instructor (Arts., 1031 y 1032 de CC).

Según el interesado haya optado por una de las alternativas que señala el Art., 1033 del CC (aceptación previa al inventario o inventario previo a la deliberación para aceptar), además de la lista de acreedores de la sucesión que prevé el Art., 648 del CPC, debe fundamentalmente presentar o elaborar el inventario correspondiente (Art., 1034 y 1435 del CC) en los plazos y condiciones fijados por ley.

Si el heredero opta por declarar que acepta la herencia con beneficio de inventario, deben comenzar a levantarlo dentro de los dos días siguientes a la última citación hecha a los acreedores de la sucesión y a los legatarios, y terminarlo en el lapso de dos meses. El juez señalará un plazo razonable, no mayor de diez días, para practicar las citaciones. Por justo motivo puede el juez conceder prórrogas prudenciales de estos últimos plazos, que no excederán respectivamente, del tiempo indispensable para practicar las citaciones, ni de otros dos meses para terminar el inventario.

Si ha transcurrido el plazo sin que el inventario haya terminado, se tendrá al heredero como aceptante puro y simple.

PLAZO PARA HACER EL INVENTARIO Y DESPUÉS DELIBERAR.-

En el caso del heredero que ha optado porque previamente se levante el inventario para luego deliberar, se procederá en forma idéntica a la prevista por el Art., anterior. Transcurrido el plazo sin que el inventario haya terminado, se tendrá al heredero por renunciante.

Terminado el inventario, el heredero tiene un plazo de veinte días, desde la fecha en que terminó el inventario para deliberar si acepta o no la herencia. Vencido el término sin que hubiera deliberado se tendrá al heredero por renunciante.

TRÁMITE.-

El heredero que pretenda aceptar o renunciar a la herencia en forma pura y simple o aceptarla con beneficio de inventario, se presentará ante el Juez Instructor Ordinario de turno en lo Civil y Comercial, en las capitales de Departamento o ante el juez instructor en provincias, dentro de los plazos y condiciones que hemos referido anteriormente, adjuntando la partida de defunción del causante, los documentos que acrediten el grado de parentesco de los herederos en relación al causante e indicando los nombres de los otros coherederos si los hubiere y expresando su decisión en alguna de las formas previstas por el Art., 648 del CPC. En caso de aceptar la herencia con beneficio de inventario, acompañará una lista de los acreedores del causante y sus domicilios, además de los requisitos de fondo y forma previsto en el Art., 327 del CPC., en lo que corresponda.

El juez a tiempo de admitir la demanda, dispondrá la citación de los coherederos y acreedores domiciliados en el asiento del juzgado y la publicación de edictos por dos veces en el lapso de quince días, con intervalo de cinco entre una y otra, en la forma que prevé el Art., 125.

El procedimiento puede convertirse en contencioso en el supuesto del Art., 1043 del CC (ocultación u omisión de mala fe); si antes de la resolución a que se refiere el Art. 650, algún interesado denuncia ocultación de bienes u omisiones de mala fe en el inventario presentado por el heredero a beneficio de inventario, cuya comprobación puede requerir un proceso ordinario, aunque según el Art. 669, tratándose de la facción de inventarios, el caso puede ser resuelto en el mismo procedimiento voluntario, probado que sea el hecho en término incidental de prueba.

RESOLUCIÓN.-

Cumplidos los requisitos legales y las citaciones previstas en el Art., precedente, el juez pronunciará resolución declarando, según el caso, aceptada la herencia con beneficio de inventario, o renunciada, excepto en el caso previsto en el Art., 1053 del CC.

INTERVENCIÓN DE TERCEROS.-

Los acreedores o cualquier otro interesado, para el ejercicio de las acciones en defensa de sus derechos les reconociere el Código Civil, deberán presentar sus solicitudes acompañando los documentos fehacientes que acrediten sus pretensiones.

CAPÍTULO 43

COMPROBACIÓN, APERTURA Y PROTOCOLIZACIÓN DE TESTAMENTOS.

*Abogado que no lee cada día, es cada día
menos abogado..*

Eduardo Couture

DEMANDA.-

Consideraciones generales.- El procedimiento "voluntario" de comprobación, apertura y protocolización de testamentos, es conocido en otras legislaciones como "juicio universal de testamentaría", como ya adelantamos en lecciones anteriores. La palabra testamentaria, derivada de testamento, tiene un variado y extenso uso dentro del lenguaje jurídico o forense. Se emplea como sinónimo de sucesión y del caudal de ella; se alude con ella a todo lo relativo a la ejecución de las últimas voluntades, etc.

Además del heredero y del albacea, entre los otros interesados legítimos mencionados en el Art. 652 del CPC ha de tenerse en cuenta a los legatarios de parte alícuota y a los acreedores. Estos, indudablemente, habrán de apersonarse, para ser considerados interesados legítimos, con el respectivo título escrito que justifique cumplidamente su crédito.

Como la sucesión se abre al fallecimiento real o presunto del de cujus (Art., 1000; del CC), el hecho ha de acreditarse en la única forma permitida por la ley; mediante certificado del Registro Civil (Art., 1525 y 1534 del CC y 61 de la L. del Reg. Civil).

La competencia del juez del lugar donde fue otorgado el testamento, consideramos que se refiere únicamente al caso de testamentos cerrados, como lo hacía con fundada razón el Art., 595 de la Compilación abrogada. Sin embargo el Art., 652 del CPC vigente parece extender esa competencia para todos las clases de testamento, lo que parece impropio. En el caso de los testamentos

abiertos, porque el Art. 658, con buen criterio, declara que éstos no requieren protocolización (porque al ser otorgados mediante escritura pública, ya lo están), ni comprobación. En el caso de los testamentos especiales (otorgados a bordo de naves o aeronaves, o por militares en acción de guerra o siendo prisioneros, por ejemplo.), porque la imposibilidad parece obvia, por lo menos en la mayor parte de los supuestos que legisla el CC (Art., 1134 a 1142), excepto el caso del Art., 1136 del mismo cuerpo legal, al que concretamente se refiere el párrafo II del Art., 660 del CPC para el efecto. Pudo extenderse esa competencia únicamente a los testamentos abiertos otorgados ante testigos solamente y para los testamentos verbales (Art. 1150 del CC), para que la lógica del precepto no se resienta.

Aún para el caso de estos dos últimos y del os cerrados, ha de considerarse la posibilidad de que ellos hayan sido otorgados en lugar diverso (dentro o fuera de la república) del domicilio del de cujus (o del último domicilio que hubiera tenido en el país, si el fallecimiento se produce en el extranjero, Art., 1001, del CC), donde debe abrirse la sucesión y, en rigor, donde debe tramitarse la comprobación, apertura y protocolización, de testamentos, que es prácticamente la manifestación objetiva de la apertura de la sucesión testamentaria.

Resulta innegable que, para algunos casos, la rigidez del precepto puede hacerlo impracticable. De ellos deriva que la comprobación mediante comisiones que se refiere el Art., 660, párrafo II del CPC, debió ser extendida para todos los casos, tratándose de testamentos otorgados en lugar distinto al de la apertura de la sucesión dentro del territorio de la República, y estar a las comprobaciones debidamente autenticadas y legalizadas, que los interesados pueden traer del exterior, para la homologación y ulterior protocolización en los registros nacionales (Art. 1143, párrafo II del C. Civil y 662 del CPC. En Resumen, el heredero, albacea o cualquier otro interesado legítimo en la comprobación, apertura y protocolización de un testamento, lo pedirá ante el juez del lugar donde fue otorgado, acompañando el certificado de defunción del testador.

PROVIDENCIA.-

El juez señalará día y hora para la audiencia, en que tendrá lugar el acto, con emplazamiento de testigos, notario y persona en cuyo poder se hubiere depositado el pliego testamentario.

AUDIENCIA.-

De conformidad al Art. 654 del CPC, instalada la audiencia, por disposición del juez y previo juramento, los testigos.

1.- Reconocerán si la cubierta que se les presentare y contuviere el pliego testamentario, es la misma que entregó personalmente el testador al Notario y si notan alguna alteración o violación en sus cierres y sellos.

2.- Declararán si todos, reunidos en un mismo acto y lugar, presenciaron la entrega de la cubierta al notario y suscribieron conjuntamente con éste y con el testador el acta correspondiente.

3.- Declararán si el testador se encontraba en el uso pleno de sus facultades mentales y si les oyeron manifestar que la cubierta contenía su testamento o si se dio el caso del Art. 1129 del Código Civil (Testamento cerrado del mudo o sordomudo).

4.- Reconocerán sus firmas estampadas en el acta de la cubierta.

