

(Durango, México, 28/31 de mayo de 1986)

El Proyecto de Código Procesal Civil uniforme para la América Latina

Ponencia General: ENRIQUE VESCOVI*

Homenaje a la memoria del ilustre Magistrado Rafael Hernández Piedra por su fe inquebrantable en el Derecho y la Justicia a cuyo mejoramiento dedicara su vida.

Sumario:

1. Propósitos y antecedentes.
2. Objetivos.
3. Apreciación General. Principales aspectos.
 - 3.1. Los principios procesales del Código Modelo.
 - 3.2. Caracteres principales de los nuevos procesos proyectados para el Código Modelo. El proceso monitorio.
4. Los poderes, deberes y responsabilidades del juez y de las partes.
5. La audiencia preliminar. Saneamiento del proceso. Conciliación.
 - 5.1. La audiencia preliminar. Concepto. Historia.
 - 5.2. Funciones de la audiencia preliminar.
6. La conciliación en la audiencia preliminar. La justicia conciliatoria.
7. Conclusiones.
 1. Propósitos y antecedentes

En puridad, lo que se trata es de examinar algunos aspectos entre los principales, del **Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica** del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, Uruguay, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. Secretario general-tesorero del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Lo primero, limitar el análisis de un Anteproyecto de Código Procesal Civil a determinados aspectos, resulta obvio dentro de los límites de un Congreso y referidos a una sola ponencia (entre cuatro).

Lamentablemente, con el fin de posibilitar un análisis serio, la limitación impide considerar, siquiera, sus aspectos fundamentales, por lo cual se han elegido solo algunos de ellos. Entre los cuales hemos decidido prestar atención prioritaria, por ejemplo, a la **Audiencia Preliminar** y la **Conciliación** entre sus objetivos que prevé el Anteproyecto y que fuera incorporada a los Códigos más modernos del área (1), entre ellos al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios (México D. F.) (2), hecho este último que resulta decisivo para atraer el interés científico en este Congreso Mexicano. Y que permitirá el aporte para el mayor éxito de las nuevas instituciones de quienes hemos tenido el inmerecido honor, como extranjeros —si esta palabra podemos emplear en esta tierra tan hospitalaria— de ser invitados a participar en las deliberaciones del importante evento.

Otra precisión sería la de señalar que se está solo frente a un modesto Anteproyecto —que deberá ser analizado por el Instituto Iberoamericano— y no, todavía, de un Proyecto y que el mismo tiene, además de su alcance latinoamericano, el iberoamericano de comprender también a España y Portugal.

En las IVas. Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (Caracas, Valencia, 1967) se acordó que se prepararan sendos proyectos de BASES PARA ANTEPROYECTOS DE CODIGO DE PROCESO CIVIL Y PENAL PARA LATINOAMERICA, encargándose el penal a los profesores argentinos Alfredo Vélez Mariconde y Jorge Clariá Olmedo y el civil a los uruguayos Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Vescovi.

Los cuales presentaron dichas Bases a la discusión en las V Jornadas (Bogotá-Cartagena, 1970) siendo aprobadas con modificaciones, encomendándose a los mismos redactores recoger las Bases y suge-

1. Nos referimos, por ejemplo, a la inclusión de la **comparecencia** en la reciente reforma a la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881 - la primera importante desde esa fecha introducida en los arts. 691 y siguientes por la ley de reforma urgente de 6 de agosto de 1984. Como bien lo dice V. Fairén Guillén, con su reconocida autoridad, se trata, ni más ni menos, que incorporar al procedimiento español la audiencia preliminar de inspiración austríaca, que también se propone en el Anteproyecto para Iberoamérica (V. Fairén Guillén "La ley de reforma urgente de la ley de Enjuiciamiento Civil. Juicios de menor cuantía, Casación y otros aspectos fundamentales de la ley de 6 de agosto de 1984", Madrid, 1985, pág. 236).
2. Me refiero al Decreto del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos promulgando el a su vez expedido por el Congreso, con fecha 27 de diciembre de 1985.

rencias en un Anteproyecto de Código Procesal Penal y Civil (3). Luego se enmarcaron en el ámbito iberoamericano.

Once años transcurrieron entre éstas y las próximas Jornadas (Guatemala, 1981), durante los cuales se trabajó con ahinco; el profesor Jorge Clariá Olmedo, lamentablemente recientemente fallecido, preparó un Anteproyecto completo, al haber desaparecido, casi enseguida, su compañero de tareas Alfredo Vélez Mariconde. Posteriormente, con la ayuda de los profesores Fernando De la Rúa y Julio B. Maier y del Vicepresidente 1o. del Instituto, Víctor Fairén Guillén, se pudo perfeccionar el Anteproyecto sometiéndose a la discusión en Guatemala (VII Jornadas, 1981). También los profesores Gelsi y Vescovi, con la ayuda del profesor Luis Torello prepararon un Anteproyecto que, junto al de procesal penal, se consideró en las VIII Jornadas de Quito (1982).

2. Objetivos

En un trabajo realizado con el fin de investigar la realidad procesal iberoamericana decíamos lo siguiente: "El Derecho procesal latinoamericano y el Código Modelo no tienen pretensión de regir en forma efectiva en ningún país... será solo un proyecto que se deberá adaptar a las particularidades de cada uno de los que lo adopten". Y agregábamos que, "sin embargo, al realizar un encuadre histórico-geográfico del tema encontrábamos grandes similitudes (pertenecer a una misma familia de Derecho comparado, provenir nuestros códigos procesales de fuente común...) y factores aglutinantes (idéntico origen histórico, la misma lengua, problemas socio-económicos similares, propósitos comunes e ideales muy próximos...) que a la vez que explicar el atraso de nuestra legislación procesal, hacen posible buscar soluciones comunes —adaptables a cada lugar— que son las inspiradoras de nuestro trabajo" (4).

Y justamente, en el camino del trabajo realizado en común, hemos encontrado la total confirmación de esta afirmación; una realidad, en especial en Latinoamérica, con muchos aspectos similares (pese a la individualidad de algunos problemas) una legislación procesal deficiente, que todos aspiramos a modificar, existiendo en todos nuestros países infinidad de proyectos, cuando no de nuevos códigos. (Supra, notas números 1 y 2).

3. Los Anteproyectos aparecen publicados en las "MEMORIAS DE LAS VIII JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL" (T. II, Quito, Ecuador, Publicación de la Suprema Corte de Justicia). Anteriormente el Proyecto Clariá Olmedo fue publicado en un Volumen por la Secretaría de la O.E.A. Las Bases de los profesores Gelsi y Vescovi se publicaron en un fascículo independiente en Montevideo, 1974.
4. **Enrique Vescovi**. "Elementos para una Teoría General del Proceso Civil Latinoamericano". Publicación de la U.N.A.M. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1978. Este trabajo lo realizamos, justamente, como Investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, uno de los cargos que más nos honra.

Creemos que, en un momento en el cual los pueblos de Latinoamérica —y pareciera que también los gobiernos— encaran la necesidad de una mayor unidad y cooperación, naturalmente con prioridad en los campos social y económico, resulta, también, un imperativo de los juristas que en sus respectivos campos preparen las condiciones indispensables (o los resultados inevitables) de esta unión, la cual todos anhelamos. En tal sentido debe servir de ejemplo la Comunidad Europea que a partir de su Mercado Común (nacido inicialmente de una unidad para el comercio del carbón y el acero) de esencia económica, está llegando a diseñar una verdadera unidad social y jurídica. Y cuenta hoy con un Derecho comunitario y en lo procesal con tribunales y procedimientos comunes, hacia lo cual debemos dirigir a nuestros países sudamericanos en vías de desarrollo.

Permítasenos culminar esta digresión señalando que en nuestro concepto, en esta tarea comunitaria latinoamericana en el campo jurídico, tan atrasada como en el resto de las áreas, pueden mostrarse algunos hitos de progreso y esperanza; la existencia de un Tribunal de Derechos Humanos (Corte de Costa Rica), la elaboración y aprobación de una enorme cantidad de tratados de Cooperación Judicial por impulso del Comité Jurídico de la O.E.A. (CIDIP I, Panamá, 1975; CIDIP II, Montevideo, 1978; CIDIP III, La Paz, 1984) y este modesto esfuerzo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal para buscar soluciones procesales comunes que constituyan el marco adecuado para hacer efectiva dicha cooperación judicial (ejecución de sentencia extranjera, prueba en el extranjero, medidas cautelares, aplicación del Derecho extranjero, etc., para no citar sino alguna de las Convenciones ya aprobadas a nivel americano en las Conferencias y ratificadas por muchos de nuestros países).

3. **Apreciación General. Principales aspectos**

Son múltiples los aspectos que nos sentimos impulsados a destacar del **Anteproyecto de Código Modelo o Código tipo**, no obstante nos limitaremos a los que consideramos principales y posibles de referir —en general algunos y con cierta relativa amplitud otros— en el marco de una Ponencia General de un Congreso Nacional Mexicano.

En consecuencia hemos adoptado el plan de hacer una brevísima referencia a algunos aspectos más salientes del Anteproyecto y a destacar, para un estudio un tanto más profundo, algunos de esos puntos especialmente aquellos que, en nuestro sentir, pueden tener mayor interés para ser debatidos en un evento como el que se celebra en Durango y servir de aporte, a través de la discusión científica que seguramente se realizará, al mejoramiento de la legislación procesal civil mexicana. Sin perjuicio del valiosísimo que recibiremos los miembros del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal que trabajamos en forma permanente por nuestro Anteproyecto.

3.1. Los principios procesales del Código Modelo

Este se afilia, como todos nuestros códigos, al **principio dispositivo**, con pocas atenuaciones.

Esta afirmación, que no dudamos en sostener, amerita ciertas precisiones.

Cuando estudiamos el principio dispositivo y para su mejor comprensión lo dividimos en varios sub-principios que encuentran su aplicación, en general, a través de las diferentes etapas del procedimiento (5).