Si uno o más testigos hubieren muerto o estuvieren ausentes o imposibilitados de modo que no pudieren comparecer en la audiencia, se procederá de la siguiente manera: El juez mandará a levantar una información sumaria sobre si las firmas de los fallecidos o ausentes, son o no, las mismas que parecen en el testamento y si ellos estuvieron en la fecha y lugar donde se otorgó; siendo abonadas se procederá su protocolización en el registro notarial como escritura pública (Art. 1152 del C. Civil).

Cumplidas las formalidades prescritas en el Art. 654 del CPC, el juez ordenará la apertura del pliego y su lectura por el actuario. Se levantará el acta respectiva que será firmada por el juez, notario, testigos, e interesados (herederos) si quisieren hacerlo.

Concluidas las diligencias el juez dictará resolución definitiva ordenando la protocolización del testamento y demás actuados en una notaria de fe pública. En caso de que el testamento resultare redactado en idioma extranjero, el juez ordenará que sea vertido al idioma oficial (español), por dos traductores juramentados, cuya versión será reducida a escritura pública y protocolizada.

DECLARATORIA DE CONTENCIÓN.-

Si en el acto de la audiencia se alegare suplantación de la cubierta; alteración del acta labrada en ella, violación del sello y cierre, o no hubiere acuerdo en los testigos sobre los hechos señalados en el Art., 654, no se suspenderán los trámites de comprobación, apertura y protocolización si a juicio del juez lo alegado creciere de fundamento; caso contrario declarará contencioso el procedimiento para tramitarse y resolverse por la vía ordinaria.

Producida la contención en alguno, algunos o todos los supuestos del citado Art., 657, se dará al asunto el trámite de juicio ordinario, pasando el proceso al juez competente que corresponda por la cuantía. Esta se determina por la del caudal hereditario. En caso de corresponder por la cuantía al juez de Partido, se procederá de acuerdo al Art., 640 del CPC y se tramitará como proceso ordinario. Las causas de la contención tienen que se tales que justifiquen la ordinarización del proceso. Esta librada al criterio del juez declarar la contención y convertir el proceso voluntario en uno ordinario, debiendo procederse de acuerdo al Art. 640 y 641 del CPC, también corresponde al juez, en caso de que la suplantación, alteración y violación mencionadas en el Art. 657 del CPC, constituyen el delito de falsificación penada por el Art., 198 del C. Penal, caso en el cual, ha de suponerse que el juez debe remitir antecedentes al Ministerio Público, para el juzgamiento respectivo.

TESTAMENTO ABIERTO.-

El testamento abierto otorgado ante notario y testigos que corriere protocolizado en los registros notariales no necesitará comprobación para surtir efectos legales, porque constituye una escritura pública con la fuerza probatorio que los Art.s 1287 y 1289 del CC le reconocen.

TESTAMENTO ANTE TESTIGOS SOLAMENTE.-

La comprobación y protocolización del testamento abierto y otorgado ante testigos solamente (con los requisitos exigidos por los Art. 1133, con relación al 1132 del CC), se practicará en audiencia, con el reconocimiento de sus firmas y la declaración de que las disposiciones contenidas son las mismas que hubieren oído dictar al testador o que éste les hubiere presentado redactadas. Las declaraciones deberán ser uniformes en cuanto a lo principal del testamento, requisito sin el cual no será válido. Cumplidos los requisitos legales ya referidos, el juez dispondrá la protocolización del testamento y actuados pertinentes en una notaria de fe pública, conforme a la reglamentación contenida en el Art. 1149 del CC. El precepto del Art., 659 del CPC, ha de aplicarse también a los testamentos verbales a que se refiere el Art. 1150 del C. Civil y que, sin duda alguna, son los que pueden otorgar los campesinos, si no pueden hacerlo en alguna de las formas señaladas en el Capítulo III, título III del libro IV del CC, en su idioma propio sujetándose a sus usos, mientras no sean contrarios al orden público y a las buenas costumbres. En este caso se requiere que la mayoría de los testigos sean uniformes sobre el contenido del testamento, pues en caso de que estos difieran sobre cuestiones sustanciales, el testamento se considera nulo.

TESTAMENTOS ESPECIALES.-

Tratándose de testamentos especiales comprendidos en el libro IV, título III, capítulo III, sección III del C. Civil, la comprobación y protocolización se hará en la forma prevista en el artículo anterior en todo cuanto fuere pertinente.

En el caso del Art., 1136 del C. Civil (testamento a bordo de nave o aeronave), las declaraciones y el reconocimiento de firmas de los capitales o comandantes de las naves y testigos, podrán hacerse mediante comisión ante el juez del lugar donde ellos pudieren ser habidos; si tuvieran que producirse fuera de la república se harán asimismo mediante comisión de acuerdo a las leyes del país respectivo.

NULIDAD DE CLÁUSULAS TESTAMENTARIAS.-

Si se alegare la nulidad de alguna o algunas cláusulas del testamento, no se suspenderá su protocolización y se seguirá la acción que correspondiere por la vía ordinaria. El precepto del Art., 661 del CPC, habla sólo de la nulidad parcial del testamento. Las nulidades parciales (de alguna o algunas cláusulas), propiamente son casos de anulabilidad, no afectan al testamento entero, sino a las cláusulas pertinentes. Por Ej.: Disposiciones a favor de personas incompatibles para recibir por testamento: tutores, notarios, testigos, personas interpuestas, etc. (Art. 1122 del C. Civil); una institución fideicomisaria (Art. 1170 C. Civil); una disposición sobre personas o cosas inciertas y no identificables (art. 1159 C. Civil); institución sujeta a condiciones ilícitas o imposibles (Art. 1164 del C. Civil), la desheredación sin expresar claramente la causa y los motivos que la apoyan (Art., 1176 C. Civil); la modificación, supresión o imposición de cargas y condiciones sobre la legítima de algunos, algunos o de todos los herederos instituidos (Art., 1066 C. Civil), etc. En todos estos casos, existe nulidad parcial y corresponde la anulación de las cláusulas que las contenga. Sin perjuicio de lo anterior el testamento debe protocolizarse porque las cláusulas restantes son válidas.

En realidad, aún un testamento enteramente nulo, también debe ser protocolizado, porque declarar esa nulidad si existe, no es el objeto del procedimiento que se estudia, ni corresponde a su competencia. La nulidad del testamento, en éste caso debe ser declarada el juicio ordinario, por el juez competente para conocer de él. La nulidad total del testamento puede provenir de la falta de cualquier requisito de fondo exigido en el testador (capacidad, testamento conjunto u otorgación por poder o encargo, Art., 1119, 1114 y 1115 del C. Civil), o la ausencia o violación de la forma, que en los testamentos de requisito ad solemnitatem.

TESTAMENTOS OTORGADOS EN EL EXTRANJERO.-

Los testamentos otorgados en el extranjero surtirán efecto en Bolivia de acuerdo a los tratados internacionales vigentes, siempre que estuvieren debidamente legalizados conforme a las leyes de la República, estando sometidos para su protocolización y registro, según el caso, a los tramites prescritos en el capítulo presente. En caso de no existir tratados, los testamentos harán fe en Bolivia si hubieren sido redactados con las formalidades legales establecidas en el país de su otorgamiento y si se hallaren debidamente legalizados.

La norma del Art., 662 del CPC debe aplicarse en concordancia con el Art., 1143 del CC, que regula el caso más pormenorizadamente. Como el testamento proveniente del extranjero, ha de venir debidamente legalizado, esto es, como instrumento público. No corresponde ninguna apertura ni comprobación, sino simplemente su protocolización en los registros nacionales.

CAPÍTULO 44 FORMACIÓN DE INVENTARIOS

*Quando los pacíficos pierden toda esperanza,
los violentos encuentran motivo para disparar.*

Harold Wilson

CONSIDERACIONES GENERALES.-

Se llama inventario a la descripción pormenorizada que se hace de un conjunto de bienes, derechos y obligaciones, con el objeto de individualizarlos y dejar establecida su existencia en determinado momento. Es evaluativo, cuando además de su descripción, se asigna a cada bien el valor que tenga o se estima al momento de practicar la diligencia de inventario. Tratándose de las sucesiones el inventario y el avalúo tienen por fin determinar el monto del caudal sucesorio, a los efectos del pago del impuesto sucesorio, de la aceptación con beneficio de inventario y a los fines de la división de la herencia.

La confección del inventario es obligatoria, por ejemplo, en la declaración de ausencias (Art.s, 31 y 33 del C. Civil), tutela (Arts., 302, 303 y 304 del C. de Familia), en las medidas provisionales de los juicios de divorcio y de separación (Art. 390 del C. de Familia); para determinar el justiprecio de la fianza ofrecida en bienes muebles para obtener libertad provisional (Art. 313 del CPP); para aceptar la herencia con beneficio de inventario (Art. 1031 del C. Civil); para asumir el albaceazgo (Art. 1225 del C. Civil); para hacer cesión de bienes (Art. 584); para asumir la curaduría de bienes vacantes (Art. 699 del CPC), etc.

DEMANDA.-

La demanda voluntaria de inventario deberá ser presentada ante el juez instructor ordinario de turno en lo civil y comercial en las capitales y el juez instructor en provincias, con todos los requisitos previstos en el Art., 327 del CPC, en todo lo que corresponda, tomando en cuenta siempre que se trata de un procedimiento voluntario; o, ante el juez competente, cuando se trata de otra clase de inventarios, como en los juicios de divorcios o de separación en los que se pide el inventario como una cuestión accesoria a la demanda principal. El juez admitirá la solicitud y según la finalidad del inventario, deberá disponer la citación de todos los interesados, albacea, coherederos acreedores y legatarios, fijando al efecto día y hora de audiencia para la verificación de la diligencia.

SEÑALAMIENTO DE LA DILIGENCIA.-

Pero, de conformidad al Art., 664 del CPC, el juez concurrirá a la formación de inventarios sólo a petición expresa de parte o del Ministerio Público cuando éste debiere intervenir conforme a ley. En los demás casos que son la mayoría el juez comisionará a un juez de mínima cuantía, de acuerdo al Art., 197 de la L.O.J., en los lugares alejados donde no exista al menos un juzgado de instrucción y en las capitales de departamento a un Notario de Fe Pública.

DESIGNACIÓN DE PERITO.-

En caso de que se solicitare inventario evaluativo el juez designará un perito de oficio, siempre que las partes no se pusieren de acuerdo sobre el propuesto por una de ellas.

El inventariador es designado por el juez en el supuesto de que éste comisione la diligencia. La designación no puede recaer sino en alguno de los funcionarios indicados por el Art. 664 del CPC.

ACLARACIÓN Y RESOLUCIÓN.-

Practicados los inventarios se pondrán en conocimiento de las partes para que dentro de tercero día pudieran pedir aclaraciones o explicaciones.

Concluidas las diligencias el juez pronunciará resolución definitiva dentro del plazo de 3 días.

OPOSICIÓN Y RECLAMO DE EXCLUSIÓN.-

Los interesados podrán suscitar oposición a la formación de inventarios o a su aprobación, dentro de tercero día de haberseles citado con la demanda o con el inventario. La oposición no suspenderá las diligencias posteriores, que tendrán carácter provisional.

La norma del Art., 667 del CPC no indica las causas por las que se puede suscitar la oposición. Para que ella proceda ha de suponerse que deba tener alguna justificación, por ejemplo la carencia de interés legítimo en quien demanda la inventariación. En el silencio de la ley, se debe considerar que se deja librada a la apreciación del juez la procedencia de la oposición, según tenga o no fundamento.

Si durante la formación del inventario, alguno de los herederos u otros interesados alegaren derecho de propiedad sobre alguno de los bienes que se tratare de inventariar, el juez abrirá un plazo incidental de prueba de ocho días y resolverá la exclusión o no del bien reclamado.

El reclamo debe estar debidamente justificado. Si se trata de inmuebles o muebles sujetos o registro, con el título registrado como corresponde. Si se trata de muebles con el documento respectivo. Estas conclusiones emanan de la interpretación analógica y extensiva de los Arts. 359 y 361 (tercerías).

OCULTACIÓN DE BIENES.-

Cuando se alegare ocultación del algún bien de la testamentaria (o de la sucesión) y se la justificare en el plazo incidental de ocho días, si fuere heredero, perderá el beneficio del inventario quedando como aceptante puro y simple y toda participación en el bien ocultado y si fuere persona extraña, será considerada reo de hurto.

El precepto del Art., 669 del CPC reglamenta la aplicación de la norma del Art., 1043 del CC, estableciendo una de las varias formas en que el proceso se puede convertir en contencioso. Cuando antes de la resolución del proceso de aceptación con beneficio de inventario, algún interesado denuncia ocultación de bienes u omisiones de mala fe en el inventario presentado por el heredero a beneficio de inventario, cuya comprobación puede requerir un proceso ordinario, aunque según el Art., 669, tratándose de la facción de inventarios, el caso puede ser resuelto en el mismo procedimiento voluntario, probado que sea el hecho en el término incidental de prueba.

APLICACIÓN A OTROS CASOS.-

El capítulo no da realas sobre cómo ha, de practicarse el inventario. El juez de mínima cuantía o el notario, deben constituirse en el lugar o lugares donde se encuentren los bienes a inventariar acompañado del perito si además debe hacerse el avalúo, El inventario y el avalúo pueden hacerse simultáneamente. El inventario debe comprender todos los bienes susceptibles de inventariación, que se denuncien por los interesados. Se incluyen aún los bienes reclamados según el Art., 668, porque su exclusión será resuelta por el juez después de la justificación del reclamo, en el período incidental de prueba. Se levanta el inventario con los interesados que concurren al acto, no siendo indispensable la presencia de todos ellos. Lo indispensable es la citación de todos. Si cumplida la citación, alguno o algunos no asisten al acto, esa ausencia no afecta a la celebración de la diligencia.

La descripción de los bienes, ha de ser claramente detallada, haciendo constar todas las circunstancias que sirvan para su individualización: número, material, **color, medidas, marcas, raza (tratándose de semovientes)**. El inventario de inmuebles, se hace tomando de los títulos los datos esenciales: ubicación, dimensiones, linderos, fecha de escrituras y de registro (aún tratándose de bienes muebles sujetos a registro). Los documentos y papeles, deben inventariarse con igual precisión. La participación en sociedades, debe verificarse por el perito.

Finalmente, todo esto debe acreditarse en acta debidamente labrada, que incluirá los reclamos u observaciones que se hagan por los interesados y deberá firmarse por todos los concurrentes, En otros casos análogos - como el juicio de divorcio - se aplicarán las normas del capítulo en todo lo que sean pertinentes.

DIVISIÓN DE HERENCIA Y OTROS BIENES COMUNES

Por más grande que sea el abogado, el más pequeño de los jueces lo puede destruir.

Piero Calamandrei.

CONSIDERACIONES GENERALES.-

Dividir o partir en su acepción jurídica, implica la idea de distribuir bienes poseídos en común, por efecto de una sucesión (Art., 1233 del C. Civil) u otra causa de copropiedad común (Art., 167 C. Civil). Su finalidad es poner fin a la indivisión hereditaria o a la de la cosa común. Es un derecho potestativo que corresponde a los herederos o a los copropietarios. Supone pluralidad de herederos y propietarios, con derecho sobre un caudal testamentario o sobre un bien o bienes comunes.

Presupone un estado de indivisión, en el que cada propietario tiene una parte alícuota de los bienes comunes, sin que se pueda precisar cual es la parte sobre la que recae su dominio o derecho de propiedad, El estado de indivisión debe ser de hecho y no de derecho. Porque si está impuesta por acuerdo de partes. por el testador o por la ley, no procede la partición, mientras no se cumple la condición o venza el plazo(5 años), salvo circunstancias graves, que ameriten la división y partición judicial antes del tiempo convenido (Art., 167, parágrafo 11 del C. Civil).

Todo heredero Puede Pedir siempre la división y partición de la herencia, de acuerdo al Art.. 1233 del CC. El Principio contenido en dicha norma consagra la imprescriptibilidad de la acción y partición de la herencia o de las cosas comunes, indivisas, entre los herederos o copropietarios.

Un segundo principio de importancia, es el que determina que nadie puede ser obligado a mantenerse en la indivisión de hecho, conforme lo establece el citado Art., 167 del CC.

DEMANDA.-

La demanda deberá ser planteada ante el juez instructor ordinario de turno en lo civil en las capitales de departamento y ante el juez instructor en las Provincias, por cualquier heredero, albacea o copropietario, acompañando el testamento, la declaratoria de herederos o el título de propiedad del inmueble indiviso. El juez admitiendo la demanda, con citación de los coherederos u otros propietarios ordenará la diligencia, cuya ejecución se encomienda a un perito designado de oficio, sí no hay partidador nombrado por el testador(en el caso de haber testamento) o si las partes no están de acuerdo para designar ellas al partidador. Si el partidador está designado por el testador o por las partes, no puede ser recusado por estas: pero el designado de oficio, puede serlo en la forma prevista por el Art., 433 del CPC. Se podrá prescindir de la inventariación previa o posterior en caso de que, los bienes hereditarios o comunes no fueren muchos o cuantiosos.