Así, en cuanto a la iniciación, se declara que es un derecho de la parte y no puede comenzarse de oficio (**nemo iudex sine actore, ne procedat iure ex officio**), salvo contadísimas excepciones previstas en la ley. El objeto del proceso (**thema decidendum**) lo fijan las partes y las pruebas son las que estos solicitan que, en lo referente a la sentencia, los poderes del Tribunal resultan fijados por lo alegado y probado por las partes (congruencia) y en cuanto a los recursos, en especial el de apelación, se movilizan por iniciativa de parte y también allí las (**tantum devolutum quantum appellatum**). Asimismo las partes pueden facultades del Juzgador están limitadas por las peticiones de las partes disponer del proceso y de las pretensiones reclamadas a través del mismo, mediante los institutos del desistimiento, allanamiento, transacción y perención o caducidad de la instancia. Con mayor razón pueden disponer de los actos del procedimiento.

Estos principios (rectius: subprincipios) rigen, como decimos más arriba, con ciertas atenuaciones que, en nuestro concepto, no significa la adopción del principio inquisitivo, aunque así opine —sobre todo en lo referente a prueba— cierta parte de la doctrina latinoamericana. Así en lo que se refiere al aumento de poderes del Juez en materia probatoria ello no implica, a juicio de la opinión especializada, volcarse al régimen inquisitivo, en cuanto el Magistrado está limitado por los hechos afirmados por las partes (6), ni tampoco el establecimiento de la perentoriedad de los términos y el impulso de oficio que acoge el Anteproyecto.

De todos modos no interesa la discusión semántica; en todo caso el principio dispositivo reconoce atenuaciones.

5. E. Vescovi, "Derecho Procesal Civil", T. I, Montevideo, 1974, págs. 70/72.

6. José Rodríguez U., "Autoridad del Juez y Principio Dispositivo", Valencia (Venezuela), 1968.

El Anteproyecto se afilia al sistema de la **oralidad** entendido en su sentido más general (7) y como base para la introducción de los principios de **inmediación**, de **concentración**, de **eventualidad**, de **publicidad** y de **dirección** del proceso por el Juez, los cuales también se receptan en el Código Modelo. Aunque si tuviéramos que hacer una caracterización más afinada del proceso que se establece, diríamos que más que oral (pues no hay oralidad pura y tendríamos que hablar de tipo mixto) es un **proceso por audiencia**.

Digamos, finalmente, en este telegráfico catálogo, que por encima de todo campea la **abreviación** como objetivo esencial, reconociendo que la duración del proceso conspira contra la Justicia (8) y que, actualmente, se ha erigido en Derecho constitucional y supranacional el de tener fácil acceso a un proceso que, sin perjuicio de las garantías, dé satisfacción en términos breves (y no mediante una larga duración) a los derechos de las partes que reclaman Justicia (9). La abreviación tiene directa relación con el principio de **economía**, también indiscutido.

7. La oralidad significa, en este enfoque, un cierto tipo de procedimiento que se opone a aquel que aparece en el área iberoamericana (dentro de la familia del "civil law") en el que aparece un absoluto predominio de la escritura. Según **Mauro Cappelletti**, este proceso tiene varias características las cuales, generalmente, aparecen relacionadas íntimamente: y que son las que distinguieron al proceso común (romano-canónico). En primer lugar es el de la escritura, presidido por el principio de que "**quod non est in actis non est in mundo**": en segundo lugar la ausencia de todo contacto directo entre el Juez y las partes y también los peritos y testigos o toda otra fuente de información como lugares y cosas. El tercer carácter es el criterio de apreciación legal de la prueba (o prueba tasada), quitándole al Juzgador toda posibilidad de buscar por sí la verdad. El cuarto carácter es el de la realización del procedimiento en etapas separadas y clausuradas por términos preclusivos en las cuales se va desarrollando el trámite. Las escrituras provocan las contra escrituras, dice el maestro florentino, que se van escalonando en un interminable lapso provocando la excesiva duración del trámite ("Procédure orale et procédure écrite", Milano, 1971. También "Social and political aspects of civil procedure. Reforma and trends in Western and Eastern Europe" en Michigan Law Review, Vol. 69, Nro. 1, apr. 1971, págs. 847 y ss. También en Proceso e ideologie, Bologna, 1969, etc.).
8. Siempre recurrimos a la vieja cita de E. J. Couture cuando decía: "la naturalidad de nuestra Justicia lenta nos envuelve y nos domina. Los magistrados apenas la perciben, porque su falta de contacto con los interesados les priva del espectáculo de su desesperación; los comerciantes lo dan todo perdido cuando la reclamación de un crédito depende de la acción judicial. Sentencias ejemplares de nuestra jurisprudencia carecen, frecuentemente, de valor práctico, porque el estado de cosas del día de la demanda ya ha desaparecido el día de la cosa juzgada... Por otra parte es menester recordar que en el procedimiento el tiempo es algo más que oro: es Justicia. Quien dispone de él tiene en las manos las cartas de triunfo. Quien no puede esperar, se sabe de antemano derrotado..." ("Proyecto de Código de Procedimiento Civil", Montevideo, 1945, págs. 37 y 39). En Bogotá, en las Vas. Jornadas, además de las Bases se trató el tema: El problema de la lentitud de los procesos y sus soluciones.
9. Varias constituciones incluyen este derecho como lo señala en múltiples obras el destacado profesor mexicano Héctor Fix Zamudio. Pero lo que nos interesa destacar, en este momento, es que también en el ámbito supranacional. Así establece el derecho a un proceso de duración razonable el art. 6 de la Convención de Protección a los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los países de la Comunidad Europea, así como el Pacto de Costa Rica para los

En cuanto al principio de **buena fe** lo analizaremos al estudiar los poderes del Juez (Infra, nro. 4).

3.2. Caracteres principales de los nuevos procesos proyectados para el Código Modelo. El proceso monitorio

En el diseño de un modelo para ser considerado por quienes están proyectando códigos procesales civiles (o penales en su caso) para Iberoamérica, se ha adoptado, reiteramos, el proceso por audiencia, sobre la base de la **audiencia preliminar** que tratamos en especial (Infra, nro. 5).

Se trata de un proceso mixto, con demanda y contestación escritas, así como se utiliza también la escritura respecto de los principales medios impugnativos, salvo los que se plantean en la audiencia.

Sin embargo el núcleo del proceso se desarrolla a través de audiencia. En el proceso ordinario (plenario, de conocimiento) mediante una preliminar y otra final para desahogo de las pruebas —algunas de las cuales se adelantaron ya— alegatos y sentencia. En los procesos plenarios rápidos (sumarios) a través de una sola audiencia que concentra las dos anteriormente mencionadas. (El tema será desarrollado especialmente más adelante. Infra, nro. 5).

En cuanto a los **procedimientos especiales**, el análisis de los mismos, que aún persisten en nuestros viejos códigos iberoamericanos, resabio del sistema de las acciones de la ley, ha llevado a proyectar dos, tres o cuatro (el tema aún sigue en estudio) procedimientos tipo para la mayoría de los requerimientos del Derecho sustancial a cuyo servicio, naturalmente, está el procesal pese a su autonomía.

En el compromiso de señalar alguno de entre estos como de mayor interés, nos queremos referir al proceso monitorio. Porque incluir un proceso plenario rápido (sumario) o uno más abreviado (sumarísimo) o uno de ejecución o ejecutivo, un modelo para la jurisdicción voluntaria y otro para los procesos de ejecución universal (quiebra y concurso) no representa mayor novedad. O al menos no reclama un lugar en este breve Relato.

El **proceso monitorio** adoptado inclusive para el juicio ejecutivo en el Anteproyecto de Código Modelo para Iberoamérica constituye sí una novedad y resulta polémico, por lo cual nos permitiremos hacer una breve referencia al mismo.

países latinoamericanos. Y la Corte Europea de Derechos Humanos ha hecho aplicación práctica de este derecho condenando a un Estado por demora indebida del proceso a indemnizar a un particular (Caso Zimmermann y Steiner V. Responsabilidad del Estado por excesiva duración de los procesos, en Rev. Urug. Der. Proc., 1984, págs. 259/261, donde se publica el fallo y una nota del suscritor).

Este proceso o, más precisamente, la estructura monitoria, se propone no solo para la ejecución de los títulos extrajudiciales (títulos ejecutivos) sino también para los judiciales (sentencias) Y no solo para este juicio, sino para varios otros que pueden adoptar, con ventajas, esa estructura, tales como el desalojo (desahucio, entrega de la cosa, entrega de la herencia, escritura judicial derivada de promesas de compraventa, por ejemplo, etc.).

Resulta, como sabemos, discutible, el origen de este proceso, aún cuando parece iniciarse en la Italia Comunal del Siglo XIII (10) con perfiles determinados y con el fin fundamental de acelerar el cobro de determinados documentos (11). El régimen se desarrolla en los países europeos (12) y también en alguno de Latinoamérica como sucede en Uruguay (13). Lo hemos propiciado como solución para el Derecho la-

10. Más ampliamente: P. Calamandrei, "El procedimiento monitorio", EJE, Buenos Aires, 1953. F. Gutiérrez-Alviz y Conradi, "El procedimiento monitorio: "Estudio de Derecho comparado", Sevilla, 1972, esp. págs. 16 y ss. V. Fairén Guillén, "El juicio ordinario y los plenarios rápidos", Barcelona, 1953, esp. págs. 42 y ss. F. Tomás y Valiente, "Estudio histórico jurídico del proceso monitorio", en Rev. Iber. Der. Proc., 1966, pág. 50. E. Vescovi, L. Torello y L.A. Viera, "La reforma del proceso ejecutivo para Iberoamérica: la adopción del procedimiento de estructura monitoria" en Rev. Urug. Der. Proc., 1978, pág. 462.
11. Entre tales procedimientos se destaca el denominado inicialmente "**praecceptum o mandatum de solvendo con clausula iustificativa**" que luego se denominaría monitorio. El procedimiento se inicia con una orden del Juez para pagar o hacer alguna cosa, emanada sin previa cognición (o cognición muy sumaria) lo cual se justifica con la cláusula del documento. En virtud de ella caben dos posibilidades: el intimado no comparece y entonces el mandato queda confirmado, pasa en cosa juzgada, o el deudor se presenta y por ese solo hecho deben seguirse las ritualidades del juicio ordinario. En todo caso hay una diferencia entre los procesos sumarios comunes (plenarios rápidos) y estos especiales, si es que deben merecer la categorización (de sumarios).
12. En Alemania se señala el procedimiento monitorio (mahnverfahren) y el documental (urkunderverfahren) regulados el primero en los arts. 688/703 de la Z.P.O. alemana y el segundo en los arts. 592/600; en Italia existe el procedimiento de injunzione (injuntion) (arts. 633 a 656 del C.P.C.). En Austria se tiende a una solución similar, en la última reforma, permitiendo que, en caso de rebeldía, se dicte una sentencia sobre el fondo.
13. En Uruguay, desde la aprobación del Código de Procedimiento Civil (1877) se incluyen en esta categoría el juicio de entrega de la cosa (de dar cosa cierta y determinada, derivada de un contrato en el cual el actor demuestre haber cumplido por su parte, como puede ser la compraventa); la entrega efectiva de la herencia (a la que obste alguna persona frente al heredero declarado). Posteriormente, en 1927, la ley de desalojos admitió este juicio para el desalojo, previendo la posibilidad de intimar el desalojo y citar de excepciones tanto al vencimiento del contrato como en el caso del mal pagador, intimado el pago. En 1965 se incluyó para el juicio ejecutivo. También la jurisprudencia entiende que corresponde para la resolución de la promesa de compraventa de inmuebles (verificado también el incumplimiento) (Ley de 1837 nro. 9706) y la Ley 14219 para rebaja del alquiler (también probados documentalmente los supuestos del Ingreso del arrendatario).
Más ampliamente: J. Arias, "El proceso monitorio en el Derecho uruguayo" en Rev. D.J.A., t. 54, pág. 63. E. Vescovi, "El proceso monitorio", en Rev. Der. Proc. (mexicana), Año 4, nos. 4 a 6, pág. 89). J. Teitelbaum, "El proceso monitorio uruguayo", en Rev. Urug. Der. Proc., 1977, pág. 27.

tinoamericano, tanto para algún país en particular (14) como para el Anteproyecto de Código Modelo para Iberoamérica (15).

Este procedimiento propuesto —inclusive para la formación de ciertos títulos ejecutivos (16)—, consiste en que presentado el documento o los elementos constitutivos y que demuestran la fundabilidad de la pretensión (17), el Juez verifica los presupuestos generales (capacidad, legitimación, competencia, etc.) y los especiales (en el juicio ejecutivo la existencia del título, en la entrega de la cosa que surge de un contrato, en el cual el actor demuestra haber cumplido, por ej. en el desalojo, el vencimiento del plazo, la falta de pago, etc., etc.) y acoge la demanda mediante una sentencia (cuya naturaleza no interesa dilucidar aquí) (18).

La misma sentencia dispone un emplazamiento (o citación de excepciones al demandado) para comparecer y oponerse a la demanda. En caso de que no lo haga en el término perentorio establecido, la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada y el juicio queda terminado.

14. En el trabajo sobre "Conveniencia de reformar el sistema argentino en materia del juicio ejecutivo presentado al XII Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal" (Rosario de Santa Fe, mayo de 1983) lo proponíamos, junto con los profesores Toallo y Viera, como solución para el proceso ejecutivo en la República Argentina.
15. Así en el libro de Homenaje a Jaime Guasp (Madrid, 1984) en el trabajo que escribimos sobre: "La reforma del proceso ejecutivo para Iberoamérica: la adopción del proceso de estructura monitoria".
16. Así se ha sostenido en nuestro Derecho que el proceso ejecutivo es de conocimiento y no de ejecución por parte de la doctrina que no compartimos y, en ese caso, se concluye en que el monitorio también lo sería de conocimiento ya que el título ejecutivo no preexiste al proceso, sino que se forma dentro del mismo (al menos luego de cumplida la intimación de pago, requisito previo en el Derecho uruguayo) (J. Teitelbaum), "Adopción de procesos monitorios para obtener otros títulos ejecutivos". Ponencia al XIII Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal y IV Encuentro Panamericano (Mar del Plata, octubre de 1985).
17. En el monitorio documental, como lo sería el juicio ejecutivo en Uruguay, mediante la presentación del título, el Juez verifica el (o los) documentos; más compleja es la situación en el no documental (en el que algunos sostienen que se forma el título dentro del monitorio), pero es posible verificar, igualmente, la exigencia de ciertos supuestos que permiten al Tribunal, mediante una cognitio sumaria, dictar su sentencia y luego citar de excepciones.
18. Así en nuestro Derecho se discute si la sentencia inicial es definitiva o interlocutoria. Lo esencial es que, en todo caso, el actor podrá impugnar la resolución judicial mediante los recursos (especialmente el de apelación) mientras que para el demandado la única forma de impugnación es a través de las excepciones.
Pongamos el ejemplo de la norma que rige el juicio ejecutivo en Uruguay y que dispone:
Ley nro. 13355 art. 53: "Cuando se pida la ejecución en virtud de alguno de los títulos que la aparejan, el Juez decretará inmediatamente el embargo y mandará llevar adelante la ejecución hasta hacerse efectiva la cantidad reclamada, los intereses, costas y costos. Si no considerase bastante el documento declarará que no hay lugar a la ejecución. Una y otra cosa sin noticia del deudor. En el mismo auto que decreta el embargo citará de excepciones al ejecutado.

La experiencia, al menos la uruguaya, demuestra que como el Juez, en este caso si cumple normalmente su función verificadora (19), en un 80% de los juicios no se oponen excepciones, lo que significa que el proceso termina con un escrito y una providencia judicial.

Por el contrario si el demandado comparece y opone excepciones (defensas) se confiere traslado de ellas al actor, se abre a prueba y se siguen las ritualidades del juicio ordinario, u ordinario abreviado. Es decir que se invierte la regla del contradictorio, el cual aparece como eventual, condicionado a la comparecencia del demandado y a la oposición de sus excepciones. Excepciones que, según los juicios, pueden aparecer como limitadas por la ley en atención a la presunción de autenticidad que, normalmente, emana de los documentos (en el monitorio documental).

Es decir que se diseña un tipo de proceso sumamente abreviado, sin desconocer las esenciales garantías de la defensa en juicio.

4. Los poderes, deberes y responsabilidades del Juez y de las partes

En orden a este tema el Código Modelo sigue la tendencia moderna de aumento de los poderes del Juzgador convirtiéndolo en el verdadero director del proceso (20).

Si se opusieren excepciones se procederá de conformidad con lo dispuesto por los arts. 889 y ss. C.P.C." (Es decir traslado al ejecutante, apertura a prueba, si corresponde y sentencia apelable).

En las estadísticas obtenidas en algunos años los casos en que no se opusieron excepciones alcanzaron al 80%.

19. Es elemental que se parte de la base de que el Tribunal cumple su función y que es el propio Juez —no el Secretario— que provee esta demanda que conduce a una sentencia inmediata. Y que, naturalmente quien verifique los presupuestos. Entre otros el de la debida citación y emplazamiento del demandado. Lo que, por otra parte, es lo que debe hacer en todos los casos. Al efecto establece el nuevo régimen mexicano del C.P.C.D.F.:

Art. 47: "El Juez examinará de oficio la legitimación procesal de las partes..."

Art. 271: "... Para hacer la declaración de rebeldía, el Juez examinará escrupulosamente y bajo su más estricta responsabilidad si las citaciones y notificaciones precedentes están hechas al demandado en la forma legal... Si el Juez encontrare que el emplazamiento no se hizo correctamente mandará reponerlo..."

Verificados correctamente los presupuestos de los cuales emana una fuerte presunción de la razón del demandante nada impide que se dicte una sentencia de acogimiento condicionada (a que el demandado no deduzca sus defensas o excepciones).

20. El inolvidable maestro Niceto Alcalá Zamora y Castillo, propiciaba esta posición del Juzgador en el proceso, señalando que entre la figura del Juez-dictador y el Juez-espectador debía organizarse el procedimiento de modo que no fuera ni lo uno ni lo otro, sino el verdadero **director**. Es decir que lo que se propicia es que, junto a las partes, el Juez asuma un rol protagónico en el proceso que, como decía Carnelutti, siguiendo al autor medieval búlgaro es, en definitiva "**actum triarum personae**".

Nos afiliamos así a la tendencia universal, que va predominando en todos los más modernos códigos, como sucede con los del área incluidas las últimas reformas de los Códigos de España, México y Venezuela (21).

No ignoramos los riesgos que ese aumento de poderes del Tribunal puede aparejar, pero por un lado estamos dispuestos a asumirlos como un intento para mejorar nuestro tan deficiente proceso y por el otro ello no significa desconocer los derechos y garantías que se acuerdan a las partes, incluyendo la posible responsabilidad judicial, como contrapartida.

Recordemos por otra parte, como ya lo decía Calamandrei, que el problema práctico no ha sido el abuso de los poderes otorgados a los jueces por los nuevos códigos (se refería, naturalmente, a los de la primera mitad del siglo XX) sino justamente a lo contrario, esto es, a la resistencia de los jueces a utilizar efectivamente esos poderes. Esto es a los pocos casos en los cuales los jueces han hecho uso de sus nuevos poderes (22) y las escasas denuncias de arbitrariedad que con tal motivo se pueden señalar. Inclusive se han tomado medidas expresas para que los Tribunales cumplan estrictamente con los poderes otorgados y los ejerzan efectivamente (23).

Entre esos poderes que se enumeran en un largo artículo (art. 33) nos permitiremos destacar algunos aspectos que consideramos más importantes siempre dentro del tratamiento del tema en forma muy abreviada.

Así es común que los códigos contengan la facultad del Tribunal para rechazar una demanda que no se ajuste a los requisitos formales y aún para disponer que el actor haga las aclaraciones o rectificaciones que considere del caso (art. 257 C.P.C. D.F.). Inclusive el nuevo Código del Distrito Federal agrega en el art. 272 D la facultad de disponer medidas conducentes para subsanar esos defectos alegados por las partes (en la demanda o contestación).