ORDEN y DILIGENCIA DE PARTICIÓN.-

El juez ordenará proceder a la partición solicitada con noticia de coherederos y albacea si hubiere o de otros copropietarios. La división se hará con arreglo al testamento o a los inventarios aprobados, teniéndose cuidado de que las divisiones fueren iguales en especie y valor, y se liarán las compensaciones justas y convenientes que se requirieren.

Para la división, previamente ha de hacerse la estimación del caudal hereditario (Art., 1245 del C. Civil), la cual es el resultado de la inventariación avaluada hechas las colaciones, imputaciones y pago del pasivo de la sucesión (extracción de las bajas comunes) que comprende las deudas del causante y las contraídas por la testamentaria (gastos funerarios, conservación e inventariación de bienes, honorario del albacea, gastos judiciales, etc.) Obtenido así el caudal divisible se procederá a su partición en la forma indicada por el Art., 672 y siguientes del CPC.

SORTEO DE LOTES O HIJUELAS.-

Puesta en conocimiento de las partes la división practicada por el perito (con más los planos en el caso de inmuebles) y hechas las explicaciones y complementaciones que se hubieren solicitado, se señalará día y hora de audiencia para el sorteo del orden y de los lotes o hijuelas. El sorteo del orden permite establecer a quién corresponde levantar en primer lugar y así sucesivamente, los lotes o hijuelas, que son las partes en que se han dividido los bienes sujetos a la partición. Por acuerdo de partes se podrá prescindir del sorteo, aprobándose las asignaciones acordadas a menos que intervinieren en las divisiones incapaces o ausentes. En estos casos, habida cuenta de las limitaciones establecidas en el Art., 266 del C. de Familia, para los representantes de menores y la inexcusable intervención del M^o P^o en los asuntos de incapaces mayores y ausentes, el sorteo no puede ser eludido así hubiera acuerdo de las partes capaces. En el supuesto, puede procederse al sorteo de los lotes para los menores, incapaces o ausentes, en primer término y, sobre todo lo que pueda permitir el acuerdo de las partes capaces.

En la formación de lotes, ha de procurarse evitar la indivisión, lo mismo que la excesiva división de algunos bienes. En este segundo caso, deben tenerse en cuenta las previsiones del CC sobre indivisión del equipo profesional, del negocio comercial o de la vivienda conyugal (Art. 1238 del Civil). o sobre la indivisión de ciertos bienes en interés de la economía familiar o pública (Arts.. 1241 v 1242 del C. Civil).

Las dudas que se suscitaron a tiempo de la partición sobre cuestiones de derecho serán resueltas por el juez v no por el partidor o Perito. Dichas dudas Pueden relacionarse Por ejemplo, con las colaciones o imputaciones (Art., 1244 del C. Civil) o con la compensación en dinero, para el caso de que las porciones o lotes de bienes sean desiguales (Art., 1246 del C. Civil). En tales casos es únicamente al juez a quien compete resolverlas, no al partidor, que apenas cumple, en cierto modo, una función mecánica.

APROBACIÓN y PROTOCOLIZACIÓN.-

Concluidas las el juez dictará resolución definitiva aprobando la división y sorteo y ordenando su protocolización en una notaría de fe pública, para entregarse a cada heredero su respectiva hijuela. La aprobación de la división y su protocolización, tiene por objeto constituir el título de dominio para cada heredero sobre los bienes componentes de su hijuela, esto es, la prueba de su derecho. Para la protocolización el Notario deberá insertar en sus registros entre otras piezas, la demanda, la providencia correspondiente, el actor del sorteo del orden y de los lotes e hijuelas y en su caso los planos correspondientes, donde se identifica la parte que a cada heredero o copropietario le correspondió en el sorteo.

Si fuera de los casos previstos en el Código Civil, alguno o algunos bienes no admitieren cómoda división o si algunos coherederos reclamaron llevar bienes raíces y otros muebles, se ordenará la tasación, subasta y remate. Las particiones hechas conforme a la ley serán irreclamables si pasados ocho días de dictarse el auto interlocutorio definitivo de aprobación y protocolización no se hubiere formulado observación alguna, excepto los casos de lesión, dolo o fraude que deberán resueltos en proceso ordinario.

OPCIÓN DE LOS HEREDEROS.-

Será potestativo de los herederos pedir la partición por vía voluntaria o ingresar directamente al juicio ordinario si, existieron puntos contradictorios que dilucidar previamente.

Toda división de herencia deberá comprender a la totalidad de los herederos, bajo pena de nulidad. Por ejemplo: en el caso de la realizada por el testador y en la cual éste no ha comprendido alguno de los herederos forzosos o que él ha instituido (legatarios) es nula (Art., 1252 del C. Civil). Si en el procedimiento voluntario, no habiendo división hecha por el testador, se omite en la citación o en la división misma a algún heredero, la división es nula. La misma regla se aplica para el caso de una división convencional, pues la omisión de un heredero, hace nula la división.

El procedimiento voluntario de división de herencia no se suspenderá aunque se acusare la falsedad o nulidad del testamento o de alguna de sus cláusulas o se denunciara la ocultación de bienes, cuestiones que deberán salvarse para la vía ordinaria (Art., 680 del CPC).

En la división de bienes comunes no sucesorios, poseídos o no en lo pro indiviso, se observará el procedimiento dispuesto en los Arts., 671 al 681 del CPC.

CAPÍTULO 46 MENSURA y DESLINDE

El éxito es fácil de obtener. Lo difícil es merecerlo
Albert Camus

CONSIDERACIONES GENERALES.-

La **MENSURA**, es la operación técnica consistente en ubicar el título de propiedad sobre el terreno y comprobar a través del plano que se levante, la coincidencia o no entre la superficie que consta en el título y la existente en el terreno, para establecer la diferencia y donde esta se encuentra.

DESLINDE, es el acto en virtud del cual se establece mediante mensura la línea divisoria entre dos propiedades cuyos límites están confundidos.

EL AMOJONAMIENTO consiste en la colocación de señales para determinar los límites de una Propiedad.

Los conceptos de MENSURA, DESLINDE y AMOJONAMIENTO, son completamente distintos en su significado, aunque la ejecución de los actos u operaciones respectivas sea complementaria y sucesiva,

DEMANDA.-

Cuando un propietario considerara necesario aclarar en todo o en parte los linderos de su propiedad rústica o urbana no edificada. se presentará al juez con los títulos correspondientes, pidiendo recorrer sus términos v restablecer los mojones en su caso. La competencia, como en casi todos los Procedimientos voluntarios, está prevista para el juez instructor ordinario de turno en lo civil y comercial en las capitales de Departamento, y el juez instructor en Provincias.

El Art., 682 del CPC reconoce acción para entablar esta demanda sólo al propietario conformándose a las reales Generales de los Arts.. 113 y 1459 del CC. Que también limitan sólo al Propietario la facultad de pedir el deslinde.

Es una acción real, porque su objeto es determinar los límites del dominio de cada propiedad. Es una acción Petitoria, porque se discute el derecho de los linderos de la propiedad v no la posesión y es imprescriptible porque Presuponiendo confusión de linderos hay un condominio (Alsina). La imprescriptibilidad está señalada por el Art., 113 del CC, cuando expresa que el propietario puede obligar a su vecino, en cualquier tiempo al deslinde Y amojonamiento.

Aquí será necesario aclarar que Por sus características la mensajería es un Procedimiento voluntario, pero el deslinde, en cambio, es contencioso y contradictorio v Procede cuando existe confusión de límites entre dos fundos sean rústicos o urbanos. Sin embargo, en el proceso que se examina al parecer se han confundido ambos Procedimientos, con los consiguientes Problemas de interpretación v aplicación.

Por eso llama ia atención que no se hayan discriminado con mayor propiedad los términos mensura y deslinde, porque resulta evidente que antes de proceder al deslinde, debe realizarse una mensura previa, que servirá para determinar si es necesario el deslinde, en caso de existir confusión de linderos. Pero el contenido del Art., 682 del CPC, parece sugerir que se debe proceder directamente al deslinde dando por sentada la confusión de linderos. lo que no parece razonable tomando en cuenta que la operación previa de mensura permite determinar Precisamente -la existencia o no de linderos establecidos claramente.

TRÁMITE.-

El juez admitirá la demanda señalando día v hora para la audiencia con citación del colindante o colindantes indicados por el demandante.

Abierta la audiencia se dará lectura a los títulos de propiedad exhibidos por las partes, se oirán sus exposiciones por su orden, y se procederá luego al recorrido y fijación o restablecimiento de mojones.

Resulta evidente que la norma del Art., 684 del CPC, no aporta claridad para una mejor comprensión del procedimiento a seguir, porque sugiere que en la audiencia, que se deberá verificar en el lugar del deslinde, se debe proceder directamente al recorrido y fijación de linderos o restablecimiento de mojones, cuando lo adecuado es que previamente se proceda a una mensura que permita establecer los límites de ambas propiedades, para posteriormente realizar el recorrido y fijación de linderos o restablecimiento de mojones.

Sin embargo, el parágrafo 11 del mismo Art., 684, pretendiendo corregir la concisión anterior determina: "Sí las circunstancias exigieron mensura se la mandará practicar por un perito nombrado de oficio, siempre que las Partes no se pusieren de acuerdo sobre el propuesto por una de ellas". También se pueden recibir las pruebas de los hechos que requieren justificación, o los informes periciales que correspondan.

En definitiva, lo más aconsejable sería que el juez luego de escuchar a las partes en la audiencia fijada, disponga la verificación de una mensura, para posteriormente proceder al recorrido y fijación de linderos o restablecimiento de mojones.

OPOSICIÓN.-

La oposición que se presentará sobre algún límite particular que requiere justificación no impedirá el deslinde voluntario, y terminado este lo aprobará el juez salvando el derecho de los discordes para la vía ordinaria.

Se entiende que cualquier oposición, aunque en ella se alegue usurpaciones, no impiden la conclusión de la diligencia que será resuelta por el juez reservando los derechos de los oponentes al Proceso ordinario de conformidad al Art, 640 del CPC.

DIFERENCIAS Y COMPENSACIONES.-

A falta de prueba que pudiere guiar al juez en sus decisiones. Podrá este cortar la diferencia ordenando la división del terreno entre las partes. Podrá también compensar los terrenos entrantes de una Propiedad con los de igual clase de la otra, Procurando en esto una Perfecta igualdad aun con indemnizaciones pecuniarias.

La regla procesal del Art., 686 del CPC, desvirtúa el carácter declarativo y voluntario del procedimiento y lo convierte en constitutivo, que es característica propia del proceso ordinario o de conocimiento como emergencia de una verdadera contención o conflicto de derechos. No otra cosa significa el hecho de que se le conceda al juez facultades Para dividir el terreno entre las partes, como un moderno Salomón, bajo el supuesto de una compensación que Pretende ser equitativa.

Este procedimiento, por su naturaleza, no implica el reconocimiento de un derecho, sino la simple determinación de un hecho, sobre cuya determinación podrán fundarse toda clase de pretensiones (Reus), Y, la facultad dada al juez por el Art., 686 del CPC, no es una simple determinación del hecho, sino un reconocimiento constitutivo de derechos que, si las partes no le Prestan su acuerdo Puede válidamente discutirse en la vía ordinaria.

CAPÍTULO 47 RENDICIÓN DE CUENTAS

*La llave del éxito en la vida es el
conocimiento del valor de las cosas.
John Boyles O'Reilly*

DEMANDA.-

El fundamento de este procedimiento voluntario es, según el Art., 687 del CPC, que "Todo el que administrarse o gestionare negocios ajenos estará obligado a rendir cuentas de su gestión".

Lo que significa que: "Quien haya administrado bienes, gestionando negocios total o parcialmente ajenos, aunque sean comunes del administrador o gestor con otra persona, o quien haya ejecutado un hecho relativo al manejo de fondos o de bienes que no le Pertenece en propiedad exclusiva, está obligado a presentar las cuentas de su administración o gestión, a menos que esté dispensado expresa o tácitamente por quien tiene derecho a exigir las o examinarlas o por la ley (Alsina)".

Ahora bien, las normas generalmente admitidas en toda clase de cuentas (según Menochi, cita de Alsina), son: a) La cuenta debe ser descriptiva; b) debe ser integral y comprender, separadamente, los ingresos y los egresos; c) debe estar acompañada de los comprobantes respectivos (puede exigirse inclusive la exhibición de los libros relativos a la administración, cuando existen), d) debe contener la relación necesaria, que haga comprender claramente los procedimientos y resultados de la gestión; e) debe incluir la restitución de lo que queda en poder del obligado a causa de la administración sobre, la que rinde cuentas.

Presentada la rendición de cuentas acompañada de los comprobantes respectivos, se correrá en traslado al demandante quien deberá dar su conformidad u observarla dentro del plazo de ocho días (Art., 690 del CPC)

Sí en la rendición de cuentas se encontrara error de guarismo o cálculo aritmético, el juez ordenará su rectificación y nombrará al efecto un perito de oficio, a menos que el demandado estuviera de acuerdo con la observación formulada por el demandante (Art., 691 del CPC).

Resulta evidente que, a pesar de que el procedimiento examinado es voluntario, el Código de Procedimiento, utiliza impropriamente el término demandado, suponiendo la existencia de contención, que indudablemente puede darse en cualquier momento a partir de la presentación de la demanda, pero por lo mismo no es posible utilizar antes de la contención misma, que convierte al proceso voluntario en ordinario y contradictorio.

RESOLUCIÓN.-

Si el demandante diere su conformidad o no hubiere formulado observaciones dentro del plazo señalado en el Art., 690 del CPC, el juez dictará resolución definitiva de aprobación. De igual modo pronunciará resolución una vez salvado el informe del perito luego de haber sido puesto en conocimiento de las partes, sin necesidad de más trámite.

DECLARATORIA DE CONTENCIÓN.-

Tanto en el caso de que el demandado acredite no estar obligado a rendir cuentas, como cuando, hecha la rendición de cuentas, el demandante alegare ilegitimidad falsedad de alguna partida de cargo o descargo, el juez declarará contencioso el procedimiento para tramitarse en la vía ordinaria, conforme a lo previsto por el Art., 640, parágrafo 11 del CPC.

CAPÍTULO 48 DECLARATORIA DE AUSENCIA y PRESUNCIÓN DE MUERTE

*Quien pretenda una felicidad y sabiduría
constantes deberá acomodarse a frecuentes
cambios*

Confucio

CONSIDERACIONES GENERALES.-

Noción de ausencia.- En sentido estricto la ausencia designa la situación jurídica de una persona que ha desaparecido de su domicilio y sobre cuya existencia se duda (Bontiecabé). Ausente es la persona cuya existencia no es posible establecer por ningún hecho y cuya muerte no puede ser probada. Se distingue del no presente y del desaparecido. El no presente está alejado de un lugar determinado; no hay duda sobre su existencia. El desaparecido es aquel a quien no se ha visto más a partir de un accidente o de una catástrofe en la que, probablemente, ha muerto (art., 40 del C. Civil).

Para el objeto de nuestro estudio será necesario considerar al ausente y al desaparecido, como cuestión de hecho fundamental para la tramitación del procedimiento voluntario de DECLARATORIA DE AUSENCIA y PRESUNCIÓN DE MUERTE.

DEMANDA.- Cuando una persona desapareciera de su domicilio y no se tuviere noticia de ella por más de un año, cualquier interesado podrá pedir al juez instructor ordinario de turno en lo civil, en las capitales y ante el juez instructor en provincias, del último domicilio del ausente, nombrar un curador para los efectos de lo dispuesto en el Art., 31 del C. Civil. Este nombramiento podrá hacerse también de oficio. Los interesados que estará legitimados para demandar o pedir el nombramiento de curador son los herederos testamentarios, los parientes que hubiesen de heredar ab intestato, los que tuviesen sobre los bienes del ausente algún derecho subordinado a la condición de su muerte.

Si existe cónyuge o apoderado constituido no puede intentarse la designación de curador. La igualdad conyugal en el manejo de los intereses de matrimonio (Art., 96 del C. de Familia) y en la administración de los mismos (Art., 114 del C. de Familia), atribuye al cónyuge presente, en defecto o ausencia del otro, la atención y dirección de los intereses conyugales. No existiendo cónyuge, pero sí apoderado, sería oficiosa la intervención del juez, ya que el apoderado confiere al ausente la cualidad de presente, siempre y cuando no hubiese caducado o fenecido el poder de éste. La intervención del MI PI será pertinente e inexcusable en el caso de que existan menores con derechos espectativos sobre los bienes del ausente, en cuyo caso podrá su representante incluso de oficio pedir la designación de curador o la declaración de ausencia, en resguardo de los derechos de los menores. En esta primera etapa, en realidad, no hay más que presunción de ausencia.