21. Nos referimos a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1984 (Supra, nota nro. 1), a la del Código del Distrito Federal y Territorio de México de 1985 (Supra, nota nro. 2) y ahora también al recientemente aprobado nuevo Código de Procedimiento Civil de Venezuela de 1985 (sancionado el 5/XII/85, promulgado el 22/I/86 para regir a partir del 16/I/86. Esto es, aún en curso de entrar en vigencia.
22. Recordaba en el año 1984, cuando tuve el honor de disertar en la Sala del Tribunal Supremo de Durango, bajo la Presidencia del ilustre magistrado y señor que fuera don Rafael Hernández Piedra, el ejemplo mexicano de los arts. 278 y 279 del Código de Procedimientos para el Distrito Federal y también el del Estado de Durango, que otorgan amplísimas facultades probatorias a los jueces, las cuales estos no utilizan en la mayoría de los casos.
23. Así sucede, por ejemplo, con la dirección de la audiencia estableciéndose severas penas (y nulidades) que sancionan no solamente el no ejercicio de los poderes, sino la ausencia del Juez en la misma lo que hace absolutamente inútil todas las facultades que se le den (por ejemplo el art. 60 del Código de Procedimiento reformado para el Distrito Federal establece ese tipo de sanciones lo que es demostrativo de la situación que afirmamos).

El Anteproyecto de Código Modelo incluye, dentro de estas, dos facultades importantes más: la de "darle a la demanda el trámite que corresponda cuando el señalado en ellaarezca equivocado" (ord. 3º) y la de "rechazar la demanda ... cuando ella fuere manifiestamente improponible".

La primer facultad es conocida y aparece ya en muchos códigos modernos; constituye una aplicación inobjetable de los poderes del Tribunal en la dirección del proceso.

La segunda representa una innovación del proyecto con respecto a casi todos los códigos iberoamericanos, no obstante encontrarse ya en el régimen brasileño (24). Se trata de la posibilidad de que el Tribunal no solo analice liminarmente los aspectos formales (externos) sino aún el contenido de la petición inicial. Esto es no solo la admisibilidad sino, además, la fundabilidad, lo que constituye un paso muy importante en el aumento de los poderes. Naturalmente que se trata de un caso extremo en el cual surge **objetivamente** (esto es a priori, notoriamente) dicha improponibilidad como si se solicitara el divorcio en un país que no lo admite, o el cobro de una deuda de juego cuando la legislación dice que esta solo produce obligaciones naturales. Se trata de un caso en que **manifiestamente** la pretensión no podrá ser acogida, independientemente de los hechos alegados o las pruebas que se produzcan. La doctrina iberoamericana ha profundizado en la cuestión (25) receptando la opinión de Redenti de que los casos del improponibilidad objetivas pueden calificarse de falta de jurisdicción (26).

Digamos por último, para terminar este tema, que la facultad del Juzgador es reglada y sometida a los recursos —en caso de rechazarse la pretensión in limine— que otorgan las debidas garantías a las partes (V. Supra, nota nro. 24).

24. El Código vigente de la República Federativa de Brasil (de 1973 —modificado por Ley 5925— permite al Juez rechazar in limine la pretensión inicial "... I) Cuando fuere inepta ... II) Cuando la parte fuera manifiestamente ilegítima... III) Cuando el actor careciera de interés procesal". Y agregó la Ley 5925 "Cuando el pedido fuera jurídicamente imposible". Y el art. 296 reglamenta el recurso del actor, en este caso, en la única relación procesal trabada, hasta ese momento, entre dicha parte y el Juez. Debemos señalar que el nuevo Código venezolano de 1985 permite también el rechazo de alguna demanda "contraria al orden público, a las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la ley" estableciendo que "Del auto que se niegue la admisión se cirá apelación inmediatamente a ambos efectos (art. 341).
25. **V. Fairén Guillén**, "El principio de autoridad del Juez en el proceso civil y sus límites" en "Estudios de Derecho Procesal", Madrid, 1955, pág. 223.
L. Loreto, "Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad", Buenos Aires, 1940, pág. 61, **L. Torello y L.A. Viera**, "Improponibilidad manifiesta de la pretensión. Rechazo in limine de la demanda". En Rev. Urug. Der. Proc. 1981, pág. 227.
Estudios sobre el tema en Actas del XI Congreso Argentino de Derecho Procesal (La Plata, 1981).
26. **E. Redenti**, "Diritto processuale civile", Milano, 1949, T. I, nros. 31 y 68. Ver también: **Allorio**, "La claridad de las ideas en tema de la legitimación para accionar", en "Problemas de Derecho Procesal", Buenos Aires, 1964, T. II, pág. 249.

Queremos también señalar, dentro de todas estas facultades que ameritarían un tratamiento especial que el tiempo y el espacio no permiten, si se pretende que se lea y discuta esta ponencia, la tendencia —también general— que recoge el Anteproyecto respecto de la regla moral dentro del proceso y la exclusión de la mala fe, la "chicana", la colusión y el fraude.

Fuera de las normas generales que permiten al Juzgador rechazar in limine incidentes, intervención de terceros, pruebas inadmisibles y declarar de oficio nulidades absolutas ... (art. 33, ords. 7º, 8º, 9º, etc.) nos parece importante la que lo faculta para relevar de oficio ciertas excepciones (como la de litispendencia, cosa juzgada, caducidad, transacción y falta de representación del apoderado o incapacidad) (27) pero sobre todo las que se refieren directamente a los deberes morales en el proceso (28).

En ese sentido corresponde destacar las normas que hacen a este propósito, ya sea estableciendo el principio de buena fe (art. 5), ya sea las que facultan a los jueces para aplicar sanciones por su incumplimiento (art. 33, ord. 11º) o las que establecen las responsabilidades, tanto de los magistrados incluyendo el caso del error inexcusable (art. 35) como de las partes y sus representantes, inclusive por daños y perjuicios, además de las costas que se declaran de precepto a cargo del perdidoso (art. 71) (29).

En estos aspectos el Código Modelo sigue también la línea de los modernos códigos (como el propio de México referido a su art. 61).

Y, de esa manera, se configura un completo cuadro de deberes, derechos y responsabilidades, tanto de parte (sus apoderados) como de los Magistrados en el curso del proceso.

5. La audiencia preliminar. Saneamiento del proceso. Conciliación

En el desarrollo del procedimiento, imposible de analizar en esta Ponencia General, adquiere una importancia fundamental la **audiencia**

27. El art. 122, in fine dispone que: "El Tribunal relevará de oficio la incompetencia absoluta, la falta de representación, la incapacidad declarada del actor o su responsabilidad, la caducidad, la cosa juzgada y la transacción.

28. Desde que sostenemos que si bien no es posible (e inconveniente) que el Juez imponga a través de sus poderes (o sus sentencias) la regla moral directamente —que como sabemos es imprecisa y difusa— pero sí que hay que convertir en reglas jurídicas —con sus caracteres específicos— los imperativos morales no sólo en materia de fondo (obligaciones), sino también en el procedimiento (E. Vescovi. "La regla moral en el proceso Civil", Montevideo, 1956).

29. Así el art. 71 del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica dispone: "(Daños y perjuicios) Cuando la mala fe o la temeridad resulten inexcusables, la parte podrá ser condenada, además, a los daños y perjuicios, sea en el mismo proceso o en otro posterior. Y en caso de que su apoderado resulte también inexcusablemente culpable, podrá ser condenado solidariamente con la parte. Ello sin perjuicio de las reclamaciones que el poderdante pueda efectuarle por los daños y perjuicios que haya debido pagar por culpa del apoderado".

preliminar. Que delinea la orientación que hemos querido dar al procedimiento (proceso por audiencia) y marca el punto principal, de tal manera que constituye la innovación más representativa del nuevo régimen, por lo cual la analizaremos en detalle, lo que no podemos hacer en este momento, con las demás.

Aparece, por otra parte, como un instituto que se perfila como preferido por quienes han preparado los Proyectos —algunos convertidos en ley— modificativos de los Códigos iberoamericanos (30).

5.1. La audiencia preliminar. Concepto. Historia

El nombre de audiencia preliminar da lugar a alguna perplejidad, pues lo preliminar da idea de previa, lo que podría entenderse como anterior al proceso, esto es pre-procesal (31).

Si se considera como antecedente cercano el del régimen austriaco, lo que sostiene gran parte de la relevante doctrina, en puridad se debía traducir literalmente como primera audiencia (*erste tagsatzung*) dentro del proceso. También se podría enfocar la comparecencia personal de las partes, circunstancia a la que alude, justamente, el nombre alemán (*personeliche erscheinung des parteien*) de lo que puede ser lo más similar, en ese derecho, a la institución austriaca.

Se trata, entonces, de una primera audiencia, dentro del proceso a la que deben comparecer ambas partes y que será presidida por el Tribunal, con un muy complejo contenido, pero con el fin primordial de evitar el litigio, o limitar su objeto y depurar el procedimiento (Infra, nro. 5.2.).

En algunos sistemas alguna de estas funciones ha absorbido la institución. Así sucede, como veremos enseguida, en el derecho brasileño, con el despacho saneador.

Los orígenes históricos resultan muy difíciles de precisar, existiendo diversas opiniones en la doctrina que rastrea sus antecedentes mediatos; menor discrepancia existe, en cambio, respecto de los inmediatos.

La cuestión se dificulta en cuanto concurren en la audiencia, que tratamos de introducir en el proceso civil iberoamericano, diversas funciones, las cuales, como es natural, parecen provenir de diferentes

30. Sucede así, por ejemplo, como enseguida, con las nuevas reformas en España y México.

31. Conforme: **D. Barrios de Angelis**. "La audiencia preliminar". En *Rev. Urug. Der. Proc.*, 1975, nro. 1, págs. 11/12.

H. Morales Molina. La audiencia preliminar. Ponencia al Congreso Colombiano de Derecho Procesal (Calí, 1982), pág. 2. **J. A. Zepeda**, "El saneamiento del proceso y la audiencia preliminar", Comunicación a las IXas. Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Madrid, 1985 (Ponencia que fuera presentada con posterioridad a las Jornadas, que hemos conseguido merced a la colaboración del Licenciado Zepeda que mucho agradecemos), pág. 24.

orígenes. O, dicho de otra manera, en cuanto confluyen en la audiencia preliminar diferentes objetivos, e inclusive diversos institutos procesales (como pueden ser la comparecencia personal de la parte y el libre interrogatorio, la tentativa de conciliación, y el saneamiento del proceso) y no resulta extraño que haya que confrontar diversas fuentes originales.