Del contenido de los Arts., 31 del CC, con relación al 694 del CPC, se infiere que son cuatro las condiciones que se requieren para el nombramiento de curador:

- 1.- Que la ausencia sea notoriamente evidente. El C. C.I no señala tiempo determinado para presumir la ausencia. Como el Art., 694 del CPC fija como término más de un año, se entiende que puede intentarse la acción antes del año, por aplicación preferente que debe merecer la regla sustantiva.
- 2.- Que no se tenga ninguna noticia de la persona desaparecida.
- 3.- Que no haya al frente de sus intereses y bienes persona alguna que las administre.
- 4.- Que la petición sea hecha precisamente por alguien que tenga interés legítimo, aunque el propio juez puede actuar de oficio.

NOMBRAMIENTO DE CURADOR Y PUBLICACIÓN DE EDICTOS.-

El juez previa información sumarísimo de dos testigos que se recibirá dentro del plazo de 5 días, nombrará curador, quién deberá prestar juramento al aceptar y posesionarse del cargo. Sus facultades, de acuerdo al Art., 31 del C. Civil, entre otras, serán las de: representarlo en juicios, levantamiento de inventarios, rendiciones de cuentas liquidaciones, divisiones y otros actos en que esa persona tenga interés y que provea al cuidado de sus bienes. Pudiendo asimismo adoptar providencias conducentes a la conservación de su Patrimonio, siempre que haya necesidad.

Una, vez nombrado el curador, el juez ordenará asimismo la publicación del edicto por dos veces cada cinco días. Se supone que la publicación de edictos ha de concretarse a informar la designación de curador, ya que el Art., no determina su finalidad. La publicación efectiva de la solicitud y la designación, servirá para advertir oportunamente al ausente y a todos los que tengan relaciones jurídicas con éste (parientes, acreedores, deudores, socios, etc.), para los fines señalados en el Art., 31 del CC.

DECLARATORIA DE AUSENCIA.-

Si después de dos años a contar de la Primera publicación del edicto no existieron noticias del desaparecido, los presuntos herederos v otras personas que tienen o razonablemente creen tener derechos dependientes de la muerte de aquél, pueden pedir que el juez declare la ausencia.

Para justificar la ausencia, el juez con arreglo a las piezas y documentos producidos, abrirá para ese efecto el plazo probatorio de veinte días, ordenando se levante una información en el lugar del domicilio de la persona desaparecida.

El Art., 696 del CPC, conformado a la regla del Art., 32 del CC, recién establece propiamente la declaratoria de ausencia, que trae como consecuencia la posesión provisional de los bienes del ausente, por parte de sus probables causahabientes (herederos, legatarios y todos cuantos tengan derechos dependientes del fallecimiento del ausente.

La declaración de ausencia es, en rigor, el estado que confiere una verdadera administración. El plazo de dos años de que habla el Art., 696 se computa desde la primera publicación del edicto que debe hacer obligatoriamente el curador nombrado en el trámite de presunción previo.

Esta declaración supone una sentencia comprobada del estado de ausencia de tina persona y abre el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las medidas determinadas en los Arts., 34 al 38 del C. Civil,

para la protección de los diversos intereses que la desaparición de dicha persona exige.

POSESIÓN PROVISIONAL.-

En ejecución de sentencia puede abrirse el testamento del ausente o informarse de su última voluntad en el que exista.

Los que serían herederos testamentarios o legales o sus respectivos herederos, así como los que serían sus legatarios u otras personas con derechos que dependen de la muerte del ausente, pueden pedir y obtenerse les ministre la posesión y el ejercicio provisional de los bienes y derechos que respectivamente les corresponderían si el ausente hubiese fallecido el día de la última noticia habida de él. En cualquier caso se formará inventario estimativa v se dará fianza ireputándose al ausente los gastos resultantes. La administración interina del periodo de presunción cesa. sustituida por la posesión provisional de los interesados legítimos, a quienes se exigirá fianza cuya entidad no fija el Art., 33 del CC, pero que se presume debe ser suficiente para responder satisfactoriamente de la administración que esta etapa supone.

Quienes toman posesión provisional son administradores de los bienes del ausente, y lo representan en juicio y en los asuntos en que tenga interés. Los herederos forzosos hacen suyos todos los frutos naturales y civiles, los demás herederos deben reservar una tercera parte de los frutos para el ausente hasta la posesión definitiva. Los que han obtenido la posesión provisional no pueden enajenar, hipotecar o pignorar los bienes excepto el caso de necesidad y utilidad reconocidas por el juez, que al autorizar el acto providenciará sobre el uso y el empleo de las sumas obtenidas.

Si después de ministrada la posesión provisional aparecen terceros que puedan invocar igual o mejor derecho en el día de la última noticia sobre el ausente, pueden ser asociados o excluir a quienes obtuvieron la posesión provisional, respectivamente, pero sin derecho a los frutos anteriores a la demanda, a menos que se hubiesen obtenido de mala fe.

APARICIÓN DEL AUSENTE o PRUEBA DE SU EXISTENCIA.-

Si el ausente aparece o se tiene pruebas de que existe durante la posesión provisional, la declaración de ausencia cesa en sus efectos y deben restituirse los bienes y derechos al ausente o a su representante.

MUERTE DEL AUSENTE.- Si durante la posesión provisional se prueba la muerte del ausente, la sucesión se abre en beneficio de quienes en este momento eran sus herederos o legatarios.

Aquí será necesario agregar que con el fallecimiento del ausente, cesa la administración Provisional y se Produce la confusión del derecho de administrador con el de sucesor, o Porque pasan los bienes a otra u otras Personas llamadas por ley o por el testamento con preferencia al administrador. La prueba de la muerte del ausente hace abrir la sucesión a favor de aquellos que eran herederos legales o testamentarios, o legatarios en el momento de la muerte.

Algunas legislaciones consideran la cesación de la ausencia, además, por la aparición de un tercero con título legítimo de los bienes. Por transferencia que le hiciera el Presunto ausente. Es una posibilidad que debe tenerse en cuenta. Si el ausente vive la transferencia inscrita en el Registro de Derechos Reales surte todos sus efectos, Porque previamente la administración ha cesado por la evidencia de que el ausente vive. Pero si el tercer adquirente aparece con sus títulos muerto el ausente, y la declaratoria de ausencia fue inscrita en dicho Registro, debe presumirse que el tercero sale perjudicado por simple aplicación de la Prelación de la inscripción en el Registro de Derechos Reales (Arts. 1538. 1. y 1545 del C. Civil).

DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO PRESUNTO.-

Transcurridos cinco años desde la última noticia sobre el ausente, puede el juez declarar el fallecimiento presunto de aquél a solicitud de las personas con derechos que dependen de su muerte, incluyendo por supuesto a los herederos forzosos, legatarios, testamentarios y legales.

Esta declaración que se manifiesta en una sentencia mere interlocutoria, puede también hacerse después del plazo indicado aunque no hubiera habido antes declaración de ausencia.

La declaración de fallecimiento presunto se suspende si no han transcurrido cuatro años desde que el ausente alcanzó la mayoría de edad. La norma del párrafo II del Art., 39 del C. Civil, impone una condición adicional al procedimiento de declaración de muerte presunta, agregando un plazo adicional de cuatro años a partir de la fecha en que el ausente alcanzó la edad de 18 años, bajo el supuesto de que su desaparición se produjo cuando era menor de edad y la tramitación de la declaración de ausencia o de muerte presunta se comenzó cuando todavía era menor de edad, a fin de proteger de mejor manera sus derechos. Consideramos que en éste caso, fuera de la suspensión del proceso, debe darse intervención al M^oP^o, para resguardar los derechos del ausente si éste es aún menor de edad.

También puede declararse el fallecimiento presunto en los casos particulares de desaparición previstos en el Art., 40 del CC, a los que deberían agregarse los casos de desaparición forzada que se produjeron durante las dictaduras militares, en correcta aplicación del inciso 3.) del citado Art., 40.

En los casos previstos en el Art., 40, la declaración del fallecimiento presunto, sólo procede cuando no se han podido hacer las comprobaciones exigidas para la inscripción de la muerte en el Registro Civil. Sin embargo, puede el juez desechar la declaración de muerte presunta, cuando por los datos del proceso ella no proceda, debiendo declarar simplemente la ausencia (Art., 42-11 C. Civil). La sentencia que declara el fallecimiento presunto debe ser publicada por la prensa por dos veces consecutivas y con intervalo de diez días en forma que se asegure su amplia difusión, procediéndose luego a la inscripción en el Registro Civil de conformidad al Art., 1533 del C. Civil. IX.- POSESIÓN y EJERCICIO DEFINITIVO.- En ejecución de sentencia que declara el fallecimiento presunto, quienes tenían la posesión y el ejercicio provisional de los bienes y derechos del ausente, pueden obtener sels ministren y concedan la posesión y el ejercicio definitivos, cesando las fianzas y quedando por suyos los frutos reservados, de acuerdo con el Art., 34 del C. Civil.