Eduardo J. Couture en su proyecto de Código de Procedimiento Civil para Uruguay (32), introduce esta institución —que también recoge la ley argentina 21 nro. 14237, aunque aisladamente— y expresa que se origina en el régimen norteamericano de **pretrial**, señalando que toma el artículo que organiza dicha audiencia (art. 84) la Federal Rule of Civil Procedure (Regla 16) y de la Conferencia Preliminar del Juicio del Código de Puerto Rico (art. 37). No hay duda de que el pretrial y aún la preliminary hearing del proceso norteamericano resultan fuentes esenciales del instituto.

Generalmente se menciona como fuente inmediata la audiencia preliminar austriaca y esta se originaría, en cuanto a la comparecencia personal de las partes y a su interrogatorio por el Juez, en el régimen inglés (33). Reconocería como fuente el "Summon of Direction" del procedimiento británico Guasp, que propone esta audiencia al proyectar "El sistema de una ley procesal iberoamericana", que sería el antecedente de nuestro Anteproyecto de Bases, le atribuye, como origen la **concordantia dubiorum** del Derecho canónico y el despacho saneador del Derecho portugués (34).

El antecedente austriaco es el que más se menciona por los autores iberoamericanos (35) y todos invocamos el ejemplo del Código Klein para apoyar la creación de este instituto, no obstante la diferencia esencial en cuanto en este la audiencia se realiza antes de la contestación de la demanda, razón por la cual, presumiblemente, ha sido establecida como facultativa en la última reforma del proceso civil austriaco (de 1983).

Hernando Morales Molina, desde Colombia, afirma que el origen de la audiencia sería el **Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civile** expedido en 1834 por el Papa Gregorio VI (36) y Barrios de

32. Publicado en Montevideo, 1945, con su exposición de motivos.

33. La doctrina iberoamericana se ha inspirado principalmente en el régimen austriaco, el cual, según Barrios de Angelis habría de allí pasado a Alemania, aunque, en definitiva provendría del sistema inglés (ob. cit., pág. 12 y cita de M. Cappelletti. "La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità", Milano, 1962, T. II, págs. 421 y 485). Couture a su vez, se inspira en el sistema norteamericano del pretrial (Infra, nota nro. 37).

34. En Rev. Der. Proc. Iber., 1956, pág. 69.

35. Así dice V. Fairén Guillén, textualmente, al referirse a la "comparecencia" prevista por la ley española de 1984: "Se trata, a mi entender, de una audiencia preliminar de inspiración austriaca, como la que vengo proponiendo desde 1950 ("La Ley ..." cit., pág. 236 y abundante bibliografía mencionada en nota nro. 5).

36. Comunicación, cit. pág. 2.

Angelis, entre nosotros, se afilia a la idea que proviene del ordenamiento procesal inglés, inspirándose fundamentalmente en las enseñanzas de Cappelletti sobre la declaración de la parte delante del Tribunal (Supra, nota nro. 33).

No hay duda que históricamente el despacho saneador portugués ha tenido gran influencia en nuestro Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, puesto que antes de aprobarse en las Vas. Jornadas de Bogotá (1970) en las Bases la introducción de esta audiencia, ya en las Illas. Jornadas de San Pablo (1962) y en las IVas. Jornadas de Caracas-Valencia (1967) se había votado una ponencia para incluir el despacho saneador en las reformas de los códigos como instituto ejemplar. Y dicho tema (el despacho saneador) es el único que se repite en sendas jornadas.

José Carlos Barbosa Moreira en su magnífica ponencia general presentada a nuestras IXas. Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Madrid, junio de 1985) realiza un estudio especial del origen y evolución del instituto en el Derecho portugués y brasileño, expresando que proviene del **despacho regulador** consagrado inicialmente en el proceso sumario portugués por ley de 1907 (29/V/907) el cual pasara luego a ser precedido de una audiencia preparatoria, la cual se iniciaba, justamente, con la tentativa de conciliación. Este instituto, luego de una evolución, llega al actual Código Procesal brasileño (de 1973), con el exclusivo fin de saneamiento del proceso después de la fase postulatoria, a través de las llamadas providencias preliminares, en cuya oportunidad es posible verificar la ausencia de presupuestos de la constitución y desenvolvimiento del proceso, incluyendo el análisis de las condiciones de la acción (37). Predomina, entonces, el fin de saneamiento, en cambio no se realiza a través de una audiencia sino dentro del procedimiento escrito.

En lo que se refiere al **Derecho comparado** resulta, entonces, destacable la experiencia austriaca, pese a la modificación reciente (38) y, en lo dice relación con la función de saneamiento del proceso, resulta de fundamental interés el sistema de Portugal y Brasil. En tanto que si nos atenemos a la función conciliatoria resulta indispensable referirse a la reforma alemana introducida a través del modelo Stuttgart, extendido luego a otros ordenamientos de dicho país (39).

37. **J. C. Barbosa Moreira**, "Saneamiento del proceso y audiencia preliminar", Relatorio a las IXas. Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, esp. págs. 6/7 y 9.
38. Que, como dijimos, declara facultativa esta audiencia aunque el proceso siempre se desarrolla oralmente y a través de la otra audiencia de prueba, y alegaciones e, inclusive, le introduce algunas ampliaciones tales como la de permitir al Juez examinar de oficio su competencia (Se trata de las reformas introducidas por la Ley de 1º de mayo de 1983, explicadas por el profesor Fairén Guillén en la ob. cit. pág. 240 y ss.). También por Barbosa Moreira en su citado relato general págs. 12/13.
39. **W. Grunsky**, "Il cosiddetto modello di Stockarda e l'accelerazione del processo civile tedesco", en Riv. Dir. Proc., 1971, pág. 354.

Si nos remitimos a la voluntad de incluir la audiencia preliminar en los códigos iberoamericanos, podemos citar el ejemplo de Paraguay (40), de Uruguay (41), y, naturalmente, el del Código Modelo que es objeto de este trabajo.

Pero no obstante todo ello, lo que nos parece más destacable en este momento histórico, es por un lado la incorporación del sistema al régimen español y mexicano.

En lo que se refiere a España la nueva ley de reforma urgentes de 1984, a la que nos hemos referido ya reiteradamente, estableció el instituto de la comparencia, que no es ni más ni menos, según la opinión tan autorizada como la de Fairén Guillén, que la audiencia preliminar (Supra, nota nro. 35).

La reforma española incluye esta comparencia en el juicio de menor cuantía, lo que demuestra que se ha encarado la reforma con mucha timidez, no obstante que dicho juicio, al establecer un monto muy alto como techo del mismo (o base del proceso ordinario), corresponda en una muy grande cantidad de causas (42).

Con respecto al régimen mexicano —el cual naturalmente no voy a ser yo, en un Congreso Mexicano, el que haga una exposición profunda del mismo— resulta a mi juicio sumamente importante que en la organización del juicio ordinario se haya introducido una audiencia preliminar con la mayoría de las finalidades que estamos proponiendo hace tiempo para Iberoamérica toda, esto es la de tentar la conciliación, examinar la regularidad de la demanda y contestación, así como las cuestiones derivadas de la conexidad, litispendencia y cosa juzgada, incluyendo las relativas a la legitimación procesal, declarándose, inclusive, que a estos efectos el Juez dispondrá de las más amplias facultades de dirección del proceso (arts. 272 A, 272 B, 272 C, 272 D, 272 E, 272 F y 272 G, modificados por el artículo segundo de la ley de 27 de diciembre de 1985).

El propio relator mexicano a las ya citadas Jornadas de Madrid del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, licenciado Jorge Antonio Zepeda, en su Comunicación hacía notar cómo, rastreando en el De-

40. Según proyecto de Código de Procedimiento Civil citado por Barbosa Moreira en su Relatorio, cit., pág. 10.

41. Así, luego del proyecto Couture, todos los Proyectos de Código de Procedimiento Civil para Uruguay, tanto el realizado en 1972 —revisado por el Instituto Uruguayo de Derecho Procesal— como el ajustado por el mismo Instituto en 1974, como el de la Comisión Revisora de 1984, todos incluyen la audiencia preliminar con contenido similar.

42. De todas maneras se ha producido lo que profetizaba Barrios de Angelis en 1975 (ob. cit., nota nro. 31, pág. 210), cuando al referirse a esta institución decía: "El contrario bastión de España ha de caer. Prestigiosas instituciones se han manifestado a su favor, como fórmula de reforma (Y allí citaba la Real Academia de Jurisprudencia, el Colegio Nacional de Secretarios Judiciales, Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, etc.) y concluía: "Prieto Castro, Guasp y Fairén la apoyan".

recho mexicano, se podrían encontrar diversas normas que de alguna manera facilitaban el cumplimiento de algunos de los fines de la audiencia preliminar dentro de los procedimientos (43).

5.2. Funciones de la audiencia preliminar

Los objetivos de esta audiencia preliminar resultan muy variados y la doctrina y el propio Derecho positivo le atribuyen diferentes fines.

Sin embargo, para una mejor construcción científica, es necesario clasificar (o agrupar) dichos fines de manera de no crear la impresión, sea en el legislador, en los jueces o abogados, de que se pretende introducir un monstruo que determinará, como dicen algunos juristas muy conservadores (lo que se dice es una característica de esta clase de profesionales) que los tribunales no tengan tiempo para fijarlas. Y entonces vayan señalándose, cada vez con más dilación para el futuro (como según también se dice sucede en algunos tribunales norteamericanos) y el proceso se dilate, en lugar de abreviarse.

No está demás decir, al respecto, que este argumento es falacioso, pues justamente el fin de la audiencia es abreviar el procedimiento, acelerar el trámite. Pero, reiteramos, el "temor a la oralidad" que hemos llamado, hace que en nuestros países se recurra reiteradamente a esta clase de argumentos, el más frecuente de los cuales, consiste en decir que para este nuevo proceso se necesitarán muchísimos más jueces y, entonces, con la carencia de medios —endémica— del Poder Judicial, no podrá encararse tal reforma. Lo que, sin perjuicio del reclamo permanente de mejoramiento del servicio de Justicia, para lo cual se necesitan más medios económicos para esta tan esencial función del Estado, de todas maneras no resulta un argumento válido (44).

43. Ob. cit., págs. 18/23, donde analiza, especialmente, soluciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley del Tribunal Contencioso Administrativo del Distrito Federal, y el propio Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (aún antes de su modificación) y el Código Federal de Procedimientos Civiles.

44. Hemos tratado de refutar estas objeciones en el trabajo citado sobre "Perspectivas de oralidad" publicado en la Revista Argentina de Derecho procesal. En muy apretada síntesis siempre nos preguntamos cómo es posible que por este medio se hagan más largos los procesos, si hay un gran porcentaje de conciliaciones que excluyen el juicio, si no se limita el objeto del proceso y también las pruebas a diligenciar, se evita continuar el juicio hasta el final al resolver de entrada ciertas excepciones y presupuestos procesales y se evitan y eliminan múltiples chicanas. La respuesta es solo una: la corruptela es tal, dentro de los procedimientos defectuosos que tenemos en nuestros países que muchísimas de las actividades que debe realizar el Juez, las cumplen funcionarios: toman declaraciones, dictan resoluciones, a veces preparan las sentencias; también, en los órganos colegiados, uno hace el estudio y los restantes adhieren, etc., etc. O sea, solo es más rápido el juicio escrito, porque la función de juzgar se va desplazando, peligrosa e indebidamente, hacia otras personas que no los jueces, cuya carrera proponemos, nos preocupamos por seleccionar mejor, bregamos incesantemente por su total independencia, etc. Como esto nadie lo puede aceptar, el argumento contra la oralidad no sirve. Por lo

Antes de proceder, entonces, a agrupar los objetivos de la audiencia es menester recordar, una vez más, que estamos justamente ante eso, una **audiencia** (de audire, oír) por lo que, como señala Gelsi Bidart consiste en comparecer ante alguien que está dotado de autoridad para realizar ante él una actividad (al menos ser oído y por ende, oír) (45). También corresponde insistir en que de esa forma se realiza el verdadero proceso, como **actum triarum personae** y que, finalmente, se parte de la base de que el juez asuma su verdadero rol de dirección del proceso, esto es, que tenga una presencia activa. Para lo cual será indispensable que esté instruido de la causa. Por eso la audiencia preliminar se ubica, en todos los ordenamientos que venimos analizando, salvo en el de Austria, luego de contestada la demanda, para que el juzgador con el material de la etapa de proposición (demanda, contestación y eventualmente reconvencción) pueda realizar en forma útil (eficaz) su tarea.

Las principales funciones de la audiencia preliminar se pueden agrupar en la conciliadora (exclusión del proceso), saneadora (saneamiento del proceso, depuración de cuestiones no referidas al mérito), la de establecer el objeto del proceso y de la prueba (función abreviadora, al decir de Barbosa Moreira) y ordenadora, justamente por el juez del futuro desarrollo del proceso, en especial tomando medidas relativas al diligenciamiento de la prueba (46).

demás, si la única forma efectiva de hacer Justicia es en audiencia —y no escribiendo las partes su novela que el Juez no conoce hasta el final— no queda más alternativa que implantar este tipo de procedimiento.

Por eso propiciamos dar vuelta al revés nuestros vetustos sistemas (más unos que otros, naturalmente) aumentando el número de jueces que son quienes hacen la Justicia y disminuyendo el número de funcionarios, que son quienes hacen la burocracia del expediente. Y prefiriendo, en lugar de estos, asesores técnicos de la Magistratura que cada día se hacen más necesarios.

45. En su Comunicación a las Jornadas de Madrid, citadas pág. 2.

46. Así, por ejemplo, Barbosa Moreira señala dos funciones principales y varias, por así decirlo, subfunciones. En primer lugar, dice, la función para colocar al proceso en las mejores condiciones posibles para proseguir en dirección al juzgamiento final (a.) Esta la subdivide en la función saneadora, a la cual enseguida nos referimos (a.1.), la función esclarecedora, relativa al objeto, pedidos de las partes, identificación de puntos controvertidos... (a.2.) y la función instructoria, esto es la determinación de los hechos que serán objeto de prueba y restante función de instrucción probatoria (a.3.).

Luego expresa, que otra función es la de conducir el proceso a su extinción en momento anterior al previsto (función abreviadora) (b.) Y esta la divide en la abreviación en razón de inutilidad de proseguir (b.1.) por un obstáculo irremovible tal como la improponibilidad de la demanda, nulidad insanable, etc., o la no necesidad de proseguirlo (b.2.), en razón de la autocomposición del litigio (b.2.1.); la cesación (b.2.2.) o la posibilidad de juzgar el mérito de inmediato (b.2.3.), (ob. cit. págs. 12 y 19/20).

También dice que a través del despacho saneador se realiza un juicio positivo de admisibilidad y otro de validez del proceso (en "O Novo processo civil brasileiro", 6a. ed., págs. 71/72). Zepeda, a su vez, habla de tres finalidades: la exclusión del proceso o por lo menos su reducción o abreviación, la definición de la rei in iudicandae y el saneamiento ("Comunicación", cit., págs. 26/27 y 29/30).

Una de las principales funciones de esta audiencia es la **conciliación**, que corresponde al fin de extinguir el proceso (fin de exclusión del proceso, nos recuerda Zepeda), tema que por su importancia dejamos para el siguiente parágrafo.

La **finalidad de saneamiento del proceso** es otra esencial tarea de esta etapa, al punto que, como vimos, hay procedimientos que mantienen esta función del Oficio Judicial aún dentro del proceso escrito, lo que resulta fundamental. Así sucede en el proceso de Brasil, cuya jurisprudencia y doctrina ha afinado el estudio del tema más que en ningún otro lado (47).

La función de saneamiento, al correcto decir de Barbosa Moreira, la solución de cualesquiera cuestiones susceptibles de distraer la atención de la materia referente al **meritum causae** (48). Esto es a resolver cuestiones que no dicen relación con el mérito (fondo) de la causa, facilitando la labor del Tribunal en el futuro (abreviación). Y evitando todo el trámite posterior para concluir en una sentencia final que declare la nulidad del proceso o la falta de un presupuesto procesal.

En ese sentido —y aquí las legislaciones son muy variadas— se incluye la resolución de las cuestiones previas, las que refieren a la competencia (y/o jurisdicción) del Tribunal, competencia y legitimación (al menos en ciertos casos) de las partes, la resolución de las cuestiones de conexidad, litispendencia y cosa juzgada, la posible integración de la litis, la prevención de futuras nulidades, etc. (49).

Y así podríamos citar otras muchas clasificaciones o enumeraciones; la más amplia que conocemos y detallada es la de Fairén Guillén en ob. cit., págs. 241/246 para el régimen austriaco y págs. 259/273 para el régimen español en su interpretación.

47. Así, entre otros, **Galeano Lacerda**, "Despacho saneador", Porto Alegre, 1953; **C. Agrícola Barbi**, "Despacho saneador e julgamento do mérito", Belo Horizonte, 1969; **Calmon de Passos**, "Comentários ao Código de Processo Civil", Vol. III.

48. Ob. cit., pág. 19.

49. A título de ejemplo, nos referimos al Código de Brasil, por la paternidad sobre el instituto y al mexicano, por razones obvias. El de Brasil dispone que el Juez, en el despacho saneador decidirá sobre la legitimación de las partes y la representación, citará en su caso a los litisconsortes necesarios y al Ministerio Público, citará al actor y le permitirá aportar pruebas (las cuales se aportan todas en la demanda y contestación), en caso de que en la contestación se aleguen hechos extintivos, verificará, la existencia del interés legítimo (económico y moral), declarará las nulidades insanables y mandará corregir las remediables y ordenará de oficio o a petición de parte, las diligencias probatorias que considere necesarias (Supra, notas nros. 46 y 47).

En el nuevo régimen mexicano (del Distrito Federal) se dispone que en la audiencia preliminar que se instaura, el Juez verificará la regularidad de la demanda y contestación (272-A) pudiendo ordenar la subsanación de los defectos o disponer las medidas conducentes a ese fin (272-D); resolverá todas las excepciones dilatorias y presupuestos procesales, salvo la incompetencia (art. 35); hará valer de oficio, si no se hubiera opuesto, la conexidad, la litispendencia y la cosa juzgada (272-A y 42) resolviendo, en todo caso con vista de las pruebas (272-E). Respecto de los presupuestos hay una mención especial a la legitimación procesal, que debe también resolverse y aún examinarse de oficio (art. 47 y 272-C).

Ateniéndonos al Anteproyecto de Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica nos limitaremos a analizar, en esta parte, principalmente las funciones que allí se establecen, dentro del saneamiento del proceso.

Resulta esta, según el artículo 296, la ocasión para que se verifiquen determinados presupuestos de la admisibilidad de la demanda, si el Tribunal no lo hubiere hecho antes (al recibir la demanda, como corresponde) así como para relevar, a petición de parte o de oficio, lo que en el Derecho uruguayo se llaman excepciones mixtas (en cuanto tienen el trámite de las dilatorias, no se refieren al fondo, pero extinguen el proceso) tales como las de litispendencia, cosa juzgada, caducidad y transacción. También entran en esta facultad, el análisis de la incompetencia absoluta, la falta de representación o la incapacidad (art. 123, in fine). Tema ya tratado al examinar las facultades del Tribunal (Supra, número 4).

Con respecto a la falta de legitimación en la causa, la solución adoptada consiste en admitir su relevamiento, aún de oficio, "cuando sea definible al comienzo del litigio", que es como decir, cuando fuere notoria o claramente inexistente. También con el fin de evitar todo un proceso que termine por una sentencia de inadmisibilidad.

En puridad se está admitiendo la solución de los códigos más avanzados, que no es el de la mayoría de los latinoamericanos, en el sentido de receptor como cuestión previa —y aún relevable de oficio— la referida a la falta de cualidad y de interés del actor, que implican un análisis del mérito de la causa y que el proceso francés incluye entre los "fins de non recevoir", también como tema de decisión previa. En Iberoamérica, ya la doctrina había reclamado esta solución (50) y algunos códigos la habían ya aceptado (51).

Así mismo, mediante la improponibilidad objetiva de la demanda, que los tribunales pueden relevar de oficio o planteada deben resolver en la audiencia, se entra a juzgar, también, un aspecto del mérito. (Supra, número 4).