PRUEBA DE LA EXISTENCIA o DE LA MUERTE EFECTIVA DEL FALLECIDO PRESUNTO.-

Si se prueba la existencia de la persona respecto a quien se declaró el fallecimiento presunto, ella recupera sus bienes en el Registro Civil de conformidad el Art. 1533 de C. Civil IX.- POSESIÓN Y EJERCICIO **DEFINITIVO**.- En ejecución de sentencia que declara el fallecimiento presunto, quienes tenían la profesión y el ejercicio provisional de los bienes y derechos del ausente, pueden obtener seles ministren y concedan la posesión v el ejercicio definitivos, cesando las fianzas y Quedando por suyos los frutos reservados, de acuerdo con el Art. 34 del CC.

PRUEBA DE LA EXISTENCIA o DE LA MUERTE EFECTIVA DEL FALLECIDO PRESUNTO.-

Si se prueba la existencia de la persona respecto a quien se declaró el fallecimiento presunto, ella recupera sus bienes en el estado en que se encuentren y tiene derecho al precio todavía sin cobrar de los ya enajenados, así como a los bienes adquiridos con el precio ya cobrado. Consideramos con Morales Guillén, que en el caso de cesación de los efectos de la ausencia, conforme al Art., 37 del C. Civil, deben restituirse los bienes en la forma prevista por el citado Art., 45, es decir en el estado en que se encuentren, salvo la aplicación del Art., 34, en cuanto al tercio de los frutos. cuando los administradores no eran herederos forzosos y de los bienes los que queden si hubo alguna enajenación autorizada conforme al Art.. 35 del C. Cl.

Si se prueba la muerte efectiva del fallecido presunto, los derechos anteriormente enunciados corresponden a los que a tiempo de dicha muerte hubieran sido sus herederos o causahabientes. Quedan a salvo la prescripción y usucapión cumplidas. Se entiende que por aplicación general de los Arts., 1492 y 134-138 del C. Civil, que la prescripción y usucapión cumplidas, favorecen a los terceros adquirentes de los bienes del declarado presuntamente muerto, pues respecto a sus herederos se debe aplicar el Art., 45. parágrafo 11 del C. C.

Pero también la declaración de existencia o comprobación de muerte de la persona presuntamente fallecida puede hacerse siempre a demanda de parte interesada (Art., 46 del C. Civil).

CAPÍTULO 49

BIENES VACANTES Y MOSTRENCOS

La muchedumbre, no es compañía.
W. Shaquespeare

GENERALIDADES.

Bienes vacantes son los que quedan sin dueño a la muerte del causante, por carecer de herederos. Bienes mostrencos, son los muebles o semovientes sin dueño, porque han sido extraviados (perdidos) o abandonados por sus dueños. La denominación mostrencos, dice A. Moscoso, deriva de la necesidad de mostrarlos, exponiéndolos en lugar público durante ocho días, para que los reconozcan sus dueños, antes de ser rematados.

El fundamento jurídico del proceso voluntario de bienes vacantes y mostrencos se encuentra en el Art. 1111 del C. Civil, que atribuye al estado la sucesión de las personas que mueren sin dejar herederos alguno, por lo tanto es natural que el curador de los bienes que componen la testamentaria vacante, sea un órgano de Estado. En este caso, perteneciente al servicio al cual la ley destina esos bienes, quién responde de la inventariación inmediata de los bienes y de las medidas de seguridad convenientes.

DENUNCIA.-

En el caso previsto por el Art. 1111 del Código civil cualquier persona podrá denunciar ante el Juez instructor Ordinario de Turno en lo Civil y Comercial, en las capitales del Departamento y ante el Juez Instructor en las provincias, la existencia de bienes vacantes. El Juez al admitir la denuncia, designará curador a un funcionario del Ministerio de Educación y Cultura quién tendrá personería suficiente para intervenir en todos los trámites y recursos ordinarios y extraordinarios según lo dispone expresamente el Art., 698 del PC.

El curador designado aceptará el cargo previo juramento levantará inventario enumerativo de los bienes y adoptará las medidas más convenientes para la seguridad e ellos. (Art. 699 del PC).

Practicadas las medidas de seguridad previstas en el artículo 699 del CPC, el Juez ordenará la publicación de edictos por dos veces cada quince días en el caso de bienes inmuebles. Tratándose de bienes muebles y semovientes la publicación se hará por una sola vez. (Art. 700 del PC).

Si dentro del plazo para las publicaciones del edicto- desde la fecha de la primera publicación se presentara interesado alegando derecho de propiedad a título de herencia u otro cualquiera, se hará contencioso el procedimiento y se tramitará en la vía ordinaria. (Art., 701 del CPC).

Cuando no se presentan interesados en el plazo de 30 días en el caso de inmueble y 8 días en el de muebles computables desde la primera publicación del edicto, se dictará resolución definitiva declarando los bienes de propiedad del Estado. Al mismo tiempo se ordenará la tasación de los bienes por su perito nombrado de oficio, de acuerdo al Art. 702 del PC.

El denunciante tendrá derecho a la cuarta parte del valor de los bienes Este valor será el catastral en el caso de los bienes inmuebles, el pericial en el de los muebles o semovientes y el nominal en el de acciones títulos o valores mobiliarios. (Art. 703 del PC).

BIENES MOSTRENCOS.-

Cuando se encontraren bienes muebles o semovientes sin dueño se procederá en la forma prevista en el capítulo presente, con las modificaciones siguientes:

- 1) En el edicto se indicará el lugar donde se podrán de manifiesto los bienes.
- 2) El curador expondrá los bienes en sitio público durante ocho días consecutivos, de horas 12 a 14 a fin de que, se presentare alguien alegando ser dueño y acredite su derecho de propiedad, previo cotejo de señales y marcas le fueren entregados. En caso de no presentarse reclamación alguna se declararán los bienes de propiedad del Estado. (Art. 704 del PC).

REMATE.-

El juez podrá autorizar el remate y subasta de todos o parte de los bienes para facilitar el pago de los derechos de denunciante, curador, perito y gastos judiciales, pagados todos ellos, el remanente corresponderá al Estado, como los dispone el Art., 704 del PC.

CAPÍTULO 50 OFERTA DE PAGO Y CONSIGNACIÓN

*Un hombre de virtuosas palabras
no es siempre un hombre virtuoso*
Confucio.

PROCEDENCIA.-

De conformidad al Art., 329 del CC, los requisitos para la procedencia del trámite de oferta de pago y consignación son:

- 1.- Que se haga a persona capaz de recibir, a su representante o a quién esté autorizado a recibir el pago, para resguardo de los efectos negativos del pago hecho a un incapaz (Art. 299 del C. Civil)
- 2.- Que se haga por persona capaz de pagar válidamente (Art. 300 del C. Civil)
- 3.- Que comprenda el crédito total: capital (o cosa cierta), intereses (o frutos), los gastos líquidos y suma suficiente para cubrir los gastos no líquidos con protesta de suministrar el suplemento que resultare ser necesario.
- 4.- Condición cumplida y plazo vencido, si éste se estipuló en favor del acreedor, siendo condicional o a término la obligación.
- 5.- Que se haga en el lugar del cumplimiento de la obligación.
- 6.- Que la oferta se haga mediante autoridad judicial competente, esto es mediante el procedimiento voluntario establecido para el efecto en los Arts. 706 al 711 del CPC.

TRÁMITE.-

El Art. 707 del CPC determina que la demanda de oferta de pago y consignación deberá ser presentada ante el juez de la cuantía con los requisitos establecidos en el Art., 327 del CPC (incluidas las generales y domicilio del acreedor): es decir ante el juez de instrucción o de partido ordinario de turno en lo civil y comercial en las capitales de departamento o simplemente de instrucción o de partido en las provincias, de acuerdo a la cuantía, constituyendo este

procedimiento una excepción a la regla de competencia establecida en el Art. 640 del CPC para los trámites voluntarios. Pero además, la norma procesal citada dispone su tramitación en proceso sumario, lo que parece sugerir que, cuando el proceso voluntario se convierte en contencioso por la oposición del demandante, debe tramitarse como juicio sumario, en la forma prevista por el Art., 478 y siguientes del CPC, lo que también constituye una excepción a la regla del Art., 640 del CPC, porque en casi todos los procesos voluntarios la contención puede dar lugar a un proceso ordinario, generalmente ante juez de partido, lo que no ocurre en este procedimiento según lo dispone el citado Art., 707 del citado CPC, que prevee en todos los casos, se proceda en proceso sumario, cuando se produce la contención, ya sea ante el juez instrucción o de partido.