50. **L. Loreto**, "Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad de la demanda por falta de causa", Buenos Aires, 1940. Cabe señalar que esta orientación moderna es la misma que receptaba el antiguo Derecho español (**Tapia**, Febrero Novísimo, t. V, pág. 307). Inclusive algún autor español contemporáneo, con una interpretación extensiva del texto vigente, igual al de casi todos los códigos latinoamericanos, admite que tal excepción puede defenderse incluida en la de falta de personalidad (así, **Pietro Castro**, "Derecho Procesal Civil", T. I, pág. 218).
51. Méjico. CPCDF (reformado) cit., arts. 47, 272 C (V. Supra, nota nro. 49) Brasil, art. 295 II y III. Así mismo varios códigos entre ellos los mexicanos, establecen los requisitos de la acción como condición para entablar la demanda, lo que permite a los jueces relevar de oficio su ausencia (interés, legitimación, posibilidad jurídica).

El saneamiento del proceso supone, en consecuencia, que estas cuestiones, excepciones dilatorias, falta de presupuestos como la capacidad y aún la legitimación e improponibilidad de la demanda, se planteen (si no se lo hizo antes) en la propia audiencia y sean resueltas por el Tribunal mediante lo que constituye un verdadero despacho saneador (sentencia o auto interlocutorio).

Así mismo el Tribunal incluirá en las cuestiones a resolver la regularización del procedimiento y la subsanación de los actos que puedan provocar nulidades sanables o la declaración de las insanables con el fin de que se esté en condiciones de entrar en el tema del objeto del proceso y las pruebas —que analizamos a continuación— en virtud de que resueltas aquellas cuestiones, no hay duda que corresponderá ingresar al mérito de la causa. Esto es, que verificado que el proceso se ha desenvuelto sin vicios o aquellos que tenía han sido saneados, prácticamente se entra a una nueva fase del proceso (la preparación de la decisión sobre el fondo).

Esto es, que como dice Barbosa Moreira, hablando de la audiencia austriaca, se procura descargar a los tribunales de aquellas cuestiones ajenas al fondo, para que, en adelante, puedan resolver en base a un debate exclusivamente sobre el mérito de la causa (52).

Corresponde ahora pasar a la otra función de la audiencia preliminar, cual es la de **fijar definitivamente el objeto del proceso** y, por ende el de **la prueba** a producir que dependerán, naturalmente, de dicho objeto y de los hechos controvertidos a esta altura.

Por ello se admite en la audiencia que las partes puedan ratificar —no parece adecuado rectificar— sus pretensiones e inclusive ampliarlas (53). Es natural, asimismo, que si el demandado en su contestación ha alegado hechos extintivos, por ejemplo, se oiga sobre ellos al actor y se le permita completar su prueba. Lo mismo sucederá con el reo respecto de la ampliación de la demanda del demandante. (Supra, nota número 53).

52. Relatorio, cit., pág. 12.

53. Respecto de la ampliación de la demanda, hemos sostenido, de conformidad con la más relevante doctrina que corresponde admitir la introducción de hechos nuevos —no diversos— hasta la etapa probatoria en nuestro proceso actual y, en el proyectado, hasta esta etapa de la audiencia preliminar: **H. Alsina**, "Alegación de hechos nuevos" en Rev. Der. Proc. (arg.) Año IX, 1951, pág. 29. **O. Rillo Canale** voz "Hecho nuevo" en Enciclopedia Omeba, T. XIII, pág. 651. **E. Vescovi**, "Hechos nuevos en el proceso civil", Rev. D.J.A., t. 70, pág. 182. Así mismo trabajos presentados al VI Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal de Tucumán (R.A., 1970) especialmente de O. Rillo Canale; R. Gómez; E.L. Vallejo; J.A. Zago y otros.

Y con referencia a hechos nuevos que consolidan o extinguen los derechos controvertidos en juicio, por actos posteriores: **C. Ayarragaray**, "La congruencia en la ejecución de la sentencia", en Jus (R.A.), 1963, nro. 4, págs. 5. **A. Morello**, "Hechos que consolidan o extinguen los derechos litigiosos durante el desarrollo del proceso; sus efectos en la sentencia" en Jurisp. Arg., T. IV, pág. 373. V. así mismo, art. 163, parte 2da. del Cód. de la Nación Argentina (CPCN).

En esta función nos permitimos hacer solamente tres precisiones para no extender exageradamente esta ponencia:

a) La fijación del objeto del debate puede derivar —si no hubo conciliación o transacción total— en una delimitación de los puntos planteados en las pretensiones originales, para lo cual es esencial el poder de dirección del juez. De ese modo la función abreviadora se sigue cumpliendo (54).

b) Resulta importante también la dirección por el juez de la audiencia inclusive asesorando a las partes (como se reclama en la legalidad socialista), mejor aclarando (función esclarecedora) lo que no va contra la imparcialidad (55) y no viola las garantías del debido proceso y el derecho de defensa (56), desde que estando todos presentes el esclarecimiento de las afirmaciones resulta una natural función de la audiencia, dentro del proceso entendido como debe ser (57).

c) También se hace necesaria la dirección del proceso por el Tribunal en cuanto a la **prueba**. En efecto, establecido (delimitado, clarificado) el objeto del proceso, sugirán con mayor precisión las pruebas que deben producirse sobre los hechos que a esta altura quedan como controvertidos (que la experiencia dice que son muchísimos menos que los de las pretensiones iniciales en la casi totalidad de los casos). Entonces será posible que el juzgador pueda rechazar las pruebas que

54. Al igual que Barbosa Moreira, como vimos, Dante Barrios de Angelis, entre nosotros, sostiene que uno de los objetivos importantes de la audiencia preliminar es la simplificación del objeto del proceso ("La audiencia preliminar", cit., pág. 18).

55. Resulta imprescindible, como dijimos ya, aventar las ideas de que la intervención activa del Juzgador en el proceso, como venimos reclamando, puede afectar su imparcialidad. Inclusive esta función de delimitación del objeto —que inclusive puede resultar parcialmente ampliado— en la que debe colaborar y hasta suplir los errores jurídicos de las partes, pueda entenderse como un prejuzgamiento.

56. Recientemente en Uruguay, ante un proyecto de reformas al proceso laboral, en el cual los laboristas de acuerdo a sus ideas más comunes, introducían la ultrapetita a favor del obrero, el Instituto Uruguayo de Derecho Procesal tuvo oportunidad de rectificar el mismo de conformidad con esas directivas:

a) El restablecimiento de la igualdad y mejor acceso a la Justicia de la parte económicamente más débil, inclusive la "ayuda que el Juez deba prestarle, no puede consistir en permitir que éste, en el momento de la sentencia falle sobre algo no pedido".

b) El fallo ultrapetita viola las garantías del debido proceso, la igualdad de las partes y el derecho de defensa en juicio desde que se falla sobre algo no reclamado, lo que implica no discutido, sobre algo que el demandado no tuvo oportunidad de ensayar defensa alguna, ni de probar.

c) En cambio, si dicha función judicial se ejerce en la audiencia, aunque implique dicha "ayuda" a la parte más débil para restablecer la igualdad real, permite a la contraparte conocer la pretensión (o nueva demanda), oponer sus defensas y producir la prueba sobre la misma.

57. Conforme a la doctrina más moderna: **M. Cappelletti** en sus obs. cit. ("La testimonianza...", "Procédure écrite...", etc.) y las Bases de nuestro Anteproyecto de Código Modelo...

considere no sólo inadmisibles, sino también las innecesarias, inútiles o inconducentes, dado su papel protagónico en el proceso. Lo que, reiteramos, no puede hacer en nuestros procesos escritos, en los cuales solo conoce la causa al final, por más poderes que se le otorguen (Supra, número 4).

Así mismo resultará natural que se disponga la forma de diligenciar la prueba, en la próxima audiencia o de inmediato, adelantando los pasos necesarios (designación de peritos, inspecciones judiciales, solicitud de informes, etc.) para que el día de la audiencia final (complementaria) se pueda desahogar la prueba (aún no diligenciada) en forma de cumplir adecuadamente los principios de inmediación y concentración.

Todo ello conduce —por varios caminos— a la necesidad de que el juez tenga la verdadera dirección del proceso, dejando de ser un mero espectador, pero no asumiendo tampoco el papel del dictador, según las recordadas palabras de Alcalzá Zamora; sin autoritarismo, ni prepotencia, como reclama Barbosa Moreira.

Reiteramos que no interesa —al menos en este Relato— analizar si estamos todavía en el principio dispositivo o hemos entrado en el inquisitivo; quizá la mejor solución sea la de quienes dicen que estamos en un camino intermedio entre el proceso dispositivo y el oficial. Lo que sí interesa y esto lo destacan todos los autores que analizan este instituto de la audiencia preliminar y sus diferentes funciones, que a través de ella se cumplen los principios de oralidad, de inmediación, de concentración, de eventualidad, de dirección del juez. Y solamente a través de ella. Resulta absolutamente ineficaz, y a esta altura creemos que todas las experiencias corroboran esta afirmación, otorgar poderes a los jueces, especialmente para averiguar la verdad de los hechos alegados, si no es a través de mecanismos de oralidad y de audiencias. Y resulta peligrosísimo otorgarle poderes en la sentencia para poder corregir las pretensiones de las partes en ese momento, puesto que esto sí conspira contra el derecho de defensa en juicio (Supra, nota número 56).

En cuanto a la función de conciliación, por su importancia, la estudiamos por separado.

6. La conciliación en la audiencia preliminar. La justicia conciliatoria.

Nuestra audiencia preliminar, como en la mayoría de los sistemas, prevé, casi como primer actividad, la de intentar la conciliación por intermedio del Tribunal. Y este objetivo es trascendente y fundamental.

No obstante nos introduce en una problemática muy amplia y actual que no corresponde analizar ahora, pero a la cual haremos alguna referencia muy brevemente. Especialmente en cuanto se ha cuestiona-

do que esta función de conciliación se cumpla por los jueces. Inclusive, dentro del nuevo Código mexicano que venimos estudiando con tanto interés, dicha actividad la cumple "el conciliador", no el juzgador. (Art. 273-A).

Lo que no compartimos por las razones que expondremos. Pero el tema amerita un planteo más general. Aunque dentro de los modestos límites que permite esta ponencia.

El tema de la **justicia conciliatoria** es uno de los más trascendentes del mundo moderno dentro de la problemática más general de la justicia, de las formas de acceso a la misma y la búsqueda de fórmulas de alternativa. Lo que no significa, naturalmente, que esta forma de justicia sea una novedad, sino que, por el contrario, es muy antigua (58).

No obstante se ha revalorizado a tal punto de ocupar lugar destacado especialmente en la doctrina, en los Congresos científicos y ser recogida en la legislación en varios aspectos.

En ese sentido y como punto importante corresponde señalar el Coloquio de Pau (6/9 de julio de 1982), en el cual tuvimos el honor de poder participar y recibir una completa información sobre el estado de dicha justicia conciliatoria en el mundo (59).

Resulta de interés señalar, como destacamos en nuestro informe (Supra, nota número 59) que el Coloquio se convocó bajo el tema: "Le règlement des conflits hors des tribunaux" o "Settlement of disputes out of Court". Inclusive se tomó, por muchos de los participantes, como una de las formas de **Justicia alternativa** para solucionar los conflictos fuera de los tribunales (60).

58. Naturalmente que representa una de las formas más antiguas y primitivas la de intentar una conciliación entre las partes, sea independientemente de la decisión por un tercero —que puede actuar como simple mediador o conciliador— o antes de que este, dotado del poder de resolución, entre a hacerlo.

Aún en países actuales que se encuentran en estado primitivo, se nota esta forma de Justicia (Infra, nota nro. 59).

En Iberoamérica esta función ha sido confiada en muchos códigos tradicionales —generalmente como etapa previa al proceso— a los juzgados de categoría más baja en la escala pero aquellos que se encuentran más cerca de la población (Juzgados Municipales, Jueces de Paz, etc.) muchas veces asistidos por gente del pueblo con cierto ascendiente entre los litigantes (hombres buenos).

59. Sobre este Coloquio hay una publicación oficial; antes de ello hicimos una reseña informativa.

H. Kötz y Reynald Ottenhof, "Les conciliateurs. La conciliation. Une étude comparative", París, 1983. E. Vescovi, "La Justicia Conciliatoria", Rev. Urug. Der. Proc., 1982, pág. 161.

60. En cierto modo es una de las formas de Justicia alternativa planteada en el Proyecto de Florencia —bajo la dirección de Mauro Cappelletti— que comprende, en realidad, tres proyectos inter relacionados y que culmina con la publicación de los cuatro volúmenes titulados "Acces to Justice", A World Jurvey, Giuffré-Sijthoff, 1978.

El argumento era que la justicia "tradicional" era lenta, cara, burocrática, de difícil acceso, sobre todo para los carentes de recursos y por ello se buscaban fórmulas especialmente para facilitar la solución de los nuevos conflictos que plantea la sociedad moderna (61). Inclusive se le señaló, a la justicia conciliatoria como una forma que no tendía a "trancher le litige", esto es, resolver el conflicto en forma tajante, sino una manera "más pacífica" de "justicia coexistencial" dijo Mauro Cappelletti, para quienes deben luego seguir conviviendo, una "wormer way of disputes" (62).

Y se nos presentó la eclosión, en nuestra época, de esta justicia en casi todos los países industrializados (para emplear un término que pueda comprender a la mayoría de ellos) (63).

Y allí se consideró que este tipo de justicia debía impartirse, no por el juez tradicional, sino por otro personaje cuyas características se delinearon (64).

Como señalamos este fenómeno sociológico no lo podemos desconocer. Sin embargo nos permitimos dos precisiones:

a) En primer lugar que la mayoría de los conflictos allí planteados (de vecindad, del taller, de los condominios, del consumidor, pequeñas rencillas que hubieran debido reclamar la intervención de un juez penal...) en puridad no llegan a los tribunales, muchos de ellos no se podrían siquiera plantear. Es lo que puede analizarse quizá, en la experiencia mexicana de la Procuraduría del Consumidor. Esto lo recono-

61. En el proyecto de Florencia, así como en el Coloquio de Pau, se hizo referencia, entre otros, a los conflictos provenientes de las nuevas formas de vida, como la convivencia en la fábrica, en el taller, en los nuevos edificios (condominios, departamentos), a los que plantean la defensa de los derechos o intereses superindividuales (colectivos, difusos, como la defensa del consumidor, del medio ambiente, del patrimonio cultural o artístico ...
62. El maestro Cappelletti planteaba, en Pau, la necesidad de obtener fórmulas alternativas de Justicia, que permitieran un arreglo de las disputas que facilitara la posterior convivencia, no una "justice tranchant" que resolvía dando razón a una u otra de las partes. En ese sentido sostenía la necesidad de una forma más calidad (wormer) para resolver las disputas entre quienes se procuraba salieran de la resolución en buenas relaciones (sin vencidos, ni vencedores) y preconizaba un sistema diferente al de la Justicia tradicional y burocrática. Hay, decía que "dérregularizar", "délegalizar", "déprofesionalizar" buscando soluciones simples, equitativas y de avenimiento.
63. En esa reunión —independientemente del delegado de Uruguay, que por razones muy circunstanciales estaba allí un poco como extraño— los países representados que expusieron sus interesantes experiencias eran: Estados Unidos, Inglaterra, Francia, Suecia, Alemania Federal, Alemania Democrática, Japón, Italia, China y Z. Africa (Supra, nota nro. 60).
64. Se habló de un funcionario preparado con ese fin; el cual con su locomoción pudiera ir, de inmediato, al lugar donde se planteaba el conflicto, con algunos conocimientos jurídicos, pero en especial con preparación psico-sociológica que obrara como un asistente social, en la mayoría de las veces, para buscar una solución práctica y equitativa (Supra, nota nro. 62).

cían muchos de los participantes del Coloquio que preconizan esta justicia, el punto que por un lado se admitía que esa solución consensual permitía, para quien no estaba conforme, la posibilidad de la vía judicial; otros reconocían que no era un mecanismo apto para disminuir el trabajo excesivo de la justicia común. (Claro que nada de esto determinaba un rechazo de las soluciones).

b) Que nosotros venimos bregando porque la justicia tradicional no sea tan burocrática, ni los procedimientos tan complejos, ni el acceso tan difícil. Este propio Congreso demuestra todo lo contrario y nuestro proyecto tiende justamente a colocar un juez cercano a las partes, que también proponga vías amistosas y pacíficas de solución.

Por todo lo cual, sin perjuicio de admitir estas soluciones de la moderna justicia conciliatoria, y todos los intentos pre-procesales, bregamos porque se introduzca la conciliación procesal en esta etapa tan oportuna a nuestro juicio.

El otro problema que se plantea —dentro de la misma tendencia— es a la creación de conciliadores especiales, con ese cometido, excluyendo al juez de esta tarea. Lo que puede hacerse mediante esta nueva forma de justicia que, insistimos, tiende a resolver otra clase de conflictos (65) o, colocando un conciliador en vez del juez, o al lado del juez, como hace el Código mexicano (art. 273-A), quien será el que prepare y proponga a las partes la solución del litigio.

No compartimos esta solución y será de gran interés oír a los juristas mexicanos sobre el punto. Solo nos permitimos decir:

a) El juez, como técnico en Derecho y mejor conocedor que nadie del alcance de las pretensiones, con ese tan importante papel en la audiencia, será para nosotros el mejor conciliador.

Naturalmente que podrá desconocer alguna de las técnicas a que se refiere el proceso, pero ese se arregla con colocarle asesores técnicos y no un conciliador que tampoco podrá ser un especialista en cada uno de los planteos que hagan las partes.

b) No parecen válidos los argumentos de que el juez debe quedar al margen de las soluciones transaccionales colocado por encima de las partes para mantener su imparcialidad. Este argumento solo lo escuchamos en nuestro procedimiento latinoamericano, donde, acostumbrados al papel pasivo del juez —que es el que lee toda la novela sin intervenir en ella, salvo para ponerle el final, como alguien ha dicho con razón— nos parece extraño verlo proponer soluciones y argumentar a las partes sobre los inconvenientes de la sentencia judicial. En todos

65. Inclusive a desempeñar otro papel (Supra, nota nro. 64).

los países donde el proceso es oral, el Tribunal interviene activamente, rechaza peticiones, recrimina las partes y los abogados que no actúan con lealtad y probidad, inclusive los sancionan, hasta con arrestos... y luego continúan su tarea terminando con la sentencia, sin que nadie piense que han perdido su imparcialidad (66).

En definitiva si admitimos un conciliador no profesional para actuar en la etapa pre-procesal, no lo podemos aceptar dentro del proceso, especialmente si este, conforme a lo que proponemos se realiza ante un juez activo que, en un acto triangular junto a las partes y sus abogados, en franca y leal colaboración, procura una solución al conflicto.

Nos parece contradictorio con el espíritu de la audiencia preliminar, la introducción de este otro "personaje" en lo que por esencia es un "actum triarum personae".

Por ello, repetimos, en el Código "Modelo" se propone la conciliación en la audiencia presidida por el juez, como primera etapa, procurando evitar el conflicto o reducirlo (en cuanto el acuerdo sea parcial) lo que está indisolublemente ligado con todo el resto de esta audiencia preliminar.

7. Conclusiones

La índole de la Ponencia General que se me ha hecho el inmenso honor de conferirme en un Congreso Nacional mexicano, no permite que se propongan conclusiones.

La finalidad del planteo del tema es la discusión de estos y otros tantos puntos que nos unen en el más común de los anhelos: el mejoramiento de nuestras instituciones como objetivo inmediato para lograr una mejor justicia para nuestros pueblos latinoamericanos.

Creo que por ello, bueno es que discutamos estos temas para intercambiar ideas y experiencias que nos permitan a cada uno en nuestros respectivos países, o en cada Estado de este país federal con un Código Procesal en cada uno (como sucede también en la República Argentina) el mejoramiento de nuestras instituciones.

Que es el objetivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y naturalmente el de todos quienes estaremos en Durango, en mayo, para realizar en común esta tan noble tarea. Que no tendrá fin, pero ello no debe desesperarnos, puesto que poco a poco vamos viendo cómo el resultado de tantos afanes va plasmando en la legislación y ojalá también en la práctica de la justicia.

66. Supra, notas nros. 55 y 56.

J.A. Zepeda en su Comunicación a las las. Jornadas cit. señala su posición coincidente con la solución que proponemos y rechaza expresamente la objeción respecto a la pérdida de la imparcialidad del Juez (págs. 15/17).