Si la deuda fuere de dinero, el deudor acompañará junto con la demanda un certificado de depósito judicial bancario a la orden del juez que comprenderá el total e la suma adeudada, intereses devengados, gastos líquidos y una suma suficiente para los no líquidos y hará constar que dicho total queda consignado en poder del juez.

Si la cosa debida fuere cierta y determinada se pedirá al juez señalar día y hora de audiencia para que en su presencia el acreedor la recibiere.

Si la cosa debida fuere de traslado difícil o imposible, o debiere ser entregada en otro lugar, se pedirá al juez señalar día y hora y el lugar determinados donde deberá hacerse la entrega.

PROVIDENCIA DEL JUEZ.-

El juez al correr traslado de la demanda:

- 1.- En el caso del Art., 708, es decir cuando se tratare de una deuda de dinero, dispondrá además tenerse por consignado el cheque depósito judicial.
- 2.- En el caso 1 del artículo 709, señalará día y hora de audiencia para el fin solicitado.
- 3.- En el caso 2 del Art., 709 señalará día y hora y lugar para el verificativo de la entrega. Podrá comisionar esta diligencia si la entrega no pudiere hacerse dentro de su asiento judicial.

RESOLUCIÓN.- Con la contestación a la demanda o sin ella y realizadas o no las audiencias previstas en el Art., 710 el juez dictará resolución declarando válida la oferta de pago y consignación o rechazándola y aplicará al efecto las disposiciones del Código Civil. En este punto será necesario aclarar que, tomando en cuenta que se trata de un procedimiento voluntario, si al responder a la demanda el acreedor acepta la oferta, el juez deberá dictar resolución declarando válida la oferta de pago y consignación o rechazándola si hubiera razón legal para ello, por incumplimiento de alguno de los requisitos del Art. 332 del CC.

Sin embargo en el caso de que habiéndose citado e intimado al acreedor con las providencias dictadas al admitir la oferta y consignación, este rehúsa aceptar la oferta se deberá declarar la contención y continuar la tramitación en proceso sumario. En caso de que se le hubiera intimado (citado legalmente con las providencias en cuestión), y no se presentare a recibir las cosas ofertadas, el juez conforme al Art. 711 del CPC y cuidando de que se hayan observado los requisitos que señala el Art., 332 del CC dictará resolución declarando válida la oferta de pago y consignación: o rechazándola si hubiera razón legal para ello por incumplimiento de alguno de los requisitos del Art., 332 del CC.

BIBLIOGRAFIA

ANTEZANA, Palacios Alfredo. Lecciones de Derecho Procesal Civil. Tomo I y II, Editorial Tupac Katari. Segunda Edición. Sucre-Bolivia. 2001.

ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo I y II. Editorial EDIAR S.A. Bs.As-Argentina.1963.

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomos I al VIII, Editorial Heliasta. Edición 1993, Bs.As. Argentina

LINO, Palacio. Enrique. Manual de Derecho Procesal Civil. Editorial ABELEDO-PERROT, Edition, 1998-Bs.As.-Argentina

MORENO, Catena Víctor. Introducción al Derecho Procesal, Editorial País, Madrid-España, Edición 2003

COUTURE, J. Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil .Editorial By F Montevideo – Buenos Aires. 4ta Edición., año 2005, páginas 424.

ORTIZ, Linares Julio. El Proceso Civil y Los procesos de familia y de la niñez y adolescencia en la doctrina y practica procesal. Tomos, I-II y III. Editorial IMAG, Edición 2009, Sucre-Bolivia.

CARNELUTTI ,Francesco. Las Miserias del Derecho Penal. Editorial Kipus, Edición 2006 Cochabamba-Bolivia.

CALAMANDREÍ, Piero.- Elogio a los jueces. Editorial Purrua. Edición 2004 Buenos Aires – Argentina."El mismo autor en relación a los jueces y abogados señala:"El juez es la madurez del abogado y el abogado es la juventud del juez".

PÉREZ, Alfredo Álvarez. Código de Procedimiento Penal. Editorial Tupac Katari. Edición 2008. Sucre-Bolivia. Págs.235.

CASTELLANOS Gonzalo Trigo. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial del Código de Procedimiento Civil Boliviano. Tomos I-II-III. Editorial Gaviota del Sur SRL Sucre-Bolivia. 2006

MORALES, Guillen Carlos. Código Civil Concordado y Anotado, Tomo II, Editorial Gisbert y Cia. La Paz Bolivia 1987 Pág. 1859

CHACOLLA, Huanca Favio. TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS. Editorial Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Sucre- Bolivia 2006

MAZEAUD, Hermanos. Resúmenes de Mazeaud. Editorial Pierrot. Bs. As. –Argentina 1990

YAÑEZ, Cortés Arturo. EXCEPCIONES E INCIDENTES., Editorial Talleres Gráficos Gaviotas del Sur s.r.l., Edición 2009, Sucre-Bolivia.

YAÑEZ, Cortés Arturo. RATIO DECIDENTE, Editorial Talleres Gráficos Gaviotas del Sur.s.r.l., Edición 2008, Sucre-Bolivia.

FALCON, Enrique. Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación Argentina. Anotado, concordado y comentado. Tomo II Bs.As.-Argentina, Editorial Pierrot.

PICADO, Odio. Hugo." El razonamiento en la Formulación de la Sentencia".Editorial Consejo de la Judicatura, Edición 1998, Sucre-Bolivia. Pág. 23.

DE SANTO, Víctor. El Proceso Civil, Tomo VIII, Pág. 699.

MUSTO, Néstor Jorge. DERECHOS REALES , Tomo I y II, Editorial Astrea. Bs.As.-Argentina Edición 2000

POTHIER, Robert Joseph TRATADO DE LAS OBLIGACIONES, Editorial UNAM. D.F.México, Edición 2003

SALAS, Acdeel E., TRIGO Represas, FELIZ A. López. CODIGO CIVIL ANOTADO, Tomos I-II y III, Editorial DEPALMA Bs.As.-Argentina, Edición 1999

SALGADO, Ali Joaquín - DERECHO PROCESAL CIVIL . METODO DE CASOS, Editorial ASTREA, Bs.As.-Argentina, Edición 1993.

TORRE, Abelardo - INTRODUCCION AL DERECHO, Editorial ABELEDO-PERROT, Bs.As. Argentina, Edición 2003.

FALCON, Enrique María . ROJAS, Jorge. COMO SE HACE UNA APELACION, Editorial ABELEDO-PERROT, Bs.As.-Argentina, Edición 1999.

DEVIS, Echandia Hernando."Teoría General de la Prueba Judicial", 6ta edición, Editorial ZAVALLA S.A.Bs As.-Argentina, 1988-Tomo II Pág. 33.

COUTURE, Eduardo "Vocabulario jurídico", Editorial DEPALMA, Edición 1988, Bs.As-Argentina

ANTEZANA, Palacios Alfredo." Lecciones de Derechos Procesal Civil". Tomo I, Editorial Tupac Amaru. Edición 1989 Sucre-Bolivia, Pág. 685.

VELLOSO, Alvarado Adolfo."Enciclopedia Jurídica Omeba".T.XXV, Editorial PIERROT, Edición 1980, Pág. 361

AREAL , Jorge y FENOCHIETTO Carlos Eduardo, "Manual de Derecho Procesal" Tomo II Editorial La Ley, Edición 1970, Bs.As.-Argentina.

FERNANDEZ, Vidas Rosario."Teoría General de la Impugnación: los recursos en materia penal"(Ensayo-en la revista "Defensa Pública! Ministerio de Justicia. MSD/USAID, Octubre 1995, página 23 y sigtes.

YAÑEZ, Cortés. Arturo."Régimen de impugnación en el Sistema Acusatorio Oral Boliviano".Editorial ,Talleres Gráficos Gaviota del Sur, Edición 2005, Sucre-Bolivia.

Citado por "la Enciclopedia Jurídica Omeba", Tomo XV, Editorial Driskil, Edición 1977, Bs.As.-Argentina.

PASCUAL, Serrats, Rosa."La impugnación en el Derecho Boliviano" Editorial "El País", Edición 2004, Santa Cruz-Bolivia. Colección Jurídica No 14.

FALCON, Enrique. Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación Argentina. Anotado, concordado y comentado. Tomo II Bs.As.-Argentina, Editorial Pierrot. Pág. 577.